**معنى العرض والايداع للثمن في دعوى الشفعة**

بقلم**:**

**سبع فياض**

**رئيس غرفة في محكمة التمييز**

1- فلقد نصت المادة 249 من القرار 3339 بعد تعديلها بقانون 5 شبلط/1948. "لا يمكن استعمال حق الشفعة الا بشرط ان يقوم صاحبه بتعويض المشتري تعويضاً تاماً. وهذا التعويض يشمل:

1- ثمن المبيع الذي يجب عرضه وايداعه فعلياً يوم تقديم طلب الشفعة على الاكثر الا اذا كان العقد المسجل ينص على تأجيل الدفع.

2- نفقات العقد التي تشمل رسوم التسجيل وبدل السمسرة على ان لا يزيد هذا البدل عن البدل المعين بالتعرفة القانونية.

3- بدل التحسين الطارئ على العقار بفعل المشتري دون الالتفات الى التحسين الاقتصادي الناتج عن تقلب الاسعار.

والذي يعنينا في هذا البحث الفقرة الاولى المتعلقة بعرض وايداع الثمن غير المؤجل الدفع توصلاً لتحديد المعنى المقصود بالنص، وبالتالي كيفية الايداع الذي هدف اليه الشارع من ورائه.

**الفصل الاول: لمحة تاريخية**

2- التعديل تأثر بالقانون المصري: وما دام الحديث يدور على نص معدل لا بد – جرياً على العادة – من القاء نظرة فاحصة على النص قبل تعديله توصلاً لمعرفة اسباب التعديل والتي بوسعها ان تسهم في اضاءة طريق البحث لنا. علماً بأن التعديل لم يقتصر على نص المادة هذه بل جاء شاملاً الفصل الخامس من قانون الملكية العقارية المتعلق بالشفعة كسبب من اسباب الملكية، برمته وهو التعديل الذي اعدته نخبة ثلاثية من كبار القضاة آنذاك متأثرة، من جملة ما تأثرت به في هذا الشأن، بما ورد في مشروع القانون المصري الذي كان ولم يزل مشروعاً في حينه كما هو وارد صراحة في الاسباب الموجبة المرفقة بمشروع قانون التعديل.

وفي الاصل لئن تأثر واضعو قانون الملكية العقارية عامة بقوانين شمالي افريقيا، (تونس – الجزائر – المغرب)، كما ورد في الاسباب الموجبة العائدة له فقد تأثروا على الاخص بالقانون المغربي أو بالمذهب المالكي المعمول به هناك ووجود نظام الشفعة كنظام معروف في الشريعة الاسلامية، وبالتالي طبق في هذه البلاد منذ زمن طويل حيث احتوته نصوص مجلة الأحكام العدلية التي كان لا يزال معمولاً بها وقت وضع القرار 3339.

**النص القديم ينقصه التفصيل اللازم:**

ومن الرجوع لأحكام المادة 249 من هذا القرار يتضح انها كانت لا تجيز استعمال حق الشفعة "الا بشرط ان يعوض صاحبه على المشتري تعويضاً تاماً" ثمن المشفوع وملحقاته، ولا تزيد، بحيث لا تفصل الكيفية ولا الموعد. وكان من البديهي، تجاه هذا الاقتضاب، ان ينشب النزاع حول مرماه بين الشفيع والمشفوع منه امام القضاء وكل يفسره بما يتوافق ومصلحته، فيرى فيه المشفوع منه الزام الشفيع بعرض الثمن مقدماً أو عند المداعاة بالشفعة على الاقل، بينما يعتبر الشفيع ان النص لا يلزمه بعرض حقيقي للثمن بل مجرد اعلان استعداده لدفعه، وقد تبنى الاجتهاد وجهة النظر الاخيرة هذه.

ولم يكن في الموقف الذي اتخذه الاجتهاد مدعاة للاستغرب، لأنه في ظل نصوص تبدو اكثر صراحة، كنص المادة (14 فقرة اولى) من القانون الخاص بالشفعة (موضوع الامر العالي الصادر في 23/3/1901)، القائلة بأن اعلان الرغبة بالشفعة "... يجب ان يكون... مشتملاً على عرض الثمن وملحقاته...". فقد اختلف فيه: فقال البعض ان المقصود بالنص انما هو العرض الحقيقي للثمن المقترن بالايداع والمبرئ للذمة، وقال البعض الآخر بعكس ذلك، لكن الرأي الذي غلب وتكرس قضاء مفاده ان العرض البسيط كافٍ أي مجرد اظهار الاستعداد لدفع الثمن. ولذا كان يكفي – تبعاً لهذا الرأي – ان يبدي الشفيع استعداده لدفع الثمن في صحيفة الدعوى.

لكن موقف الاجتهاد هذا، هنا وهناك، كانت له انعكاساته: اذ ما يمنع مثلاً من ان يداعي الشفيع بالشفعة مع ما تستتبعه من تعطيل لمشروع ربما ابتغاه المشتري من وراء شرائه للعقار، ما دامت ملكيته باتت مهددة بالزوال بفعل دعوى الشفعة، ثم لا يلبث الشفيع ان يتهرب بعد زمن من نتائجها فيعدل عنها أو حتى يمتنع عن انفاذ الحكم الصادر لمصلحته لأنه لا يملك ثمن المشفوع، الامر الذي يضر بالمشتري ضرراً فادحاً فتغدو الشفعة وسيلة للمضاربة أو المساومة. وقطعاً لهذه المخاطر واثباتاً لجدية طلب الشفعة عمد الشارع المصري، عند وضعه القانون المدني الجديد، لتعديل النص السابق بأن اوجب في المادة /942/ منه بإيداع ثمن المشفوع قبل اقامة الدعوى بقوله في الفقرة الثانية منها: "وخلال ثلاثين يوماً على الاكثر يجب ان يودع خزانة المحكمة... كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع مع مراعاة ان يكون هذا الايداع قبل رفع دعوى الشفعة..." فكان اهم تعديل اصاب الأحكام السابقة للشفعة التي استقى منها القانون الجديد.

وكان ان تبنى قانون 5/2/1948 وجهة النظر الجديدة "دفعاً للضرر الناتج عن طمع بعض الشفعاء وعن تقلبات النقد والاسعار" كما ورد في اسبابه الموجبة.

4- لكن واضعي النص عندنا لئن حذوا القانون المصري. من حيث الزام الشفيع بإيداع ثمن المشفوع فعلياً قبل اقامة الدعوى، فهم لم يتبعوه في سائر خطاه، الامر الذي سنلمس بعضه من خلال هذا البحث.

وهم حتى في هذا الشأن بالذات لم يعينوا في المادة 249 المعدلة المكان الذي يتم فيه الايداع، بينما رأينا ان القانون المصري قد حسم الموقف مرة واحدة بأن عين "خزانة المحكمة" محلاً للايداع وقضى بذلك على أي جدال.

**الفصل الثاني: العرض والايداع فعلياً المقصود بالنص، ليس العرض والايداع المبرئ للذمة**

5- الالتباس الذي تثيره صياغة النص

ومن استعراض النص في المادة 249 المعدلة من القانون الملكية يتضح ان الحديث يدور حول "ثمن المبيع الذي يدب ايداعه وعرضه فعليا..." مع ان بديهيات الامور تقضي بأن الايداع، بحسب طبيعته، لا بد ان يكون فعلياً، وان العرض وحده هو الذي يمكن ان يكون فعلياً أو بسيطاً فيحتاج الى وصف مما ينم عن ان الصياغة لم تكن دقيقة لغوياً.

ولو تجاوزنا ذلك فإن النص يوحي وكأن واضعه، كونه يقرن معاملة العرض بالايداع، قد قصد بذلك المعاملة التي يلجأ اليها المدين بموجب مستحق الاداء برفض الدائن قبول ايفائه فيلجأ الى هذه المعاملة، وهي المبحوث عنها في قانون الموجبات والعقود (م 294 موجبات وما يليها) وعلى الاخص في الاصول المدنية الواردة في المادة 850 وما يليها وتحت هذا العنوان المماثل "العرض الفعلي والايداع" والذي جاء احكام صياغة، كون قانون الموجبات ان نص على عرض فإنما قصد العرض البسيط ولا حديث عن العرض الفعلي الا في الاصول المدنية. وتبعاً لذلك يبقى للبعض عذرهم فيما لو اعتبروا ان هناك اجراءات مشابهة في دعوى الشفعة تبدأ بعرض فعلي للثمن عن يد الكاتب العدل، حتى اذا رفض المشفوع منه الموافقة عمد الشفيع لايداع الثمن كما تقضي به تلك النصوص، خاصة وانه في مصر – كما مر بنا – كانت المادة 14 من قانون الشفعة الملغى بفعل القانون المدني الجديد، تنص على اعلان المشفوع منه بالرغم بالشفعة المشتملة على عرض الثمن وملحقاته، بينما تنص المادة 19 منه على وجوب القيام بهذا الاعلان بالرغبة المتضمن عرض الثمن وملحقاته خلال 15 يوماً من علم الشفيع بالبيع أو انذاره بحصوله والا سقط حقه بها، في الوقت الذي كان تنص فيه المادة /15/ منه على وجوب رفع الدعوى بالشفعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الاعلان المنوه عنه تحت طائلة السقوط، بحيث ان اعلان الرغبة المقرون بالعرض كان يسبق اقامة الدعوى لوجود مهلة كافية بعدها لإقامتها وان كان لا يمتنع على الشفيع ان يستبق الامور فيقيم الدعوى رأساً دون سبقها بإعلان الرغبة ان تقام عندئذ خلال المهلة المقررة لاعلان الرغبة بحيث تتجلى هذه من خلال استحضار الدعوى، وكل ما يترتب على هذه العجلة ان الشفيع يتحمل رسوم الدعوى ومصاريفها إن سلم له المشفوع منه بالشفعة. وظلت مثل هذه المبادرة مقبولة بعد قيام النصوص الجديدة في القانون المدني على ان يودع الشفيع بالطبع الثمن خزانة المحكمة قبل اقامتها. علماً بأن القانون المدني الجديد ان احتفظ بهذه الاجراءات عنيت بذلك اعلان رغبة الشفيع ثم اقامة الدعوى وذلك ضمن المهل التي كانت محددة في القانون الملغى، مضيفاً اليها وجوب سبق الدعوى بإيداع ثمن المشفوع في خزانة المحكمة (م 940 – 943) ولو تما بيوم واحد، فهو قد اوجد الانسجام بين النصوص بحيث لم ينص على اعلان الرغبة مقرونة بعرض الثمن كما في السابق ما دام الثمن سيجري ايداعه حتماً، بل اكتفى بإعلان الرغبة المجرد (م 940).

لكن هذا التفسير وان بدأ معذوراً بعض الشيء لا يمكن الاخذ به في لبنان كون النص عندنا، إن لم يستبعد العرض السابق للمداعاة أو اعلان الرغبة بالشفعة للمشفوع منه والتي تفترض حكماً عرضاً ضمنياً ولو بسيطاً للثمن، فإنه مع قصر المهلة للمداعاة والمخاطر التي يمكن ان يرتبها مثل هذا الاعلان أو العرض على عاتق الشفيع يجعله على صعيد الواقع مستحيلاً فضلاً عن انه غير مأمون الصداقي وتفصيل ذلك:

**6- هو ان طلب الشفعة يكون بإقامة الدعوى:**

فالشارع اللبناني في ظل النصوص الاصلية، كما في ظلها بعد تعديلها، ان كان ينص على طلب الشفعة فهو يقصد اقامة الدعوى لا اعلان الرغبة المجردة أو عرض الاخذ بالشفعة لقاء الثمن المدفوع. وهذا ما يتجلى من نص المادة 247 قبل تعديلها بقانون 5 شباط/948، حيث كان على الشفيع، ان ابلغ حصول البيع والتسجيل من قبل المشتري، ان يطالب بحقه بالشفعة خلال مهلة لا تتعدى الثلاثة ايام. وكان مفهوماً إن المطالبة تحصل بإقامة الدعوى. ولئن جاء التعديل فمدها الى عشرة ايام فلقد ظل الشارع على نهجه السابق، مراعاة لقصر المهلة التي حددها، من حيث ان طلب الشفعة انما يقصد بها اقامة الدعوى بها بحيث لا يشترط ان يسبق رفعها ابداء الرغبة بها. وهذا المفهوم إن كان يمليه نص المادة 247 المعدلة فإنما يعززه ما ورد في المادة (248/2) من ان المهلة لا تنقطع الا بإقامة الدعوى، ولعل الشارع اللبناني في نهجه هذا قد تجاوب مع الواقع لأن الشفعة ان كانت مبدئياً تتم إما رضاء وإما قضاء فمن النارد النادر ان يستجيب المشفوع منه لطلب الشفيع بالتخلي له عن الصفقة بحيث لا يبقى له من مجال سوى اللجوء للقضاء. ولو شاء الشفيع ان يعلن المشوع رسمياً رغبته بالشفعة مصحوبة بالثمن أو ما يسمى بالعرض الفعلي وفاقاً للاجراءات المنصوص عنها في المادة 850 مدنية وما يليها بحيث لو رفض العرض عمد الشفيع لإيداعه واقام بعده الدعوى لما استطاع ذلك، لأن المهلة – كما يدل الواقع المعاش – لا تكفي اطلاقاً للقيام بمثل هذه الاجراءات المتتابعة. ولرب القائل ان يقول ان هناك مهلة اطول هي مهلة سنة من تاريخ تسجيل العقد في السجل العقاري (م 248 المعدلة) ، فلو علم الشفيع بالبيع في وقت باكر لاستطاع ان يقوم بالعرض الفعلي والايداع ثم يعقبها بإقامة الدعوى إن ظلا دون جدوى. والجواب على ذلك سهل: هو إن عملية العرض والايداع انما تتعلق بالشفعة وبالتالي بدعوى الشفعة، طالت مهلة المداعاة اما قصرت فلا وجه للتفريق أو التجزئة، اضف لذلك إن الشارع قد نص على المطالبة بالشفعة عن طريق الدعوى وجعل المهلة للمداعاة، طالت ام قصرت، لا تنقطع الا بإقامتها فلا يعقل ان يعود ويلزمه بما ينقض ذلك، فصحيح ان الشارع لم يمنع الشفيع من اعلان رغبته عن غير طريق الدعوى فتصبح جائزة مذ كان الاصل الاباحة، لكن من الصحيح ايضاً ان اعلان الرغبة هذه لا يشترط فيه العرض الفعلي الذي يليه الايداع المبرئ للذمة كما سنرى.

اضف لذلك ان لجوء الشفيع بإعلان رغبته للمشفوع منه، اياً كانت الصيغة التي يعتمدها، تعرضه لخطر ولارهاقه وحتى ضياع حقه بالشفعة كلياً. ذلك ان المشفوع منه قد يبادر، عند اعلانه بالرغبة بالشفعة منه، للتفرغ عن العقار للغير فعندها لا يعود بوسع الشفيع ان يطالب بالشفعة الا هذا المتفرغ له بالذات ويكلفه اكبر بالطبع (م 250 المعدل) وقد يمتنع عليه ذلك بالمرة فيما لو تفرغ المشتري لشخص لا تجوز الشفعة منه (م 244 المعدلة). ومرد ذلك ان قيد اشارة الدعوى بالسجل العقاري ان كان يحميه تبعاً لنصوص السجل العقاري من تصرف ضار به كمثل هذا التصرف فإن اعلان الرغبة بالشفعة أو العرض عن غير طريق الدعوى لا يمكن قيده في السجل العقاري كما هي الحال في مصر (م 942/1/مدني) حيث نص على وجوب تسجيلها لدى مكتب الشهر العقاري كي تسري بحق الغير ولم ينص على شهر الدعوى كونها اغنت عنها فلا يصح هنا اذاً ان صح هناك. وهذا ما المحت اليه محكمة التمييز في قرار حديث لها.

**7- معنى العرض والايداع في الاجتهاد:**

ولئن بينا فيما سبق امتناع القول بعرض فعلي يليه ايداع مبرئ للذمة بالاجراءات المرسومة في المادة 850 مدنية وما يليها بل انما يحصلان عن طريق الدعوى، فقد استمر الاجتهاد، ومن ناحية مقابلة، على القول ان المقتضيات القانونية لعملية العرض الفعلي والايداع المبرئ للذمة، لا تتوفر في دعوى الشفعة كي يمكن القول بعدها بسلوك مثل هذه الاجراءات المرسومة.

فمنذ تعديل النص بفعل قانون 5 شباط/948 وطرح بعض المتقاضين وجهة النظر القائلة بأن النص انما قصد معاملة العرض الفعلي والايداع المنصوص عنهما في المادة 850 مدنية، رفضت المحاكم هذا الطرح معللة ذلك بتعليلات شتى تتلخص بما يلي:

أ- لا يربط الشفيع بالمشروع منه علاقة دائن بمدين بات دينه مستحق الاداء ورفض الدائن قبض دينه حتى يلجأ المدين لإبراء ذمته للعرض الفعلي ثم الايداع مع ما يستتبعه ذلك من جعل مغبة هلاك الشيء أو تعيبه على عهدة الدائن فضلاً عن انقطاع الفائدة (م 294 موجبات)، بل هناك علاقة دائن بمدين لكنها متبادلة لا بد من تنفيذهما معاً.

ب- ان كلمة "فعلياً" الواردة في النص انما اتت بعد كلمة "ايداع" فلم ترد بطريق التكرار أو التثنية فتعود لها وحدها.

جـ- العرض هو مجرد اعلان الرغبة فلا لزوم لشكليات والمعول عليه هو الايداع "فعلياً".

د- عدم اجراء العرض مستقلاً لا يلحق ضرراً بالمشفوع منه.

هـ- فالقاضاة الذين وضعوا النص فسروه بأقوالهم واحكامهم كذلك.

و- الايداع يدل على الرغبة بالشفعة فلا يبقى سوى ابلاغها عن طريق الدعوى.

وقد استقر الاجتهاد على استبعاد هذا الطرح وبالتالي عدم ضرورة اجراء عرض يسبق الايداع، حتى قلما عاود المتقاضون طرح وجهة النظر هذه وان عاوده بعضه فالوقت ثابت ومستقر.

واذا كنا لا نريد ان نستعيد هذه الحجج كلها توضيحاً أو تأييداً فإننا نكتفي باستعادة بعضها لا سيما الفقرتين الاولى والاخيرة.

فمن المقرر انه حتى في حالة العرض الفعلي المقرون بالايداع المؤديين لإبراء ذمة المدين، فإن ذلك لا ينطبق على الديون أو الموجبات المتبادلة كما في البيع الذي للشفعة مفاعيله.

ذلك انه حتى في ظل النصوص المتعلقة بمعاملة العرض الفعلي والايداع المبرئة للذمة من الدين، فقد استغنى الاجتهاد، ولاسباب جدية متعددة، عن العرض الذي يسبق الايداع فقال باللجوء للايداع رأساً بحيث يصبح الاعلام بالايداع عرضاً. وعلى وجه الخصوص في الموجبات المتبادلة كما في البيع الذي للشفعة مفاعيله، فإن المشتري عندما يمتنع البائع عن الفراغ أو التسجيل له "لا يجد المشتري بداً من ايداع الثمن على ذمة البائع بشرط الا يقبضه الا بعد التصديق على الامضاء" ثم يقيم الدعوى بثبوت البيع، بمعنى ان الايداع يسبق العرض وهو ايداع مشروط يختلف في كل حال عما يحصل في العرض الفعلي الذي يليه الايداع بالصورة العادية. اذ كيف يمكن الحديث عن عرض فعلي للدين يليه الايداع والقواعد العامة تخول هذا المدين (الشفيع) الامتناع عن التنفيذ أو الايفاء ما دام الآخر لم ينفذ موجباته أو لم يعرض على الاقل تنفيذها بصورة جدية بل هو بالاحرى يمانع في التنفيذ. نقول هذا على افتراض ان موجب دفع الثمن قد ترتب على عاتق الشفيع لمجرد ابدائه رغبته بالشفعة مع ان الامر ليس كذل: فلئن الزم الشفيع بمقتضى النص بإيداع الثمن فلا يعد مديناً لمجرد طلب الشفعة وهو ما كرسته محكمة النقض في مصر في ظل قانون الشفعة الذي لم يكن يلزم بالايداع، وكذلك في ظل القانون المدني الذي بات يلزم بذلك. ومرد ذلك هو ان الشفعة ان تحولت من رخصة الى حق أو سبب لكسب الملكية بابداء الرغبة بها من قبل الشفيع، فلا يعني ذلك انه قد اصبح ملزماً بدفع ثمن المشفوع منذ تلك اللحظة أي منذ اقامة الدعوى، بل ان ذلك لا يكون الا عند اقرار تملكه بالشفعة وبالتالي عند تحققها قضاء إن لم يكن رضاء وهو ما قرره النص الصريح في المادة 252 من القرار 3339 وما اكده الاجتهاد. ففي ذلك الحين تنشأ الموجبات المتقابلة: موجب نقل الملكية على عاتق المشفوع منه، وموجب دفع الثمن على عاتق الشفيع، وعندها فقط لا يعود بوسعه ان يطلب تسلم العقار ما لم يعرض الثمن عرضاً حقيقياً كما اكده الاجتهاد. لذا قيل ان للشفيع ان يرجع عن طلب الشفعة بعد اعلان الرغبة بها ما دام المشتري لم يقبل طلب الشفيع ولم يخطره بهذا القبول.

وحتى يمكن الذهاب ابعد من ذلك والقول إن الشارع لا يمنع ان يكون هنا قد جعل العرض والايداع اجراء واحداً والذي له مثيل في القانون المقارن كما كان الامر في قانون المرافعات المصري الاسبق الذي كان قائماً عندما استن القانون المدني، بحيث لا يمتنع ان يصاحب اعلان الرغبة بالشفعة اعلام المشفوع منه بحصول الايداع. ناهيك عن ان الاجتهاد، وحتى في ظل النصوص التي تجعل منهما اجرائين متعاقبين، قد اعتبر ان العرض الفعلي يمكن ان يتم بطريق اللوائح في الدعوى بحيث يكون قرار المحكمة بتدوين هذا العرض والمصادقة عليه يقوم بديلاً عن محضر الكاتب العدل.

والخلاصة انه يمكن القول دون تردد ان المادة 249 المعدلة في حديثها عن العرض والايداع فعلياً لم تقصد الأحكام المقررة في المادة 850 مدنية وما يليها بل قصدت الايداع الذي ينم عن الرغبة الجدية بالشفعة بحيث يكون استحضار الدعوى بحد ذاته اعلاماً بحصوله وبالتالي عرضاً للتملك بالشفعة. ويكفي للتدليل على صوابية هذا الرأي انه في ظل النصوص القائلة بعرض يسبق الدعوى – كما مر بنا - اعتبر انه لا يمتنع ان يتم العرض في خلالها.

**الفصل الثالث: مكان الايداع وكيفية تحققه**

8- وفي هذا الفصل نعالج مكان الايداع ثم نعود فنعالج كيفية تحققه بحسب النص.

**الجزء الاول: مكان الايداع**

9- الشارع اللبناني لم يعين مكان الايداع.

لاحظنا من استعراض النص ان الشارع اللبناني لم يعني مكان الايداع ونوهنا بأن واضع النص، لئن حذا حذو القانون المصري في وجوب ايداع ثمن المشفوع قبل اقامة الدعوى، لم يعين المكان، وكان حرياً به إن يفعل كما فعل القانون المصري بأن جعل الايداع يتم في خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار.

والظاهر ان واضع النص، علماً منه ان الشارع اللبناني لم يعني مكاناً خاصاً لايداع مبلغ من المال كضمانة مفروضة قانوناً حيث نص على توفر تلك الضمانة، أو لإبراء ذمة المدين اقر العرض الفعلي الذي لم يستجب له الدائن، رأى ترك الامر للقضاء ان يحدد هذا المكان كما ترك له من قبل بصدد الامور المشار اليها.

وبالفعل لو عدنا للقانون اللبناني – لا سيما القانون المدني، وقانون اصول المحاكمات المدنية – نراه لم يحدد مكاناً معيناً لايداع مبلغ من المال كما هو حاصل في القانون المقارن فتارة نراه ينص على الايداع المبرئ للذمة "لدى مصرف أو مؤسسة تقبلها الحكومة" (م 853 مدنية)، وهو الذي في الاصل لم يعين مكاناً للايداع الذي يلي معاملة العرض بل ترك الامر لحرية المحكمة في الاختيار (م 296 موجبات)، وطوراً يخول الايداع من قبل الثالث أو المحجوز لديه أو يلزم به لدى "احد صناديق الحكومة أو احد المصارف المقبولة منها" (م 636 و640 و643 مدنية)، وتارة اخرى يكتفي بالايداع "في احد المصارف المقبولة من الحكومة" لمن يريد الدخول في المزايدة في الحجز العقاري أو عرض الزيادة الاضافية (م 760 و780 مدنية).

وتجاه هذا الوضع القانوني رأينا الاجتهاد قد ساوى دوماً، وفي شتى المواضيع، بين الايداع في خزانة المحكمة أو احد المصارف المقبولة. وحتى عندما عيّن النص المكان الايداع، كما فعل في الحجز العقاري بأن جعله في احد المصارف المقبولة، فقد اقر الاجتهاد صحة الايداع لدى صندوق المحكمة.

10- ولذا فقد استقر الرأي على انه في دعوى الشفعة يمكن ان يتم الايداع إما في صندوق الخزينة أو المحكمة، وإما لدى مصرف مقبول لدى الدولة.

وهذا الرأي لم يكن يوماً موضوع معارضة من قبل أي مشفوع منه في أية دعوى بحيث تضطر المحكمة لبحثه، بل يتبين، من خلال احكامها وكأمر مفروغ منه، ان الايداع على احد هذين الوجهين يفي بغرض النص، وهذا بديهي ما دام النص لم يعين مكاناً للايداع في الوقت الذي نرى فيه الشارع في مواضيع اخرى قد ساوى بين الايداع في صندوق الخزينة وبين الايداع لدى مصرف مقبولة كفالته لدى الدولة. وهذا ما حدا بالمحاكم في معرض حديثها عن كيفية الايداع، لإمكانه بالذات، ان تقول:

"ان الاجتهاد مستقر على ان الايداع الذي قصده المشترع يتم بوضع الثمن في صندوق الدائرة القضائية العالقة امامها الدعوى، أو في احد المصارف..." .

**الجزء الثاني: كيفية الايداع**

11- ولعل هذا الجزء من البحث هو اكثر ما يثير انتباهنا نظراً لما بات يثيره من تجاذب في وجهات النظر خاصة بعد صدور (قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز رقم 14 تاريخ 10/10/1974 بدعوى سماحه ضد – دقدوق وكلارنس – مجموعة باز ص 126) بل لعله الحافز الذي دفع بنا لكتابة مثل هذا البحث؛ واننا نرى ان حسن التبويب يقتضي منا استعراض الاجتهاد الذي كان سائداً حول كيفية ايداع الثمن قبل هذا القرار لنلحقه باستعراض مضمون هذا القرار وما تلاه توصلاً لإتخاذ موقف محدد من كل ذلك.

**المبحث الاول: الاجتهاد قبل قرار الهيئة العامة**

12- الايداع بالصورة العادية:

والايداع بالصورة العادية لم يثر أي اشكال لدى المحاكم، اذ كان يكفي ان يودع الشفيع ثمن المشفوع نقداً في صندوق الخزينة على حساب دعوى الشفعة بحيث يفهم، ضمناً ان لم يكن صراحة، ان هذا المبلغ لا يعود بوسعه سحبه الا بإذن المحكمة أو قلم المحكمة ما دام الايصال المشعر بالايداع لا بد ان يرفق حتماً باستحضار الدعوى تدليلاً على قيامه بهذا الشرط المفروض – كذلك كان يكفي ان يرفق الشفيع افادة من المصرف موجهاً للمحكمة تشعر بأن الشفيع اودع لديه مبلغاً من المال يعادل ثمن المشفوع يتعهد بدفعه عند اول اشارة من قبل المحكمة، أو بالاحرى عند صدور حكم يكرس حقه بالشفعة قضاء، ان لم تتم رضاء أي بموافقة المشفوع منه على الحق بالشفعة.

13- الايداع بواسطة شك.

لكن الاشكال قد ثار ويثور عندما يعمد الشفيع لسحب شك على مصرف لأمر رئيس المحكمة المقامة لديها الدعوى مؤشر عليه من قبل المصرف أو مقبول منه تدليلاً على توفر المؤونة لديه بقيمة الشك، فيرفقه بدعواه على ان لا يجري قبضه، اياً كان المسحوب له أو المظهر له، الا عندما يكرس حقه بالشفعة قضاء أو رضاء، فلقد اعتبر بعض المدعى عليهم أو المشفوع منهم ان ذلك لا يحقق غرض الشارع بالايداع المشروط قانوناً. لكن محكمة التمييز قبلت هذه الصيغة وعدتها ايداعاً:

"وحيث ان الطعن يعيب على الحكم المميز اعتباره سحب الشك في الدعوى الحاضرة ايداعاً كافياً ومتفقاً مع غرض المشترع.

وحيث ان الايداع الذي قصده المشترع في قانون 15/2/947/ المعدل للمادة 249 من القرار 3339 هو وضع الثمن في صندوق الدائرة أو احد المصارف المقبولة لغاية تقديم دعوى الشفعة وذلك بغية تأمين دفع الثمن للمشتري في حال استحقاقه له عند الاخذ بطلب الشفعة اذ بذلك تتحقق الضمانة اللازمة دون التعرض لعجز الشفيع وعدم ملاءته.

وحيث ان قيمة الشك وجدت مجمدة ومنفصلة عن حساب للساحب لدى المسحوب عليه البنك الوطني للتجارة والصناعة ومخصصاً لدفع هذا المال للمشفوع منه السيد ليشع بحيث لا يجوز للساحب ان يسحب هذا المال الا بأمر من المسحوب له أو من المحكمةز

وحيث ان تجميد المال في البنك على الشكل المبين لا يختلف في جوهره عن الايداع العادي... وليس في استعمال صيغة الشك سوى وسيلة من وسائل اثبات الايداع...  والظاهر ان هذا القرار كان المنطلق في هذا الاتجاه اذ نوه به فيما بعد، حتى بات اجتهاداً مستقراً اخذت به قرارات عديدة صادرة عن محكمة الاستئناف نذكر على سبيل المثال قولها:

"وحيث ان الاجتهاد مستقر على اعتبار ان الايداع يصح بموجب شك اذا كانت قيمته مجمدة ومخصصة لدفع قيمة المشفوع بحيث لا يجوز للساحب ان يسحب هذا المال الا بأمر من المسحوب له أو المحكمة، اذ ان تجميد المال في البنك على الشكل المبين لا يختلف في جوهره من الايداع العادي... وليس في استعمال الشك سوى وسيلة من وسائل اثبات الايداع...".

14- الكفالة المصرفية:

تجاه هذا الموقف والاجتهاد الذي اطلقته محكمة التمييز، حرص كل مدع أو شفيع على ان تكون افادة المصرف المرفقة بدعوى الشفعة تنم عن انه قد اودع مبلغاً لديه معد لدفع ثمن المشفوع، أو ان يكون الشك المرفق بالدعوى مؤشراً عليه بما يفيد الاطلاع أو القبول توكيداً لتوفر مؤونته اياً كانت العلاقة الخفية أو الخاصة التي تربطه بالمصرف. وعلى ما يبدو فات بعض مدعي الشفعة بعض الاحيان الالحاح في اخفاء الطابع المطلوب على الافادة الصادرة من المصرف تدليلاً على ايداع الثمن، فهتك الستر عن هذه العلاقة الخفية باعتبار ان تعهد البنك بدفع الثمن ليس سوى كفالة قدمها المصرف للشفيع. وكان من البديهي ان يسارع المشفوع منه لانتهاز هذه الفرصة للقول بأن الكفالة المصرفية ليست بالايداع المقصود توصلاً للقول بعدم توفر هذا الشرط فماذا كان موقف القضاء؟ في اول قرار تمييزي بهذا الخصوص، نرى محكمة التمييز (الغرفة الثانية) ترد طلب النقض للقرار الاستئنافي الذي لم يعتد بالكفالة المصرفية على انها توفر الايداع المقصود بالنص، لكن محكمة التمييز (الغرفة الثالثة) ما لبثت بقرارين، متلاحقين في ذات السنة ان اعتبرت ان الكفالة الصادرة عن المصرف بالتكافل والتضامن مع الشفيع بدفع ثمن المشفوع للمشفوع منه، لمجرد تحقق الشفعة قضاء أو رضا، تفي بغرض الشارع في النص،

وعللت ذلك بما ملخصه:

ان الشارع قد رمى من وراء النص منع الشفيع من اتخاذ الشفعة ستاراً لمساومة المشفوع منه أو المضاربة قصد الربح وهو لم يعين مكان الايداع كما فعل القانون المصري فاستمر الاجتهاد على القول بأن الايداع يمكن ان يتم في صندوق الخزينة أو في احد المصارف المقبولة كفالتها، وايداع المال في مصرف ليس بالايداع المحض مع ما يترتب على ذلك من التزام الوديع جزائياً ومدنياً بل هو ايداع غير صحيح أو ناقص dépôt irrégulier بحيث يغدو المبلغ متوجباً بذمة المصرف مما يشكل في حقيقة الامر عارية الاستهلاك أو قرض الاستهلاك بحسب المواد 691 و755 و763 موجبات، والكفالة كهذه تجعل المصرف مديوناً بها مباشرة تجاه المشفوع منه عملاً بالمادة 1069 موجبات. ومع ان هذا الرأي الاخير، بالنسبة للكفالة المصرفية، كاد ان يغدو اجتهاداً مستقراً لا سيما بعد ان تتالت القرارات في هذا الاتجاه والتي اعتبرت ان ايداع مبلغ من النقود لا يعدو ان يكون عارية استهلاك أو الوديعة غير الصحيحة، ولعدم صدور أي رأي مناقض له، خاصة من قبل المحكمة العليا، لعدة سنوات، نرى ان احدى الغرف في محكمة التمييز بحجة وجود تناقض في الاجتهاد حول ما اذا كانت مثل هذه الكفالة تشكل الايداع المقصود بالنص ام لا – والتناقض هو الذي يبرر مثل هذه الاحالة عملاً بالمادة 42 تنظيم قضائي – احالت دعوى: سماحة – دقدوق وكلارنس للهيئة العامة لمحكمة التمييز الذي اصدرت قرارها رقم 14 تاريخ 10/10/974/ وفيه اعتبرت ان الكفالة المصرفية المتضامنة لا تفي بغرض الشارع في النص الوارد في المادة 249 من القرار 3339.

**المبحث الثاني: قرار الهيئة العامة رقم 14 تاريخ 10/10/974/ وما تبعه.**

15- ولكي يمكن توخي الامانة العلمية في مناقشة هذا القرار نرى من المفيد ايراده حرفياً خاصة وانه ليس بالقرار المسهب.

"بما ان طالب النقض يدلي بما خلاصته:

ان فرحان شاهين دقدوق اشترى من السيد فارس سماحه /1200/ سهم في العقار 416 المدور. بيروت في تموز / 966 بقيمة /12000/ دولار وان لطالب النقض الاسهم الباقية في العقار وانه قدم كفالة تضامنية مصرفية تضمن كامل الثمن مع ملحقاته.

وان القرار الاستئنافي اخطأ في تطبيق القانون عندما قال ان تعهدات المصرف لا تشكل الايداع المقصود في المادة 249 من القرار 3339، فالقرار الاستئنافي واجب النقض.

وبما ان النقطة الواجب حلها هي معرفة ما اذا كانت الكفالة المصرفية المتضامنة تفي بالايداع المنصوص عنه في المادة 249 من القرار 3339.

وبما ان المادة 249 المذكورة توجب على راغب الشفعة ان يعرض ويودع ثمن البيع فعلياً يوم تقديم دعوى الشفعة على الاكثر.

وبما ان للقرار بدعوى الشفعة مفعول البيع فهو ينقل ملكية العقار المتنازع فيه الى الشفيع وبنفس الوقت ملكية المشفوع منه للثمن المدفوع المودع ويعلن حق هذا الاخير بالقبض حالاً.

وبما ان تجاه هذا المفعول القانوني المزدوج للقرار لا يمكن ان تعطي لكلمة الايداع معنى يمكن ان يؤدي الى الحؤول دون انتاج القرار الكامل مفعوله أو ان يعرض الى ذلك، فالايداع هذا يجب ان يحصل بواسطة وسيلة دفع نقداً أو شك مقبول من مصرف رسمي تمكن المشفوع منه ان يقبض الثمن وملحقاته حالما يصدر القرار.

وبما ان الكفالة ليست وسيلة دفع انما ضمانة له فهي لا تفي بالمعنى مهما كان مصدرها.

وبما ان لا شيء في المادة 249 يدل على ان الدفع يمكن ان يكون بغير طرقه العادية (النقد أو الشك المقبول من مصرف رسمي).

وبما ان حق الشفعة هو حق استثنائي يحول دون ممارسة حق الملكية الحر وحق التملك وتضعف مبرراته مع التقدم الاجتماعي الحديث، فلا شيء في طبيعة حق الشفعة يدعو الى التوسع في تفسير شروطه خصوصاً متى كان من نتيجة ذلك ان يعرض الى عقبات.

وبما ان المطعون فيه لم يخطئ في تعليله لهذه الناحية..."

16- موقف الاجتهاد بعد قرار الهيئة العامة وعلى الاخص قرار الغرفة الرابعة في محكمة التمييز رقم 2 تاريخ 24/3/1981/ بدعوى بشارة سابا – رامز كلنك.

والذي يبدو ان الاجتهاد في الأحكام التي صدرت بعد قرار الهيئة العامة، وهي قليلة بسبب الظروف المعلومة، قد استمرت في اتجاهها السابق لجهة اعتبار ان الايداع يتم بواسطة شك معلم عليه أو مقبول ما دامت الهيئة العامة قد اعتبرته وافياً بغرض النص على الايداع من ضمن بحثها للموضوع الاساسي الا وهو الكفالة. لكنها ظلت امينة اكثر للاجتهاد الذي سبق قرار الهيئة العامة والذي كان يحيط الشك المسحوب لأمر المشفوع منه أو المحكمة الناظرة بدعوى الشفعة بشروط اهمها: ان تكون "قيمة مجمدة ومخصصة لدفع قيمة المشفوع" الخ... أو "... مجمدة منفصلة عن حساب الساحب لدى المسحوب عليه ومخصصة لدفع هذا المال الى المشفوع منه بحيث لا يجوز للساحب ان يسحب هذا المال الا بأمر المسحوب له أو المحكمة..." – كما ورد لها في قرار لاحق لقرار الهيئة العامة، مما ينم كفاية انها لا تنحو تماماً منحى الهيئة العامة في قرارها بالاكتفاء بشك مقبول من المصرف فحسب، بل لا بد من توفر شروط اخرى مضافة.

اما بصدد الكفالة المصرفية المتضامنة فالظاهر ان بعض المتقاضين أو الشفعاء، وقد ركنوا لاجتهاد محكمة التمييز السابق لقرار الهيئة العامة الذي كرس قبولها كإيداع للثمن واطمأنوا لصلاحها فأعتمدوها حين تقديم دعواهم، ما لبثوا ان فوجئوا بقرار الهيئة العامة فردت دعاواهم تبعاً له من قبل المحاكم، كما حصل في الدعوى التي ادت لصدور القرار التمييزي رقم 2 تاريخ 24/3/1981/ المنوه عنه. وهذا القرار، الذي خالف رأي الهيئة العامة لمحكمة التمييز فأقر صحة الكفالة التضامنية على اعتبار انها وافية بغرض الايداع في الشفعة، خالفه ايضاً في الاسلوب عندما استوعب التعليلات الواردة فيه وكذلك في القرار التمييزي السابق له والمتفق معه من حيث النتيجة، فرد عليها معاً مناقشاً ولم يغفلها كما فعل قرار الهيئة العامة في اغفاله ما ورد في الرأي المعاكس الذي ذهب اليه، ونورد منه بعض حيثياته التي جاء فيها:

"وحيث من الواضح ان المحكمة الاستئنافي ان اعتبرت ان الكفالة المصرفية ولو تضامنية، لا تفي بغرض الشارع من الايداع المقصود بالنص، فهي قد اعتبرت – كالهيئة العامة – ان الايداع لا يكون الا ان تجمد مؤونة الشك لمصلحة دعوى الشفعة.

وحيث من المسلم به – لا سيما على ضوء الاسباب الموجبة لقانون 5 شباط سنة 1948 الذي عدل احكام الشفعة في القرار 3339 – ان واضعي مشروع التعديل انما تأثروا وقتها بمشروع القانون المدني المصري فاشترطوا عرض وايداع ثمن المبيع فعلياً تعبيراً عن جدية رغبة الشفيع في الشفعة، وهو ما قالته المحكمة في قرارها المطعون فيه، بحيث لا تتخذ ستاراً لمساومة الشفيع أو المضاربة قصد الربح عن هذه الطريق، وبحيث يستطيع المشفوع منه ان يقبض الثمن أو ان يكون واثقاً من قبضه في حال صدور القرار بتمليك الشفيع بالشفعة فلا يضطر للقيام بإجراءات اخرى.

"وحيث اذا كانت هذه المحكمة قد بينت في قرارها ان الكفالة التضامنية المقدمة من مصرف لغاية دعوى الشفعة هي اوفى ضمانة واقوى من الايداع في المصرف للثمن مما يتوجب معه نقض القرار من هذه الجهة دونما حاجة لاستعراض ما اسمته بوسيلة الايداع الاخرى، الا وهي الشك المجمدة مؤونته، فإن هذه المحكمة يكفي ان تنوه بأن شكاً كهذه الا يمكن ان يعطى على سبيل الضمانة كما في سند السحب (م 450 تجارة معطوفة على المادة 333 منه) لأن الشك بطبيعته هو وسيلة دفع "وقابل للامضاء لدى الاطلاع وكل شرط مخالف يعد لغواً" (م 425 تجارة)

وحيث من الواضح ان واضعي قانون التعديل الصادر في 5/2/1948/ وان تأثروا بمشروع القانون المصري، فهم لم يتبعوه الى آخر المضاف في العديد من الأحكام والتي لا مجال لذكرها، وحتى بالنسبة لتأمين ثمن المشفوع أو ما يضمن دفعه حين الاقتضاء، فهم لم يجعلوا خزانة المحكمة هي المحل الذي يجب ان يودع فيه الثمن كما فعل القانون المصري اذ هم يعينوه بالمرة وبذلك تركوه للاجتهاد.......

وحيث تجاه ايراد العرض والايداع فعلياً للثمن فقد ذهب الظن الى ان المقصود انما هو معاملة العرض الفعلي والايداع المنصوص عنها في المادة 850 مدنية وما يليها، وهو ما تذرع به بعض المتقاضين احياناً، الى ان القضاء استمر فاستقر على القول ان مثل تلك المعاملة ليست مقصودة بالنص لأسباب عدة اهمها ان الشفيع لا يصبح مدنياً بالثمن لمجرد ابداء رغبته بل يحصل ذلك ان استجيب له رضاء أو قضاء......

وحيث تجاه ما ذكر، فإن القضاء اعتبر ان كل ايداع للثمن في مكان يمكن ان يكون موضعاً للايداع يكون قانونياً، ولهذا فيصح في صندوق الخزينة كما يصح في احد المصارف.

وحيث لا غرو ان هذا الرأي قد جاء قياساً على ما ورد في المادة 853 مدنية التي نصت على ان الايداع المبرئ للذمة يحصل في مصرف أو سواه.

وحيث ان بعض مدعي الشفعة قد لجأ للكفالة المصرفية التي بموجبها يتعهد المصرف بدفع الثمن موضوع دعوى الشفعة معتبراً انها تشكل الايداع المطلوب في مصرف.

وحيث ان هذه المحكمة (في قرارها رقم 31 تاريخ 4/11/969/) انطلاقاً من ان الاجتهاد، وقد اعتبر ان الايداع في المصرف هو قانوني ومن ان هذا الايداع ينشأ عنه تعهد المصرف أو تصريحه بدفع ثمن المشفوع للمشفوع منه في حال تحقق الشفعة رضاء أو قضاء أو باعتبار ان الغاية هي توفير ضمانة جدية للمشفوع منه تمكنه من قبض الثمن حين الاقتضاء، اعتبرت ان الكفالة المعطاة من المصرف بالتضامن مع الشفيع لغاية دعوى الشفعة انها تحقق ذات النتيجة المتوخاة، كون الايداع في المصرف يعني في حقيقه الايداع الذي يخول المصرف التصرف بالمال على ان يدفع مثله، وهو ما يسمى بالايداع غير الصحيح dépôt irrégulier والذي بمقتضاه يغدو المصرف مشغولة ذمته بالمبلغ تجاه المشفوع منه، وقد سار الاجتهاد بعده في هذا الاتجاه (قرار تمييزي رقم 37 تاريخ 26/12/1969/ مجموعة باز ص 160).

وحيث ان هذا القرار كان تالياً (للقرار التمييزي رقم 94 تاريخ 10/4/1969/ النشرة القضائية سنة 1969 ص 954) الذي اعتبر ان الكفالة المصرفية لا تفي بفرض النص باعتبارها تشكل موجباً شخصياً عملاً بالمادة 1053 من جهة، ومن جهة ثانية يجب ان تكون مقبولة من الدائن على وجه صريح.

وحيث بعد القرار التمييزي المنوه عنه لم يصدر أي قرار عن المحكمة العليا معاكس له بحيث اغرى بعض مدعي الشفعة، ومنهم المدعي على ما يبدو، على اللجوء للكفالة المصرفية التضامنية لحاجة دعوى الشفعة على الوجه المعروض فيما سبق حتى جاء قرار الهيئة العامة اللاحق والمعاكس.

وحيث من المقرر ان العبرة للوصف القانوني الذي تضيفه المحكمة على عمل قانوني ما اذ العبرة للمعاني لا للمباني.

وحيث ان ايداع مبلغ من قبل الشفيع في مصرف، وتصريح هذا المصرف ان المبلغ قد دفع لغاية دعوى الشفعة للمشفوع منه في حال تحققها، يجعل المصرف مشغولة ذمته تجاه المشفوع منه بهذا المبلغ في حال نزع ملكيته لمصلحة الشفيع بصدور حكم مبرم بالشفعة، وبحيث يصبح المشفوع منه في احسن الاحوال هو الدائن للمصرف بالمبلغ بدلاً من الشفيع.

وحيث ان المشفوع منه والحالة هذه، ان عجز المصرف عن الدفع ولم يكن بإمكان تعويمه تعرض للتصفية، يتحمل المشفوع منه المخاطر الناجمة عن ذلك كما لو كان المبلغ الموجع يفوق الحد الذي تضمنه مؤسسة ضمان الودائع، فضلاً عن انه قبل قيام التملك بالشفعة رضاء أو قضاء فإن المبلغ، وقد ظل ملكاً للشفيع، قد يصبح ضمانة واهية ان افلس هذا الاخير اذ تدخل ضمن موجودات الطابق.

وحيث انه على العكس من ذلك، فإن الكفالة المصرفية بالتضامن مع الشفيع لغاية دعوى الشفعة، والتي تجعل المصرف مديناً بالتضامن (م 1069 موجبات) بحيث يصبح ملزماً لمجرد تحقق الشرط المعلةق عليه الا وهو تمليك الشفيع للمال قضاء أو رضاء (مادة 1057 موجبات)، هي الاقوى والاوفى ما دامت ملاءة المصرف لا تقاس بملاءة الآخرين. وحيث اذا اكدنا – كما ذهبت اليه الهيئة العامة وتبعاً لها محكمة الاستئناف – ان ايداع مبلغ في المصرف هو الذي يوفر الضمانة المطلوبة في النص دون الكفالة التضامنية، في الوقت الذي بينا ان لها ذات المفاعيل بل الكفالة اقوى واوفى، افلا يعني ذلك وكأننا نضيف شرطاً لم ينص عليه القانون الا وهو ان يكون الشفيع المودع دائناً للمصرف بفعل الايداع لا مديوناً له بفعل الكفالة، مع ان العبرة في تحقق شرط الشارع لا الدخول في متاهات علاقات الشفيع بالمصرف أو سواه، اذ قد تنم الكفالة عن ان الشفيع دائن للمصرف لا مديون، كما ان الايداع فيه قد يتم من حساب مفتوح لدى المصرف للشفيع الذي بات مديوناً.

وحيث ليس ادل على ان العبرة في التزام المصرف بثمن المال المشفوع لا اكثر ولا اقل، مسارعة المدعي للحصول من المصرف الكفيل على تصريح بأن الكفالة صاحبها ايداع مبلغ بقيمتها بحيث لو قدم مع دعوى الشفعة لكانت مقبولة على ضوء الرأي الذي تناقش – وهو ما المحت اليه المحكمة في تعليلها الاستطرادي الذي سنورده من ضمن السبب الثاني – بحيث تكون، خلافاً للقاعدة، "قد تأثرنا بالشكل لا بالجوهر أو بالمباني دون المعاني...".

والملاحظ ان هذا القرار ان ناقش الاسباب التي تذرع بها الرأي المعاكس – لا سيما رأي الهيئة العامة الوارد في قرارها – فهو قد اومأ من بعيد إلى ان صيغة الايداع عن طريق الشك قد لا تكون في محلها قانوناً لأنها لم تكن الموض وع الاساسي المطلوب بحثه:

**المبحث الثالث: نظرة تقويمية**

17- وفي هذا المبحث سنعالج امرين اثنين: الكفالة المصرفية، والايداع عن طريق الشك.

**المطلب الاول: الكفالة المصرفية تفي بالايداع المطلوب بالنص**

18- ملاحظات اولية حول قرار الهيئة العامة.

واول ما يستلفت الانتباه في هذا القرار هو انه، ان نبذ الكفالة المصرفية متبنياً بذلك اح الآراء في هذا الصدد، دون الرأي المعاكس، فقد كان مختصراً في التعليل عما سبقه اليه الرأي المبتن، واهمية القرار تكمن في حججه أو تعليلاته القانونية. كذلك فإن هذا القرار لم يكن دقيقاً في تعابيره اذ يتحدث عن "شك مقبول من مصرف رسمي" وهو بلا شك لا يقصد "مصرف لبنان" باعتباره يعد وحده المصرف الرسمي، بل يقصد مصرفاً مقبولة كفالته من الدولة تبعاً للنصوص القانونية المتعلقة بهذا الخصوص. اضف الى ذلك انه يرى ان الايداع المقصود بالنص انما يرمي لتمكين المشفوع منه "ان يقبض الثمن وملحقاته حالما يصدر القرار" مع ان الايداع بحسب المادة 249/1/ يقتصر على ثمن المبيع فلا يشمل ملحقاته وان توجب على الشفيع دفعها.

19- الايداع المقصود بالنص انما يرمي لايجاد ضمانة "sûreté"

وما دمنا قد قررنا من قبل:

أ- ان الكفالة التي رمى اليها الشارع المصري، ومن بعده اللبناني، من وراء الايداع انما هي للتدليل على الرغبة الجدية بالشفعة، وبالتالي تمكين المشفوع فيه من الاطمئنان الى انه، ان استجاب للشفعة رضاء أو الزم بها قضاء، سيتمكن من قبض الثمن كما نوه به قرار الهيئة العامة نفسه، فلا يضطر الملاحقة الشفيع بالايفاء والتعرض لعدم ملاءته بحيث لا يعود امامه بالنتيجة سوى رفع دعوى بالغاء البيع لعدم الدفع.

ب- وان الايداع كما يصح حصوله في صندوق الخزينة، يصح حصوله في مصرف مقبولة كفالته من الدولة.

جـ- وان الرأي المستقر على ان الايداع ليس الايداع المقصود بمعاملة العرض الفعلي والايداع المبرئ للذمة. فانطلاقاً من هذه المسلمات بات لزاماً علينا ان نحدد ماهية هذه الضمانة ومفاعيلها القانونية لنرى بالنتيجة عما اذا كانت الكفالة المصرفية تفي بالغرض الذي رمى اليه الشارع ام لا؟ اللهم الا اذا اعتبرنا ان الايداع انما هو اجراء احتفالي لا يتم الا بشكل معين، كما كان الامر مثلاً في ظل القانون الروماني حيث كان الشكل هو المعول عليه في قيام الاعمال القانونية. ولا نظن ان احداً يخطر بباله ان يقول مثل هذا القول كي ينسب لقرار الهيئة العامة مثل هذا المنحى.

20- ماهية ايداع مبلغ من النقود في مصرف، ثم ايداعه مع التخصيص avec affectation spéciale فلايداع عامة، وحتى الايداع المبرئ للذمة المنصوص عنه في المادة 853 مدنية، ان كان مبدئياً يشكل وديعة dépôt دون سواها من الاعمال القانونية المشاهبة، فهو ان تناول الايداع مبلغاً من النقود في مصرف أو في "صندوق الودائع والامانات" بأن لا محالة "وديعة ناقصة" بمعنى انها تلزم حين الاقتضاء برد مبلغ مماثل فحسب، ناهيك عن ايداع كهذا في مصرف لا زال موضع خلاف: فقد قال البعض انه يشكل وديعة ناقصة dépôt irrégulier بينما نفى البعض الآخر وجود عقد كهذا بحيث عدته الاكثرية في الفقه قرض استهلاك prêt de consommation وكذلك غالبية الاجتهاد. ومرد ذلك هو ان النقود كونها من المثليات أو الاشياء التي تستهلك بالاستعمال فإن متسلمها يصبح مديناً بها، لا حائزاً لمال الغير حتى ولو جاز وصفها بالرهن فسلمت لثالث مثلاً اذ تغدو حينئذ عملية رهن ناقص gage irrégulier قياساً على الوديعة الناقصة.

اما في لبنان فلا مجال للخلاف على طبيعة ايداع النقود في مصرف اذ هو بحسب المادة 307 تجارة معطوفة على المادة 691 موجبات "قرض استهلاك" لا وديعة ناقصة، لصراحتها في تملك المصرف للنقود المودعة لديه على ان يرد ما يعادلها، ما خلا حالة الايداع لغرض معين – كما هي الحال في دعوى الشفعة – فعندها تعد "وديعة ناقصة" يلزم بموجبها المصرف ان يحتفظ بصندوقه بمبلغ معادل للمبلغ المودع في رأي البعض، بينما البعض الآخر يرى فيه توكيلاً للبنك للقيام بمهمة معينة.

وغاية ما ترمي اليه هذه التفرقة بين الايداع العادي، سواء عدّت وديعة ناقصة ام قرض استهلاك، وبين "الايداع مع التخصيص"، هو ان الاجتهاد – خلافاً للفقه – رأى انه في هذه الحالة الاخيرة يمكن ملاحقة متسلم المال الذي عجز عن رده بجرم اساءة الامانة كما لو كان الامر بوديعة صحيحة (م 671 عقوبات لبناني)، بينما في الحالة الاولى فلا مجال للملاحقة بمثل هذا الجرم.

21- الايداع لا ينقل ملكية النقود المودعة لمن وجه اليه العرض والآثار المترتبة على ذلك فأياً كانت غاية الايداع، حتى لو كان ايداعاً مبرئاً للذمة تلا العرض الفعلي، فإن مجرد ايداع ليس من شأنه نقل ملكية المال لمن وجه اليه العرض حتى ولو كان دائناً. ولقد قيل انه عند قبول العرض أو بصدور حكم مبرم يكرس صحة العرض والايداع، تنتقل ملكية الماد للدائن، وعندها يمتنع على المودع استعادة المال المودع الا برضى الدائن، اما قبل ذلك يظل بوسع المودع أو المدين استرداد المال.

وعندي ان صح هذا الراي هناك فإنه لا يصح الا جزئياً هنا وذلك لاختلاف النصوص. فالأصل ان النقود لا تنتقل من ذمة شخص لذمة آخر الا بالقبض أو التسليم. وان كانت الملكية في المثليات أو بالاشياء المعينة بنوعها تنقل بالاحراز، ومن هنا فإن كل نص مخالف انما يعد استثناء للقاعدة ويفسر بوجه الحصر.

فإذا كانت المادة 297 موجبات، المقابلة للمادة 1261 مدني فرنسي، بصدد الايداع المبرئ للذمة تجيز للمديون ان يسترد الشيء المودع ما دام الدائن لم يصرح بقبوله الايداع، تكون قد اقرت انتقال المال للدائن بمجرد القبول، فليس من نص يقر ان الحكم بصحة العرض والايداع من شأنه نقل ملكية المال أو النقود للدائن بحيث بات ممتنعاً على المدين المودع استرداده كما هي الحال في فرنسا حيث يوجد نص صريح (م 1262 مدني فرنسي).

والشارع عندما اراد تحقق هذا المفعول فقد نص عليه كما فعل في الحجز لدى ثالث عندما نص في (المادة 643 مدنية) على ان الحكم القاضي بثبوت الدين من شأنه جعل المنفعة محصورة بالحاجز دون سواه بحيث يغدو الحجز اللاحق لصدور الحكم لغوا لوقوعه على مال خرد من ذمة المدين المحجوز عليه، فانتقل بحوالة قضائية للدائن الحاجز، متبعاً في ذلك ما اقره القضاء الفرنسي المؤيد من معظم الفقه بحيث عد بمثابة الامتياز للحاجز ولمن شاركه في الحجز (م 646 مدنية) . والظاهر ان الشارع، ان لم يجعل في قانون الموجبات والعقود الحكم بصحة العرض والايداع ناقلاً لملكية المال المودع للدائن الذي وجه اليه العرض، قد تأثر بالجدال الذي دار بهذا الشأن في اثر الحجز لدى ثالث عندما انبرى قسم من الفقه ينازع فيما ذهب اليه القضاء في فرنسا، وهو الذي اعتبر ان الحكم بإثبات الحجز من شأنه نقل ملكية النقود المحجوزة بفعل الحوالة القضائية للحاجز واخراجها من ذمة المدين المحجوز عليه، بالقول ان الحكم ليس من شأنه سوى تعيين طريقة دفع الدين للحاجز ليس الا indication de payement بحيث يسوغ له استيفاء دينه من المحجوز لديه، لكن المال لا يخرج من ملكية المدين المحجوز عليه الا بالدفع الفعلي بحيث يمكن لدائني هذا الاخير المشاركة بالحجز رغم صدور الحكم54. مع التنويه ان لا عجب في التناقض بالمنحى بين الاصول المدنية وقانون الموجبات والعقود لأن واضع النص في كليهما ليس نفسه.

ويترتب على هذه القواعد التي صار تقريرها النتائج التالية:

اولاً: فالمال المودع يمكن حجزه بطريقة الحجز لدى ثالث بحيث يجوز ان يشترك في القاء الحجز على الاموال المودعة جميع دائني المودع أو المدين مما يجعل مخاطر استيفاء الدائن لدينه من المال المعروض رهناً بملاءة المدين أو المودع. نقول هذا القول مع علمنا بقانون 3/9/956/ المتعلق بسرية الودائع في المصارف الحاصلة في الاصل على موافقة خاصة من وزير المال دون الاخرى والتي باتت جميعها خاضعة لمبدأ السرية بفعل قانون النقد والتسليف تاريخ 1/8/963/ (المواد 126 و137 و139 منه) مذ اصبح تسجيلها واجباً على لائحة المصارف لدى المصرف المركزي بحيث حل محل موافقة وزير المال، وهو القانون الذي يمنع في المادة 3 منه الحجز على "الاموال والموجودات المودعة لدى المصارف الا بأذن خطي من اصحابها" مما يعني امتناع التصريح على المصرف المفروض اصلاً بالمادة 637 مدنية على المحجوز لديه. ذلك ان هذا القانون – هو كما نرى – قانون لاحق للتعديل الطارئ على نص المادة 249 من القرار 3339، ونحن هنا في صدد الحديث عن الضمانة التي توخاها الشارع في دعوى الشفعة وعن مدى هذه الضمانة وقت اشترع النص المعدل في ضوء المبادئ القانونية العغامة، وليس في ضوء ما طرأ عليها بصورة عاضة بفعل قانون خاص. اضف لذلك ان الايداع في المصرف ان كان مشمولاً بقانون سرية المصارف بحيث يمتنع على المصرف افشاء السر وابداء التصريح المفروض على المحجوز لديه في الحجز لدى ثالث، فإن الايداع في صندوق الخزينة يجعل الحجز لدى ثالث على المبلغ المودع وارداً دون عاتق.

ثانياً: فما لو افلس المودع ومثله الشفيع، عملاً بمبدأ تخلي المفلس عن ادارة امواله أو التصرف بها وبالتالي قبض أي مبلغ أو دين عائد له، وكذلك دفع أي مبلغ لأحد دائنيه مع منعه من حق المداعاة (م 501 تجارة) حتى باتت هذه الاعمال مخولة للسنديك، فله وحده متابعة دعوى الشفعة أو العدول عنها (م 503 تجارة) ما دامت لم تتكرس قبل الافلاس لا رضاء ولا قضاء لتصبح ملزمة بمثابة بيع انعقد قبل حكم الافلاس، وبالتالي فإن المال، الذي ظل ضمن الذمة المالية للمفلس رغم ايداعه يدخل في مقتنيات الطابق.

واذا كان ما ذكر يصح في الايداع المبرئ للذمة، فبأولى حجة ان يكون الامر كذلك في الشفعة بعد ان قررنا ان الايداع المقصود بالنص ليس بالايداع المبرئ لذمة مدين تجاه دائن وانما في احسن الحالات ايداع مشروط بنقل ملكية المال المشفوع له رضاء أو قضاء كون الشفعة لها مفاعيل البيع، وبالتالي فإن الموجبات التي تنشأ بفعل تحققها انما هي موجبات متقابلة كل موجب يشكل سبباً للموجب المقابل. وتبعاً لذلك فإن الثمن المودع يجوز حجزه من قبل دائني الشفيع، كما انه يدخل في مقتنيات الطابق ان افلس بحيث لو شاء المشفوع منه الموافقة على الشفعة وقبض المبلغ لإمتنع عليه ذلك بفعل الافلاس الا اذا شاء السنديك الاستمرار في متابعة دعوى الشفعة بدلاً منه. وهذا واضح اذ لو وضعنا ايداع المبلغ في مصرف توكيلاً للمصرف من قبل من اودع المال في رأي البعض، أو لو اعتبرناه وديعة في رأي البعض الآخر فالنتيجة واحدة، من حيث بقاء المال في ذمته لم يدخل ذمة المشفوع منه فيمكن حجزه من قبل دائني الشفيع كما انه يدخل في مقتنيات الطابق فيما لو افلس الشفيع اذا كان تاجراً، اذ بافلاسه تسقط الوكالة عملاً بالمادة 808 موجبات فيمتنع على الوكيل متابعة الوكالة، كما يمتنع عليه ايضاً ذلك فيما لو عد وديعاً كلف بالدفع الثالث عينه المودع اذ يكتسب في مثل هذه الحالة، صفة الوكيل ايضاً بدليل ان المادة 707 موجبات قد نصت على انه عند وفاة المودع لا يخول الوديع ردّ الوديعة الا الى ورثته وبالتالي تسقط الوكالة بالافلاس كما قدمنا .

ثالثاً: والمال المودع لا ينتقل بفعل الحكم المبرم بالشفعة من ذمة الشفيع لذمة المشفوع منه خلافاً لما ذهب اليه قرار الهيئة العامة، فيما لو اخذنا بالرأي الذي ابديناه على ضوء النصوص في القانون اللبناني، بل يعين للمشفوع منه طريقة دفع أو استيفاء دينه بتخويله ملاحقة الوديع والتنفيذ عليه في حدود المبلغ المودع، خاصة وانه في الشفعة بالذات، صدور الحكم من شأنه ان ينتج مفاعيل البيع عملاً بصريح النص (م 252 و253 من القرار 3339)، بمعنى ان ينشئ حينئذ الموجبات المتقابلة في ذمة الشفيع أو المشفوع منه بحيث ان اولي الشفيع حق التسجيل بفعل الحكم – كما يصرح به النص – يولي المشفوع منه التنفيذ بالثمن على المال المودع المتوجب في ذمة الخزينة أو المصرف. اما لو ضربنا صفحاً عن وجهة النظر هذه واخذنا بما هو مقرر في فرنسا من ان الحكم من شأنه نقل المال من ذمة المدين لذمة الدائن وبالتالي من ذمة الشفيع للمشفوع منه بحيث يوليه امتيازاً، مع انه لا امتياز دون نص، يبقى ان هذا الحكم:

هو انشائي لا اعلاني قياساً على ما ورد في الحكم باثبات الدين في الحجز لدى ثالث.

22- الكفالة المصرفية خير ضمانة لأنها الاقوى والاوفى.

فالكفالة التضامنية المصرفية التي كانت قد رجحت اجتهاداً قبل قرار الهيئة العامة، والتي جاء القرار رقم 2 الصادر في 24/3/1981/ يقر صحتها باعتبار تفي بغرض الشارع من وراء نصه على ايداع ثمن المشفوع، بات ومن الواجب تحليل مضمونها لنتبين على ضوئه هذا الرأي أو الرأي المعاكس الذي قال به قرار الهيئة العامة وبعض من سبقه في هذا المضمار.

واول ما يجب التنبيه اليه هو ان الكفالة المتضامنة تجعل الكفيل مديوناً بالتكافل والتضامن بحيث يمكن مطالبته بالمبلغ موضوع الكفالة مذ باتت ذمته مشغولة به كالمدين فلا يعود من مجال له للتحرير أو الدفع بمداعاة المديون الاصلي (م 1609 موجبات) وفي ذلك يكون من شأنها ان تجعل ذمة المصرف مثقلة تجاه المشفوع منه بثمن المشفوع فيما لو تحقق الشفعة رضاء أو قضاء تماماً كما يحصل عند ايداع ثمن المشفوع في المصرف بحيث يبدو مثار استغراب قول محكمة التمييز (بقرارها رقم 69 تاريخ 10/4/969/) ان الكفالة تشكل موجباً شخصياً، وكأن الايداع لا يشكل هذا الموجب في ذمة المصرف بل امراً آخر مع ان ما يشكله بالضبط هو اشغال ذمته بهذا الموجب الذي موضوعه المبلغ وهو ما ردّ عليه القرار التمييزي رقم 2 الصادر في 24/3/1981/ بقوله:

"وحيث اذا كان القرار التمييزي رقم (69 تاريخ 10/4/1969/) المنوه عنه لم يعتبر الكفالة المصرفية تقوم بدل ايداع الثمن في مصرف بحجة انها تنشئ موجباً شخصياً، فإن الايداع ما ينشئ اذا ان لم ينشئ موجباً شخصياً!!! ناهيك عن انه خلافاً لما ذهب اليه القرار المنوه عنه، فإن مصادر الالتزام بتقديم كفالة قد تكون القانون أو القضاء أو الاتفاق، وان قبول الدائن المنصوص عنه في المادة 1061 موجبات للكفالة انما يكون في الكفالة الاتفاقية لا الكفالة القانونية كما هو الوضع في الشفعة...".

وبذلك ردّ ايضاً على قول القرار رقم 69 تاريخ 10/4/969/ بأن الكفالة يجب قبولها من الدائن عملاً بالمادة 1061 موجبات مع ان هذا مورده في احد انواعها الثلاثة عنيت به الكفالة الاتفاقية لا القضائية ولا القانونية كما في الشفعة. والكفالة هنا انما هي لدين مستقبل أو بالاحرى محتمل الا وهو ثمن المشفوع ان تحققت الشفعة (م 1057 موجبات).

ومتى قررنا ان الايداع كالكفالة التضامنية ينشئ في ذمة المصرف موجب دفع ثمن المشفوع بات بوسعنا ان نبين الميزات التي تتحلت بها الكفالة من حيث ارساء الطمأنينة للمشوفع منه من خلال تكريس جدية الدعوى بوجه افضل.

1- ففضلاً عن ان ملاءة المصرف الذاتية يفترض فيها ان تكون اقوى من ملاءة أي شخص طبيعي أو معنوي، خاصة بفضل احكام الرقابة على المصارف، بحيث لا تتعرض امواله للحجز من قبل دائنيه كما هي الحال في الشفيع اياً كانت ملاءته، فإن الكفالة المصرفية في كل حال – خلافاً للمبلغ المودع – لا يمكن حجزها من قبل دائني الشفيع المكفول كما لو كان هناك ايداع في صندوق الخزينة وحتى لدى المصرف بوجه مبدئي.

2- ولئن افلس المودع أو الشفيع قبل صدور حكم مبرم بالشفعة يصبح المبلغ من مقتنيات الطابق وتغدو الضمانة – كما في حال حجزها – لغواً وهو ما اوضحناه من قبل. اما الكفالة فلا يطالها بشيء افلاس المكفول بل تظل قائمة ويظل من حق المشفوع منه مداعاة المصرف الكفيل، لأن حكم الافلاس ان كان يفضي لإيقاف الدائنين عن المداعاة عملاً بالمادة 503 تجارة فهو لا يمنع على دائن المفلس مداعاة الغير tiers ككفيل المدين المفلس أو المدين معه بالتضامن (م 603 تجارة وما يليها) ولذا كان من حق هذا الاخير اثبات دينه الذي هو بمقدار الكفالة في الطابق على سبيل الاحتياط.

ولرب لقائل ان يقول ما يمنع المصرف نفسه مقدم الكفالة ان يفلس؟ والجواب على ذلك انه امر مستبعد بعد صدور القوانين التي شددت الرقابة على المصارف وحددت مبلغاً ضخماً كحد ادنى لرأسمال المصارف، ناهيك عن ان قانون 16/1/967/ قد ارتأى دعم المصارف التي تتوقف عن الدفع بغية تعويمها فإن امتنع ذلك يلجأ عندئذ لتصفيتها.

ولئن انتهى الامر بالافلاس فكل ما في الامر ان المشفوع منه يغدو دائناً في الطابق كسواه تماماً كما لو كان هناك ايداع في المصرف وصدر حكم مبرم نقل له المبلغ فبات المصرف ملزماً تجاهه بعد ان كان ملزماً تجاه المودع، اذ في كلتا الحالتين تغدو ذمته مشغولة بالثمن كما اسلفنا وعلى الدائن اثبات دينه في الطابق.

ولئن قيل ان الايداع في المصرف مشمول بضمان الودائع (قانون 16/1/967 المعدل بقانون 16/3/970/) بحيث تغدو الوديعة افضل من الكفالة، فالرد يكون بأنه نص طارئ لا اصيل، وما قلناه بشأن السر المصرفي يصح بالنسبة اليه، فضلاً عن ان الوديعة فيما يتجاوز الثلاثين الف ليرة تغدو غير مشمولة بالضمان. وعلى كل فالايداع في صندوق الخزينة لا يطاله ضمان كهذا فلا وجه لتفضيله على الكفالة المصرفية، نقول هذا على سبيل الجدل القانوني وان كان من المفترض ان لا تصاب الخزينة بالاعسار.

3- واذا كنا فيما سبق وفي معرض بيان المزايا أو الافضلية التي تتمتع بها الكفالة المصرفية عنه في الايداع، قد رددنا على معظم الحجج التي اعتمدها الاجتهاد المعاكس أو القرار التمييزي (رقم 69 تاريخ 10/4/969/) تبقى الحجة الاخيرة الواردة والتي مفادها ان الشارع لو اراد قبول الكفالة المصرفية اسوة بالايداع لنص على ذلك كما فعل في المادتين 760 و780 مدنية عندما خول الاشتراك بالمزايدة العقارية لمن قدم كفالة أو اودع احد المصارف المقبولة من الدولة مبلغاً معيناً قانوناً، وكذلك في حالة عرض الزيادة الاضافية.

واول ما يثيره هذا القول من النقد هو اعتباره ان مساواة الكفالة بالايداع في هذه النصوص انما يشكل استثناء للقاعدة لا تطبيقاً لها فلا يقاس عليه، مع انه لم يبين لنا وجود نص خاص بقاعدة كهذه كي تصبح هذه النصوص استثناء لها. فمن المعروف انه عند عدم وجود نص خاص بقاعدة معينة يمكن ان تكون النصوص – كهذه – اما تطبيقاً لقاعدة عامة تستخلص من خلالها فيقاس عليها واما استثناء لقاعدة عامة، وعلى رجل القانون ان يتحرى دوافع الشارع لاستجلاء قصد كي يسير في هذا الاتجاه أو ذاك. ونحن نرى ان الشارع في هذه النصوص لم يشأ ايراد استثناء على قاعدة عامة بقدر ما اراد ايراد تطبيق لقاعدة عامة كما قد اوردها قبل صدور قانون الاصول المدنية وكرسها في المرسوم رقم 1245 تاريخ 17/12/932/ (وهو المعدل اخيراً بالمرسوم 1047/967/ مذ كان ينص ولا يزال في مادته الاولى:

"اذا كانت القوانين والانظمة المرعية الاجراء أو دفاتر شروط احد الالتزامات أو شرط احدى المنقاصات أو احد العقود الخ... تقضي على احد متعهدي الاشغال أو النقل الخ... أو على احد الملتزمين ان يقدم ضماناً نقدياً لأحدى مصالح الدولة أو البلديات اللبنانية، فيمكن هذا المتعهد أو الملتزم – بدلاً من ان يدفع الضمان نقداً – ان يعطي المصلحة المختصة كتاباً بموجبه احد المصارف المقبولة لهذه الغاية بموجب مرسوم انه متضامن متكافل مع الملتزم أو المتعهد المذكور في تأدية الضمان".

وحري بالشارع وقد اعتبر كقاعدة عامة ومجاراة للتطور المتجلى عبر النمو المصرفي، ان الكفالة المصرفية تقوم مقام الضمانة الناجمة عن الايداع نقداً، حيث نص قانوناً على الضمانة النقدية، ان يعتبر ان الكفالة المصرفية قد تؤدي ذات الدور بالنسبة لباقي الاشخاص بحيث يغدو لزاماً علينا ان نعتبر كل نص قانوني موافق انما هو تطبيق للقاعدة العامة. ولعل هذا ما حدا به حتى ان يقتصر على اعتبار المصرف المقبول لدى الدولة في الايداع المبرئ للذمة، مكاناً لايداع المبلغ أو الشيء المعروض دون ان يذكر صندوق الخزينة (م 853 مدنية). اضف الى ذلك ان الشارع بخصوص هذه النصوص بالذات لئن نص على اعتبار الايداع في المصرف مساو للكفالة، فهو – على ما يبدو – قد اراد حسم الامر منعاً للتشدد الذي لا مبرر له في فرنسا والذي يعتبر، تبعاً للنصوص هناك (م 832 و838 مدنية و2185 مدني)، انه في المزايدة الاضافية مثلاً يجب على عارض الزيادة ان يقدم كفيلاً ملياً تكرس ملاءته بمقتضى حكم قبل السير بالمزايدة الاضافية، أو ان يودع في "صندوق الودائع والامانات" مبلغاً من النقود أو سندات الدخل تحت طائلة البطلان فلا يغني عن الايداع المطلوب أي ايداع في مصرف أو سواه.

4- وبغض النظر عن كل هذا، افلئن نص الشارع على الايداع قصد تأمين الضمانة للشفيع – كما اسلفنا – فهل نصل الى حد انكار قبول الضمانة حتى ولو كانت مساوية للايداع النقدي فكيف بها لو كانت اوفى واقوى كما في الكفالة المصرفية!!!!!.

وفي اعتقادي ان مثل هذا الراي يكفي للعزوف عنه انه يتناقض وموقف القضاء نفسه في موضع مماثل:

فالشارع نفسه قد نص في المادة 760 مدنية على تقديم كفالة من قبل الراغب بالاشتراك في المزايدة أو ان يودع مبلغاً لبدل الطرح في مصرف مقبول من الدولة، ومع ذلك فالاجتهاد مستقر على ان الايداع في صندوق الخزينة يقوم مقام الايداع في مصرف اذ يوفر الضمانة عنها، كما انه يعتبر ان الدائن الحاجز والوحيد يعفى من تقديم الضمانة ان كان دينه معادلاً لبدل الطرح أو يفوقه، ويكفي ان يؤمن الفرق ان لم يكن دينه موازياً لبدل الطرح باعتبار ان الغاية من الضمانة تكون متحققة.

واذ قيل ان احكام الشفعة هي احكام قانونية محددة، أو ان حق الشفعة هو "حق استثنائي" لا يجوز التوسع في تفسيره كما ذهب اليه قرار الهيئة العامة (رقم 14 تاريخ 10/10/974/) فعندي ان هذا القول لم يكن في موضعه لأننا لا نعتبر في بحثنا هذا ان الشفعة تجوز على سبيل القياس في غير الحالات المحددة قانوناً قياساً على احداها، بل كل ما في الامر اننا نعتبر ان الكفالة المصرفية تؤدي ذات الضمانة التي قصدها الشارع في ايداع ثمن المشفوع من وراء النص ان لم تكن هي الافضل والاوفى بغاية الشارع كما دللنا في هذا البحث.

5- ثم ما دمنا قد اعتبرنا ان الرأي مستقر على الايداع في مصرف هو بنتيجة التحليل انه يجعل المصرف مديناً بالمبلغ لا اكثر ولا اقل بحيث يستوفى منه في حال تحقق الشفعة قضاء أو رضاء، فهل اننا من وراء التثبت بالشكل دون المضمون، مع ان العبرة للمعاني وليس للمباني في الاعمال القانونية وبالتالي وصفها. نريد ان نعتبر ان الايداع هو اجراء شكلي لا يقوم قانوناً الا اذا تحقق بصيغة معينة وهو ما تزهّنا عنه الهيئة العامة لمحكمة التمييز. فاذا ما نفينا مثل هذا اللغو افلا يعني ان القضاء عندما يصر على حصول الايداع من خلال تصريح المصرف، يقتضيه المنطق نفسه ان يسير لآخر الشوط وان يكشف على قيود المصرف ليتحرى صحة هذا التصريح بغية التحقق من ذلك حتى طعن المشفوع منه بعدم صحة التصريح: كأن يزعم بأن الشفيع مدين للمصرف عن طريق فتح اعتماد مثلاً أو حساب جار لا دائن له، وحتى عندما يزعم ان التصريح بإيداع الشفيع المبلغ انما يخفي كفالة بالذات. وما نقوله ليس من قبيل الغرض الفاسد بل حصل بالفعل ولكن المحاكم رفضت مسايرة منطقها هذا!!

ولعل خير ما نعزز به نقدنا من هذه الناحية بالذات ايراد التعليق على (قرار محكمة التمييز رقم 31 تاريخ 4/11/969/) الذي اقر صحة الكفالة المصرفية التضامنية في الشفعة خلافاً لرأي سابق مع ما لنا من تحفظات حول بعض ما حواه هذا التعليق وهو المنشور في (مجموعة حاتم جزء 97 ص 43) "ان غرفة الرئيس بيضا توسعت في التفسير لأن الايداع يفرض على الجميع ان يضع ثمن المشفوع نقداً في المصرف مع ان الكفالة المصرفية تشكل موجباً شخصياً بدفع هذا الثمن.

ولكن في الواقع لا يودع الشفيع ثمن المشفوع في المصرف، لأنه عندما يريد الايداع فعلياً يضع المبلغ في صندوق المالية، ولكنه يلجأ الى مصرف يسلمه كتاب ايداع يخفي في الحقيقة كفالة يدفع عنها الشفيع عمولة سنوية الى المصرف.

وقد حدث مرة ان طلب الاستاذ قصار وكيل المشفوع منه تعين خبير من القاضي المنفرد في المتن السيد ساروفيم لأجل استثبات الثمن في المصرف بدعوى شفعة هامة: ابو جودة بيضون، يربو الثمن على بضع مئات الالوف من الليرات اللبنانية، فرد القاضي المنفرد الطلب بحجة انه ليس على المصرف ان يجمد الثمن المودع لديه، وان الكتاب الصادر عنه بأن الثمن مودع لديه يلزمه بدفع هذا الثمن لدى اول طلب من المرجع القضائي المختص..." وهذا المنطق السليم، الذي تأباه المحاكم التي لا تعتبر الكفالة المصرفية كافية بغرض الايداع الذي عناه الشارع، هو الذي حدا بالمستشار المخالف لرأي الاكثرية في محكمة الاستئناف ان يعتبر في مخالفته: ان امتناع المصرف في الكشف على قيوده للتأكد من ان الشفيع قد اودع لديه قيمة المشفوع حقاً وكان بالتالي دائناً، لا مديناً بكفالة مصرفية رغم من تصريحه للمحكمة انها ليست كذلك بل "ايداع حقيقي" بحجة عدم هتك السر المصرفي، يجعل الايداع الفعلي غير ثابت بحيث يغدو كتاب المصرف مجرد كفالة تضامنية غير مقبولة تبعاً لقرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز.

فمن كل ما تقدم يتضح ان الرأي القائل بأن الكفالة المصرفية التضامنية لا تفي بغاية ايداع ثمن المشفوع الذي يحصل في مصرف ليس في محله، بل على العكس من ذلك فهي تحقق غاية الشارع بوجه افضل، ولذا صح قول القرار التمييزي الاخير (رقم 2 تاريخ 24/3/1981/):

"وحيث اذا كانت هذه المحكمة قد بينت في قرارها ان الكفالة التضامنية المقدمة من مصرف لغاية دعوى الشفعة هي اوفى ضمانة أو اقوى من الايداع في المصرف مما يتوجب...".

ولن يفوتنا الملاحظة اخيراً من ان الكفالة المعطاة من مصرف معين بثمن المشفوع، ولو لم ينص فيها على التضامن، تعد متضامنة حكماً وتعد عملاً تجارياً بالنسبة اليه ككفيل وتخضع لأحكام الموجب المتضامن عملاً بالمادة 1069 موجبات، كذلك لن يفوتنا لفت النظر انه ان لم يرد الحديث في مصر، في الفقه أو الاجتهاد عن قبول الكفالة المصرفية أو عدم قبولها، فذلك لوجود النص الحاسم بالايجاع في الخزينة، والخزينة ليس من مهنتها التعاطي بتقديم كفالة للافراد كما هي الحال لدى المصارف.

وبكلمة موجزة لئن لم يصرح الشارع في نصه على ايداع الثمن باللجوء للكفالة المصرفية فلا يعني انه استبعدها اذ قد لا تكون احياناً بمتناول الشفيع.

**المطلب الثاني: الايداع عن طريق الشك**

23- قرار الهيئة العامة لم تؤيده المحاكم دون تحفظ.

فلقد اوضحنا فيما سبق ان الاجتهاد اذ اقر صحة ايداع ثمن المشفوع عن طريق شك مسحوب لأمر رئيس المحكمة المقامة لديها دعوى الشفعة فقد اعتبر ان ذلك يجب ان يقترن بشروط اضافية مفادها ان تكون "قيمته مجمدة ومخصصة لدفع قيمة المشفوع" ولئن جاء قرار الهيئة العامة يسقط هذه الشروط مكتفياً بالشك المقبول اطلاقاً بقوله: "فالايداع هذا يجب ان يحصل بواسطة وسيلة دفع نقداً أو شيك مقبول من مصرف رسمي تمكن المشفوع من ان يقبض الثمن..." فإن المحاكم التي ما انفكت تتبنى هذا الاجتهاد القائل بصحة الايداع عن طريق شك، وجدت نفسها محرجة فلم تساير قرار الهيئة العامة فيما ذهب اليه بحيث حرصت دوماً على تأكيد الاجتهاد السابق له لا سيما اشتراطه ان تكون قيمة الشك "مجمدة منفصلة عن حساب الساحب لدى المسحوب عليه، ومخصصة لدفع هذا المال الى المشفوع منه"!!

ومعتبرة – ولو ضمنا – ان الاجتهاد المستقر في هذا الاتجاه يتنافى وما ذهب اليه قرار الهيئة العامة، والا ما معنى قولها: "... ولم تأخذ المحاكم بالشك غير المجمد كوسيلة للايداع فأعتبرت انه اذا ابرز الشفيع مع استحضار الدعوى شكاً باسم الحاكم المنفرد على المصرف وعليه عبارة... فإن هذا التعليم يفيد وجود المؤونة بتاريخ اصدار الشك ولكنه لا يفيد ان قيمته مجمدة". ان لم يكن كذلك. وهو ما حدا بها لاضافة شرط تجميد قيمة الشك حتى عندما استعادة بصورة شبه حرفية مضمون قرار الهيئة العامة.

24- وبالفعل فالشك انما هو اداة ايفاء يجب دفعه فور عرضه، وعلى حامله للدفع خلال مهلة قصوى هي مهلة ثمانية ايام عملاً بالمادة 426 تجارة، يسقط في كل حال حق حامل الشك بمداعاة الساحب والمظهرين بمرور ستة اشهر تبتدئ من نهاية مهلة العرض كما ان حقه يسقط تجاه المسحوب عليه بمرور ثلاث سنوات. علماً بأن دعوى الشفعة قد تظل عالقة سنين عديدة قبل الحكم بها بصورة مبرمة فتصبح الضمانة التي نص الشارع على توفرها هباء، ناهيك عما يستتبع ذلك من تحديد المسؤولية عن ضياع قيمة الشك.

ولئن نوه القرار الهيئة العامة باتصاف الشك الذي عده وافياً بغرض الشارع من وراء النص، ان يكون مقبولاً من المسحوب عليه أي المصرف فإن مثل هذا القبول ممتنع قانوناً خلافاً لسند السحب الذي تجيز عرضة للقبول أو اشترط عرضه للقبول (م 336 تجارة)، ذلك ان المادة 412 تجارة تمنع صراحة اشتراط عرضه للقبول وبعد في حال حصوله كأنه لم يكن فلا يلزم المصرف المسحوب عليه القابل للشك بشيء بحيث يستطيع ان يمتنع عن الدفع لعدم وجود المؤونة بالرغم من ذلك اما التأشير بكلمة نظر vu, visa وفاقاً للمادة 412 تجارة فقرتها الثانية التي يستطيع حامل الشك طلبها للتثبت من وجود فقدان المؤونة بين وضعها وعرض الشك للدفع كونه لا يجمدها لا سيما على ضوء النصوص اللبنانية (م 411 تجارة) التي لا تقول بانتقال المؤونة لحامل الشك لمجرد سحب الشك كما هي الحال في سند السحب.

ولو شئنا ان نوغل بعيداً بالبحث والتحليل لقلنا ان الشك، الذي ليس هو في الاصل اداة ثبوت على توفر دين للساحب أو الحامل لدى المسحوب عليه مذ كان من الممكن ان يكون دون مؤونة، لا يقوم دليلاً على ثبوت الايداع في حال التأشير عليه في المصرف أو قبوله الا لخطه "قبوله" – خلافاً لما ذهبت اليه المحاكم التي نحت هذا المنحى - فلا يشكل "وسيلة من وسائل اثبات الايداع" ثابتة ومستمرة اذ يمكن للساحب ان يعود ويسحب شكاً آخر يستنفذ به المؤونة متوفرة قبلاً ما دام على المصرف دفعه من تلك المؤونة.

وفي ضوء الرأي الراجح في لبنان والقائل ان سحب الشك لا ينقل المؤونة للمسحوب له، يمكن القول ان الساحب اذا افلس فلا يمكن بعده دفع الشك كون المؤونة تدخل في مقتنيات الطابق، كما ان لدائني الساحب مبدئياً حجزها عن طريق الحجز لدى ثالث، كذلك فإنه في حال افلاس المسحوب عليه يترتب على حامل الشك الاشتراك في طابق التفليسة اسوة بسائر الدائنين.

25- ويبقى ان الشك لا يؤلف الايداع أو الضمانة المتوخاة مهما احيط به من شروط.

والاجتهاد الذي يسير في ذات الاتجاه من حيث قبوله الشك وسيلة لايداع ثمن المشفوع والذي ظن، انه يحرصه على اقترانه ببعض الشروط لا سيما تجميد قيمته من قبل المصرف المسحوب عليه وتخصيصه لغاية دفع ثمن المشفوع، يتلافى مثل هذه المخاطر التي يقضي بها النظام القانوني للشك، لم يوفق مما رمى اليه، لأنه بانطلاقه من اساس واهٍ لم يكن بوسعه – مهما كان حريصاً على تدعيم البناء القانوني المسند لهذا الاساس – ان تجعله متيناً أو بمنجاة من التداعي.

1- فالشك – خلافاً لسند السحب – لا يمكن تظهيره على سبيل الضمانة (م 450 معطوفة على المادة 333 تجارة)، لأنه ان صح رهن سند السحب وكذلك السند وكذلك السند لأمر بحيث يعطي واحدهما على سبيل الضمانة بانتظار استحقاقه، فلا يتصور ذلك في الشك كونه معد للدفع لدى الاطلاع والذي يجب عرضه للدفع خلال مهلة قصيرة. اضف لذلك ان الشفيع عندما يسحب الشك باسم المحكمة ويسلمه لها مرفقاً بدعواه، يكون قد جعل المحكمة بمثابة الثالث الوديع أو "العدل" المسلمة اليه الضمانة – ان جاز وضعه بالرهن – مع ان تسمية "العدل" لتسليمه المال المرهون بدلاً من المرتهن. يجب ان يتم بموافقة الراهن والمرتهن معاً وليس بارادة الراهن المنفردة، ناهيك عن الابعاء التي تترتب على الوديع أو "العدل" الذي يقبل المهمة بحيث لا تفرض عليه فرضاً اذ عليه واجب قبض المبلغ موضوع الضمانة في الاستحقاق تحت طائلة المسؤولية عند ضياعها بسبب تقاعسه عن استيفائها. وهذا ما حصل بالضبط بصدد حالة مماثلة عندما قدم شخص للاشتراك بالمزايدة شكاً مسحوباً لأمر رئيس دائرة الاجراء بديلاً عن ايداع المبلغ المعادل للثمن الطرح (م 760 مدنية) على مصرف ومقبول منه، فقبلته الدائرة ورست المزايدة على المزاود مقدم الشك، لكن الدائرة لم تعرض الشك للايفاء خلال المهلة القانونية ففقدت حقها بالرجوع على الساحب ومع ذلك الزمته بدفع ثمن العقار بعد افلاس المصرف، الامر الذي حمله على مداعاة الدولة بالمسؤولية عن هذا التقصير أو الخطأ الناجم عن تنفيذ مصلحة عامة فاعتبرت دائرة الاجراء مقصرة والزمت الدولة بالتالي بالقيمة التي لم يستطع ساحب الشك استيفاءها من المصرف المسحوب عليه.

كذلك فقد اعتبرت محكمة التمييز ان مجرد سحب الشك، حتى ولو حمل كلمة "مقبول" من المصرف المسحوب عليه، لا يؤدي لتجميد المبلغ وتخصيصه كما تقتضيه المادة 780 مدنية بفرضها على عارض الزيادة الاضافية إما تقديم كفالة وإما ايداع مبلغ في خزانة احد المصارف اذ لا يعني ذلك سوى وجود المؤونة عملاً بالمادة 412 تجارة ولا يفيد ضمانة قيمته، واعتبرت بالتالي ان عرض الزيادة يغدو باطلاً ما دام لم يتم قبض قيمة الشك خلال مهلة العشرة ايام المحددة قانوناً لعرض الزيادة والتي تلي قرار الاحالة. وهكذا نلمس ان المحكمة اعتبرت ان مثل هذا الشك لا يشكل ايداعاً ولا كفالة، ولذا صح القول بأنه لا يشكل حتى كفالة عادية أو مصرفية المنصوص عنها المادة 622 مدنية والتي تبرر رفع الحجز الاحتياطي لقائها.

2- وحتى ولو اقترن الشك المسحوب بثمن المشفوع والمقبول من المصرف المسحوب عليه بتصريح من هذا المصرف من ان المبلغ موضوعه بات مجمداً ومخصصاً لدفع ثمن المشفوع، فإن مثل هذا التصريح في ظل نظام الشك لا يعتد به، لأن الشك بحسب المادة 409 تجارة فقرتها الثانية يجب ان يتضمن "التوكيل المجرد عن كل قيد وشرط بدفع مبلغ معين" بحيث لا يمكن ان يقترن بشرط أو اجل أو تحفظ ما مهما كان نوعه عدا الشروط. التي تتناول اموراً محددة وردّ النص بالسماح بها فلا يصح ان يحدد اجل لدفعه – كما يحصل من خلال تعهد كهذا – اذ تمنعه المادة 425 تجارة.

3- ومن هنا فإن تصريح المصرف بأن الشك لا يدفع الا عند تحقق الشفعة قضاء أو رضاء لا يعتد به ويبقى من حق المسحوب له قبضه بحيث لا يحق للساحب أو الشفيع توقيف دفعه بحجة ان الشفعة لم تتحقق أو ان سحبه قد اقترن بشرط كهذا كونه لا يصح له الاعتراض على دفع قيمة الشك الا في حالة ضياعه أو افلاس حامله (م 428 تجارة) تحت طائلة الحاق العقاب به عملاً بالمادة 448 تجارة.

4- واذا قيل ان العبرة في تعهد المصرف بدفع ثمن المشفوع المصاحب للشك المسحوب بحيث يجب غض الطرف نهائياً عن اعتماد الشك، كما ذهبت اليه محكمة الاستئناف تبريراً لأخذها بهذا الاجتهاد الخاطئ الذي لم يأخذ به الحاكم المنفرد قائلة:

"بما ان تعهدات المصرف المسحوب عليه تنطوي على معاملة ايداع ومن شأنها ان تنزع عن الشك مزاياه الخاصة كسند تجاري وتحول دون الاخذ بالقواعد المتعلقة به"، فمعنى ذلك ان هذا التعهد يشكل الكفالة من قبل المصرف التي انكرتها الهيئة العامة في قرارها ومن سار على هديتها من المحاكم فوقعت من حيث لا تدري بالتناقض.

**ملاحظة:**اعيد نشر هذه الدراسة المنشورة في مجلة العدل لعام 1980.

❖ ❖ ❖