مكتب شارع الحجاز - الماجوري

عبد الناصر فرج النهوي مقابل محكمة جنوب بنغازي الابتدائية

المحامي اعلى مكتب بالتمر لتحرير العقود

أمام المحكمة العليا

**المحكمة العليا**

**دائرة النقض المدني**

مذكرة بأسباب الطعن بالنقض في الحكم الصادر عن الدائرة المدنية بمحكمة استئناف ...... بتاريخ 29 / 5/ 2019 في الاستئتاف رقم 446 / 2018.و القاضي منطوقه " حكمت المحكمة بقبول الاستئناف شكلا و في الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم قبول الدعوى لرفعها على غيري صفة و الزمت المستأنفين المصاريف "

مقدمة من /..........– ليبي الجنسية موظف – مقيم في بنغازي و موطنه المختار مكتب الاستاذ عبد الناصر النهوي المحامي الكائن بالعنوان المبين اعلاه .

اصالة عن نفسه و بصفته وكيلا عن ورثة المرحوم ..........بموجب التوكيل المرفق و هم :

**( طاعنين )**

**ضــد**

1. – ..........ليبي – مقيم في بنغازي –........
2. ..........– ليبي – مقيم في بنغازي –........

**( مطعون ضدهما )**

الوقائع :

الطاعنون يملكون و يحوزون ارثا عن مورثهم المرحوم ..........قطعة ارض تبلغ مساحتها اربعة هكتارات و 960 .9م2 تقع بمنطقة القوارشة و حدودها كالتالي :

شمالا :. ....... جنوبا : ...........

شرقا : طريق ترابي . غربا : ورثة........

و حيث ان الارض المذكورة كانت تحت يد ........( سابقا ) و تم ترجيعها اليهم خلال عام 2010 ( مستند رقم 4 من الحافظة المقدمة لمحكمة اول درجة و المشار اليها برقم 3 في حافظة الطعن الراهن ) و قد استلم الطاعنون الارض موضوع التداعي منذ ذلك التاريخ ( 2010 ) و وضعوا يدهم عليها و حازوها حيازة واضحة للعيان حيث قاموا ببناء سور عليها و بنوا فيها استراحة و قاموا بتخطيطها الا انه بتاريخ 2 / 3 / 2017 قام المطعون ضدهما بالتعرض لهم في حيازتهم للارض المذكورة و ذلك بأن قاما باقتحامها و هدم السور فلجأ الطاعنون الى ساحة القضاء الشامخ ايمانا منهم بعدالته الناجزة حيث رفعوا دعوى منع التعرض رقم 41 / 2017 امام محكمة .... الجزئية طالبين الزام المطعون ضدهما بعد التعرض لهم في حيازتهم للعقار موضوع التداعي ( مستند رقم 4 ) غير ان المطعون ضدهما لم ينتظرا حكم القضاء و لم يقيما للمحكمة المعروض عليها الدعوى أي اعتبار و قاما باقتحام الارض مجددا و غصبها بقوة السلاح من تحت يد الطاعنين و ازالوا ما بها من معالم تخصهم فعدل المدعون ( الطاعنون ) طلباتهم امام محكمة الموضوع الى طلب استرداد الحيازة و منع التعرض غير انه رغم ان القانون ينص على وجوب الفصل في دعاوى الحيازة الثلاث على وجه السرعة إلا ان ..................مما ادى الى تمكين المطعون ضدهما من الارض محل النزاع فقاموا خلال هذه المتسع من الوقت بتخطيط الارض و تقسيمها و شرعا في بيعها للغير تحت حراسة مجموعة مسلحة بقيادة المطعون ضده الثاني فلجأ الطاعنون الى ساحة القضاء مجددا ( دائرة الامور المستعجلة بمحكمة ...........الابتدائية ) و قاموا برفع دعوى تعيين حارس قضائي على ارضهم المغصوبة جهارا نهارا و التي اصبحت تباع للغير تحت بصرهم و امام اعينهم حيث طالبوا فيها بتعيين حارس قضائي يتولى استلام الارض و حفظها من التقسيم و الضياع الى ان يتم الفصل في دعوى منع التعرض بحكم نهائي ( مستند رقم 5 ) و قدم الطاعنون للمحكمة ما يثبت ان هناك نزاع جدي و محتدم بينهم و بين المطعون ضدهما حول الارض المتنازع عليها حيث قدموا صورة من صحيفة دعوى منع التعرض المرفوعة امام محكمة ..........الجزئية و هي كافية بذاتها لإثبات ان الارض محل نزاع مما يوجب تعيين حارس قضائي عليها كما قدموا صورة من الشكوى المقدمة منهم الى النيابة العامة ضد المطعون ضدهما ( مستند رقم 6 ) و كذلك قدموا شهادات كتابية موثقة لدى محرر عقود صادرة عن شهود عيان تثبت هذه الشهادات قيام المطعون ضدهما بتخطيط الارض محل النزاع و تقسيمها و عرضها للبيع و كل ذلك يثبت قيام النزاع و احتدامه على الارض محل التداعي مما يوجب تعيين حارس قضائي عليها عملا بالمادتين ( 729 و 730 ) من القانون المدني إلا ان محكمة اول درجة اصدرت حكمها القاضي منطوقه " حكمت المحكمة حضوريا برفض الدعوى و الزمت رافعها بالمصاريف " و لما كان هذا الحكم قد صدر باطلا و بعيد كل البعد عن صحيح القانون فضلا عن انه قد استجدت وقائع جديدة مفادها ان المطعون ضدهما قد تصرفوا بالبيع في اجزاء من الارض محل التداعي لأشخاص من الغير و ان هؤلاء قد باشروا فعليا بالبناء في ارض الطاعنين لذلك فقد قرر الطاعنون الطعن عليه بالاستئناف رقم 446 / 2018 امام محكمة استئناف .......... و المحكمة المذكورة في حكمها بعد ان تداولت نظر الدعوى انتهت فيها الى اصدار الحكم المطعون فيه الوارد منطوقه بديباجة هذه المذكرة و لما كان هذا الحكم قد صدر معيبا و مخالفا للقانون فد قرر الطاعنون الطعن عليه بالنقض لما يلي من اسباب :

**اسباب الطعن**

**مخالفة القانون و الخطأ في تأويله و تطبيقه و الفساد في الاستدلال و مخالفة الثابت بالاوراق ويتمثل ذلك في الآتي:**

**اولا :**

ان الحكم المطعون فيه قضى بعدم قبول الدعوى المبتدأة لرفعها على غير ذي صفة بمقولة ان " البادي من ظاهر الاوراق ان ورثة ......يدعون بأن لهم حق عيني على نفس العقار موضوع الدعوى و حيث ان المستأنفين ( الطاعنين ) لم يخاصموا ورثة ........لا في شخصهم و لا في شخص وكيلهم و حيث ان المستانف ضده الاول ( المطعون ضده الاول ) و ان كان في الاوراق ما يفيد انه وكيل لورثة .......الا ان المستأنفين ( الطاعنين ) لم يخاصموه بهذه الصفة و لم يذكروا اسماء الورثة و انما خاصموا وكيلهم بشخصه " . و بناء على هذا التخريج الخاطئ انتهت المحكمة المطعون في حكمها الى الحكم بعدم قبول الدعوى المبتدأة بمقولة ان المطعون ضده الاول لا صفة له في الدعوى.

و حيث ان هذا الذي انتهى اليه الحكم المطعون فيه في غير محله و يخالف الثابت بالاوراق فضلا عن مخالفته للقانون ذلك انه من المقرر بمقتضى المادة ( 730 ) من القانون المدني انه " يجوز للقضاء ان يأمر بالحراسة في الاحوال السابقة اذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة اذا كان صاحب المصلحة في منقول او عقار قد تجمع لديه من الاسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال **تحت يد** **حائزه** " .و ترتيبا على ذلك فإن دعوى الحراسة توجه الى من **حاز** و استولى على العقار او المال المتنازع عليه و كان من شأن حيازته و اغتصابه له ان يعرض ذلك المال للخطر **و في هذا الشأن يقول السنهوري** " فيكون الخطر عاجل اذا وقع نزاع على ملكية المال او على **حيازته** و كان بقاء المال في **حيازة واضع اليد** يخشى منه ضياعه او تلفه او تبديد الريع. { الوسيط في شرح القانون المدني الجزء السابع } و يقول السنهوري " و الفرض الثالث – الموجب للحراسة - و فيه لا ترد حالات خاصة معينة بذواتها كما في الفرض الاول بل و لا يرد قيد قيام النزاع او عدم ثبوت الحق كما في الفرض الثاني فيكفي ان يقوم خطر عاجل او كما يقول النص ان تتجمع لدى صاحب المصلحة من الاسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد **حائزه**  فلا يشترط اذن في هذا الفرض الثالث الا توافرالشرط العام و هو قيام الخطر العاجل و من ثم كان هذا الفرض هو اعلى مراتب التدرج من التخصيص الى التعميم " { الوسيط الجزء السابع ص 809 } و يضيف السنهوري " و يترك للقاضي تقدير قيام النزاع و الخطر العاجل الذي يهدد المال او ثمراته بالضياع او النقص لو بقى **في حيازة واضع اليد** " { الوسيط المرجع السابق ص 823 } و حيث لما كان ذلك و كان الثابت من من اوراق الدعوى ان من استولى على الارض محل النزاع بالقوة و قام بتقسيمها و شرع في بيعها للغير هو **المطعون ضده الاول** بمساعدة **المطعون ضده الثاني** و ذلك وفقا للثابت من الاقرار بالشهادة الصادرة عن بعض الشهود الموثقة لدى محرر العقود و التي يشهدون فيها بأن المطعون ضدهما قد استوليا على ارض الطاعنين و قاما بتقسيمها و عرضها للبيع و هذه الشهادة كانت تحت بصر المحكمة المطعون في حكمها و كذلك محكمة اول درجة ( مستند رقم ) و من ثم فإن دعوى الحراسة المبتدأة و قد وجهت الى من **حاز** الارض المتنازع عليها و وضع يده عليها بالقوة و قام بتقسيمها و عرضها للبيع و هما المطعون ضدهما – فإنها تكون قد رفعت على اصحاب الصفة الصحيحة و اذ كان ذلك و كان الحكم المطعون فيه قد قضى بعدم قبول دعوى الحراسة المبتدأة بمقولة رفعها على غير ذي صفة بحجة انه كان يتوجب رفع الدعوى على ورثة .........لأنهم يدعون ملكيتهم للأرض موضوع الدعوى في حين ان من استولى على الارض بالقوة و حازها و وضع يده عليها و شرع في بيعها **هما المطعون ضدهما و ليس ورثة..........** – فإنه يكون قد خالف القانون و اخطأ في تطبيقه فضلا عن مخالفته للثابت بالاوراق مما يعيبه و يوجب نقضه . هذا من جهة و من جهة ثانية فإن الاوراق قد خلت تماما من قيام ورثة المرحوم ...... بمنازعة الطاعنين في الارض موضوع النزاع بما يكون معه الحكم المطعون فيه قد استند الى وقائع لا أصل لها في الأوراق و خالف الثابت بالمستندات المعروضة عليه مما اوقعه في مخالفة القانون و الخطأ في تأويله و تطبيقه و عاره القساد في الاستدلال بما يبطله و يوجب نقضه.

**ثانيا :**

قضى الحكم المطعون فيه بعدم قبول الدعوى المبتدأة لرفعها على غير ذي صفة بالنسبة للمطعون ضده الثاني و اورد تبريرا لذلك قوله " و كذلك المستأنف ضده الثاني ( المطعون ضده الثاني ) **لا يوجد في الاوراق ما يفيد صفته في الدعوى** فهو ليس مالك **و لا حائز** و انما تم ادخاله امام محكمة اول درجة دون اثبات صفته امام المحكمة و بالتالي تكون الدعوى مرفوعة على غير ذي صفة " و حيث ان هذا الذي ذكره الحكم المطعون فيه في غير محله و يخالف الثابت بالمستندات التي كانت تحت بصر محكمتى اول درجة و ثاني درجة ذلك ان الطاعنين **قدموا امام محكمة اول درجة** و **امام المحكمة المطعون في حكمها** اقرار بالشهادة صادرة عن بعض الشهود موثقة شهادتهم لدى محرر العقود تثبت قيام المطعون ضدهما الاول **و الثاني** بغزو ارض الطاعنين ( المتنازع عليها ) و تقسيمها و عرضها للبيع ( مستند رقم ) كما قدموا صورا من صحيفة دعوى استرداد الحيازة رقم 41 / 2017 المرفوعة امام محكمة ......الجزئية مختصم فيها **المطعون ضده الثاني** بما يكون له صفة في دعوى الحراسة باعتباره احد غاصبي الارض محل الدعوى بما تكون معه المحكمة المطعون في حكمها قد خالفت الثابت بالاوراق و عار حكمها الفساد في الاستدلال مما يعيبه و يوجب نقضه.

***ثالثا :***

**طلب الطاعنون من المحكمة المطعون في حكمها تمكينهم من سماع شهودهم لإثبات قيام المطعون ضدهما باغتصاب ارضهم التي هي محل النزاع بالقوة و تقسيمها و عرضها للبيع مما يجعلها في خطر داهم يبرر تعيين حارس قضائي عليها** و ذلك وفقا للثابت بمحضر الجلسة مستند رقم ( 7 ) و كذلك وفقا للثابت بمذكرة دفاعهم المقدمة للمحكمة المذكورة ( مستند رقم 8 ) **الا انها لم تورد هذا الطلب في اسباب حكمها** و على نحو ما اوجبه المشرع في المادة 273 مرافعات **و لم تناقشه ولم ترد عليه و غضت الطرف عنه في حين انه طلب جوهري** يتعلق بإتاحة الفرصة امام الخصوم و تمكينهم من تقديم ادلة و اسانيد دعواهم ثم اتخذت من اغفالها و قعودها عن مناقشة و بحث هذا الطلب الجوهري سندا و سببا للحكم بعدم قبول الدعوى المبتدأة بمقولة ان المستأنف ضده الثاني ( المطعون ضده الثاني ) لا يوجد في الاوراق ما يفيد صفته في الدعوى - فإنها تكون قد اخلت بحق الدفاع المقرر للطاعنين و عار حكمها القصور في التسبيب بما يبطله و يوجب نقضه **و في هذا الشأن قضت المحكمة العليا** بأنه " اذا كان الطاعنون قد طلبوا احالة الدعوى على التحقيق ليثبتوا حالة الشيوع من عدمه و لا يتأتى ذلك الا بتحقيق تجريه المحكمة او الاستعانة بأهل الخبرة فإن ما طلبه الطاعنون يعتبر اجراءا جوهريا لازما للفصل في الدعوى و التفات المحكمة عنه بغير ان تبين الاسباب التي حدت بها يعتبر اغفالا لدفاع جوهري مما يعيب حكمها بالقصور " { طعن مدني رقم 12 / 16 ق } .

**رابعا :**

ذكرت المحكمة المطعون في حكمها ما نصه " و المستأنف ضده الاول ( المطعون ضده الاول ) قدم من المستندات ما يفيد ان ورثة ...........يدعون ملكيتهم للأرض و لديهم كتاب صادر من ..........جاء فيه " الامر بوقف جميع الآثار القانونية المترتبة على محضر التسليم و الاستلام الموقع بين ...........( جهة عامة ) و ورثة كل من ..........( الطاعنين ) و ان ورثة ............. قدموا ما يفيد ملكيتهم للأرض المسلمة الى المستأنفين ( الطاعنين ) و بإيقاف كافة اجراءات التعامل بالارض لحين الفصل في القضايا المرفوعة امام المحاكم " و توصلت المحكمة المطعون في حكمها من خلال ذلك الى الحكم بعدم قبول الدعوى المبتدأة لرفعها على غير ذي صفة .

و حيث ان هذا الذي اوردته المحكمة المطعون في حكمها فيه غموض و ابهام و في غير محله و مخالف للثابت بالمستندات المقدمة في الدعوى و التي كانت تحت بصرها و بيان ذلك ما يلي :

1- ذكرت المحكمة المطعون في حكمها ان المستأنف ضده الاول ( المطعون ضده الاول ) قدم من المستندات ما يفيد ان ورثة .............يدعون ملكيتهم للأرض " و لم تبين المحكمة المطعون في حكمها **ما هية تلك المستندات و لا مضمونها و لا جهة اصدارها او تاريخ صدورها و ما مدى حجيتها في اثبات الملكية لمعرفة ما اذا كانت تصلح لإثبات الملكية من عدمه** لأنه ليس أي مستند صالح لإثبات الملكية بما يكون معه حكمها قاصر البيان متعين النقض .

2- المستند المقدم من المطعون ضده الاول و الذي قالت عنه المحكمة المطعون في حكمها انه يثبت ملكية المرحوم ..........للأرض موضوع الدعوى ما هو إلا **صورة ضوئية لشهادة عقارية قديمة ملغاة بموجب القانونين رقمي 11 و 12 / 1988 بشأن التسجيل العقاري** و قد دفع الطاعنون امام المحكمة المطعون في حكمها بأن هذه الشهادة ملغاة بموجب القانونين رقمي 11 و 12 / 1988 بشأن التسجيل العقاري كما دفع بأنها **مجرد صورة ضوئية و لم يتم مضاهاتها بالاصل** و انه وفقا لما استقر عليه قضاء المحكمة العليا فإن الصورة الضوئية لا حجية لها في الإثبات ما لم يتم مضاهاتها بالاصل و ان الصورة الضوئية لا حجية لها لأنها لا تحمل توقيع من صدرت عنه { طعن مدني رقم 279 / 42 ق } إلا ان المحكمة المطعون في حكمها **لم تتعرض لهذا الدفع الجوهري و لم تناقشه و** الذي يتغير به وجه الرأي في الدعوى **و لم ترد عليه** و اعتدت بهذه الصورة الضوئية الملغاة واعتبرتها سند كاف لإثبات ملكية ..............للأرض موضوع الدعوى بما يكون معه حكمها معيبا بمخالفة القانون و احكام المحكمة العليا الملزمة لها فضلا عن الاخلال بحق الدفاع و القصور في التسبيب مما يبطله و يوجب نقضه.

3- رد الطاعنون على الصورة الضوئية للشهادة العقارية القديمة الملغاة بموجب القانونين رقمي 11 و 12 / 1988 بشأن التسجيل العقاري التي قدمها المطعون ضده الاول لإثبات ملكية مورثه المرحوم ............للأرض موضوع الدعوى – ردوا على ذلك بأن ارض المرحوم ................قد آلت الى المنفعة العامة بموجب قرار مجلس الوزراء الصادر بتاريخ 11 نوفمبر 1974 لصالح توسعة جامعة بنغازي و ليست هي الارض موضوع النزاع **و قدموا للمحكمة المطعون في حكمها صورة من قرار نزع الملكية المذكور** الا ان المحكمة المطعون في حكمها **غضت الطرف عن هذا الدفع و لم تناقشه** رغم جوهريته **و لم تورده في اسباب حكمها** و لم ترد عليه بما يعيب حكمها بالاخلال بحق الدفاع و القصور في التسبيب و الفساد في الاستدلال و الاستناد الى ما يخالف الثابت بالمستندات بما يبطله و يوجب نقضه.

4- ذكرت المحكمة المطعون في حكمها ان ورثة المرحوم ..........لديهم كتاب صادر من ...........( مستشار قانوني ) جاء فيه " الامر بوقف جميع الآثار القانونية المترتبة على محضر التسليم و الاستلام الموقع بين ......( جهة عامة ) و ورثة كل من ..........( الطاعنين ) و ان ورثة المرحوم ...........( مورث المطعون ضده الأول ).قدموا ما يفيد ملكيتهم للأرض المسلمة الى المستأنفين ( الطاعنين ) و بإيقاف كافة اجراءات التعامل بالارض لحين الفصل في القضايا المرفوعة امام المحاكم " في حين ان ما قالت عنه المحكمة المطعون في حكمها انه كتاب صادر عن .............هو ليس كذلك لأنه **ما هو الا مذكرة بالرأي** معدة من قبل احد المستشاريين القانونيين التابعين لل..... لعرضها على ...... و من ثم فهي مجرد مذكرة بالرأي غير ملزمة و لا يوجد في الاوراق ما يفيد ان ........( جهة عامة ).قد اصدرت قرار رسمي بإلغاء القرار السابق القاضي بتسليم الارض موضوع الدعوى للطاعنين بما تكون معه المحكمة المطعون في حكمها قد استندت الى غير الثابت بالاوراق و شاب حكمها القصور في التسبيب و الفساد في الاستدلال بما يبطله و يوجب نقضه.

5- محكمة دعوى الحراسة غير معنية و ليس من صلاحياتها الخوض في مسألة الملكية لأن الفصل في الملكية يختص بها قاضي الملكية إلا ان المحكمة المطعون في حكمها خاضت في مسألة الملكية و خلطت بينها و بين دعوى الحراسة القضائية التي يقتصر دورها فيها على بحث مدى توافر شروط و مبررات الحراسة القضائية **بل و على العكس تماما فإن ما اوردته المحكمة المطعون في حكمها من اسباب مما يثبت احتدام النزاع على الارض موضوع الدعوى بين الطاعنين و المطعون ضدهما و هو ما تتوافر به شروط و مبررات تعيين حارس قضائي يتولى حفظها و صيانتها من التقسيم و الضياع** حتى يحسم امر ملكيتها من قبل قاضي الملكية بحكم قضائي نهائي.

لهذه الاسباب

يلتمس الطاعنون من عدالة المحكمة العليا الموقرة :

اولا : قبول الطعن شكلا.

ثانيا : نقض الحكم المطعون فيه و اعادة الدعوى الى محكمة استئناف .... لنظرها مجددا من هيئة اخرى.

ثالثا : الزام المطعون ضدهما بالمصاريف القضائية عن جميع درجات التقاضي.

***وكيل الطاعنين***

***عبد الناصر فرج النهوي***

***المحامي***

***امام المحكمة العليا***