جامعة بنها
كليه الحقوق
الدراسات العليا
قسم قانون المرافعات

قرارات النيابة العامة بشأن حيازة مسكن الحضانة

إسم الباحثة
بسنت السيد عبد الرحمن السيد موسى

تحت اشراف

أ.د. الأنصاري حسن النيداني
أستاذ ورئيس قسم المرافعات
كليه الحقوق -جامعة بنها

د. محمد الصاوي مصطفي
قسم المرافعات
كليه الحقوق-جامعة بنها

مقدمة البحث:

الحيازة وضع مادي ينجم عن سيطرة شخص على عقار سيطرة فعلية سواء كانت هذه السيطرة يقوم بها بنفسه أو بواسطة غيره شرط أن يكون هناك نية في تملك ذلك العقار لكي يتوافر الركن المادى والمعنوى معا وهذا ما سار عليه القانون المصرى.

ولقد جعل المشرع للنيابة العامة دور هام في النزاعات الناشئة عن الحيازة وللنيابة أن تصدر قرارات وقتية واجبة النفاذ فور صدورها وذلك إستثناء عن الأصل أن القضاء المدنى هو صاحب الإختصاص لنظر مثل تلك المنازعات، وذلك لأن المشرع أراد إيقاف هذا النزاع مؤقتا إلى أن يصدر حكم قضائي من القاضى المدنى، ولم يغفل المشرع أيضا عن إعطاء المتضرر من قرار النيابة العامة بشأن النزاع الناشئ عن الحيازة أن يتظلم منه أمام قاضى الأمور المستعجلة لنظره و إصدار حكم فيه إما بتأييد القرار أو إلغائة أو تعديلة، إن قرار النيابة و حكم القاضى المستعجل يكون له حجية مؤقتة إلى أن يصدر حكم من القاضى الموضوعى فهنا تزول حجيه قرار النيابة العامة أو الحكم المستعجل السابق عليه.

وتختص النيابة العامة أيضا المنازعات الناشئة على مسكن الحضانة بين المطلقين وذلك طبقا لنص المادة ٤٤ مكرر مرافعات حيث يكون هو المختص بنظر تلك المنازعات إلى جانب المنازعات المدنية والجنائية.

وذلك ما نصت عليه الفقرة الخامسة من الماده ١٨ مكرر ثالث من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أحوال شخصية.

إشكالية الدراسة:

مدى ملائمة دور النيابة العامة في حل وحماية مشاكل الحيازة الوقتية على ضوء المادة ٤٤ مكرر من قانون المرفعات.

منهج الدراسة:

تعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي وفيه ننتقل من الأحكام الكلية إلى الأحكام الجزئية وسوف يتم البحث في دور النيابة العامة في حماية الحيازة المدنية والجنائية وتطورها وصولا إلى المادة ٤٤ مكرر من قانون المرافعات.

خطه البحث:

المبحث الأول: الحيازة

المبحث الثاني: دور النيابة العامة

المبحث الثالث: حيازة مسكن الزوجية

المبحث الأول

الحيازة

تمهيد:

إن موضوع الحيازة يعتبر من الموضوعات الهامة في التقنين المدني. وقد ساد الخلط من أن الحيازة تمنح الحائز سلطة فعلية على الشيء (العقار) الذي يحوزه وهذه السلطة تشبه إلى حد كبير سلطات المالك وإن الحيازة في الأصل هي قرينة على الملكية، وعلى ذلك يتعين في بحث الحيازة ودور النيابة العامة في الحيازة بأن يتم بحث تعريف الحيازة وركنيها المادي والمعنوي وشروطها وهو ما سنتناوله في هذا المبحث على الأتى:

المطلب الأول: مفهوم الحيازة.

المطلب الثانى: أركان الحيازة.

المطلب الثالث: شروط الحيازة.

المطلب الأول

مفهوم الحيازة

لم يضع المشرع تعريف واضح للحيازة، ولكن كان من الواجب وضع تعريف للحيازة لكي نتمكن من معرفة محل حماية الحيازة سواء أكانت حماية وقتية للحيازة أو الحماية الموضوعية، ولذلك وضع المشرع في المشروع التمهيدي للقانون المدني نصا ليعرف الحيازة، وحيث جاء نص المادة ١٣٩٨ من هذا المشروع، على الوجه الآتي:"الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق"[١].

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تعليقا على ذلك: "الحيازة هي سيطرة فعلية على الشيء أو حق، فيجوز حيازة الحقوق العينية كحق الإنتفاع وحق الإرتفاق وحقوق الرهن المختلفة، كما تجوز الحقوق الشخصية"[٢].

ولكنه قد تم رفض هذا التعريف من رئيس لجنه مجلس الشيوخ لنقصه وخلوه من نية التملك واقتصاره على الحيازة المادية فقط. ولقد وضع الفقهاء والباحثين الكثير من التعريفات للحيازة ومن ضمنها "هي السيطرة الفعلية التي تتجسد في قيام شخص بالأعمال المادية والقانونية على شئ تجوز حيازته بنية تملكه أو ممارسة حق عيني عليه سواء كان هذا الشخص مالكا للشيء أو غير مالك له"[٣].

" ويقصد بالحيازة المستهدفة للحماية الوقتية المقررة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بمقتضى المادة ٤٤ مكرر مرافعات (هي الحيازة الفعلية التي تكون فيها يد الحائز متصلة بالشيء محل الحيازة اتصالا فعليا يجعل الشيء تحت سيطرته المباشرة، وأن يكون هذا الإتصال قائما وقت المنازعة على الحيازة)"[٤].

"والحكمة التى توخاها المشرع من وراء حماية الحيازة الفعلية هي رغبته في منع الإخلال بالنظام العام من الأشخاص الذين يدعون بحق لهم على العين ويحاولون أن يستأدوه بأنفسهم. وعلى ذلك يجوز حماية المستأجر، رغم أنه يحوز لحساب المؤجر و ذلك بصرف النظر عن الملكية أو الحيازة القانونية أو الأحقية في وضع اليد"[٥].

"وبمعنى أخر يقصد بها (الحيازة الظاهرة قبل ميلاد النزاع وفض الإشتباك بين الطرفين المتنازعين عليها) حتى لا تسود شريعة الغاب ويغتصب صاحب الساعد القوي حيازة صاحب الساعد الضعيف ويؤدى النزاع بينهما إلى ارتكاب الجريمة فيختل الأمن العام والسكينة العامة في المجتمع مع ترك أصل الحق لكي يتناضل فيه ذويه أمام المحكمة

١- عبد الرازق السنهوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية، الجزء ٩، ٢٠٠٦، ص ٧٨٩.
٢- المذكره الإيضاحيه ٦، ص٤٤٨.
٣- مصطفي عبد الجواد، الحيازة بسوء نية كسبب لكسب الملكية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤ ص ٧١.
٤- محمد أحمد محمود النمر، الحماية الوقتية للحيازة بين النظرية والتطبيق العملي، ٢٠٠٤، دار الكتب القانونية، ص١١.
٥- الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية، المستشار الديناصورى والأستاذ حامد عكاز، ص٥٧٩.

المدنية الموضوعية المختصة بالفصل في النزاع بحكم قضائي يحوز حجية الشيء المحكوم فيه"[٦].

- **مفهوم الحيازة الجديرة بالحماية الوقتية:**

يثور التساؤل حول "تحديد مفهوم الحيازة الجديره بالحماية الوقتية هو معرفة ما إذا كانت هذه الحماية الوقتية تنطبق على الحيازة سواء بمفهومها الشخصى أو المادى، أى تحمى الحيازة القانونية والعرضية على السواء، أم أن هذه الحماية الوقتية شأنها شأن الحماية الموضوعية تتطلب في الحيازة قانونية مستجمعة العنصرين المادي والمعنوي، وأن تكون هذه الحيازة القانونية قد إستوفت شروطها من إستمرار وهدوء وظهور ووضوح"[٧].

وانقسمت الآراء حول ذلك إلى رأيين وهما:

الرأي الأول: أن الدعوى التى ترفع لإسترداد الحيازة التى سلبت بالقوة أمام القضاء المستعجل ما هي إلا إجراء وقتي لحماية الحيازة وليست من دعاوى الحيازة الثلاث، وإن حماية النيابة العامة للحيازة طبقا لنص المادة ٤٤ مكرر مرافعات هي حماية مؤقتة للحيازة لحين الفصل النهائي فيها، أى أنها تحمى الحيازة الفعلية وليست الحيازة القانونية.

وبرهان هذا الرأي أن النيابة العامة تنظر في توافر شروط الحيازة بالقدر الذي يتوافق مع تدخل النيابة العامة فيه، أى أن تكون الحيازة قائمة على الأستمرار والهدوء والوضوح والظهور فقط، وتصدر القرار بالحماية الوقتية للحيازة لحين الفصل في الموضوع.

الرأى الثانى: وأصحاب هذا الرأى مخالفين للرأي السابق، ويروا "أن الحيازة الجديرة بالحماية الوقتية لا تختلف في مفهومها أو في شروطها عن الحيازة التى تحميها دعاوى الحيازة الموضوعية"[٨].

فالقانون المصري يحمى الحيازة الموضوعية أو الوقتية على السواء لأن الأصل هي الحيازة القانونية، واستند أصحاب هذا الرأي إلى الآتي:

١-"أن القانون المصرى يطلق لفظ (الحيازة) قاصدا به الحيازة بمفهومها الشخصي"[٩] ويعنى ذلك أن الحيازة التي يتوافر فيها العنصر المادي والعنصر المعنوي وهي الحيازة القانونية، والحماية المنصوص عليها في المادة ٤٤ مكرر مرافعات المقصود بها الحيازة القانونية.

٢-يعتبر مفهوم الحماية الوقتية للحيازة ليس بالمفهوم الجديد لأن القضاء المستعجل هو الذي كان يقوم بمنح الحماية للحيازة شرط توافر شروط الحماية طبقا للقواعد العامة للقانون

٦- الدكتور/ محمد المنجى، منازعات الحيازة الوقيتة طبقا للقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢، طبعه ١٩٩٣، ص١٧.

٧- على مصطفي الشيخ، الحماية الوقتية للحيازة في قانون القضاء المدني، ٢٠٠٠، ص ٩٠.

٨- من هذا الرأى محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب-قضاء الأمور المستعجلة-ط ٥-عالم الكتب ١٩٦٩ ص ٨٦٨ وما بعدها، حيث يرون أنه يشترط في دعوى استرداد الحيازة المستعجلة، فضلا عن الأستعجال وعدم المساس بأصل الحق، توافر شروط دعوى إسترداد الحيازة على الوجه الذي يتطلبه القانون المدني.

٩- على مصطفي الشيخ، الحماية الوقتية للحيازة في قانون القضاء المدني، ص٩٣.

المدنى، فإن منح تلك الحماية للنيابة العامة لا تغير من طبيعتها، فالنيابة العامة تصدر قرارا بالحماية عند توافر شروط الحيازة القانونية وهي الاستمرار والهدوء والظهور والوضوح.

وقد قضى بأن " لما كان الشرط الأول من شروط إختصاص القضاء المستعجل بنظر دعوى وقف الأعمال الجديدة هو أن يكون المدعي حائزا للعقار أو لحق عينى أصلى عقارى حيازة من شأنها أن تؤدى بمضي الزمن إلى اكتساب هذا الحق العيني وأن ذلك يستلزم ثبوت الحيازة للمدعى وأن تكون بنية الملك وأن تكون ظاهرة ومستمرة وليست من أعمال الإباحة أو من قبيل التسامح"[١٠].

٣-وبما أن الحماية الوقتية التى يعطيها القانون للحيازة تتمثل في رجحان وجود مركز قانوني للحائز لحين الفصل النهائي في الموضوع ولكن هذه الحماية الوقتية لا تمنح إذا لم يتوافر الرجحان في الحق أو المركز القانونى.

"ولما كانت المصلحة التى يحميها القانون المصرى من الناحية النظرية المجردة هي في الأصل الحيازة القانونية، بشروطها، وليست الحيازة المادية، أى لا توجد قاعدة قانونية تحمى من حيث المبدأ الحيازة المادية، فإن ذلك يعنى تخلف أساس حمايتها وقتيا وهو رجحان وجود حق أو مركز قانونى يحميه القانون"[١١].

٤-"فإنه إذا كانت الحماية الوقتية تحدد مركز الخصوم تحديدا مؤقتا إلى أن يتم بعد ذلك بحث الحق أو المركز القانوني المعني والتحقيق منه في الدعوى الموضوعية، وإذا كان الاستعجال في هذه الحماية يوجب التخفف في الشروط التي وفقا لها يتم الحكم لصالح خصم معين فإن هذا التخفف لا يكون بعدم إشتراط أن يكون صاحب حق أو مركز قانونى يحميه القانوني ولكن في استخلاص مدى كونه صاحب حق أو مركز قانونى من ظاهر الأوراق بشكل سطحى دون فحص مدقق"[١٢].

يجب التفرقة بين الحماية الوقتية للحيازة التي يعطيها القانون فى المادة ٤٤ مكرر مرافعات- وبين الحيازة الموضوعية التى تحميها دعاوى الحيازة الثلاثة ففى الحيازة الموضوعية يقوم القاضى ببحث الموضوع بدقة ليحكم لمن له الحق الفعلى للحيازة ويكون حكمه نهائيا في تلك المنازعة، أما الحماية الوقتية فإنها تحكم على أساس رجحان الحيازة

١٠- الدعوى رقم ١٦٣٥/ ١٩٨٢ مستأنف مستعجل القاهره جلسة ١٩٨٢/١٢/١٩ مشار إليه لدى مصطفي هرجة أحكام وأراء ص٢٨٩ وعز الدين الديناصورى وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ ص٣٨٠.وفي ذات المعنى مستأنف مستعجل القاهرة ١٩٨٠/٥/٢٤ الدعوى رقم ٢٠٧٩ لسنة ١٩٧٩، مستأنف مستعجل القاهره ١٩٨٢/١٠/١٦ الدعوى رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨٢.

١١- على مصطفي الشيخ، الحماية الوقتية في قانون القضاء المدني، ص٩٧.

١٢- يضاف إلى كل الإعتبارات السابقه أن الرأى المخالف من شأنه أن يعطى النيابةالعامة والقضاء المستعجل سلطة منح حماية قضائية ستكون قطعية، أى ستحدد مراكز الخصوم بشكل نهائي، لأنه لن يكون أمام من صدر ضده القرار الفرصه لتغييره أو إلغائه عن طريق القضاء الموضوعى فسيواجه بعدم حماية القضاء الموضوعى لهذا المركز أو الحق.

فإذا ثار نزاع بين (أ)، (ب) بشأن وضع يد أو حيازة فعلية ظاهرة مما لا يدخل في مفهوم الحيازة التي يحميها القانون المدنى، ولجأ (أ) مثلا إلى النيابة العامة أو القضاء المستعجل وحصل على قرار المفروض أنه وقتى لصالحه بشأن الحيازة فماذا يكون بوسع (ب) أن يفعل للتخلص من أثار هذا القرار؟

وإن لجوءه إلى القضاء الموضوعى لحماية حيازتة بدعوى من دعاوى الحيازة لن يجدية شيئا، لأن هذه الحيازة ليست هى الحيازة التى يحميها القانون المدنى، ولن يكون أمام (ب) إذن إلا دعوى الحق فلا يستطيع حماية حيازتة إلا من خلال دعوى الحق وهو ما يتعارض مع الأعتبارات التى من أجلها قرر القانون حماية الحيازة.

أى أنها تحمى من كان يجوز العقار لحمايتة لحين الفصل النهائي من قاضى الموضوع فبذلك يكون حكمها مؤقتا ويزول بصدور الحكم الموضوعى.

وجدير بالذكر أن نص المادة ٤٤ مكرر من قانون المرفعات لا يحمى سوى الحيازة المتعلقة بحق عينى على العقار دون الحيازة المتعلقة بالمنقول[١٣]والتى يحميها قاعدة أن الحيازة فى المنقول سند الملكيةالماده ٣/٩٧٦ مدنى.

المطلب الثانى

اركان الحيازة

تقوم الحيازة على سيطرة الشخص على الأشياء المملوكة له أو التى يكون له حق عيني عليها وبذلك فالحيازة تتكون من ركنان وهما الركن المادى وهو السيطره المادية والركن المعنوى وهو نية التملك أو الإستعمال ويجب أن تشتمل الحيازة على الركنان وإلا لا تقوم الحيازة أى إذا لم يتوافر الركن المادى والمعنوي يسقط الحق في الحيازة، كما ذكر في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى "وللحيازة بعد توافر شروطها عنصران عنصر مادي وهو السيطرة المادية، وعنصر معنوى وهو نية إستعمال حق من الحقوق"[١٤].

وتطبيقا لذلك فقد قضى: "المقرر- فى قضاء محكمة النقض- أن الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى تتوافر لدى الحائز من مجرد وضع يده المادى على العقار وظهوره عليه بمظهر المالك بإستعماله فيما يستعملة مالكه، ولو كان ذلك على غير سبب من القانون يسوغ له ذلك أصلا"[١٥].

أولا:الركن المادى:

لقد إختلف الفقه حول تعريف الركن المادى للحيازة فذهب الرأي الأول بأنه هو واقعة وضع اليد أي هو القدرة على الاستيلاء على الشيء.

أما الراي الثاني فقد عرف الركن المادى "بأنه سائر الأفعال التى تظهر الحائز أمام الغير بمظهر صاحب الحق موضوع الحيازة"[١٦].

ولقد استقر الرأي على تعريف الركن المادى بأنه" هو السيطرة المادية الفعلية على الشيء الذي ترد عليه الحيازة"[١٧].

١٣- وجدى راغب، مبادى القضاء المدنى "قانون المرافعات"، ١٩٩٩ ص ١٧٧.

١٤- مجموع الأعمال التحضرية للقانون المدنى، ج٦، ص ٤٥١، نقد مدني، ١٩٦٧/٢/٧.

١٥- الطعن رقم ١٦٩٦٠ لسنة ٨٩ قضائية جلسة ٢٠٢٠/١٠/٢٤.

١٦- محمد على عرفه، شرح القانون المدنى الجديد، مطبعه جامعه القاهره، ص ١٣١.

١٧ -دكتور/ محمد على عمران، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري، أسباب كسبها وصورها دار النهضة العربية للنشر، ص١٦٣.

وقد استقر القضاء على أن الركن المادى يجب أن يتوافر فيه الأعمال المادية لتوافر الركن المادي في الحيازة[١٨].

صور السيطرة المادية:

وتعنى السيطرة المادية الأفعال التي يباشر فيها المالك سيطرته على ملكه وتوجد لها أربع صور وهم السيطرة الفعلية والسيطرة بالاستخلاص والسيطرة بالواسطة والسيطرة على الشيوع.

١- السيطرة الفعلية:

إن الأصل أن تكون السيطرة الفعلية يقوم بها الحائز بنفسه وإتخاذ مظهر المالك أى "يسيطر فيه الشخص سيطرة مادية على الشيء دون أن تنتقل إليه هذه السيطرة من غيره"[١٩]، ويمكن أن يسيطر الشخص على أرض غير مملوكه لأحد كأرض موات والتى لا يقع تحت حيازة وسيطرة أحد فيسيطر عليها سيطرة مادية دون أن يستمد هذه السيطرة من أحد[٢٠].

"أما إذا كان الحائز يستعمل حقا أخر غير حق الملكية على الشيء كحق انتفاع أو حق إرتفاق، فالسيطرة الفعلية على هذا الحق تكون بإستعماله عن طريق الأعمال التى تقتضيها طبيعته، فإذا كان إرتفاق مرور مثلا كانت السيطرة الفعلية علية عن طريق المرور الفعلي في الأرض المراد استعمال الحق عليها"[٢١].

٢- السيطرة بالإستخلاف:

وفيها تنتقل السيطرة الفعلية على العقار من المسيطر عليه الذي كانت لديه السيطرة الفعلية عليه إلى آخر، ومثال ذلك بيع عقار فيه تنتقل السيطرة الفعلية من البائع إلى المشترى، وهنا يكفي وضع العقار تحت تصرف المشتري ولا حاجة إلى السيطرة الفعلية أولا.

١٨-حيث قضت محكمه النقض بأن الأصل أن وضع اليد لا إعتبالا له قانونا إلا بالنسبه لمن أراد حيازه المال لنفسه وحيازه بنيه تملكه والأصل في الحيازة أنها دخول المال في مكنه الحائز وتصرفه فيه التصرفات الماديه القابل لها أما إذا كان المال من نوع ما يكون الإستيلاء عليه منشأ للملك لا ناقد له إما لكونه غير مملوك أصلا لاحد أو لكونه سبق فيه الملك لاحد، فإن مجرد دخوله في مكنه من استولى عليه لا يكفي قانونا لاعتبار هذا المستولى منتويا التملك ما لم يكن قد أجرى فيه من الأعمال الظاهرة المستمرة ما يدل على قيام هذه النيه لديه، فتسوير هذا النوع من المال أو المرور به لا يكفي وحده في ثبوت حيازته أو وضع اليد عليه. وأما الأموال التى تتلقى ملكيتها عن مالكها بسند معتبر قانونا، فإن الحيازة فيها ووضع اليد عليها يثبتان لمتلقيها بمجرد تسلمها بالحالة التى هى عليها، والتسلم يعتبر تاما متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكن الإنتفاع بها دون مانع ولو لم يتسلمها بالفعل. ومتى اكتسبت الحيازة واليد على هذا الوجه فإنهما يبيقان لمن إكتسبهما حافظين خصائصهما مفيدين أحكامهما مادام لم يعترضه من يعكرها عليه أو يزيلها عنه ويسكت هو المدة التى تستوجب بمرورها يد المعترض حماية القانون. فإذا كان الثابت أن الأرض المتنازع عليها قضاء، وليست من الأراضى التى لم يسبق فيها الملك لأحد، بل هي من الأراضي التي تُلقيت الحيازة فيها بالتخلي من ملاكها المتعاقدين فيكفي في ثبوت وضع اليد عليها القيام-مع عدم المنازع-بإنشاء حدود لها والمرور فيها ودفع الأموال المستحقه عليها. وإذن فالحكم الذي لا يكتفي في ثبوت وضع اليد عليها بهذه المظاهر بل يشترط تسويرها على الأقل يكون حكما مخطئا في تكييف وضع اليد ويتعين نقضه.

١٩- الدكتور/ عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٩، ص٧٩٦.

٢٠- حيث قضى: بأنه يكفي في ثبوت وضع اليد على أرض فضاء تلقيت الحيازة من ملاكها المتتابعين القيام –مع عدم التنازع-بإنشاء الحدود لها والمرور فيها ودفع الأموال المستحقة عليها، إذن فالحكم الذي لا يكتفي في ثبوت وضع اليد عليها بهذه المظاهر بل يشترط تسويرها على الأقل يكون مخطئا في تكييف وضع اليد ويتعين نقضة.
((نقض ١٩٣٩/٥/١١ مجموعه القواعد القانونية ١-٤٤٥-٢١.

٢١- الدكتور السنهورى، الوسيط، الجزء التاسع، بند ٢٥٩، ص ٧٩٢.

٣- السيطرة بالواسطة:

وهنا يباشر الحائز سيطرته على الشيء بواسطة غيره أو أحد تابعيه وبذلك يكون التابع يحوز الشيء لحساب الحائز الأصلي، ولكن يشترط أن يكون لدى الحائز الأصلي النية في التملك وهو العنصر المعنوي ولا ينوب عنه في النية التابع الذي يقوم بالسيطرة الفعلية باسمه ولحسابه.

ولا يوجد شروط في الحائز بالواسطة فيستطيع أن يكون الحائز قاصرا أو ناقص أهلية أو محجور عليه فبذلك يجوز بالواسطة عن طريق الولي أو القيم أو الوصي [٢٢].

٤- السيطرة بالشيوع:

ففي هذه الحالة تكون الحيازة بين شخصان أو أكثر فيكون لكل منهم حصة في العقار ولكن غير محددة الحدود والمعالم وبذلك تكون حيازتهم على الشيوع لحين الفصل فيها.

ولقد كانت المادة ١٤٠٢ من المشروع التمهيدي للقانون المدني تعرض لهذه الحالة، وتنص على أنه "إذا حاز شخصان أو أكثرشيئا شائعا أو حازوا جميعا حقا واحد لكل منهم أن يقوم بالأعمال التى تترتب على حيازة الشيء أو الحق على ألا يحول ذلك دون قيام سائر الشركاء بما يجوز لهم من تلك الأعمال.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تعليقا على هذا النص ما يلي: "كما تكون الملكية شائعة تكون الحيازة أيضا شائعة فقد يحوز شخصان أو أكثر أرضا على الشيوع ويجوز لكل شخص من الحائزين على الشيوع أن يقوم بإعمال الحيازة بشرط الأ يحول ذلك دون قيام شركاء بهذه الأعمال"

"وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأنه في حقيقته لا يعدوا أن يكون تطبيقا تفصليا للقواعد العامة إلا أنه رغم حذفه فليس هناك ما يمنع من العمل به"[٢٣].

ثانيا: الركن المعنوى:

والمقصود بالركن المعنوي للحيازة "استعمال الحق الذي يريد الشخص حيازته بنية التملك والظهور بمظهر صاحب الحق محل الحيازة"[٢٤].

ومن ذلك يجب أن يتوافر لدى الحائز نية تملك الشيء محل الحيازة وأن يتخذ كل مظاهر المالك سواء أكان هو من يقوم بذلك أو هناك من يتولى عنه ذلك.

٢٢- قضت محكمة الإستئناف لأنه يجوز للولى على القاصر أن يتمسك بوضع يد القاصر المدة الطويلة لأجل كسب الملكية وأما تمسك الخصم بقول المادة ٧٦ مدني قديم بأن يكون واضع اليد ظاهرا بنفسه وأن القاصر لا يمكنه أن يظهر بالإنتفاع بالأطيان لإدارة حركتها لأنه هو نفسه محتاج للعناية بسبب أنه فاقد الأهلية التى تخوله معرفة الصالح لأمواله من الضار بها بأن ولى أمر هذا القاصر أو وصيه هو الذي يقوم بوضع اليد نيابة عنه.

((إستئناف ٢٧ ديسمبر ١٩٣٨، المحاماة ٢٠ رقم ١٧٢، ص ٤٥٧.

٢٣- الدكتور السنهورى، الوسيط، الجزء التاسع، بند ٢٦٢، ص ٧٩٨.

٢٤- الحمايه المدنيه والجنائيه للحيازه، منير عبدالمعطى، الطبعه الأولى،٢٠٠٣، ص٢٠.

وإذا لم تتوافر النية في التملك سقط الحق في الحيازة لفقدان ركن من أركان الحيازة القانونية فبذلك لم يعد هناك محل للركن المادي حتى ولو طالت مدة الحيازة لفقدان الركن المعنوي.

ويترك النظر في توافر الركن المعنوي من عدمه إلى قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمه النقض [٢٥].

المطلب الثالث

شروط الحيازة

بعد توافر عنصري الحيازة العنصر المادي والمعنوي يجب توافر شروطها أيضا وتتمثل في الهدوء والظهور والوضوح والإستمرار، ولقد نص على ذلك في القانون المدني في الماده ٢/٩٤٩ [٢٦].

وسوف نتناول تلك الشروط على الوجه الآتى:

١- أن تكون الحيازة مستمرة:

ويقصد بالإستمرار هنا " أن تتوالى أعمال السيطرة المادية على الشيء في فترات متقاربة منتظمة"[٢٧].

فيجب على الحائز إستعمال العقار من وقت إلى أخر وعلى فترات ليست ببعيدة، كما يستعملها الحائز العادي للحصول على المنفعة المرجوة من الحيازة.

ولا يشترط إستمرار السيطرة المادية على العقار في كل لحظة ولكن يكفي ممارسة الحيازة كممارسة المالك لملكه عادة أو على حسب طبيعة الشيء محل الحيازة، كما لو كان المحاز من حقوق الملكية فيظهر الحائز بمظهر المالك، وإذا كان من حقوق الانتفاع كحق المستأجر فهنا يكون إستعمال الحق بإقامة الشخص في هذا المسكن.

وتطبيقا لذلك قضى بأن:" وضع اليد واقعه ماديه جواز إثباتها بكافة طرق الإثبات"[٢٨]، كما قضى أيضا:"سقوط الحق فى الحيازة م ١/٤٤ مرافعات مناطة رفع المدعى دعوى

٢٥- إن نية التملك-وهي عنصر معنوي-تدل عليها وتكشف عنها أمور وظاهر خارجيه يترك تقديرها لمحكمه الموضوع في ضوء التحقيقات والأدلة التى تقوم عليها الدعوى ولها في حدود سلطتها الموضوعية أن تستخلص ثبوتها من عدمه دون رقابة عليها من محكمه النقض متى كان إستخلاصها سائغا له أصول ثابته في الأوراق. وإذن فمتى كان الثابت أن الخبير قد عجز عن تبيان هذه النيه فتعرضت المحكمه لاستكشافها، وخلصت إلى ثبوتها من واقع ظروف الدعوى وما قدم فيها من مستندات وما قام به الخبير من أعمال فإن ما يثيره الطاعنون لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا في تقدير محكمه الموضوع للدليل وهو ما تنحسر عنه رقابة محكمه النقض.
الطعن رقم ٥٥٣ لسنه ٤١ قضائية جلسة ١٩٧٧/٢/٢١
الطعن رقم ٨٣٨ لسنه ٤٩ قضائية جلسة ١٩٨٤/٣/١٣.

٢٦- حيث نصت الماده ٢/٩٤٩ من القانون المدنى المصرى على" وإذا إقتربت بإكراه أو حصلت خفيه أو كان فيها ليس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب.

٢٧- عبد الرازق السنهوري، الوسيط، الجزء التاسع، ص ٨٥٠.

٢٨- الطعن رقم ١٢٧٣٩ لسنة ٨٠ قضائية الصادر بجلسة ٢٠١٨/١٠/٢٧.

الحق، جواز تقديمة أوجه الدفاع والأدلة لإثبات حيازتة ولو كانت متعلقه بأصل الحق طالما لم يطلب الفصل فى موضوع الحق ذاتة"[٢٩].

"فإذا مضى بين العمل والأخر فترة طويلة من الزمن لا يستعمل فيها الحائز الشيء، وكانت هذه الفترة من الطول بحيث لا يدعها-المالك الحريص على الإنتفاع بملكه انتفاعا كاملا- شروطة تمضي دون أن يستعمل ملكه، فإن الحيازة تكون في هذه الحالة غير مستمرة أو متقطعة، فلا تصلح أساسا لدعاوى الحيازة ولا التملك بالتقادم"[٣٠].

يجب أن تكون الحيازة خالية من العيوب:

وتكون حيازة الحائز خالية من عيوب الحيازة إذا توافر فيها ما يلى:

١- أن تكون الحيازة ظاهرة:

فيجب أن يقوم الحائز بمباشرة حيازته على العقار علانية أى على مرأى ومسمع من صاحب الحق، ولكن إذا أخفاها عن صاحب الحق ولم يباشر حيازتة هنا تكون حيازته مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية وهنا تكون غير خاضعة للحماية سواء بدعاوي الحيازة أو بالتقادم المكسب للملكية.

ولا يشترط أن يكون الخفاء بالنسبة للناس جميعا "فالذي يحتج بإخفاء الحيازة هو من أخفيت عنه وحده دون غيره ممن تكون الحيازة ظاهرة أمام عينيه فليس من الضرورى إذن أن تكون الحيازة خافية على جميع الناس حتى تكون مشوبة بعيب الخفاء، بل يكفي أن تكون خافية على صاحب الحق الذي يحوزه الحائز حتى يستطيع هذا أن يتمسك بأنها حيازة معيبة، ولو كانت ظاهرة أمام غيره من الناس"[٣١].

ويكفي للحائز حتى لا يشوب حيازتة عيب الخفاء أن يستطيع المالك العلم بها فلا يشترط علم المالك يقينا بذلك [٣٢].

٢- أن تكون الحيازة هادئة:

فيجب على الحائز الحصول على الحيازة دون إكراه، أي يجب لكي تنتج الحيازة أثارها أن تتسم بالهدوء.

"وتكون الحيازة مشوبة بعيب الإكراه أو عدم الهدوء إذا حصل عليها صاحبها بالقوة أو بالتهديد"[٣٣].

٢٩- الطعن رقم ١٥١٢ لسنة ٧١ قضائية جلسة ١٦/ ٣/ ٢٠٢١.

٣٠- ومن الفقهاء من يذهب إلى أن إستمرارالحيازة هو نفس عنصرها المادى " فعدم قيام الحائز منذ إبتداء الحيازة بأعمال الإستعمال الكافية لتكوين العنصر المادى للحيازة من شأنه ألا يكسبة الحيلزة، فلا نكون بصدد حيازة معيبة فحسب، بل لا تكون ثمة حيازة بالمرة.

٣١- عبد الرازق السنهوري، الوسيط، الجزء التاسع، ص ٨٥٩.

٣٢- حيث قضت محكمة النقض ب " الحيازة التي تصلح أساسا لتملك المنقول أو العقار بالتقادم، وإن كانت تقضى القيام بأعمال مادية ظاهرة في معارضة حق المالك على النحو الذي لا يحمل سكوتة فيه على محمل التسامح ولا يحتمل الحفاء أو اللبس في قصد التملك بالحيازة، كما تقتضي من الحائز الاستمرار في استعمال الشيء بحسب طبيعته وبقدر الحاجة إلى إستعماله، إلا أنه لا يشترط أن يعلم المالك بالحيازة علم اليقين، إنما يكفي أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها".
((مجموعة أحكام محكمة النقض جلسة ١٩٧٣/٢/٨، س ٢٤، الجزء الأول، ص ١٧٥)).

وبذلك عند إستخدام الحائز القوة أو التهديد مع المالك لانتزاع ملكه واستمر في استخدام الإكراه تكون الحيازة هنا مشوبة بعيب عدم الهدوء أو الإكراه فبذلك تكون الحيازة غير منتجه لإثرها ولا تضم مدة الإكراه إلى مدة التقادم المكسب للملكية.

ويستوي أن تكون الإكراه ماديا أو معنويا، فالإكراه المادى هو إستعمال العنف كوسيلة للحصول على الحيازة من المالك ومع إستمرار إستخدام العنف لوضع اليد على العقار بالقوة وطرد المالك، ولكن الإيذاء البسيط لا يعتبر إكراه ليصبح عيب في الحيازة وإنما يجب أن يكون أعمال العنف من طبيعة معينة لكي يترك المالك حيازته.

أما الإكراه المعنوي هو استخدام وسيلة لتهديد المالك في نفسه أو ماله مما يجعل في نفسه الرهبة من الدفاع عن ملكه وتركه لمن يهدده، وقد يصل هذا التهديد إلى الجسامة التي يخشى بسببها المالك على نفسه وماله وأسرته وشرفه فيترك له حيازة العقار لحماية نفسه من ذلك التهديد.

وتطبيقا لذلك قضى" المنازعة القضائية عدم نفيها بتجردها قانونا صفه الهدوء عن الحيازة المكسبة للملكية، الهدوء كشرط للحيازة، مناطه عدم إقترانها بالإكراه من الحائز وقت بدئها"[٣٤].

٣-أن تكون الحيازة واضحة:

بعد أن تتوافر الشروط السابقة من الاستمرار والهدوء والظهور يجب توافر الشرط الرابع وهو الوضوح والذي يدور حول العنصر المعنوي للحيازة وهو القصد فهنا لا يكفي أن تتوافر النية في تملك العقار وإنما يجب أن تكون ظاهرا أمام الجميع بالدلائل الكافية لوجود نية للتملك.

ولكن قد يشوب الحيازة عيب الغموض إذا لم تكن تلك الأعمال تؤيد اتجاه نية الحائز إلى تملك العقار أي" أن الحائز يحوز لحساب نفسه خاصة أو أن يحوز لحساب غيره أو لحساب نفسه وحساب غيره معا"[٣٥].

٣٣- أ/ المقصود بالهدوء الذى هو شرط للحيازة المكسبة للمكلية –وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض ألا تقترن الحيازة بالأكراه من جانب الحائز وقت بدئها، فإن بدأ الحائز وضع يده هادئا فإن بدأ الحائز وضع يده هادئا فإن التعدى الذى يقع أثناء الحيازة ويمنعة الحائز لا يشوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد جرى في هذا الخصوص على أن هناك نزاع يشوب حيازة الطاعن للأرض إستنادا ألى مجرد توقيع الحجز، وكان الطاعنون قد إتخذوا من هذا الحجز موقف المدافع عن حيازتهم مما لا يصح معه القول بأن حيازتهم كانت معيبة بهذا السبب، إذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر مجتزئا في ذلك بالقول بأن حيازة الطاعنيين للأرضأنفه الذكر فقدت شرط الهدوء، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.
((جلسة ١٩٨١/٦/٧، الطعن رقم ١٠٨١ لسنة ٤٨ قضائية س٣٢، ص ١٧٥٤)).
ب/ وضع اليد واقعه لا ينفي صفه الهدوء عنها مجرد حصول تصرف قانونى على العين محل الحيازة ولا يعد هذا التصرف تصرفا قاطعا للتقادم.
((جلسة ١٩٦٨/٤/٩، الطعن رقم ٦٥، لسنة ٣٤ قضائية س١٩، ص ٧٤١)).
٣٤- الطعن رقم ٧٤٤٥ لسنة ٧٤ قضائية الصادر بجلسة ٢٠١٥/٣/٢٣.
٣٥- أ/ وضع اليدعلى العقار إستنادا إلى عقد بيع صورى صورية مطلقة، مظهر من مظاهر ستر الصورية، لا أثر له في كسب الملكية مهما طالت مدته.
((جلسة ١٩٧٦/٣/٢٣، الطعن رقم ٥٥٦ لسنة ٣٩ قضائية س ٢٧، ص٧٢٨)).
ب/ مفاد النص في المادة ٩٤٩ من القانون المدنى يدل على أن المقصود بخفاءالحيازة هو ما يعيب ركنها المادى أى عدم ظهور أفعال الحائز الدالة على سيطرته على الشئ، أما المقصود به اللبس أو الغموض فهو عدم ظهور قصد الحائز في حيازة المال لحساب نفسه.
((جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٧، الطعن رقم ٤٢١١ لسنة ٧٣ قضائية)).

وتطبيقا لذلك قضى:" الخفاء واللبس أو الغموض فى الحيازة المقصود بهما عدم ظهور أفعال الحائز الدالة على سيطرته على الشئ وقصده فى حيازة المال لحساب نفسه م ٩٤٩ مدنى"[٣٦].

المبحث الثانى

درو النيابة العامة

٣٦ـ الطعن رقم ٢٥٨٢ لسنة ٧٣ قضائية جلسة ٢٠١٣/٥/٥.

تمهيد:

لقد وضع المشرع للنيابة العامة دور هام لحماية الحيازة حيث جعل لها السلطة في إصدار القرارات لحماية الحيازة عند نشوب نزاع حولها فأصبح لها إصدار هذا القرار بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء المعاينات والإجراءات اللازمة لذلك.

ولكن أوجب عليها أن يكون قرارها مسببا وإلا أصبح باطلا ولا يجوز لها حفظ الأوراق أو إصدار قرار بدون تسبيب ولقد أوجب نص المادة ٤٤ مكرر مرافعات أن على النيابة العامة إعلان الخصوم بالقرار خلال ثلاثة أيام من تاريخ إصدارة ليتيح لهم الفرصة للتظلم فيه.

وعلى النيابة العامة طلب تنفيذ القرار من إدارة تنفيذ الأحكام وذلك لأن قرار النيابة في ذلك الشأن واجب النفاذ فور صدوره وإعلان الخصوم.

ولقد أوضحنا ذلك في هذا المبحث على الوجه التالي:

المطلب الأول: تدخل النيابة العامة في منازعات الحيازة.

المطلب الثاني: سماع أقوال أطراف النزاع.

المطلب الثالث: تسبيب القرار.

المطلب الرابع: إعلان القرار وتنفيذه.

المطلب الأول

تدخل النيابة العامة في منازعات الحيازة

في ظل القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢:

إشترط قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ لتصدر النيابة العامة أمرا في نزاع من منازعات الحيازة شرطان وهما:

١-قيام دلائل كافية على جدية الإتهام.

٢-أن يكون الأمر الصادر من النيابة بأتخاذ إجراء تحفظى.

وفيما يلي تفصيل لازم:

١-قيام الدلائل الكافيه على جديه الإتهام:

"المقصود بالدلائل الكافية هي العلامات المستفادة من ظاهر الحال دون ضرورة التعمق فيها أو تقليب وجه الرأي فيها وهي لا ترقى إلى مرتبة الأدلة ويجب أن تكون هذه العلامات مبنيه على إستنتاجات عقلية مقبولة ولا يعتد فيها بمجرد البلاغ بالجريمه"[٣٧].

لا ينبغى أن تكون الدلائل الكافية مجرد شبهات ظنيه أو بلاغ مقدم وإنما يجب توافر بعض الأدله المعقولة ويغلب عليها الأعتقاد بوقوع الجريمة من المتهم ويشترط في الدلائل الاعتقاد على وقوع الجريمة من المتهم وليس اليقين، لانه قد تتوافر الدلائل الكافية على وقوع الجريمة ولكن يتبين فيما بعد أن كل هذه الدلائل غير صحيحه وأن المتهم لم يقوم بهذه الدلائل.

وعلى ذلك عند إنتفاء الدلائل الكافيه على جديه الإتهام فيمتنع على النيابة العامة الأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية في النزاع المقدم إليها.
"وفي ذلك جاء بالكتاب الدورى رقم ٨ لسنة ١٩٨٢ والصادر من النائب العام بتاريخ ١٩٨٢/٤/٢٨ أنه إذا كانت منازعة الحيازة المعروضة لا تشكل جريمة من جرائم أنتهاك حرمة ملك الغير تأمر النيابة الجزئية بقيد الأوراق بدفتر الشكاوى الإدارية وحفظها إداريا دون إصدار أي قرار بشأن الحيازة"[٣٨].

٢-أن يكون الأمر الصادر من النيابة بإتخاذ إجراء تحفظى:

تعتبر الأوامر الصادرة من النيابة العامة ما هي إلا إجراءات تحفظية لحماية الحيازة كما نصت عليها المواد من ٣٦٣ إلى ٣٦٩ مكرر عقوبات وذلك دون المساس بأصل الحق فالاجراءات التى تصدرها النيابة ما هي إلا إجراءات وقتية لحماية الحيازة ولا يشترط فيها وجود سند صحيح كما لا يشترط أن يكون الحائز هو المالك فيجوز أن يكون غير مالك للعقار، فكل ما تهدف إليه النيابة من الإجراء الوقتي هو حماية الحيازة إلى حين الفصل في أصل الحق.

٣٧- المستشار مصطفي الشاذلي في مدونة قانون العقوبات طبعة ١٩٨٢ ص ٥٩١

٣٨- مصطفي هرجه، الحيازة داخل وخارج دائرة التجريم في ظل القانون رقم ٢٩ لسنه١٩٨٢، ص ٣٥

- **مدى إختصاص القضاء المستعجل بمنازعات الحيازة:**

قبل القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢:

جرى القضاء المصرى على إختصاص القضاء المستعجل بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالحيازة التى تحتاج إلى حماية وقتية عاجلة، حتى يرد عن الحيازة الظاهرة غير المتنازع عليها نزاعا جديا ما يقع عليها من عدوان ظاهر إلى أن يفصل فى موضوع الحيازة ذاتها من محكمة الموضوع المختصة، كرد الحيازة لمن سلبت منه بالقوة[٣٩]، دون حاجة لإلجائه إلى رفع دعوى إسترداد الحيازة[٤٠] ،ووقف أى عمل جديد من شأنه لو تم لأصبح تعرضا للحائز فى الحيازته دون حاجه لإنتظار حماية الحيازة عن طريق رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة.

وقد كان من المنطقى أن تشمل هذه الحماية العاجله منع التعرض مؤقتا للحائز فى حيازته دون إلجائه إلى رفع دعوى بمنع التعرض بالإجراءات العادية أمام القضاء الموضوعى، لأن موجبات الحماية العاجلة للحيازة تقوم بالنسبة للحائز فى هذه الحالة كما هو الشأن بالنسبة لسائر دعاوى الحيازة[٤١].

غير أن محكمة النقض ذهبت إلى عدم إختصاص القضاء المستعجل بالفصل فى دعوى منع التعرض، على أساس أن الحكم فيها يمس حتما الحق موضوع النزاع، حيث يتعين للفصل فيها التحقق من توافر شروط وضع اليد التى تخول المدعى رفع دعوى منع التعرض، وحقوق المتعرض على العقار موضوع النزاع، بحيث لا يبقى بعد الفصل فيها نزاع موضوعى بين الطرفين فى خصوص وضع اليد يصح عرضه بعد ذلك على القضاء[٤٢].

وأمام التزايد العملى لمنازعات الحيازة خاصة مع شدة أزمة الإسكان، وقصور الحماية القضائية الوقتية عن أن تشمل كافة صور المنازعة على الحيازة كما أسلفنا، وتقرير حماية الحيازة بقرار وقتى عن طريق النيابة العامة[٤٣]، لما أثاره هذا الطريق من خلاف حول ماهية القرار، هل هو قرار قضائي يتم التظلم منه أمام القضاء العادي إذا شكل الإعتداء على الحيازة جريمة، أم أنه مجرد قرار إدارى إذا كانت المنازعة على الحيازة منازعة مدنية صرف ويختص بالتظلم منه القضاء الإدارى، وإزدياد الأمر تعقيدا بإستحداث المشرع بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ للمادة ٣٧٣ مكررا من قانون العقوبات لما إنطوى عليه تطبيق هذه المادة من حجب النيابة العامة نفسها عن إصدار قرارت وقتية فى شأن منازعات الحيازة المدنية البحتة التى لا تثير شبهة جريمة من جرائم إنتهاك حرمة

٣٩ـ محكمة مصر للأمور المستعجلة ١٢ أكتوبر ١٩٧٧ المحاماة ٥٨ ع١، ٢ ص ٨٦.
محكمة مصر للأمور المستعجلة ١٠ مارس ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ ص٦٤٤.
محكمة مصر للأمور المستعجلة ١٧ ديسمبر ١٩٩٠ المحاماة ٣١ ص ١٠١٧.

٤٠ـ محكمة الإسكندرية للأمور المستعجلة ٥ إبريل ١٩٣٧ المحاماه ١٧ ص ١٠٧٩.
محكمة مصر للأمور المستعجلة ١٢ نوفبر ١٩٣٦ المحاماة ١٧ ص ٤٧٧.

٤١ـ أمينة المنر، مناط الإختصاص و الحكم فى الدعاوى المستعجلة، ص ١٨٠.

٤٢ـ نقض مدنى ٢٤ يونيه ١٩٥٤ الطعن رقم ١٢٧ لسنة ٢٢ قضائية.

٤٣ـ كانت تعليمات النائب العام للنيابة تقضى بتحقيق الوقائع المتعلقة بالإعتداء على الحيازة وأن تصدر قرارا مؤقتا بشأنها بمنح الحيازة لأحد المتنازعين أو إبقاء الحال على ما هو عليه وعلى المتضرر الألتجاء إلى القضاء عن طريق التظلم من القرار.

ملك الغير[٤٤]، لإقتصار النص على مواجهة الإعتداء على الحيازة الذى يشكل جريمة، مع أن المنازعة على الحيازة المدنية تؤدى فى كثير من الأحيان بأطرافها إلى الوقوع فى الجريمة ما لم يتم تسكين نزاعهم بحل وقتى عاجل.

لهذه الأعتبارات مجتمعة، صدر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات لمعالجة مسألة الحماية الوقتية للحيازة، فى محاولة لتعديل القصور فى سبل هذه الحماية، وتحقيقها بأسلوب أكثر سرعة وذلك عن طريق النيابة العامة تجنبا لما آل إليه القضاء المستعجل من بطء، بحيث لم يعد قادرا على التدخل لتحقيق هذه الحماية بالسرعه الواجبة التى تتفق وحساسية منازعات الحيازة الوقتية.

فى ظل القانون رقم ٢٣ لسنة١٩٩٢:

- حماية الحيازة عن طريق النيابة العامة:

إستحدث المشرع بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ تنظيما جديدا لمنازعات الحيازة الوقتية مجاله قانون المرافعات، فألغى المادة ٣٧٣ مكررا من قانون العقوبات وأضاف مادة جديدة إلى قانون المرافعات هى المادة ٤٤ مكررا أوجب فيها على النيابة العامة متى عرضت عليها منازعات الحيازة سواء كانت منازعة مدنية بحتة أو إنطوى الإعتداء على الحيازة على الجريمة، أن تصدر فيها قرارا وقتيا مسببا واجب التنفيذ فور صدوره وذلك بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراءات التحقيق اللأزمة، على أن يصدر القرار من عضو النيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل[٤٥]، حتى تتوافر لمصدر القرار الخبرة اللأزمة، لما تنطوى علية هذه المنازعات من أهمية خاصة، وعلى النيابة العامة إعلان هذا القرار لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدورة[٤٦].

يرى البعض أن نص الماده ٤٤ مكرر مرافعات جاء وبه قصور حيث لم يحدد الطريقة التى يتم بها إعلان القرار وإنما أوجب على النيابة العامه إعلان القرار وبذلك يكون الإعلان عن طريق قلم المحضرين وليس بالطريق الإدارى وذلك كما نصت عليه الماده السادسه من قانون المرافعات.

ويرى البعض الأخر وهو مخالف للرأى السابق، رغم ما يعنيه الإعلان عن طريق قلم المحضرين من ضمانات للملعن إليه إلا أنه يحدث الكثير من التلاعب قد تنتهى الإعلان إلى جهه الإدارة، رغم أن إعلان القرار عن طريق قلم المحضرين مخالف لما يرغب فيه المشرع فى نص الماده ٤٤ مكرر مرافعات حيث نصت على" على النيابة العامة إعلان القرار لذوى الشأن خلال ثلاثه أيام من تاريخ صدوره"، وهنا قد حدد المشرع الطريقه

٤٤- المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٥ بند ٥.

٤٥- تقتضي التعليمات الداخلية للنيابة العامة على أن يصدر القرار من المحامى العام المختص، وعلى المحامى العام المختص إستطلاع رأى المحامى العام الأول فى الهام من تلك المنازعات، مكتب النائب العام، كتاب دورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ فى أول أكتوبر ١٩٩٢.

٤٦- ولأن القرار يتم اتنفيذه فور صدوره كنص المادة ٤٤ مكررا فإنه لا يترتب على مخالفة هذا الميعاد بطلان القرار، وإنما يترتب عليه عدم بدء ميعاد التظلم من القرار إلا من تاريخ تمام الإعلان، لذا فإنه يمكن تجبنا لهذا التأخير قيام من صدر القرار لصالحه بإعلان خصمه القرار على يد محضر، أنظر عبدالمنعم الشرقتوى ، المستحدث فى قانون المرفعات وفقا للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ص٢٤ عدد خاص صادر عن مركز الدرسات القانونية كلية الحقوق جامعه القاهرة ١٩٩٣.

وهى عن طريق النيابة العامة أى بالطريق الإدارى، ويعتبر أيضا الرأى السابق مخالف لنص الماده السادسة مرافعات حيث نصت على " كل إعلان أو تنفيذ يكون بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة"[٤٧]، وهنا النص صريح فى من له حق طلب الإعلان ولم ينص على النيابةالعامة من ضمن من لهم حق طلب الإعلان.

ويتفق رأى الباحثة مع الرأى الثانى لوضوح نص الماده ٤٤ مكرر والماده السادسة من قانون المرافعات فى كيفيه الإعلان.

وقد حسم الكتاب الدورى الصادر من وزارة العدل هذا الخلاف فأوجب على قلم الكتاب إعلان القرارت الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة المدنية والجائية إلى ذوى الشأن خلال المواعيد المحددة وفقا لاحكام قانون المرافعات[٤٨].

ولا يحول القرار المؤقت الذى تصدره النيابة العامة بشأن الحيازة من مبادرتها إلى تحريك الدعوى الجنائية إذا قدرت أن الإعتداء على الحيازة يشكل جريمة من الجرائم[٤٩].

وتذيل النيابة العامة القرار الصادر بشأن الحيازة بالصيغه التنفيذية وترسل صورة رسمية من منطوق القرار وأسبابه إلى قلم المحضرين، ويراعى أن يتضمن المنطوق إسم الصادر لصالحة وخصمه وبيانات وافية عن العين الصادر بشأنها القرار ويتولى قلم المحضرين التنفيذ[٥٠].

ويكون لذوى الشأن التظلم وإذا لم يكن طرف فى الخصومة[٥١]، ولأطراف الخصومة التظلم من قرار النيابة العامة أمام القاضى الإمور المستعجلة وذلك خلال خمسة عشر يوم من تاريخ إعلانه بقرار النيابة العامة.

- **التظلم من قرار النيابة العامة والختص به:**

٤٧- قضت محكمه النقض"كما قضت فى حكم أخر بأنه لما كان الحكم المطعون فيه أقام قضاءه على أنه وقد تم الإعلان فى موطن الطاعنة فيكفى تسليم الصورة-فى حاله غيابها- إلى من يقرر أنه يقيم معها ممن عددتهم المادة العاشرة من قانون المرافعات ويكون الإعلان صحيحا ولو تبين أن المستلم ليس ممن عددتهم تلك المادة وأنه لا يقيم مع المعلن إليها ذلك أن المحضر ليس مكلفا بالتحقيق من صفه من تتقدم إليه لإستلام الإعلان طالما أنه خوطب في موطن المعلن إليها وهى دعامة كافية لحمل قضاء الحكم من ثم فإن تعييبه فيما إستطردإليه تزايد من أن الطاعنة لم تتخذ إجراءات الطعن بتزوير ورقتى الإعلان يكون غير منتج.
الطعن رقم ٨٣٧ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ١٩٩٢/٤/٢١

٤٨- كتاب دورى رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ بتاريخ ٢ نوفمبر ١٩٩٢.

٤٩- المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢.

٥٠- الكتاب الدورى لوزارة العدل رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ فى ١٩٩٢/١١/٢، وكتاب النيانة العامة الدورى رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٢ فى ١ نوفمبر ١٩٩٢.

٥١- وتجدر ملاحظة أن من لم يكن طرفا فى الخصومة يستطسع التظلم فى أى وقت من القرار دون تقيد بالميعاد الذى حددتة المادة ٤٤ مكرر ما لم يكن قد أعلن بالقرار فيبدأ الموعد من تاريخ الإعلان.

حسم المشرع الخلاف بين جهتى القضاء العادى والإدارى حول أيهما المختص بنظر التظلم من القرار الوقتى الصادر من النيابة بشأن منازعات الحيازة، فجعله من إختصاص القضاء العادى سواء تعلق بحيازة مدنية بحته أو بإعتداء عليها بشكل جريمة[٥٢].

ولقد وضع المشرع ضوابط للتظلم من قرارات النيابة العامة فجعل المنوط لنظر التظلم هو القاضى المستعجل دون غيره ويجب رفعها فى الميعاد المحدد وإلا سقط الحق فى التظلم وتقضى المحكمة بذلك من تلقاء نفسها لإنه متعلق بالنظام العام، ويبدأ إحتساب ميعاد التظلم من تاريخ الإعلان وليس العلم اليقينى بالقرار، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا كان ميعاد الطعن لا يبدأ إلا من تاريخ الإعلان فإنه لا يغنى عن ذلك أى إجراء أخر كالإعلان المحكوم عليه بصحفيه إستئناف من خصمه، ولا يثبت علمه بالحكم بأى طريقة أخرى ولو كانت قاطعة[٥٣]، ويكون حكم القاضى المستعجل حكم وقتى سواء بتأييد أو إلغاء أو تعديل قرار النيابة العامة.

ولقاضى الأمور المستعجلة سلطة وقف تنفيذ القرار المتظلم منه إلى أن يتم الفصل فيه[٥٤]، وعلى ذلك لا يعتبر الإشكال أثناء تنفيذ القرار طريقا للتظلم ولا يترتب عليه وقف التنفيذ[٥٥]، ولا يجوز الطعن بالإستئناف على إستقلال فى الحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ وإنما يتعين الإنتظار حتى يصدر الحكم فى التظلم ليطعن فيهما معا.

ولا يجوز التحدى فى هذا الصدد بالمادة ٢١٢ مرافعات[٥٦]التى تجيز الطعن على استقلال فى الأحكام الوقتية والمستعجلة التى تصدر أثناء سير الدعوى وقبل صدور الحكم المنهى للخصومة كلها، لأن هذا الإستثناء يواجه مشكلة الأحكام المستعجلة والوقتية التى تصدر أثناء نظر دعوى موضوعية، مراعاة لتجنب التأخير حتى صدور الحكم الموضوعى والمنهى للخصومة كلها.

أما بالنسبة لخصومة التظلم فهى بطبيعتها خصومة وقتية وليست خصومة موضوعية، ومن ثم يتعين عدم جواز الطعن بالنسبة لما يصدر أثناء سيرها من قرارات وقتية والإنتظار حتى صدور الحكم المنهى لخصومة التظلم كلها تجنبا لاطالة الوقت فى المسائل المستعجلة.

٥٢- المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٣ لسنة١٩٩٢.

٥٣- نقض مدنى ٧ نوفمبر ١٩٨٤ الطعن رقم ٥٦٩ لسنة ٤٩ قضائية.

٥٤- كما نصت الماده ٤٤ مكرر:" وله بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه إلى يفصل فى التظلم.

٥٥ـ الكتاب الدورى لوزارة العدل رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ فى ٢ نوفمبر ١٩٩٢ وقد ورد فيه أنه لا يجوز بأى حال من الأحوال وقف تنفيذ القرار إلا بأمر من قاضى الأمور المستجلة المختص بنظر التظلم.

٥٦- مفاد المادة ٢١٢ من قانون المرافعات المعدله بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وعلى ما أفصحت عنه المذكر الإيضاحيه للقانون- وجرى به قضاء محكمه النقض- أن المشرع وضع قاعدة عامة تقضى بعدم جواز الطعن على إستقلال فى الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامى المنهى لها وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى أو التى تصدر فى شق فيها وتكون قابلة للتنفيذ الجبرى والأحكام الصادرة بعدم الإختصاص والإحلة إلى المحكمة المختصة، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه والصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٤/١٧ قد قضى برفض الشق المستعجل فى الدعوى وهو تعيين الطاعنحارسا على أعيان الوقف حتى يفصل فى موضوع الدعوى وهو ما يندرج تحت الأحكام التى إستثنتها المادة ٢١٢ آنفة البيان على سبيل الحصر وأجازت الطعن فيها إستقلالا قبل الفصل فى الموضوع بحكم نهائي ومن ثم فإن الطعن عليه بطريق النقض يكون جائزا.
((الطعن رقم ٣٧ لسنة ٧٨ جلسة ٢٠١٢/١/١٠)).

وتجدر ملاحظة أن صدور الحكم فى التظلم لا يمنع ذوى الشأن من رفع أية دعوى مدنية كانت أو جنائية تتعلق بموضوع الحيازة أو بأصل الحق[٥٧].

- حماية الحيازة عن طريق النيابة العامة ليس طريقا إجباريا:

فيجوز للحائز الذى إعتدى على حيازته أن يلجا مباشرة إلى القضاء المستعجل لحماية حيازته دون أن يتعين عليه الإلتجاء أولا إلى النيابة العامة، أى أن الحائز الذى إعتدى على حيازته بالخيار بين الإلتجاء إلى النيابة العامة أولا وبين الإلتجاء مباشرة إلى القضاء المستعجل برفع دعوى إبتداء[٥٨].

لم يوجب المشرع فى المادة ٤٤ مكرر مرافعات الإلتجاء إلى النيابة العامة فقط لحماية الحيازة وإنما أوجب على النيابة العامة إصدار قرار مسبب لحماية الحيازة حال عرض عليه منازعه من منازعات الحيازة ويكون ذلك القرار الوقتى بمثابة مستعجل المستعجل ولتحقيق سرعة الحماية لحين الفصل النهائى فى المنازعة.

المطلب الثانى

سماع أقوال أطراف النزاع

لقد أوجب المشرع على النيابة العامة إصدار قرارت بشأن نزاعات الحيازة حيث نص المشرع على:" بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة...."[٥٩].

وبذلك فعلى النيابة العامة إصدر القرار بشأن منازعة الحيازة بعد سماع أقوال أطراف النزاع وتقديم المستندات المؤيده لإدعائه و إجراء المعاينات اللازمة لمحل النزاع ومن الجائز للنيابة الإطلاع على محاضر الشرطة ويجوز للنيابة أيضا إجراء التحقيق وإجراء المعاينات اللازمة لإصدار قرارها بشأن المنازعة. ونظرا لخطورة قرارة النيابة العامة على المراكز القانونية للأطراف فيجب على عضو النيابة العامة مصدر القرار تحرى الدقة في الإجراءات والتحريات قبل إصدار قراره في منازعة الحيازة، ولا يجوز للنيابة العامة عدم إصدار قرار في المنازعة بحجة أن الفصل فيها يحتاج إلى التغلغل في الموضوع[٦٠].

٥٧- المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢.

٥٨- أحمد السيد صاوى، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٣٠٤،٣٠٥.

٥٩- نص المادة ٤٤ مكرر من قانون المرفعات.

٦٠- يجب على النيابة العامة متى عرضت عليها منازعة من منازعات الحيازة، مدنية كانت أو جنائية ، أن تصدر فيها قراراً وقتياً مسبباً واجب التنفيذ فوراً بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة ويصدر القرار المشار إليه من عضو نيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل . وعلى النيابة العامة إعلان هذا القرار لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره . وفى جميع الأحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذى شأن أمام القاضى المختص بالأمور المستعجلة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة في ميعاد خمسة عشر يوماً من يوم إعلانه بالقرار ، ويحكم القاضى بحكم وقتى بتأييد القرار أو بتعديله أو بإلغائه ، وله بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه إلى أن يفصل في التظلم ، يدل - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المشار إليه - أن المشرع عندما وضع التنظيم الجديد لمنازعات الحيازة قد ارتأى أن يكون اختصاص النيابة العامة في هذا الخصوص شاملاً كافة منازعات الحيازة سواء كانت المنازعة مدنية بحته أو تضمنت عدوانا على حيازة مما يجرمه القانون وأوجب على النيابة العامة متى عرضت عليها منازعة من منازعات الحيازة أن تصدر فيها قراراً وقتياً واجب التنفيذ وأوكل صدور القرار بشأنها إلى عضو من أعضاء النيابة العامة بدرجة رئيس نيابة على الأقل وذلك حتى يكون لمصدر القرار الخبرة والدراية اللازمة لما تتسم به هذه المنازعات من أهمية خاصة.
((الطعن رقم ١٨١٠ لسنة ٧٨ قضائية ٢٠٠٨/٥/٢٤)).

وعندما ينتهي عضو النيابة العامة من كافة الإجراءات والتحريات المطلوبة وتصبح الأوراق مستكفية الإجراءات يقوم بإرسالها إلى المحامي العام للنيابة الكلية مشفوعا بمذكره متضمنه القرار المقترح إصدارة ومصحوبا بالأسانيد التى إرتكز عضو النيابة العامة عليها، وإذا كانت واقعة الحيازة تتضمن جريمة من جرائم الحيازة المنصوص عليها في القانون يجب توضيحها في المذكرة معه مدى توافر أركان تلك الجريمة واقتراح كيفية التصرف فيها.

المطلب الثالث

تسبيب القرار

لقد ألزم المشرع عضو النيابة العامة مصدر القرار طبقا لنص المادة ٤٤ مكرر مرافعات أن يكون قراره مسببا[٦١]، ويخضع تسبيب قرارات النيابة العامة فى منازعات الحيازة إلى ذات الضوابط التى تخضع لها تسبيب الأحكام[٦٢]، فيجب أن تكون أسباب القرار منطقية بحيث تسوغ الحل الذى أخذ به القرار حتى يتمكن من يطلع على ذلك القرار التحقق منه أنه صدر بما يتفق وأحكام القانون ويستند إلى واقع المنازعة.

ولذلك لا يجوز صدور القرار قاصر أو مبهما، كتسبيب القرار بأنه تبين للنيابة من الأدلة أو من التحقيق ثبوت الحيازة لأحد الطرفين أو أن الطرف الأخر ينازعه الحيازة بغير حق أو أن الطلب لا يستند إلى أساس دون أن تبين النيابة كيفية ثبوت الحيازة لهذا الطرف أو كيف توصلت إلى إعتبار المنازعة بغير حق أو دون أساس، فمثل تلك القرارات يكون التسبيب فيها مشوب بالقصور والإبهام ولا تقنع الصادر ضده القرار فلذلك يجب بيان أقوال الشهود وكافه الأدلة التى إستند عليها عضو النيابة مصدر القرار.

يجب أن تكون أسباب القرار مستمدة من الأوراق التى قدمت والإجراءات التى تمت أمام النيابة العامة[٦٣]،ويؤدى عدم تسبيب القرار أوعدم توافر شروط صحه التسبيب على هذا النحو إلى بطلال القرار[٦٤].

ورغم أن المشرع ألزم النيابة العامة من تسبيب القرار الذى تصدرة فى منازعات الحيازة إلا أنه لم يحدد شكل معين لهذا القرار، ولكن يجب أن يتضمن قرار النيابة العامة فى شأن منازعة الحيازة كما هو معمول به فى قرارت النيابة العامة بشكل عام، فيجب أن يتضمن بيان النيابة الصادر منها القرار وعضو النيابة مصدره ودرجته وتاريخ إصدار القرار حتى يتمكن صاحب الشأن من أحتساب مده التظلم من القرار مع توضيح من شخص الصادر

٦١- الجوهرى أن يكون التسبيب كافيا ينصب على مقطع النزاع من جهه وأن يتضمن من جهة أخرى ما يطمئن المطلع عليه إلى أن مصدر القرار لم يصدر إلا بعد الإطلاع على الأوراق والإلمام بما تضمنته من طلبات ودفوع ودفاع وأنه استخلص ما إنتهى إليه من واقع الأوراق والأدلة المقدمة فيها.
((الطعن ١٨٠٥ لسنة ٤٩ قضائية جلسه ١٩٨٣/٤/١٩)).

٦٢- المستشار أنور طلبه، موسوعه المرافعات، ص ٥٨٣، محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات، ص ٣٦٧.

٦٣- على مصطفى الشيخ، الحماية الوقتية للحيازة فى قانون القضاء المدن، ص ١٨٦.

٦٤- المستشار أنور طلبه، موسوعة المرفعات، ص ٥٨٣.

لصالحه القرار ومن صادر ضده القرار، فضلا عن تعيين المال أو العقار محل النزاع وتحديد مضمون القرار ببيان الإجراء الذى أمرت به النيابة العامة لحماية الحيازة[٦٥].

المطلب الرابع

إعلان القرار وتنفيذه

أولا: إعلان القرار:

أوجبت المادة ٤٤ مكرر مرفعات على النيابة العامة إعلان قرارها الصادر بشأن الحيازة أيا كانت مضمونة إلى ذوي الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره [٦٦].

ويقع على عاتق عضو النيابة العامة مصدر القرار تحديد الخصوم الواجب إعلانهم بالقرار وهم المشكو في حقهم ومن ثم سؤالهم في التحقيقات وأى شخص قد صدر ضده هذا القرار، ولا يجوز ترك تحديد من لهم الحق في الإعلان إلى قلم المحضرين، ولقد حدد المشرع مدة الثلاثة أيام للإعلان لحث النيابة العامة على سرعة الإعلان ليتمكن المتضرر من القرار التظلم منه في الوقت الذي حدده القانون [٦٧].

ثانيأ: تنفيذ القرار:

أما تنفيذ القرار فيتم تنفيذ القرار بناء على طلب النيابة العامة إلى إدارة تنفيذ الأحكام ويكلف أحد معاون التنفيذ بتنفيذ القرار تنفيذا جبريا بمعاونة الشرطة.

وبما لقرارات النيابة العامة في الحيازة من صلاحية التنفيذ الجبري بمجرد صدورها ورغم ذلك ثار خلاف حول ذلك وسوف نعرضه كما يلي:

٦٥- ووفقا للكتاب الدورى رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر عن السيد المستشار النائب العام بتاريخ ١٩٩٢/١١/١١ فإنه يجب أن يتضمن قرار النيابة العامة فى منازعة الحيازة بعض البيانات، إذ يراعى أن يتضمن منطوق القرار إسم الصادر لصالحه القرار وخصمه كاملا وبيانات وافية عن العين موضوع النزاع بما يكفى لتحديدها وترسل صورة رسمية من منطوق القرار وأسبابه إلى قلم المحضرين بخطاب يتضمن أسماء الخصوم وعملهم ومحل إقامتهم تفصيلا حتى يمكن لقلم المحضرين إتمام الإعلان والتنفيذ.

٦٦- ويلاحظ أن المشروع الذي كان مقدما من الحكومة للمادة ٤٤ مكرر كان غالبا من إلزام النيابة العامة بإعلان قرارها لذوي الشأن، ولكن لجنه الشئون التشريعية والدستورية أدخلت هذا التعديل السابق، وهو الإعلان خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره.

٦٧- وذلك طبقا لنص الماده ٦ من قانون المرافعات وتنص على" كل إعلان أو تنفيذ يكون بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمهيقوم الخصوم أو وكلاؤهم بتوجيه الإجراءات وتقديم أوراقها للمحضرين لإعلانها أو تنفيذها كل هذا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ولا يسأل المحضرون إلا عن خطئهم في القيام بوظائفهم.

وحيث قضت محكمه النقض على:" بأنه لما كان الحكم المطعون فيه أقام على أنه وقد ثم الإعلان في موطن الطاعنة فيكفي تسليم الصورة في حاله غيابها إلى من يقرر أنه معها ممن عددتهم الماده العاشرة من قانون المرافعات ويكون الإعلان صحيحا ولو تبين أن المستلم ليس ممكن عددتهم تلك الماده وأنه يقيم مع المعلن إليها ذلك أن المحضر ليس مكلفا بالتحقيق من صفه من تتقدم إليه لإستلام الإعلان طالما أنه خوطب في موطن المعلن إليها وهى دعامه كافيه لحمل قضاء الحكم ومن ثم فإن تعيينه فيما إستطرد إليه تزيدا من أن الطاعنه لم تتخذ إجراءات الطعن بتزوير ورقتى الإعلان يكون غير منتج.

(الطعن رقم ٨٣٧ لسنه ٥٥ قضائية جلسة ١٩٩٢/٤/٢١).

١- الرأي الأول [٦٨]:

إن تنفيذ قرارات النيابة العامة بشأن الحيازة يكون وفقا للإجراءات المتبعة في تنفيذ سائر قرارات النيابة العامة التى تستعين فيها بالشرطة فلا يخضع تنفيذها لإجراءات التنفيذ الجبري المنصوص عليها في قانون المرافعات ولا يتم تنفيذها بواسطة المحضرين ومن ثم يجوز الإستشكال في تنفيذها.

٢- الرأي الثاني [٦٩]:

بأن تنفيذ قرارت النيابة العامة التى تصدر وفقا لنص الماده ٤٤ مكرر من قانون المرافعات يكون بإجراءات التنفيذ الجبري المنصوص عليها في قانون المرافعات فيتم بواسطة المحضرين وبموجب صورة تنفيذية تعلن إلى المنفذ ضده قبل الشروع في التنفيذ وفق ما تقضي به المادة ٢٨١ مرافعات ولا يجوز الأستشكال في تنفيذ قرار النيابة العامة[٧٠]،ولا يجوز فى أى حال من الأحوال وقف تنفيذ القرار إلا بأمر من قاضى الأمور المستعجلة المختص بنظر التظلم.

وتتفق الباحثة مع الراى الثانى وتأييد لذلك الرأى حيث قضت محكمه النقض بأنه "لا يجوز الإستشكال فى تنفيذها لأن الإشكال لا يرد إلا على تنفيذ الجبرى الذى يتم وفقا لإجراءات التنفيذ الجبرى المنصوص عليها فى قانون المرافعات بموجب سند تنفيذى مذيل بالصيغة التنفيذية وبواسطة المحضرين وتحت إشراف قاضى التنفيذ"[٧١].

٦٨- رأى الدكتور فتحي سرور والمستشار أنور طلبه.

٦٩- رأى الأستاذ عزت حنوره والأستاذ خيري الكباش.

٧٠- بعد الإطلاع على القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بإضافة الماده ٤٤ مكرر القانون المرافعات المدنية والتجارية ينبه على قلم المحضرين بإتباع الآتي: أولا: يقوم المحضرين بإعلان القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة في منازعات الحيازة المدنية والجنائية إلى ذوي الشأن خلال المواعيد المحددة وفقا لأحكام قانون المرافعات.

ثانيا: تنفيذ القرارت الصادة من النيابة العامة في منازعات الحيازة المدنية والجنائية يقوم به المحضرون تطبيقا للمادة ٤٤ مكررا من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على أن تذيل هذه القرارت الصيغة التنفيذية المنصوص عليها في المادة ٣/٣٨٠ مرافعات.

ثالثا: يكون التظلم من تنفيذ القرارت الوقتية الصادرة من النيابة العامة في منازعات الحيازة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة أمام القاضى المختص بالأمور المستعجلة في الميعاد المحدد ولا تعتبر الإشكال أثناء التنفيذ طريقا للتظلم ولا يترتب عليه وقف التنفيذ.

ولا يجوز في أي حال من الأحوال وقف تنفيذ القرار إلا بأمر من قاضى الأمور المستعجلة المختص بنظر التظلم.

رابعا: إن وقف تنفيذ القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة في منازعات الحيازة يكون بطلب يقدم من ذوي الشأن إلى قاضى الأمور المستعجلة المختص بعد رفع الدعوى بالإجراءات المعتاده وهو أمر جوازى يقدره القاضى.

٧١- نقض مدنى فى ١٩٨٧/٦/٣٠ فى الطعن رقم ١١٢٦ سنة ٥٣ قضائية م نقض م-٣٨-٨٩٨ الذى أشرنا إليه أنفا مع ملاحظة أنة عن واقعه سابقه على العمل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢.

المبحث الثالث

دور النيابة العامة فى حيازة مسكن الزوجية

تمهيد:

للنيابة العامة سلطة إصدار القرار بشأن منازعات الحيازة على مسكن الزوجية وذلك طبقا لنص المادة ٤٤ مكرر مرافعات، وإن النزاع على مسكن الحضانة يكون بين المطلقين كما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة ١٨ مكرر ثالث أحوال شخصية.

المراد بمسكن الزوجية هنا هو مسكن الحضانة أو أى مسكن مناسب والأصل في الحضانة أن تكون للنساء ولكن إذا لم تتوافر شروط الحضانة في النساء سواء أكانت من أقارب الأم أو أقارب الأب فتنتقل الحضانة هنا إلى الرجال، ولقد وضع الشرع والقانون ترتيب لتسلسل الحاضنات والحاضنين وهذا ما يسير عليه القضاء.

ولقد أوضحنا ذلك في المبحث على الوجه التالي:

المطلب الأول: قرار النيابة العامة بشأن منازعات مسكن الحضانة.

المطلب الثاني: ماهية الحضانة.

المطلب الثالث: من له حق الحضانة.

المطلب الأول

قرارات النيابة العامة فى منازعات مسكن الزوجية

لقد خول المشرع سلطة إصدار قرارات حماية الحيازة المدنية أو الجنائية وذلك وفقا لنص المادة ٤٤ مكرر من قانون المرافعات، ولقد ثار خلاف حول خلو المادة ٤٤ مكرر من الإشارة إلى المنازعات التى تنشاء على مسكن الحضانه أو مسكن الزوجية، والذى زاد هذا الخلاف أن المشرع قد أناط للنيابة العامة سلطلة إصدار قرار فى منازعات الحيازة على مسكن الحضانة أو الزوجية وذلك فى قوانين الأحوال الشخيصة.

وعلى ذلك فإن دراسة دور النيابة العامة فى إصدار قرارات حماية حيازة مسكن الزوجية والحضانة يقتضى أن نعرض التطور الذى حدث وذلك من خلال مراحل العمل بالقوانين التالية:

فى ظل القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ومن بعده القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية ثم مرحلة صدور قانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ واستحداثة لنص المادة ٤٤ مكرر من قانون المرافعات وسوف نتناول ذلك على النحو التالى:

اولأ: المرحلة السابقة على قانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢:

فى تلك المرحلة أخضع المشرع منازعات الحيازة على مسكن الحضانة لنص المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الصادر بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، وفيه أوكل للنيابه العامة سلطة إصدار قرارا مؤقت لحماية حيازة مسكن الحضانة، "فأجازت للنائب العام أو المحامى العام إصدار قرار مؤقت فيما يثار من المنازعات بشأن حيازة هذا المسكن حتى تفصل المحكمة نهائيا فى النزاع"[٧٢].

"ونتيجة هذا النزاع قضت المحكمة الدستورية العاليا بعدم دستورية القانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩" [٧٣].

"واعقب ذلك إصدار المشرع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل أحكام قانون الأحوال الشخصية"[٧٤].

والذى نص فى مادته السابعة على أن:" يعمل به من تاريخ نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩"[٧٥].

٧٢- تنص المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الصادر بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية على أنه" للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر ما لم يهيئ المطلق مسكنا أخر مناسب، فإذا إنتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يستقل دون مطلقتة بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء الأحتفاظ به قانونا، وتختص المحكمة الأبتدائية بالفصل فى الطلبين المشار إليهما فى الفقره السابقه، ويجوز للنائب العام والمحامى العام إصدار قرار مؤقت فيما يثور من المنازعات بشأن حيازه المسكن المشار إليه حتى تفصلالمحكمه نهائيا فى النزاع.

٧٣- الطعن رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية والصادرة بجلسه ١٩٨٥/٥/٤

٧٤- م/ محمد خيري أبو اليل، مجموعة محكمة النقض، طبعة ١٩٩٥، جزء ٣، ص ١٨١

ثانيا: قرارات النيابة العامة فى ظل المادة ١٨ مكرر ثالثا من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥:

تنص المادة ١٨ مكرر ثالثا من قانون الأحوال الشخصية "على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة.

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة.

ويخير القاضى الحاضنة بين الأستقلال بمسكن الزوجيه وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها.

فإذا إنتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه إبتداء الأحتفاظ به قانونا.

وللنيابه العامه أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازه مسكن الزوجيه المشار إليه حتى تفصل المحكمه فيها".

ويتضح من النص أن المشرع الزم المطلق تهيئة مسكن للمطلقة والصغار طوال مدة الحضانة وإذا أتممت مدة العدة فى مسكن الزوجية تبعا للشرع والدليل على ذلك فى سورة الطلاق:

﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ أيه رقم (١)صدق الله العظيم

وعند انتهاء مدة العدة ولم يهيئ مسكن أخر أكملت المطلقة مدة الحضانة فى نفس المسكن الذى قضت فيه العدة وهو مسكن الزوجية.

وفى هذه الحاله كان على المشرع تغيير مسمى مسكن الزوجية فى النص إلى مسكن الحضانة وذلك منعا للبس أو الغموض فى النص.

ولذلك يجب التفرقه بين مسكن الزوجية ومسكن الحضانة:

٧٥- المحكمة اللإدارية العليا: الطعن رقم ٢٦٩٠ لسنة ٣٠ قضائية تاريخ الجلسة ١٩٨٦/١٠/٢٥، مكتب فنى ٣٢، ج١،ص١٠٢

مسكن الزوجية: هو ذلك المكان الذى يقيم فيه الزوجان وأولادهما اقامة معتادة ما دامت علاقة الزوجية قائمة، فإذا حدث الطلاق وثار نزاع بين المطلق والحاضنة حول مسكن المحضونيين فأنه يسمى بمسكن الحضانة.

مسكن الحضانة: هو المكان الذى يهيئه المطلق للحضانة والصغير سواء أكان هو نفس المنزل الذى كان يقيمون فيه أثناء قيام رابطة الزوجية أو غيره.

- **ضوابط إصدار قرار النيابة العامة بشأن حيازة مسكن الحضانة:**

وعلى ذلك تصدر النيابة العامة قرارها بشأن حيازة مسكن الحضانة بموجب نص المادة ١٨ مكرر ثالثا من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بموجب الفقرة الأخيرة من المادة التى خول المشرع للنيابة العامة سلطة إصدار قرار فى شأن منازعة مسكن الحضانة حتى تفصل المحكمة فيه وفقا للضوابط الأتية:

١-لقد اشترط لتطبيق نص المادة ١٨ مكرر ثالثا أن يكون النزاع بين المطلق والحاضنة على مسكن الحضانة وذلك لمصلحة المحضون لا الحاضنة لان المشرع يلتفت إلى مصلحة المحضون وأن حق مسكن الحضانة للصغير اولا وللحاضنة سواء أكانت الأم أو غيرها بالتبعية للصغير، "كما أن المسكن المقصود هنا هو المسكن الفعلى لا المسكن الشرعى، فقد يكون هذا المسكن منزلا مستقلا،وقد يكون شقة، وقد يكون حجرة فى شقة"[٧٦].

٢-كما أن الفقرة الخامسة من المادة ١٨ مكرر ثالثا لم تحدد درجة عضو النيابة المختص بإصدار القرار وإنما بينت تعليمات النيابة العامة أن المختص بإصدار القرار هو المحامى العام ورئيس النيابة الكلية مرفق بها مذكرة بالرأى للمحامى العام للتصرف فيها.

٣-إن القرار الصادر من النيابة العامة فى هذا النزاع هو قرار مؤقت ينتهى بالفصل فى الموضوع من المحكمة المختصة.

٤-لم تبين نص المادة ١٨ مكرر ثالثا كيفية الطعن على القرار الصادر من النيابة العامة بخصوص مسكن الحضانة سواء بالتظلم منه أو الطعن عليه أمام أى جهة إلا أن ما جرى عليه العمل أن يتم التظلم من هذا القرار أمام الجهه الرئيسية لمصدر القرار إلى أن ينتهى الأمر أمام النائب العام.

٥- لم تحدد المادة ١٨ مكرر ثالثا منطوق القرار الصادر فى النزاع وإنما تعليمات النيابة العامة قد حددت ذلك وأناطت للنيابة العامة إصدار القرار وفقا للضوابط الوارده بتعليماتها.

ولقد بينت المادة ٨٣٤ فقرة ٤[٧٧] أنه "إذا ما ثار نزاعا بين الزوجين على حيازة مسكن الزوجية يبادر أعضاء النيابة إلى فحصة وتحقيق عناصرة ومتى أصبح صاحا للتصرف

٧٦- م/ معوض عبد التواب، حمدى معوض عبدالتواب، المشكلات العملية فى المنازعات وجرائم الحيازة أمام النيابة العامة، مكتبه عالم الفكر والقانون، طبعة ٢٠٠٥، ص ٤٦

٧٧التعليمات القضائية للنيابة العامة ، الباب السابع التصرف فى القضايا.

يبعثون بأوراقة إلى النيابة الكلية مشفوعا بإقتراحاتهم بالقرار الذى يرون إصدارة والسند فى ذلك فى ضوء ما يلى:

أ-إذا كان الطلاق بائنا وللمطلقة صغير فى حضانتها يقترح تمكين المطلقة الحاضنة مع استمرار إقامتها بمسكن الزوجية المؤجر دون الزوج المطلق حتى يفصل نهائيا فى أمر النزاع.

ب-يجب التفرقة بين ما إذا كانت المطلقة تقيم مع صغيرها فى مسكن الزوجية وبين ما إذا كان الصغير قد ولد خارج منزل الزوجية، وبما أن لا يوجد خلاف بين الفقهاء أن المطلقة لا يحق لها الحضانة إلا إذا تخلف عن هذا الزواج صغار، وإذا تم الطلاق والزوجة حبلى وقد وضح الشرع أن مدة العدة للمطلقة الحبلى فى قوله تعالى: ((وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا))صدق الله العظيم

إذا تم الطلاق واعتدت المطلقة الحامل فى بيت الزوجية ووضعت حملها وهى تعتد فيه لا تسقط حقها فى مسكن الحضانة؛ إما إذا اعتدت المطلقة فى بيت أهلها ووضعت المولود فى تلك الاثناء فإنها بذلك قد وضعت خارج بيت الزوجية فبذلك لا يكون من حقها المطالبة بمسكن للحضانة إذا اثبت المطلق ذلك وبتقديم طلب إلى النيابة العامة من ذى الشأن، ويكون لها المطالبة أو الخيار بالمطالبة بأجر مسكن حضانة بإلزام المطلق بتجهيز مسكن حضانة، وقد قضت محكمه النقض "مفاد نص المادة ١٨ مكرر ثالثا، ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن الحضانة التى تخول مع من تحضنهم الحق فى شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلق هى الحاضنة التى تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالحهم البدنية وحدهم أن حق الحضانة فى شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون مدة السن كل بحسب نوعة ذكرا كان أم أنثى وحينئذ يعود للزوج المطلق حقة فى الإنتفاع بمسكن الزوجية مادام له من قبل أن يحتفظ به قانونا ولا يغير من ذلك ما أجازة نص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من القانون سالف الذكر للقاضى بأن يأذن بإبقاء الصغير حتى سن .....فى يد من كانت تحضنها دون أجر إذا أقتضت مصلحتها ذلك إذ أن هذه المدة لم ترد فى النص حدا لمدة حضانة النساء ولا تعتبر أمتدادا لها إنما هى مدة إستبقاء بعد أن أصبح فى مقدور الأولاد الإستغناء عن حضانه وخدمه النساء سواء تم هذا الإستبقاء بإذن القاضى أو برضاء ذوى الشأن"[٧٨].

"مفاد نص المادة ١٨ مكرر ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هى إستقلال المطلقة الحاضنة بمسكن الزوجية المؤجر-دون مطلقها- وبديل إستقلالها بمسكن الزوجية، أن يهيئ المطلق مسكنا أخر مناسبا، والخيار لها فى الإستقلال بمسكن الزوجية أو أن يقدر لها القاضى لها أجر مسكن مناسبا للمحضونين ولها، وذلك لا يمنع من الإتفاق بين المطلق والحاضنة دون اللجوء إلى القضاء سواء تم الإتفاق حال قيام الزوجية أو بعد وقوع الطلاق

٧٨- الطعن رقم ٢٩٦، لسنة ٦٤ قضائية، جلسة ١٩٩٥/١١/١٣ .

إعمـالا لقاعـدة أن المفـروض إتفاقـا كـالمفروض قضـاء لأن ذلـك يرفـع النـزاع ويقطـع الخصومة"[٧٩].

"المقرر شرعا وحتى قبل صدور القانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية أن نفقة الإبن واجبة على والده شرعا بأنواعها وتشتمل أجر الحاضنة ومسكن الحضانة ومن ثم فليس هناك ما يمنع من أن يوفر الوالد مسكنا لإبنه ومن يقوم على حضانته ولو لم يلزمة قانون بهذا الأمر"[٨٠].

"قضى بعدم دستورية المادة ١٨ مكرر ثالثا المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بشأن تعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية فيما تضمنتة بإلزم المطلق بتهيئة المسكن المناسب لصغار وحاضنتهم ولو كان لهم مال أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه مؤجر أو غير مؤجر وفيما نصت عليه من وجوب إعداد المطلق لمسكن الحضانة خلال مدة العدة إذا كان مسكن الزوجية مؤجر"[٨١].

ثالثا: المرحلة اللاحقة على صدور القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢:

لقد خولت المادة ٤٤ مكرر مرافعات للنيابة العامة سلطة إصدار قرارات وقتية لحماية الحيازة سواء أكانت مدنية أو جنائية ولقد إختلف الفقة حول مدى تطبيق نص المادة ٤٤ مكرر مرافعات وأنها تم نسخها من الفقرة الخامسة من المادة ١٨ مكرر ثالثا من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض مواد قانون الأحوال الشخصية ولقد انقسم فى ذلك إلى اتجاهين هما:

الإتجاة الأول:

ويرى أصحاب هذا الرأى أن نص المادة ٤٤ مكرر مرفعات لم تنسخ حكم المادة ٥/١٨ مكرر ثالثا من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض مواد قانون الأحوال الشخصية والتى تنص على التالى:"وللنيابة العامة أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها"؛مما لا شك فيه أن المراد بمسكن الزوجية المذكور فى المادة السابقة هو مسكن الحضانة لان المنازعات التى تثار لا تثور بين الأزواج وإنما بين المطلقين، ولذلك فالمراد بالمسكن هنا هو مسكن الحضانة.
وإستندوا على ذلك أن نص المادة ١٨ مكرر ثالثا من قانون الأحوال الشخصية هو قانون خاص وأما نص المادة ٤٤ مكرر من قانون المرافعات وهو قانون عام، والقاعدة العامة تقضى بأن كان القانون الجديد من القانون العام فإنه لا يلغى قانون خاص سابق عليه إلا إذا أشار صراحة إلى الحالة التى يحكمها القانون الخاص وعلى ذلك يترتب الأتى:

"١-أنه يجوز أن يصدر القرار من عضو النيابة بدرجة وكيل نيابة بخلاف ما أوجبته المادة ٤٤ مكرر مرافعات من ضرورة صدورة من رئيس نيابة على الأقل.

٧٩- الطعن رقم ١٤٣٠، لسنة ٥٦ قضائية، جلسة ١٩٩٢/٥/١٩.
٨٠- الطعن رقم ٢٢٧٠، لسنة ٥٥ قضائية، جلسة ١٩٩١/١/٣١.
٨١- المحكمة الدستورية العليا: الطعن رقم ٥، لسنة ٨ قضائية، الصادر بجلسة ١٩٩٦/١/٦، المنشور بتاريخ ١٩٩٦/١/١٨.

٢-أنه يجوز التظلم منه أمام رئيس مصدر القرار على خلاف الصادر إستنادا لنص المادة ٤٤ مكرر مرافعات من عدم جواز ذلك.

٣-أن الطعن فيه ينعقد للمحكمة الإبتدائية دائرة الأحوال الشخصية على خلاف ما تقضى به المادة ٤٤ مكرر مرافعات من أن التظلم فى القرار من إختصاص قاضى الأمور المستعجلة.

٤-إن الطعن على القرار ليس محددا بميعاد معين على خلاف الصادر طبقا للمادة ٤٤ مكرر مرافعات.

٥-إن إصدار النيابة للقرار جوازى لها على خلاف ما تقضى به المادة ٤٤ مكرر مرافعات من وجوب إصداره."[٨٢].

وقامت هذه التفرقة على أساس أن نص المادة ٤٤ مكرر مرافعات تحمى واضع اليد القانونى حفاظا على الأمن العام، أما نص المادة ١٨ مكرر أحوال شخصية وقرارات النيابة الصادرة فيها هو نتيجة مركز قانونى خصه المشرع للزوجة أو المطلقة أو الحاضنة وذلك فى حالت ما إذا كان لم يكن لهن حيازة قانونية جديدره بالحماية ومن ثم لا تسرى عليهم قواعد المادة ٤٤ مكرر مرافعات.

الإتجاه الثانى: المادة ١٨ عممت تطبيق المادة ٤٤ مكرر مرافعات:

يرى أصحاب هذا الأتجاة أن إختصاص النيابة العامة أصبح شاملا سواء فى المنازعات الجنائية أو المدنية أو المتعلقة بالأحوال الشخصيه نص المادة ٤٤ مكرر مرافعات ، وإن ما جاء فى نص المادة ١٨ مكرر ثالثا أحوال شخصية وهو قانون خاص قد عمم نص المادة ٤٤ مكرر مرافعات على جميع المنازعات وهو قانون عام، وما أغفلته نص المادة ١٨ مكرر ثالثا أحوال شخصية قد فصلته نص المادة ٤٤ مكرر مرافعات.

رأى الباحثة: تهيئة مسكن حضانة خلاف مسكن الزوجية:

إن التشريعات المتلاحقة والتى نظمت مسكن الحضانة سواء المادة ١٨ مكرر ثالث من قانون الأحوال الشخصية رقم ٤٤ لسنه ١٩٧٩ وتعديلاتة بالقانون رقم ١٠٠ لسنه ١٩٨٥ وما نصت عليه الماده ٤٤ مكرر من قانون المرفعات لم تفى بالغرض الذى أراده المشرع لحماية حق المحضون والحاضنة فى تهيئه مسكن حضانة تقيم فيه الحاضنه والمحضون وقد أستبان ذلك من كثرة المشكلات التى إعترضت تنفيذ القرارات الصادرة من النيابة العامة وبشأن تنفيذ قرارات النيابة العامة الصادرة بشأن مسكن الحضانة حيث أن الثابت من التطبيقات العملية بشأن تنفيذ القرارات إتضح منها مشاكل عديده تثار من الزوج المطلق وأهله فى تنفيذ قرار التمكين بالتحايل بإفتعال معوقات كثيرة بشأن مسكن الزوجية الذى صدر بشأنه قرار النيابة العامة، وعلى سبيل المثال أن المطلق يقوم بإتلاف المرافق

[٨٢] م/عز الدين الديناصورى،أ/حامد عكاز،الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية فى ضوء الفقة والقضاء، ج٢ ص٦٥٧،٦٥٦

التى توجد بمسكن الزوجية حتى لا يصلح للسكنى، وأيضا إنشاء حقوق للغير على مسكن الحضانة حتى لا تستطيع الحاضنة تنفيذ القرار و خلاف ذلك من المشكلات.

ونرى أن الأجدر لحماية حق المحضون هو تهيئة مسكن خلاف مسكن الزوجية تقيم فيه الحاضنة مع المحضون أو تقدير أجر مسكن للحاضنة يعادل أجر المثل لمسكن الحضانة وإن كان هذا كان معمول به بلائحة الأحوال الشخصية بالقانون ١٢٩ لسنة ١٩٣٣ "المحاكم الشرعية السابقه" قبل إلغائها بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

المطلب الثانى

ماهية الحضانة

لقد أوجب المشرع على الزوج تهيئة مسكن للمطلقة لترعى الصغار فيه سواء أكان ذلك المسكن الذي كانوا يقيمون فيه فترة الزواج أو مسكن أخر يهيئه لها.

ويحق المطالبه بمسكن الحضانة إذا كانت المطلقة حاضنة للصغار، أما إذا انتهي الزواج بخلاف الطلاق كوفاة الزوجة فهنا يجب التفرقة بين ما إذا كان من له حق الحضانة من النساء أو الرجال، فإذا كان حق الحضانة من النساء سواء أكانت من أقارب الأم أو الأب فإن لهن الحق في طلب مسكن للحضانة.

أما إذا كان من الرجال سواء أكان من أقارب الأم أو الأب فلا يحق لهم المطالبه بمكسن للحضانة.

المطلب الثالث

من له حق الحضانة

إن الحضانة تكون في الأصل للنساء لأنهن الاقدر على الصبر على تربية الأطفال من الرجال ولديهن شفقة على الأطفال ولا يجابه شفقة الأم على صغيرها أى شفقة لذلك وضعت في المرتبة الأولى في الحضانة.

ويؤكد ذلك ما روى عن الرسول ﷺ:"فقد روى أن امراه قالت يا رسول الله إن أبنى هذا كان بطنى له وعاء؛ وحجرى له حواء؛ وثدى له ثقاء؛ وإن اباه طلقنى، وأراد أن ينزعه منى؛ فقال: انت أحق به ما لم تنكحى"

وقد روى روايه أخرى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه طلق زوجتة جميله أم عاصم إبنه وشجر الخلاف بينهما بشأن عاصم فكل منهما ادعى حضانته لنفسه فخاصمها عمر بين يدي أبى بكر رضى الله عنه فقال: مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشيب الصبي فيختار لنفسه".

لذلك وضعت الأم في المرتبة الأولى في الحضانة أما إذا ماتت الأم أو لم تكن مستوفية لشروط الحضانة تنتقل الحضانة إلى محارم الصغير من النساء الأقرب فالأقرب لانهن

الأكثر شفقة على الصغير من غيرهن ولأن الحضانة تقوم على الشفقة فإن النساء الأقدر بذلك من الرجال لذلك وضعت الحضانة في محارم الصغير من النساء أما إذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء انتقلت الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث فإن لم يوجد أحد من هؤلاء أو وجد غير مستوفي الشروط انتقلت الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات[٨٣].

ومن هنا يجب تقسيم فترة الحضانة إلى قسمين وهما:

١-القسم الاول:

وفقا لقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٥؛ تكون الحضانة في هذا القسم للنساء، وتبدأ الحضانة منذ ولادة الصغير أو الصغيرة وحتى بلوغ الخامسه عشر عاما وللقاضى أن يخير الصغير أو الصغيرة بعد بلوغه هذا السن في البقاء في يد الحاضنة ودون أجر حضانة وذلك حتى بلوغه سن الرشد للصبى وزواج الفتاه.

ولقد رتب الشرع والقانون الحاضنات على الوجهه الاتى:

١-الأم.	٢-أم الأم وإن علت.
٣-أم الأب وإن علت.	٤-الأخوات الشقيقات.
٥-الأخوات لأم.	٦-الأخوات لأب.
٧-بنت الأخت الشقيقه.	٨-بنت الأخت لأم.
٩-الخالات الشقيقات.	١٠-الخالات لأم.
١١-الخالات لأب.	١٢-بنت الأخت لأب.
١٣-بنت الأخ الشقيق.	١٤-بنت الأخ لأم.
١٥-بنت الأخ لأب.	١٦-العمات الشقيقات.
١٧-العمات لأم.	١٨-العمات لأب.
١٩-خالات الأم الشقيقات.	٢٠-خالات الأم لأم.
٢١-خالات الأم لأب.	٢٢-خالات الأبالشقيقات.
٢٣-خالات الأب لأم.	٢٤-خالات الأب لأب.

٨٣- حيث قضت محكمه النقض:" أحق النساء بحضانه الصغير أمه مادامت أهلا للحضانه، وإذا لم توجد الأم أو كانت غير أهل للحضانه، إنتقل حق الحضانه إلى الأم مهما علت، ثم إلى أم الأب وإن علت، وقدمت أم الأم على أم الأب في الحضانة مع تساويهما في درجه القرابة، لأن قرابة الأولى من جهة الأم، وقرابه الثانيه من جهه الأب، وحق الحضانه مستفاد من جهه الأم فالمنتسبه بها تكون أولى من المنتسبه بالأب.
(الطعن رقم ١١، لسنه ٦٤ق، جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

٢٥-عمات الأم الشقيقات. ٢٦-عمات الأم لأم.

٢٧-عمات الأم لأب. ٢٨-عمات الأب الشقيقات.

٢٩-عمات الأب لأم. ٣٠-عمات الأب لأب.

٢-القسم الثانى:

تكون الحضانة في هذا القسم للرجال وذلك بعد بلوغه سن الخامسة عشر عاما للصغير أو الصغيره ويكون تسليم حضانة الصغير أو الصغيرة بالضم وذلك برفع دعوى قضائية من قبل الرجل الذي يريد ضم الصغير أو الصغيرة اليه بعد إنتهاء مده حضانة النساء وتسمى بدعوى الضم.

وتكون الحضانة للرجال إذا لم يوجد للصغير أو الصغيره حاضنة من النساء أو لم تتوافر فيها شروط الحضانة.

وهنا قسم المشرع هذا القسم إلى قسمين وهما:

أ) العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الميراث:

ولقد رتبهم على الوجه التالي:

١-الأب. ٢-الجد لأب وإن علا.

٣-الأخ الشقيق. ٤-الأخ لأب.

٥-إبن الأخ الشقيق. ٦-إبن الأخ لأب.

٧-العم الشقيق. ٨-العم لأب.

٩-عم الأب الشقيق. ١٠-عم الأب لأب.

١١-إبن العم الشقيق. ١٢-إبن العم لأب.

"وحق الحضانة يثبت لذي الرحم المحرم بلا فرق بين كون المحضون ذكر أو انثى أما إذا كان القريب غير محرم كإبن العم فلا يثبت له الحق في حضانة الأنثى تحرزا عن الفتنه لأن القرابه غير المحرمه يحل معها الزواج فيخشى أن يترتب على حضانته لها أو ضمها له بعد إنتهاء حضانة النساء مفسدة"[٨٤].

وإذا لم يكن للصغيرة إلا إبن عم فتسقط الحضانة منه وتنتقل إلى محارم الصغيرة من الرجال العصبات فإذا لم يوجد أحد يأمر القاضي بتسليمها لإمرأه موثوق فيها أو إلى دار من دور رعايه الأيتام وهذا ما يجرى عليه الأمر الأن.

٨٤- المستشار/عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ص٥٤، ج٣

ولكن يجب التفرقة بين ما إذا كانت الصغيرة بالغه أم غير بالغه لضمها إلى حضانة ابن العم؛ إذا كانت غير بالغة "غير مشتهاه" وتوافرت في إبن العم الشروط وكان امينا عليها له ضم الصغيرة إلى حضانته؛ أما إذا كانت بالغة "مشتهاه" فإن جميع الأراء تتفق على سقوط الحضانه على إبن العم.

ب) محارم الصغير من الرجال غير العصبات:

إذا لم يتوافر حاضن من المذكورين في القسم السابق أو توافر ولكن لم تنطبق عليه الشروط تنتقل إلى محارم الصغيرة أو الصغيره من الرجال غير العصبات وذلك على الترتيب التالي:

١-الجد لأم. ٢-الأخ لأم.

٣-إبن الأخ لأم. ٤-العم لأم.

٥-الخال الشقيق. ٦-الخال لأب.

٧-الخال لأم.

- **يثور التساؤل حول ما الحكم في حالة تعدد المستحقين للحضانة:**

وحيث أن المادة ٢٠ لم تبين من المستحق للحضانة في حالة وجود اثنان أو أكثر في نفس المرتبة ومستوفين الشروط من هو الأولى في استحقاق الحضانة؛ وحيث أن المذهب الحنفي هو مصدر التشريع في قانون الأحوال الشخصية فقد بين من هو الأولى بإستحقاق الحضانة حيث قدم الأصلح لتربية الطفل فإن تساوا في الصلاحية فأورعهم فإن تساوا في الورع فأكبرهم سنا.

ولقد رتب الشارع أصحاب الحق في الحضانة أو الضم وهذا الترتيب ملزم ولا يجوز الأتفاق على مخالفته لأنه ترتيب لصالح الولد.

- **الشروط الواجب توافرها في الحاضن.**

١-أن يكون بالغا وعاقلا:

"أن يكون بالغا والبلوغ المقصود هنا بلوغ الحلم أو البلوغ بسن الخامسة عشر إذا لم يحصل بلوغ بإحداهما، وقد روعي في ذلك أن الرجل أو المرآه ببلوغهما هذا العمر يمكن أن يقوما بواجبات الحضانة ويؤتمنا على الصغير"[٨٥].

يجب أن يكون الحاضن بالغا وذلك لان الحضانة من باب الولاية وغير البالغ ليس اهلا للولاية على نفسه فبذلك لا يستطيع الولاية على غيره فإذا لم يتحقق البلوغ للحاضن فإنه يتحقق حتما عند بلوغه سن الخامسة عشر عاما وذلك على التقويم الهجرى.

٨٥- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية حسب أخر تعديل، الطبعة الثالثه،١٩٨٦، ص٨٤٦

ويجب أن يكون الحاضن عاقلا فلا يتصور أن يكون الحاضن مجنونا أو به اى مرض من الأمراض العقلية وذلك لأن الحضانة من باب الولاية ولا ولاية لمجنون على نفسه ولا على غيره، ويستوي في ذلك أن يكون الجنون دائما أو متقطعا ففي الحالتين لا يجوز ولاية مجنون على غيره.

"العقل شرط في الحضان إذ لا يتصور أن يكون الشخص قاصرا في حق نفسه، وتكون له ولاية على غيره"[٨٦].

٢-أن يكون قادرا على القيام بشئون الصغير:

"فإذا كان مقعدا أو مشلولا أو مريضا بمرض يشغله بنفسه عن غيره فلا يصلح لحضانة الصغير"[٨٧].

وحيث أن الفقهاء لم يشترطوا في الحاضن أن يكون مبصرا، فإنه إذا كان الحاضن أعمى فلا مانع من حضانته للصغير وما دام اهلا لذلك وقادر على حضانته لانه قد يكون لديه البصيرة التي لا توجد في المبصر أما إذا كان غير قادر على حضانته فلا يكون اهلا للحضانه، وتقدير ذلك متروك للقاضى.

٣-أن يكون أمينا:

"المرد بأمانة الحضانة ألا يضيع الولد عندها بإشتغالها عنه بالخروج من منزلها كل وقت، فأن كانت غير مأمونة سقط حقها في حضانته"[٨٨].

حيث اشترط المشرع في الحاضنة أن تكون أمينة فيجب ألا تكون فاسقة لأنه قد يضيع الولد عندها تكون احترفت الدعارة أو السرقة أو ما شابه من تلك الجرائم، فتترك الولد كل أو بعض الوقت دون رعاية ولكن إذا إستاجرت له من يرعاه في ذلك الوقت كان لها حق في الحضانة وذلك حتى بلوغه سن السبع سنوات وذلك خوفا عليه من أن يالف مسلكها[٨٩].

وهناك راى أخر يقول" لا حضانه لغير أمين على تربية الصغير نفسا أو مالا كالفاسق أو المشهور بالفجور وفعل الحرام وذلك لان الفاسق لا يلي ولا يؤتمن؛ ولان المحضون لا حظ له في حضانتها؛ لأنه ينشأ على طريقتها. [٩٠]

والرأى الراجح هو الرأى الثانى وأن رأى الباحثة يتفق مع هذا الراى لأن الحاضن سواء أكان رجل أو إمرأه لا يجوز له الحضانة إذا كان فاسق أو محترف الجريمة كالسرقه أو الفسق أو الفجور أو الرقص ولما يترتب عليه من عدم رسوخ القيم والمبادى الأخلاقيه للصغير وعدم نشوئة منشأ سويا وأن تلك القيم والمبادى تترسخ فيه عندما يبدأ إدراكة

٨٦- احمد نصر الجندى، الأحوال الشخصيه (نفس) تعليق على نصوص القانون، نادى القضاء، ١٩٨٧، ص ٣٧٩

٨٧- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية حسب أخر تعديل، ص ٨٤٦

٨٨- احمد نصر الحندى، الأحوال الشخصيه(نفس) تعليق على نصوص القانون، ص ٣٧٩

٨٩ حاشيه ابن عابدين ج٣ ص٥٥٧.

٩٠- الفواكه الدوانى، ج٢، ص ٦٧

للأمور من حوله وهذا ما سار عليه القضاء الشرعى فى أحكامه روية مصلحة الطفل فى نشئته ليكون فردا سويا فى المجتمع وهناك بعض الأحكام الدالة على ذلك:

كما قضت محكمه ميت غمر بأن المنصوص عليه شرعا أن الحاضنة إن كانت فاسقة فسقا يلزم فيه ضياع الولد عندها سقط حقها فى الحضانه.

وقضت محكمه المنيا الإبتدائية فى ١٩٥٤/٥/١٩ أن الأب إذا سلك طريق الأشرار وصاحبهم وأتلف ماله بطريقه غير مشروعة وأهمل مصالح أولاده كان غير أمين عليهم ويسقط حقه فى ضمهم إليه وإنتقل الحق إلى من يليه من الأولياء على الترتيب .

ولا يشترط فى الحاضن أن يكون ورعا بعيدا عن الشبهات حتى يتصف بالأمانة وعلى ذلك تثبت الحضانة للعصبة الورع وغير الورع وبهذا قضت الدائره الثانية والعشرون بمحكمه القاهره فى ١٩٨٥/١١/٢٩ بأن زواج الأب ممن سبق ضبطها بمنزل يدار للدعارة لا يقدح فى أمانته.

وهذا ما كان تسير عليه الأحكام سابقا فإنه لا يحكم إليهم بالحضانة سواء أكان الحاضن من الرجال أو النساء مادم اتصفوا بصفة الفسق، ولكن قانون الأحوال الشخضية الأن لم يضع ضوابط واضحه لتحديد مدى الفسق وإنما تركة إلى تقدير القاضى وهذا ما اتى عليه هذا الحكم:

ففى حكم حديث لمحكمة إستئناف قنا مأمورية إستئناف البحر الأحمر أسرة حيث قضى الحكم المستأنف بالغاء حكم محكمة أول درجه فيما قضى به من إسناد الحضانة إلى الأم رغم كونها راقصة وإسناد الحضانة إلى الجدة لأب وإستند فى ذلك إلى أن المستأنف ضدها قد أهملت فى رعاية وتربية الصغيرة وتعرضها إلى الخطربالتواجد فى أماكن ومعها أشخاص ذو سمعة سيئة.

وقد إتفق علماء الفقه فى الشريعة الإسلامية الغراء على أنه يشترط فى الحاضنة أن تكون عاقلة أمينة عفيفة لا فاجرة ولا راقصة ولا تشرب الخمر ولا تهمل فى رعاية الطفل والغاية من هذه الصفات مصلحة الطفل صحيا وخلقيا فمدار الحضانة يكون دائما على نفع المحضون، فمتى تخلفت مصلحة الصغير فى جهته وجب المصير إليها بدون الإلتفات إلى مصلحة الأب أو الحاضنة وذلك رعاية له ولما كان ذلك وكان الثابت للمحكمة من مطالعة الأوراق أن الصغيرة "ن" من مواليد ٢٠١٦ أى تبلغ من العمر خمسة سنوات كما هو الثابت من شهادة ميلادها المرفقه بالأوراق وكانت مصلحتها تقتضى العمل على إستقرارها حيث يتوافر لها الأمن والإطمئنان والتنشئة فى بيئة سليمة تجعل منها فتاة ذات مبادئ وأخلاق بعيدا عن الفسق والإبتذال وهى غاية تنشدها جميع الأديان السماوية فى جميع البلاد خاصة أن لهذا تأثير كبير فى غرس النواة الأولى للتوجهات فى نفوس الأطفال فى مقتبل أعمارهم، فالمسلم به أن البيئة النفسية والأجتماعية العليلة غالبا تنتج أشخاص غير أسوياء يغلب عليهم الإنحراف وحيث أن البين للمحكمه من مطالعة الصور الفوتوغرافيه المستخرجه من على مواقع التواصل الإجتماعى والمقدمة فى الدعوى أن المستأنف ضدها

الأولى قد إصطحبت معها صغيرتها وتواجدتها بها مع إحدى الراقصات فى أوقات وأماكن عديده[٩١]

- **الشروط الواجب توافرها في الحاضنة من النساء**

١-ألا تكون متزوجه بغير ذى رحم محرم للصغير:

"وهذا الشرط يقتضي أن تكون الحاضنة أما غير متزوجة أو متزوجة بذى رحم محرم للصغير؛ والشرط المذكور يجب تحققه سواء كان المحضون ذكر أو أنثى؛ والمحرمية المقصودة هي المحرمية من جهة الرحم لا من جهة المصاهرة أو الرضاع فلو تزوجت الحاضنة بعم الصغير رضاعا فإنها لا تستحق الحضانة لأنه يعتبر أجنيا عن الصغير"[٩٢].

والدلالة على ذلك في السنة النبوية الشريفة في حديث الرسول ﷺ "أنت أحق به ما لم تنكحى" حيث قال الرسول ﷺ ذلك عندما نشب نزاع بين رجل وإمراه على حضانة صغيرهما.

وسار على ذلك الصحابة رضوان الله عليهم وذلك في عهد سيدنا أبى بكرعندما نشب نزاع بين سيدنا عمر بن الخطاب وأم عاصم على من منهم أحق بحضانة عاصم فحكم أبى بكر لصالح أم عاصم بأحقيتها في الحضانة؛ وسار على هذا النهج ايضا القضاء لانه لا خلاف عليه لا باختلاف الزمان أو المكان.

والحكمة من ذلك أن زوج الأم يكره إبنها من زوجها السابق حيث بنعكس ذلك في التعامل مع الصغير بالقسوة في التعامل أو ما شابه؛ وذلك يضر بالطفل نفسيا وجسديا؛ ولكن هذه الكراهية لا توجد في أقاربه بل توجد شفقة على الصغير، وتسقط الحضانة من الحاضنة بمجرد عقد القران حيث ان المشرع لم يشترط الدخول بها لسقوط الحضانة.

ولكن المشرع اشترط لتعود اليها الحضانة أن يكون الطلاق بائا لا طلاق رجعيا وذلك لان الطلاق الرجعى تكون المراه لاتزال تحت ولاية طليقها إلى انتهاء العدة لأنها طوال فترة العدة تكون لا تزال زوجته حكما.

وبما أن لكل قاعدة شواز قد يكون زوج الأم أرحم بالطفل من أقربائه ولديه شفقة عليه أكثر منهم لان اقربائه يطلبوا بأخذ حضانته ليؤذوه او انهم يتمنوا موته ليحصولوا على الأرث وهذا يضر بمصحلة الطفل التى يراعيها المشرع، فمن الممكن أن يكون زوج أمه ارحم من زوجة أبيه، ويكون لدى زوج أمه الشفقة التي تتوافر في أهله، ولان الهدف الأساسى من الحضانة هو مصلحة الصغير لا غير ترك تقدير ذلك للقاضي لما يراه في مصلحة الصغير.

٩١- إستئناف رقم ١٤٢ لسنة ٤٠ جلسة ٢٣/ ٢٠٢١/١١.

٩٢- المستشار/عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ص٧٠ ج٣

"فقد قضى بأن "إذا كانت البنت المحكوم بضمها في الرابعة من عمرها ولا يوجد لها حاضنة من النساء سوى امها المتزوجة بالأجنبى فإن الضرر المتوقع بها من وجودها أخف؛ وأقل بكثير من الضرر الذي يصيبها من وجودها في بيت أبيها المتزوج الذي سيعهد بها إلى زوجته بحكم انشغاله بعمله طول النهار-ذلك لأن حق الأم في الحضانة؛ وأن سقط بزواجها بالأجنبى فقد يتعين للحضانة في بعض الحالات"[٩٣].

"خلو الحاضنة من الزوج الأجنبى كشرط من شروط صلاحيتها للحضانة يخضع لتقدير القاضى فله أن يبقى الصغير في يدها إذا اقتضت مصلحته ذلك اتقاء لأشد الأضرار بالاكتفاء بأخفها"[٩٤].

٢-ألا تقيم الحاضنة بالمحضون مع مبغض له:

ولقد اشترط المشرع عدم سكن الحاضنة مع كاره أو مبغض للمحضون حتى ولو كان قريبا له وذلك لمصلحة الصغير في المقام الأول.

ولأن هذه الكراهية قد تصل إلى تعرضه للإيذاء ونشوب نزاع بينهما يؤدى إلى ايذاء الصغير نفسيا وجسديا؛ وإذا كان من أقربائه وبينهما نزاع حول ميراث فيتمنى موته للأستئثار بالميراث"من هذا القبيل أن تقيم جدة الصغير بالمحضون في منزل زوج أمه الأجنبى"[٩٥]، ومتروك تقدير ذلك إلى القاضي وذلك لما يراه مناسب لمصحلة الصغير.

٣-ألا تكون الحاضنه مريضة بأحدى الأمراض المعديه:

ولقد اشترط المشرع على ألا تكون الحاضنة مريضة بأي مرض معدي مثال البرص والجذام وغيرها من الأمراض المعدية وذلك لأنه من المحتمل أن يعدى المحضون لصغر سنه وطول مدة الحضانة؛ ولمصلحة المحضون منع أن يكون الحاضن مريض بأي مرض معدي؛ وذلك لأن المشرع لا يريد أن يكون المحضون في مكان به أي خطر عليه.

٤-ألا تكون الحاضنة مرتد:ة

لقد اتفق الفقه والمشرع على عدم جواز أن تكون الحاضنة مرتدة لأنه في الإسلام يحبس المرتد إلى أن يعود إلى الإسلام أو يموت؛ وعلى ذلك فإذا أرتدت الحاضنة عن الإسلام فإنها لا تكون صالحة لحضانة الصغير لما فيه ضرر له.

٩٣-الإسكندريه الإبتدائيه بتاريخ ١٩٥٨/٢/١٧، الدعوى رقم ٥١٥ لسنه ١٩٥٧ مستأنف.
٩٤ -الطعن رقم ٧٥ لسنه ٥٣ في الأحوال الشخصية، جلسة ١٩٨٥/٣/١٩.
٩٥- المستشار/عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ص٧٣، ج ٣.

الخاتمه

وبعد الإنتهاء من عرض الحيازة من تعريف وأركان ودور النيابة العامة بشأنه التصدي لمنازعات الحيازة الوقتية وإصدارها قرارت مسببه لإنهاء النزاع طبقا لنص المادة ٤٤ مكرر مرافعات وكيفية تنفيذ هذا القرار وكذا قرارات النيابة العامة بشأن منازعات مسكن الحضانة وأحقية الحضانة بالإستقلال بمسكن الزوجية وإعتباره مسكن حضانة فإننا بذلك قد أنتهينا من البحث وبيان المنازعات الناشئه عن الحيازة سواء أكانت حيازة مدنية أو حيازة مسكن الحضانة، والدور الذي تتولاه النيابة العامة بشأن إصدار قرارتها في هذا النزاع.

المراجع

١-احمد نصر الجندى، الأحوال الشخصيه (نفس) تعليق على نصوص القانون، نادى القضاء، ١٩٨٧.

٢-الدناصورى والأستاذ حامد عكاز، الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية.

٣-عبد الرازق السنهوري، الوسيط أسباب كسب الملكية، الجزء ٩ ،٢٠٠٦.

٤-عزمى البكرى، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، الجزء الثالث.

٥-مصطفي عبد الجواد، الحيازة بسوء نية كسب الملكية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

٦-محمد على عرفة، شرح القانون المدني الجديد، مطبعه جامعة القاهرة.

٧-محمد على عمران، الحقوق العينة الأصلية في القانون المدني المصري أسباب كسبها وصورها، دار النهضة العربية للنشر.

٨-محمد أحمد محمود النمر، الحماية الوقتية للحيازة بيم النظريه والتطبيق العملى، دار الكتب القانونية، طبعه ٢٠٠٤.

٩-محمد المنجى، منازعات الحيازة الوقتية طبقا للقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢، طبعه ١٩٩٣.

١٠-معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية حسب أخر تعديل، الطبعه الثالثة، ١٩٨٦.

١١-منير عبد المعطى، الحماية المدنية والجنائية للحيازة، الطبعه الأولى، ٢٠٠٣.

١٢-مصطفي الشاذلي، مدونة قانون العقوبات، طبعة ١٩٨٢.

١٣-مصطفي هرجة، داخل وخارج دائرة التجريم في ظل القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢، الطبعة الأولى، ١٩٨٣، دار الثقافة للطباعة والنشر.

مقدمة.	٢
المبحث الأول: الحيازة.	٣
المبحث الثانى: دور النيابة العامة.	١٤
المبحث الثالث: حيازة مسكن الزوجية.	٢٤
الخاتمه.	٣٩
المراجع.	٤٠