القـرار عـدد 10

الصادر بتاريخ 05يناير 2021

في الملف الشرعي عــدد 2019/1/2/283

حق الأبناء في اختيار من يحضنهم من الأبوين – وجوب بلوغ السن المحدد في المادة 166 من مدونة الأسرة.

إن المحكمة لما قضت بإسناد حضانة الولد للمطلوب في النقض بعلة أنه ظل يعيش تحت كنف والده، وأن هذا الأخير ظهر بمظهر الحاضن الفعلي له، واعتمادا على ما راج بجلسة البحث وما عاينته المحكمة من تشبث من جانب الابن بوالده الذي ظهر من خلال الصور المرفقة بالملف معتنيا به بالقدر والشكل اللائقين، مع أنه بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 166 من نفس القانون، لا يكون للأبناء الخيار لمن يحضنهم من أبيهم أو أمهم بعد انتهاء العلاقة الزوجية بينهما إلا بعد إتمامهم سن الخامس عشرة سنة، مما يجعل القرار خارقا لمقتضيات الفصل المذكور، ومعللا تعليلا ناقصا، وهو بمثابة انعدامه.

نقض جزئي وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية

بناء على عريضة النقض المودعة بتاريخ 2018/12/4 من طرف الطالبة المذكورة حوله بواسطة نائبتها الأستاذة (ف) والرامية إلى نقض القرار رقم 899 الصادر بتاريخ 2018/10/15 في الملف عدد 1622/2018/253 عن محكمة الاستئناف بالرباط.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها بتاريخ 2019/08/09 من طرف المطلوب في النقض بواسطة نائبته الأستاذة (ح) والرامية إلى رفض الطلب.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر بتاريخ 2020/12/08.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 05 يناير 2021.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد نورالدين الحضري والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد محمد الفلاحي الرامية إلى رفض الطلب.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث يؤخذ من أوراق الملف والقرار المطعون فيه المشار إلى مراجعه أعلاه، أن المدعية (ص.ح) تقدمت بتاريخ 2012/12/27 بمقال إلى المحكمة الابتدائية بتمارة، عرضت فيه أن المدعى عليه (ا.ال) زوجها بمقتضى رسم زواج مضمن تحت عدد 8218 بتاريخ 2002/8/30، ولها منه ثلاثة أبناء، (ب) مزداد سنة 2004، و(م) سنة 2005، و(ا) سنة 2009، وأن الحياة الزوجية أصبحت مستحيلة بينهما بسبب كثرة المشاكل وسوء معاملته لها، واعتدائه المستمر عليها، والتمست الحكم بتطليقها منه للشقاق، مع ترتيب الآثار القانونية. وبعد تعذر الصلح بين الطرفين أدلت المدعية بمقال إضافي التمست من خلاله الحكم لها بتعويض عن الضرر قدره 60000 درهم. وأدلى المدعى عليه بمذكرة جوابية مع مقال مضاد والتمس ملاحظة أن المدعية ناشز لامتناعها عن تنفيذ الحكم القاضي عليها بالرجوع لبيت الزوجية، ولصدور حكم في حقها بإيقاف نفقتها، وبأن الابن (ب) يوجد معه بالمغرب، كما التمس في المقال المضاد تحميل المدعى عليها فرعيا كامل المسؤولية عن الفراق، والإشهاد على أنها حازت مبلغ الصداق كاملا وأدائه اليمين على ذلك، والحكم بنفي نسب الإبن (ا)عنه، وإجراء خبرة جينية عليه، وإسناد حضانة ابنيه (م) و(ب) له، وإجراء بحث لتحديد مدة غياب المدعى عليها فرعيا وسبب وجودها بالخارج، وتحديد مسكنها بالصخيرات، ومنع السفر بالمحضونين دون موافقة النائب الشرعي، ومنحه تعويضا قدره 150000 درهم عن التطليق التعسفي. وبتاريخ 2015/01/06 أصدرت المحكمة حكما تمهيديا بإجراء خبرة جينية على الابن (ا)عهدت بها للمركز العلمي للدرك الملكي الذي أنجز المهمة وأدلى بتقرير (مؤشر عليه بتاريخ 2015/7/7) خلص فيه إلى ثبوت البنوة البيولوجية بين المدعي فرعيا والإبن (آ). وبعد التعقيب عليه وتبادل المذكرات بين الطرفين، وانتهاء الإجراءات، قضت المحكمة بتاريخ 2015/12/01 في الطلبين الأصلي والإضافي بتطليق المدعية من عصمة زوجها طلقة أولى بائنة للشقاق وتمكينها من مستحقاتها ومستحقات الأبناء الثلاثة، مع تنظيم زيارة الأب لأبنائه. استأنفه المدعى عليه، وقضت محكمة الاستئناف بتاريخ 2016/06/08 بإبطاله وإرجاع القضية للمحكمة مصدرته للبت فيها طبقا للقانون. وبعد الإحالة صرحت المدعية بأنها حصلت على التطليق للشقاق سنة 2015، وصرح المدعي عليه بأنه لايزال متشبثا بطليقته وأبنائه، وبأن الحكم باطل. ثم أدلى بمقال مضاد أكد فيه طلباته المقدمة سابقا. وبعد انتهاء الإجراءات وإدلاء النيابة العامة بملتمسها الكتابي الرامي إلى تطبيق القانون، صدر الحكم رقم 1248 بتاريخ 2017/04/12 في الملف عدد 2016/1607/2154 قضى بتطليق المدعية (ص.ح) من عصمة زوجها المدعى عليه طلقة أولى بائنة للشقاق وتحديد مستحقاتها في مبلغ 1000 درهم عن كالئ الصداق، و5000 درهم واجب سكن العدة، وبإسناد حضانة الأبناء (م) و(ب) و(ا) إلى المدعية وتحديد نفقتهم في مبلغ 500 درهم شهريا لكل واحد منهم، وواجب الحضانة في 100 مائة درهم شهريا عن كل واحد منهم، وواجب سكنهم في 700 درهم شهريا لهم جميعا، الكل ابتداء من تاريخ

2015/12/01 وإلى غاية سقوط الفرض عنه شرعا، وبتحديد يوم الأحد من كل أسبوع لزيارة الأب لأبنائه ابتداء من الساعة التاسعة صباحا إلى السادسة مساء، والنصف الثاني من الأعياد الدينية والوطنية والعطل المدرسية، ورفض الطلب المضاد. فاستأنفه المدعى عليه وألغته محكمة الاستئناف فيما قضى به من رفض طلب التعويض عن الضرر وحكمت بعد التصدي على المستأنف عليها بأدائها لفائدة المستأنف تعويضا عن الضرر قدره 20000 درهم، وأيدته في الباقي مع تعديله بإسناد حضانة الإبن (ب) للمستأنف وإسقاط نفقته وواجب حضانته المحكوم بهما لفائدة المستأنف عليها وهو القرار المطعون فيه بالنقض من الطالبة بواسطة نائبتها بمقال تضمن وسيلتين أجاب عنه المطلوب في النقض بمذكرة بواسطة دفاعه، والتمس رفض الطلب.

حيث تعيب الطالبة القرار في **الوسيلة الأولى** بنقصان التعليل الذي يوازي انعدامه، ذلك أن المحكمة مصدرته بالرغم من ظاهر النازلة وجواب المطلوب في النقض على نوع السيارة التي يمتلكها وظاهر عنوانه الذي يسكن به والمقهى التي في حيازته وملكيته الفعلية، وشهادة الأجر التي أدلى بها والتي ليست إلا من صنعه، والعقارات العدة التي يملكها، فإنها لم تجر بحثا بالاستماع إلى الشهود، ولا التثبت من وضعيته المادية، لأنه يعيش وضعية جد مريحة، والتمست نقض القرار.

لكن، حيث إن الطالبة لم تطعن بالاستئناف فيما قضى به الحكم الابتدائي من مستحقات لها أو لابنيها (م) و (آ)، وإثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض غير مقبول.

وتعيبه في **الفرع الثاني من الوسيلة الثانية** بخرق مقتضيات المادة 97 من مدونة الأسرة، ذلك أن المحكمة مصدرته قضت عليها بأدائها للمطلوب تعويضا عن الضرر قدره 20000,00 درهم، مع أنها كانت مضطرة لرفع دعوى التطليق للشقاق لما تعرضت له من مختلف أوجه العنف المادي والمعنوي من طرفه سواء في ديار المهجر أو داخل أرض الوطن، ولأنه هو الذي كان قد تقدم بدعوى التطليق للشقاق في بادئ الأمر، وهو الذي نفى نسب ابنه منها (ا) إلى أن أمرت المحكمة بإجراء خبرة جينية أثبتت نسب ولده إليه، ولكونها تعاني من مساطر إهمال الأسرة التي يقيمها المطعون ضده بالنقض في مواجهتها بصفة كيدية، وكذلك مساطر إغلاق الحدود لحرمان الطفلة (م) من إتمام دراستها في البلد الذي ولدت ونشأت فيه، والتمست نقض القرار.

لكن، حيث إنه بمقتضى المادة 97 من مدونة الأسرة، فإنه في حالة الحكم بالتطليق للشقاق تراعي المحكمة مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر. والبين من أوراق الملف أن المطلوب تشبث بالطاعنة ولم يرغب في فراقها، وأنه بعد عودته إلى وطنه الأصلي أصرت هي على البقاء في ديار المهجر ورفعت ضده دعوى التطليق. والمحكمة لما قضت على الطاعنة بأدائها لفائدة المطلوب تعويضا عما لحقه من ضرر وحددته في إطار سلطتها التقديرية في مبلغ 20000 درهم معتمدة في ذلك على مسؤوليتها الكاملة في التطليق للشقاق، وإصرارها العنيد على الفراق، وحجم الضرر المعنوي الذي أصاب المطلوب بسبب تفكيك

المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

الأسرة، فإنها قد بنت سلطتها على الوثائق المدرجة بالملف، وعلى البحث الذي أجرته في القضية، وطبقت مقتضيات المادة 97 تطبيقا سليما وجاء قرارها بهذا الخصوص سليم التعليل ويبقى ما أثير بدون أساس.

وتعيبه في **الفرع الأول من الوسيلة الثانية** بخرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الأطراف، ذلك أن المحكمة أسندت حضانة الطفل (ب) إلى والده على أساس أنه اختار العيش معه، مع أن المطلوب لا يراعي شؤون الطفل الأساسية من تربية وتعليم، وأنها بذلك خرقت مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 166 من مدونة الأسرة، والتمست نقض القرار.

حيث صح ما ورد بالنعي، ذلك أن المحكمة لما قضت بإسناد حضانة الولد (ب) للمطلوب في النقض بعلة أنه ظل يعيش تحت كنف والده، وأن هذا الأخير ظهر بمظهر الحاضن الفعلي له، واعتمادا على ما راج بجلسة البحث وما عاينته المحكمة من تشبث من جانب الابن بوالده الذي ظهر من خلال الصور المرفقة بالملف معتنيا به بالقدر و الشكل اللائقين، وأنه تأكد لها وجود وإقامة الحاضنة بديار المهجر، وكون الإبن (ب) يدرس بأرض الوطن، مع أنه بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 166 من نفس القانون، لا يكون للأبناء الخيار لمن يحضنهم من أبيهم أو أمهم بعد انتهاء العلاقة الزوجية بينهما إلا بعد إتمامهم سن الخامس عشرة سنة، وأن البحث والمعاينة قامت بهما المحكمة بتاريخ 2018/07/23 أي قبل بلوغ الابن (ب) المزداد بتاريخ 2004/05/21 سن خمس عشرة سنة، مما يجعل القرار خارقا لمقتضيات الفصل المذكور، ومعللا تعليلا ناقصا، وهو بمثابة انعدامه، وعرضته في هذا الفرع من الوسيلة للنقض.

المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما قضى به من إسناد حضانة الإبن (ب) للمطلوب في النقض وإحالة القضية وطرفيها على نفس المحكمة للبت فيها في حدود النقض الحاصل بهيئة أخرى طبقا للقانون، والرفض في الباقي، وعلى المطلوب المصاريف.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد بنزهة **رئيسا**. والسادة المستشارين: نور الدين الحضري **مقررا** وعمر لمين وعبد الغني العيدر ولطيفة أرجدال أعضاء وبمحضر **المحامي العام** السيد محمد الفلاحي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاطمة أوبهوش.