القرار عدد 411
الصادر بتاريخ 16 غشت 2011
في الملف الشرعي عدد 2009/1/2/403

الحضانة

– سقوط – شرط الاستقامة.

المحكمة لما رجحت بينة الصلاح على بينة التجريح في إسنادها الحضانة للمطلقة، المتهمة من طرف زوجها بالخيانة الزوجية، دون أن تقوم بالاستماع إلى شهود البينتين للتأكد من أهلية الأم لحضانة ولدها من عدمها، تكون قد خالفت قاعدة الفقه المالكي من أن ثابت الجرح مقدم على ثابت التعديل.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك

المجلس الأعلى للسلطة القضائية

حيث يستفاد من وثائق الملف، ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 2008/10/22 تحت عدد 680 في الملف عدد 08/201 أن المطلوبة هند (ط) قدمت بتاريخ 2007/5/25 مقالا إلى المحكمة الابتدائية بوجدة عرضت فيه أنها زوجة الطاعن سعيد ولها معه ولدان هما ريان ورشاد، وأنه منذ مدة بدأت العلاقة تسوء بينهما إلى درجة أنه اتهمها بالخيانة الزوجية، كما أهملها وطفليها وتركهم بدون نفقة ملتمسة الحكم بتطليقها منه للشقاق والحكم لها بمستحقاتها. وأجاب الطاعن بمقال مضاد أوضح فيه أن المطلوبة طعنته في كرامته بارتكابها جريمة الخيانة الزوجية ملتمسا تسجيل عدم امتناعه من تطليقها، مع تحميلها المسؤولية عن الفراق والحكم بأدائها له مبلغ 150.000 درهم جبرا للضرر الحاصل له وإسقاط حضانتها عن الولدين لما في ذلك من مصلحتهما تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 500 درهم عن كل يوم تأخير عن تسليم الولدين له قصد حضانتهما، وبعد تعذر الإصلاح بين الطرفين قضت المحكمة الابتدائية بتاريخ 2008/1/22 في الطلب الأصلي بتطليق المطلوبة من الطاعن طلقة بائنة للشقاق وبأدائه لها مبلغ 30.000 درهم عن المتعة ومبلغ 3000 درهم عن تكاليف سكناها خلال العدة ومبلغ 500 درهم شهريا نفقة كل ولد ومبلغ 800 درهم شهريا مقابل تكاليف سكناهما ومبلغ 200 درهم شهريا مقابل حضانة كل واحد منهما والكل ابتداء

من 2008/1/22 مع الاستمرار، وعلى المطلوبة بتمكين الطاعن من زيارة الولدين كل يوم أحد من الأسبوع ابتداء من الساعة التاسعة صباحا إلى الخامسة مساء. وفي الطلب المضاد بأداء المطلوبة للطاعن مبلغ 20.000 درهم كتعويض ورفض باقي الطلبات فاستأنفه الطرفان. وبعد تبادل المذكرات وضم الملفين عدد 08/201 و08/316 قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف مع تعديله بتحديد أجرة سكنى المعتدة في مبلغ 1500 درهم وأجرة سكنى المحضونين في مبلغ 500 درهم شهريا، وهو القرار المطعون فيه من طرف الطاعن بواسطة نائبه بمقال تضمن **وسيلة وحيدة** وجه إلى المطلوبة ولم تجب.

حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بفساد التعليل الذي هو بمثابة انعدامه، ذلك أنه كان على محكمة الاستئناف أن تناقش القضية من جديد وتبحث فيمن تسبب في التطليق باعتبار أن المطلوبة هي المتسببة في الفراق وأن التمتيع يعتبر بمثابة تعويض عن الفراق، وكان عليها أن تعيد النظر في التمتيع الذي قالت به محكمة الدرجة الأولى طالما أنه لم يصدر منه أي فعل يضر بالعلاقة الزوجية وأن المطلوبة هي المتسببة باتخاذها خليلا ومعاشرته فوق فراش الزوجية، وقد أثبت ذلك بوثائق سكتت المحكمة عنها، ثم إن الدار التي تقطنها المطلوبة بمعية ولديها في ملكه حسب الثابت من الرسم العقاري الذي سبق أن أدلى به، وأن الورقة التي استدلت بها المطلوبة هي موضوع دعوى عقارية لا تزال رائجة أمام المحكمة، ثم أنه أدلى بلفيف مستفسر يشهد شهوده بعدم صلاحية المطلوبة لحضانة ولديها بينما أدلت هي بلفيف غير مستفسر يشهد شهوده بتوفرها على شروط الحضانة والاستقامة، وأن المحكمة خالفت الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي حينما رجحت حجة المطلوبة على حجته التي هي مستفسرة وشهود لفيفها غير معروفين ولا يسكنون بالحي الذي تسكنه، والمحكمة لما لم ترد على ما تمسك به تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا وهو بمثابة انعدامه مما يعرضه للنقض.

حيث صح ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه، ذلك أن الزوجة لا تستحق واجب المتعة إلا إذا كان الطلاق أو التطليق صادرا عن الزوج، ثم إنه حسب وثائق الملف فإن المطلوبة ما زالت تقطن بسكن الطاعن المحفظ باسمه حسب الصك العقاري عدد 88569/02 الكائن بتجزئة الطلحاوي رقم 56 وجدة وهو العنوان الوارد بمقالي المطلوبة الابتدائي والاستئنافي **هذا من جهة، ومن جهة أخرى** فإن قواعد الفقه تقضي بترجيح بينة التجريح على بينة التعديل كما جاء في قول ابن عاصم:

وثابت الجرح مقدم على / ثابت تعديل إذا ما اعتدلا.

والمحكمة لما قضت للمطلوبة بواجب المتعة مع أنها هي التي قدمت دعوى التطليق للشقاق وبواجب سكنها خلال العدة وواجب سكن محضونيها والحال أنها ما زالت تقطن ببيت الزوجية، ورجحت بينة التعديل على بينة التجريح دون أن تقوم بالاستماع إلى شهود البينتين للتأكد من

المملكة المغربية
محكمة النقض

صلاحية المطلوبة لحضانة ولديها أم لا تكون قد أساءت تطبيق القانون والفقه مما يعرض قرارها للنقض.

لـهـذه الأسـبـاب

قضى المجلس الأعلى بنقض القرار المطعون فيه.

الرئيس: السيد إبراهيم بحماني – **المقرر**: السيد محمد ترابي – **المحامي العام**: السيد عمر الدهراوي.

مقاربة الاجتهادات:

"لكن حيث إن سقوط الدعوى العمومية في إطار المادة 4 من قانون المسطرة الجنائية لا يترتب عنه نفي الفعل، كما لا يؤدي إلى إلغاء الإجراءات المنجزة، والمحكمة في إطار سلطتها قد استخلصت من الوقائع الثابتة في المسطرة الزجرية ارتكاب الطالبة للخيانة الزوجية فاعتبرتها بذلك غير مستقيمة وليست أهلا للحضانة مطبقة المادة 173 من مدونة الأسرة ومستبعدة ضمنا موجب الصلاح المحتج به لما هو مقرر فقها من أن ثابت الجرح مقدم على ثابت التعديل والوسيلة بدون أساس."

المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

(قرار المجلس الأعلى عدد 420 الصادر بتاريخ 2011/8/16 في الملف الشرعي عدد 2010/1/2/34 غير منشور).