القرار عدد 562
المؤرخ في 2006/10/4
ملف شرعي عدد 2006/1/2/143

حضانة – سقوطها.

إسقاط الحاضنة حقها في الحضانة لغير عذر يلزمها.

باسم جلالة الملك

إن المجلس الأعلى

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث يستفاد من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه رقم 159 الصادر بتاريخ 05/11/23 في القضية عدد 05/71 عن محكمة الاستئناف بورززات أن إدريس زيطور ادعى بمقال مؤدى عنه بتاريخ 2005/2/2 بالمحكمة الابتدائية بنفس المدينة أنه فارق المدعى عليها بطلاق بتاريخ 04/11/5 وكانت تنازلت في 04/4/27 عن حضانة ابنتها منه فاطمة الزهراء المولودة في 03/6/14 ملتمسا الحكم عليها بتسليمه إياها تنفيذا لإلتزامها ومدليا بصورة مطابقة لرسم طلاق رجعي عدد 317 ص 339 كناش الأنكحة 12 توثيق بسكورة وعقد ازدياد وشهادة الحياة الفردية وإشهاد بتنازل مؤرخ في04/4/27 وبعد جواب المدعى عليها بأن التنازل المستدل به مزور عليها وبأنها أمية وقد تراجعت عنه بإشهاد عرفي واستصدرت بعده حكما يقضي لها بحقوقها المترتبة عن الطلاق وبنفقة ابنتها المذكورة وأجرة حضانتها حسب الحكم عدد 04/21 بتاريخ 04/11/22 في الملف 04/85 وإجراء بحث مع الطرفين والانتهاء من تبادل الردود والمستنتجات أصدرت المحكمة بتاريخ 05/3/3 في الملف 05/20 الحكم رقم 05/189 القاضي

برفض الطلب فاستأنفه المدعي في 05/9/13 وألغته محكمة الاستئناف وتصدت وحكمت وفق الطلب بناء على ان العقد شريعة المتعاقدين وأنه لا يسوغ التراجع عنه بإرادة منفردة وذلك بقرارها عدد 159 في الملف 05/77 المطلوب نقضه من الطاعنة بواسطة محاميها بمقال تضمن سببين فبلغ إلى المطلوب في الطعن ورجع استدعاؤه بملاحظة أنه يسكن بمركز سكورة.

حيث تنعى الطاعنة القرار في السببين مجتمعين بعدم الارتكاز على أساس قانوني وبنقصان التعليل الموازي لانعدامه ذلك أنها تمسكت بكون الإشهاد بالتنازل المستدل به أنجز في ظروف قهرية واحتيالية قبل الطلاق وأن السلطات الإيطالية تمانع من مرافقة البنت مع الطرفين لديارها وأن الحفاظ على حقوق الطفلة المذكورة التي لا يتجاوز عمرها ثلاث سنوات يفرض احترام الاتفاقية الدولية التي صادق عليها المغرب في صلب مدونة الأسرة التي تشدد على الأخذ بمصلحة الطفل دون إنزالها منزلة الاتفاقات التعاقدية طبقا لأحكام الشريعة ومسايرة للمادة 163 من مدونة الأسرة وأن اعتماد القرار المطعون فيه على مقتضيات الفصلين 461 و1114 من قانون الالتزامات والعقود يعتبر خروجا عن روح مدونة الأسرة ويتعارض حتى في حيثياته مع مقتضيات الفصل 467 من نفس القانون التي تنص على أن التنازل عن الحق يجب أن يكون له مفهوم ضيق... كما يتناقض مع الفصلين 1100 و1101 منه اللذين ينصان على أن الصلح غير جائز في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو في الحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل، كما لا يجوز بين المسلمين في المسائل التي لا يصح شرعا التعاقد عليها . وأن انزال الإشهاد منزلة الصلح يعتبر تفسيرا خاطئا ولا ينسجم مع المبادئ الشرعية والقانونية ويتعارض مع مدونة الأسرة التي تجعل مصلحة المحضون أولى بالاعتبار حتى وإن أسقطها عنه الحاضن ملتمسة لذلك نقض القرار المطعون فيه.

اكن حيث إنه يكفي في صحة قضاء المحكمة بإلزام الطاعنة بتسليم ابنتها لوالدها تنفيذا لإلتزامها ما علّلت به قرارها من أن تنازل الحاضنة عن حضانة ابنتها المؤرخ في04/4/27 حجة عليها ويلزمها، ومن أن تراجعها عنه بإرادتها

المنفردة ؛ ينتج أثرا طبقا للفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود وكذا فإن المشهور لدى المالكية أن إسقاط الحاضنة حقها في الحضانة لغير عذر بعد الفقه

سواء في فترة الزوجية أو بعد الطلاق لازم لها كما في شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل بالجزء الثاني الصفحة 372 وأن هذه العلل كافية ويستقيم قضاء المحكمة معها وحدها دون باقي علله الزائدة وفيما يتعلق بخرق القرار المطعون فيه للفصول 467 و1100 و1101 من قانون الالتزامات والعقود فإن المحكمة عللت وعن صواب بأن ألفاظ الإشهاد بالتنازل صريحة ويمنع البحث عن قصد صاحبتها طبقا للفصل 461 من نفس القانون أما مقتضيات الفصلين 1100 و1101 فإن موضوعها الصلح وهو لا علاقة له بالنازلة فكان ما بالسببين بدون أساس.

لهـــذه الأسبـــــاب

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب وإعفاء الطاعنة من المصاريف.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بالمجلس الأعلى بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد **رئيس الغرفة** إبراهيم بحماني والسادة المستشارين : محمد بنزهة **مقررا** وأحمد الحضري وعبد الرحيم شكري وعبد الكبير فريد **أعضاء** وبمحضر **المحامي العام** السيد الحسن البوعزاوي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة بشرى السكوني.