الإذن بالإشهاد على الطلاق الصادر عن المحاكم المغربية و النظام العام الدولي الفرنسي

تعليق على قرار محكمة النقض الفرنسيـــة، الغرفة المدنية الأولى
عدد 1179المؤرخ في 2009/11/04 رقم الطعن:20.574-08

رضـى بلحسيـــن
رئيس المحكمة الإبتدائية بميدلت
أستاذ بالمعهد العالي للقضاء

القـــاعدة

إن المقرر القضائي لمحكمة أجنبية (المحكمة الإبتدائيـة بالخميسـات)الذي يعاين طلاق من جانب واحد للـزوج بـدون تصـريف أثـر قـانوني لمعارضـة محتملة للزوجة ، و يجرد السلطات المختصة من أي سلطة عدا تسوية الآثـار المالية لإنهاء العلاقة الزوجيـة ، يكون مخالفا لمبدأ المساواة بين الزوجيـــن المنصوص عليهـا في الفصـــل 5 من البروتوكـول الإضافـــي لـــ 22 نونبـــر 1984 رقم VII للإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و التي التزمـت بموجبهـــا فرنســـا بضمانه لكل شخص خاضع لمحاكمهـا ، و بالتالي مخـالف للنظـام العام الدولي.

أولا:القـــرار[1].

باسم الشعب الفرنسي

حول الوسيلة الفريدة المأخودة بفروعهـــا الثلاثـة:

حيث إن الزوجيـن ســـ / يـــ، من جنسية مغربية ، متزوجين بالمغرب منذ سنة 1975 ، والدين لأربعة أطفال كلهم رشداء، مستوطنين بفرنســـا، و أن السيدة يـــ تقدمت بعريضة تطليق بفرنســا، و أن السيد ســـ ، دفع بصدور حكم بالطلاق بتاريـخ 2007/10/04 عن المحكمة الإبتدائية بالخميســـات (المغرب)، و أن القرار الملغي للحكم الإبتدائي (محكمة كون Caen الصادر بتاريخ 4 شتنبر 2008) صرح ،بعد معاينتـه للحكـم المغربي ، بقبول عريضة الطلاق المقدمة أمام القاضي الفرنسي.

حيث إن السيد ســـ ينعى على القرار المطعون فيه قبول طلب السيدة يـــ ، واعتبار الحكم المغربي غير قابل للإعتراف به بفرنســـا ، و الحال أنه حسب الوسيـــلة:

1) يجب لكل حكم أن يكون معللا، ذلك أن قضاة الموضوع ليعتبروا الحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالخميسات مخالف لمبدأ المساواة بين الزوجين و مخالف للنظام العام الدولي ، صرحوا بصيغة مجملة و دون الركـون إلى ظروف النازلـة بأن مسطـرة الطـــلاق المنظمـــة بموجب المواد 78 إلى 93 من مدونة الأسرة المغربية تفضـي إلى« إختلاف صارخ » في المعاملة مع كل من الـزوج و الزوجـة ، وأن تدخل القاضي المغربي مقتصر على تحديد تبعات الطلاق، و أن الزوجـــة لا تملك حق اللجوء إلى المحكمة لتقديم طلب مماثل للذي تقدم به زوجها إلا بموافقتـه، وأن قضاة الموضـوع بذلك يكونوا قد فصلـوا في النزاع بتعليـــل حال إجمـــاله دون بسط محكمة النقض رقابتهـا على طبيعة تعارض حكم إبتدائية

[1] ترجمة شخصية

الخميســـات مع النظام العام الدولي الفرنسي ، فخرقوا بالتالي الفصلين 455 و 458 من قانون المسطرة المدنية؛

2) أنه للتسليم بمخالفة الحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية بالخميسات لمبدأ المساواة بين الزوجيــن و للنظام العام الدولي ، اعتمد قضاة الموضــوع على أن تدخل القاضي المغربي مقتصر على تحديد تبعات الفرقة ، و أن الزوجة لا تملك حق تقديم طلب مماثل دون موافقة زوجهــا ، و أنه ببتهم على هذا النحو و دون البحث في كون مختلف مساطر التطليق المنصوص عليهــا في مدونة الأسرة المغربية لــ 05 فبراير 2004 متاحة ،حسب الحالات ، لكل من الزوج أو الزوجــة، لا تحقق، بصفة عامة مساواة بين الزوجين في إنهاء علاقتهما، يكونوا قد أفقدوا قرارهم من كل سند قانوني بمنظور أحكام المــادة 16 من الإتفاقية الفرنسية المغربية للتعاون القضائي المتبادل وتنفيذ الأحكام لــ 05 اكتوبر 1957، و الفصل 3 من القانون المدني و المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص؛

3) أن المخالفة المحتملة لقانون أو حكــم أجنبي للنظام العام الدولي الفرنسي يقدر حسب النتيجة المجسدة التي تصدر عن تطبيقهما ، و ليس بمنظور التقدير المجرد لمقتضياتهما ؛ و أنه لإعتبار الحكم الصادر عن محكمة الخميســـات مخالفا لمبدأ المساواة بين الزوجين و للنظام العام الدولي ، قدر قضاة الموضــوع الوضعية المخصصة للزوجــة من طرف التشريع المغربي للطلاق بطريقة مجردة و ذلك بالحكم على أن المواد 78 إلى 93 من مدونة الأســـرة المغربيــة تفضي إلى«إختلاف صارخ » في التعامل بين الزوج و الزوجة، و أنهم ببتهم على هذا النحو، و دون الأخــذ بعين الإعتبار ، و بطريقة تجسيدية ، أن السيدة يـــ... قد التجأت في وقت سابق عن مسطرة الطلاق بدعوى النفقة ، و شاركت في جلســة الصلح، و تسلمت تعويضـــا ماليا ،يكونوا قد خرقوا المــادة 16 من الإتفاقية الفرنسية المغربية التعاون القضائي المتبادل وتنفيذ الأحكام لــ 05 اكتوبر 1957، و الفصل 3 من القانون المدني و المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص؛

لكن حيث إن المقرر القضائي لمحكمة أجنبية الذي يعاين طلاق من جانب واحد للزوج بدون تصريف أثر قانوني لمعارضة محتملة للزوجة ، و يجرد السلطات المختصة من أي سلطة عدا تسوية الآثــار المالية لإنهاء العلاقة الزوجيــة ، يكون مخالفا لمبدأ المساواة بين الزوجيــن المنصوص عليهــا في الفصل 5 من البروتوكول الإضافي لــ 22 نونبــر 1984 رقم VII للإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و التي التزمت بموجبهــا فرنســـا بضمانه لكل شخص خاضع لمحاكمهــا ، و بالتالي مخالف للنظام العام الدولي، و أن القرار اعتبر ، أولا أن طلاق الزوجين ســـ... و يـــ... خاضع للمراقبة القضائية و تحكمه مقتضيات المواد 78 إلى 93 من مدونة الأســـرة المغربية المنشورة بمرسوم 03 فبراير 2004 (هكذا)، ما دام أن للزوج حق الحصــول على الطلاق دون إمكانية إعتراض من الزوجــة، و أن تدخل القاضي حسب أحكام المادتين 83 و 84 من المدونة السالفة الذكر مقتصر على تقدير التبعات المالية للطلاق بعد فشل محاولــة الصلح ، إضافة إلى عدم إمكانية تقديم طلب مماثل من طرف الزوجــة إلا بعد موافقة الزوج ، واخيــرا فإن الزوجين يعيشان بالتراب الفرنسي ، وأن محكمة الإستئناف لما حللت ، بقرار معلل ، المقتضيات المتعلقة بمسطرة الطلاق المشهود عليها من طرف محكمة أجنبية، و استنتجت عن صواب بأن حكم المحكمة الإبتدائية بالخميسات الصادر بتاريــخ 2007/10/04 لا يمكن الإعتراف به في فرنسا ، فإن الوسيلة تبقى غير مستندة على أساس.

لهذه الأسبـــاب

- ترفض الطعن
- تحمل السيــد ســـ.. الصائـــر
- و بناء على المــادة 700 من قانون المسطرة المدنية ، ترفض الطلب.

ثانيا:التعليـــق.

من المسائل المهمة و المعقدة في القانون، فكرة النظام العام التي يتركز النقاش حولها في الأبحاث المتعددة لعلمــاء القانون الداخلي و الدولي، و يكاد يكون الإتفاق معدومــا على تبني ضابط مستقر للنظام العام، كما خلت نصوص القوانين في اكثر الدول من تعريف جامع مانع يحدد بفكرة النظام العام المعقدة.

ورغم عدم تمكن العلماء من الإتفاق على تحديد فكرة النظام العام فإن لا خلاف على مفعولهــا بمثابة دفع لإستبعاد القانون الأجنبي المختص أو عدم الإعتراف بحكم أجنبي صادر على ضوئه فمن المسلم به أنه كلما اتضح للقاضي في دولة ما أن أحكام القانون المراد العمل به غير مقبولة، و في بلده و أنها تتنافى مع الأفكار الأساسية التي يقوم عليها نظام مجتمعة فإنه يمتنع عن تطبيقها[2].

و في القرار موضوع التعليق تم إعمال فكرة النظام العام لرفض تنفيذ مقرر بالإذن بالإشهاد على الطلاق صادر عن أحد المحاكم المغربية بدعوى انه يخالف مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة كما هو منصوص عليه في الفصل 5 من البروتوكول الإضافي لــ 22 نونبــر 1984 رقم VII للإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

[2] د. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص : تنازع القوانين ، الطبعة الثانية ، عمان 1997 ص.178.

حقا فقد شكل الطلاق على "الطريقة الإسلامية divorce more islamico" موضوعا ذي حساسية مفرطة لدى القضاء الفرنسي المتشبع بقيم العلمانية ، و الذي كان يعتبره حقا ذكوريا يمارسه الرجل بطريقة تحكمية إضرارا بالمرأة المطلقة ، والتي كان يعتبرها لا تملك أدنى وسيلة لرد طلب الطلاق، و بالتالي كان لا يتردد في إستبعاد أي حكم صادر في هذا الموضوع لرد الدفع بسبقية البت أو رفض طلب الإعتراف به في التراب الفرنسي، لكن ما يزيد الأمر تعقيدا هو إرتباط فرنسا بإتفاقية تعاون قضائي مع المغرب[3] .

للقفز على هذه الإتفاقية كان لابد من الإلتجاء إلى قاعدة أسمى، و كانت الفرصة مواتية عندما تم تعديل نطاق تطبيق الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي أصبحت تعتمد على معيار السكن condition de proximité في المجال الأوربي بدلا من معيار الجنسية ، و أصبح جميع الرعايا الأجانب القاطنين بالتراب الفرنسي معنيين بها بما فيهم المغاربة الغير الحاملين للجنسية الفرنسية؛

لم تكن المناداة على الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان مكنة لتفعيل قانون واجب التطبيق و إنما كمكون للنظام العام الفرنسي ، لكن الجديد في هذا الأمر هو تخصيص مكانة مستقلة لمبدأ المساواة بعدما كان سابقا متصلا بضمانات مسطرية و معيشية محظة (كحق الدفاع ، و ضمان تعويض مناسب عن الطلاق...)[4].

ففي القرار موضوع التعليق ، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية حكم المحكمة الإبتدائية بالخميسات القاضي بالطلاق مخالفا لمبدأ المساواة بين الزوجين المنصوص عليها في الفصل 5 من البروتوكول الإضافي لـ 22 نونبر 1984 رقم VII للإتفاقية الاوروبية لحقوق الإنسان بالرغم من إثارة طالب النقض لمسألة تمتيع الزوجة بضمانات مسطرية كالحضور في جلسة الصلح و إستفادتها من بذل مالي مناسب ، مما يجعل هذا الإتجاه تراجعا صريحا عن قرارها الصادر بتاريخ 2001/07/03 في قضية الدويبي [5] و التي اعتبرت من خلاله: " *بأن المفهوم الفرنسي للنظام العام لا يعترض على الإعتراف بفرنسا بطلاق اجنبي أوقعه الزوج بطريقة إنفرادية متى لم يكن هناك تدليس لإختيار المحكمة الأجنبية و متى كانت المسطرة تتيح لكل طرف الحق لبسط مزاعم و أوجه دفاعه و كان يكفل مزايا مالية للزوجة* " [6].

و يعتبر هذا التراجع إمتدادا للقرارات المبدئية التي أصدرتها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 فبراير 2004[7] بل و نسخا حرفيا لما ورد بها من تعليلات بالرغم من صدورها على ضوء تشريع مخالف للتشريع الحالي (مدونة الأحوال الشخصية الملغاة)، لكن الجديد في الأمر هو عدم مسايرة التغييرات التي أتت بها مدونة الأسرة و إعمال منهجية غير واضحة لإعمال الدفع بالنظام العام الدولي الفرنسي.

من المعلوم أن مناط إعمال الدفع بالنظام العام الدولي توافر شرطين :

أولا: أن ينتج عدم توافق صريح بين القانون الأجنبي و المفهوم الحال للنظام العام الدولي لدولة القاضي ؛

ثانيا: وجود روابط إسناد ihlandsbesiehung كافية بين قانون القاضي و الوضعية القانونية المعنية؛

و بتوفر هذين الشرطين ، يكون القاضي ملزما للبحث في الآثار المترتبة عن تطبيق القانون الأجنبي ليستخلص مدى مخالفته للنظام العام الدولي أم لا ، و تعرف هذه المنهجية بالتقدير التجسيدي appréciation *in concreto* و الذي لا يتوجه إلى مضامين القانون الأجنبي في حد ذاته[8].

---

[3] إتفاقية التعاون القضائي المتبادل و تنفيذ الأحكام و تسليم المجرمين بين المغرب و فرنسا الموقعة في 5 أكتوبر 1957 والتي تنص في المادة 16:
"إن الأحكام القضائية و القرارات الإختيارية الصادرة عن محاكم القائمة في كل من فرنسا و المغرب في الشؤون المدنية و التجارية يكون لها بطبيعة الحال قوة الشيء المحكوم به فوق تراب البلاد الأخرى إ ذا توفرت فيها الشروط الآتية:
أ) أن يكون الحكم الصادر عن هيئة قضائية مختصة حسب قواعد القانون الدولي الخاص المقبولة في الدولة التي يقع فيها ما لم يتنازل المحكوم عليه عن هذا الحق تنتازلا ثابتا.
ب) أن يكون الطرفان قد أستدعيا و مثلا أو أعلن عن محاكمتهما غيابيا بصورة قانونية.
ج) أن يكون الحكم قد اكتسب قوة الشيء المحكوم به و أصبح قابلا للتنفيذ بمقتضى قوانين الدولة التي صدر فيها .
د) أن لا يتضمن الحكم ما يخالف النظام العام في الدولة التي يحتج به فيها و لا مبادئ القانون الدولي العام المطبق فيها، و الا يكون مضادا لحكم قضائي صدر في تلك الدولة و اكتسب فيها قوة الشيء المحكوم به."

[4] في السابق كانت تبحث محكمة النقض الفرنسية عن التوازن العام لحقوق الزوجين من خلال الإجراءات المصاحبة لصدور مقرر الطلاق عبر حضور الزوجة في دعوى الطلاق و بسط أوجه دفاعها و هو ما يصطلح عليه بالنظام العام الدولي الإجرائي l'ordre public international procedural (قضية داهار قرار 1972/12/18) و أحيانا تبحث على هذا التوازن عبر المزايا المالية المكفولة للزوجة بعد الطلاق و هو ما يصطلح عليه بالنظام العام المعيشي (قرار 1999/07/16)

[5] Civ. 1re 3 juillet 2001, Dalloz 2001,p. 338 ;

[6] بالرغم من تعلق هذا القرار بزوجين فرنسيين تساءل بعض الفقه الفرنسي حول عدم تطبيق هذا الإتجاه على رعايا مغاربة سيما و أن الإتفاقية الفرنسية الجزائرية لا تتضمن مقتضى مماثل للفصل 13 من الإتفاقية المغربية الفرنسية.
L. Gannagé, « l'ordre public ne s'oppose pas à la reconnaissance en France d'une répudiation unilatérale », Revue critique de droit international privé 2001 p.704

[7] Civ. 1re, 17 fev. 2004 Bull. Civ. I n° 47 et n° 48

[8] P.Mayer et V.Henzé, Droit international privé, 9ème édition, Montchrestien, 2007, n°205-1.

و هذا الشرط لم يغب عن ذهن طالب النقض الذي عاب على قضاة الموضــوع تقديرهم المجرد appréciation *in abstracto* للوضعية المخصصة للزوجــة من طرف التشريــع المغربي.

وردت محكمة النقض على هذه الوسيلة بكون الطلاق "حق مكرس *أساسا للزوج يمارسه حسب هواه دون حق للزوجــة للتعرض عليه و دون سلطــة للقضاء لمراقبته*".

الملاحظة التي تثير الإنتباه في رد محكمة النقض ، هوإستعمالها لمصطلح لم يعد متدولا في الترجمة الفرنسية لمدونة الأسرة وهو "répudiation"، صحيح أن هذا الأخير كان ترجمة لمصطلح "الطلاق" في مدونة الأحــوال الشخصية الملغاة ، إلا أن الترجمة الرسمية لهذا الأخير في مدونة الأســرة أصبح " divorce sous contrôle judiciaire"[9]، لما في ذلك من دلالات على الدور الإيجابي للقاضي.

و بغض النظر عن هذه الملاحظة الشكلية ، فالطلاق و على خلاف فهم محكمة النقض الفرنسية لا يخرج عن رقابة المحكمة التي تراقب أسبابه و تحاول قدر الإمكــان معالجة الخلاف ، و أن دورها لا يكون سلبيا إلا بعد تعذر إصلاح ذات البين بين الزوجين و دون المساس بمبدأ الطلاق ، لكن من حيث آثاره فهي تملك كافة الصلاحيات لتحديد مستحقات الزوجة و الأطفال و تنظيم حق الزيارة و الحضانة عند الإقتضاء .

و نظن أن الطابع التحكمي لإيقاع الطلاق لا يغل يد المحكمة من حماية حقوق الزوجة بل و ثني الزوج للتراجع على مقرر الطلاق من خلال تحديد مستحقات الزوجة التي تعتمد في تحديدها على معايير قانونية من بينها معيار تعسف الزوج في إيقاع الطلاق ، و في نظرنا أن إعتماد هذا المعيار يعدم معيار دخل الزوج ، و يجب على المحكمة أن تجبــر الضرر اللاحــق بالزوجــة في إطار القواعــد العامــة (تعويض كلي للضرر) دون الإلتفات إلى الحالة المادية للزوج فلا فرق بين متعسف ميسور و متعسف معسر ، فمن يوقع الطلاق بطريقة تحكمية يجب أن يتحمل تبعات قراره ، و بهذه الطريقة تستطيع المحكمة نسبيا التحكم في إرادة الزوج لإنهاء علاقة الزواج، سيما و أن المادة 83 من مدونة الأســرة تجعل عدم إيداع المستحقات المحددة من طرفها عدولا ضمنيا عن الرغبة في إيقاع الطلاق و من هنا و بخلاف فهم محكمة النقض الفرنسية يكون دور القضاء المغربي إيجابي في التحكم في تبعات الطلاق بل و في مبدأ إيقاع الطلاق أحيانا من خلال جبر ضرر التعسف بصفة كلية في تعويض قد يعجز الزوج عن إيداعه و بالتالي تشهد عليه المحكمة بتراجعه عن رغبته في الطلاق عند إنصرام الأجل المحدد له طبقا للمادة 83 مدونة الأسرة .

و من جهة أخرى، لاحظنا أن محكمة النقض اعتبرت الحكم المغربي خارقــا لمبدأ المساواة بين الزوجين مركزة على جانبه المسطري فقط دون جانبه الموضــوعي الذي يؤخذ بداهة من تطبيق القانون و تنفيذ الأحكام الصادرة على ضوئــه، و في هذا الاتجاه يرى بعض الفقه الفرنسي بأن الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لا تفرض معنى مجرد لمبدأ المساواة بين الزوجين و أن خرقهــا يجب أن يقاس بطريقة تجسيدية [10]، كما أن هناك من دعى إلى التلطيف من الرفض التــام لمبدأ الطلاق المغربي اعتمادا على التعديلات التي أتت بهــا مدونة الأسرة الجديدة المعضدة لحقــوق الزوجــة أثناء الطلاق و تشجيعــا للجهود المبذولــة من طرف القانون المغربي مخافة ثنيه عن ذلك مستقبلا [11]، و بالمقابل هناك من رأى في الإعتراف بالطلاق الإسلامي إثقالا لكاهل الإصلاحيين في الدول الإسلاميــة [12].

و الغريب في الأمــر أن محكمة النقض لم تكن تتخلى على المعيار التجسيدي إلا في بخصوص الأحكام المغربية، ففي قرار لها صادر بتاريخ 17 يونيو 2009 (قبل خمسة أشهر عن صدور القرار موضوع التعليق) تبنت هذا المعيار بشكل مطلق في طلاق صادر عن محكمة تونسية و رفضت تطبيق البروتوكول الإضافي رقم 7 للإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنســان بالرغم من إثارته وسيلة للنقض و جاء في تعليلهــا : " حيث إن طلاق الزوجين ســ... و يــ... تم على حساب خطا الزوجة بعد بحث مجسد لوضعية الزوجيــن après examen concret de la situation des époux و رفض الزوجــة الإقامة بتونس بعد إحالة زوجها على المعاش، و أن محكمة الإستئناف لما قررت قبول هذا الطلاق فإنهــا لم تستند على سلطة الزوج في إيقاعــه"[13]

و الملاحظة الثانية تتمثل في "مطالبة " القضاء الفرنسي للتشريع المغربي بتطبيق تصور معين للمساواة بين الزوجين منعدم أصلا في التشريع الفرنسي، الذي لا يمنح للزوجة حق التعرض على

[9] في نظرنــا أن محكمة النقض الفرنسية لم تستعمل إعتباطا مصطلح "répudiation"، ذلك أنها في تعليلها الفرعي عادت لتستعمل الترجمة الرسمية "divorce sous contrôle judiciaire"، لكن لتؤكد على الدور السلبي للقاضي المغربي إزاء طلب الطلاق بعد فشل محاولة الصلح، كإشارة ضمنية منها بأن عنوان الباب لا يواكب مضمونه فنقرأ في تلك الحيثية الآتي: « …que l'arrêt retient d'abord que le divorce des époux X.../ Y... est le "divorce sous contrôle judiciaire" régi par les articles 78 à 93 du code marocain de la famille, publié par décret du 3 février 2004 ; puis que le mari peut obtenir le divorce sans que l'épouse ne puisse s'opposer à la demande, l'intervention du juge, au regard des articles 83 et 84 du code précité, étant limitée aux conséquences de la séparation lorsque la tentative de conciliation a échoué … »

[10] P.Hamarje « Droits fondamentaux et ordre public », R.C.D.I.P 1997.1 p.23

[11] H. Fulchiron, « ne repudiez point… » , revue internationale de droit comparé (R.I.D.C) 2006- 7 , p.21-22

[12] L. Gannagé « le relativisme des droits de l'homme dans l'espace mediterraneen » , R.I.D.C 2006.101 , spec.111-115

[13] Cass. 1re civ . 12 juin 2009 n° 07-21.292, A.J Famille , note Gallmeister p.299.

طلب الطلاق و ما يشترطه لحصول الطلاق هو مرور سنتين عن الفرقة المادية بين الزوجين سيما بعد إلغاء المادة 240 من القانون المدني المتعلق بشرط القسوة la clause de dureté[14] بموجب قانون 439-2004 المؤرخ في 2004/05/26، كما أنه لا يمنح أي حق للمحكمة لرد طلب سواء كانت الرابطة زواجا أو تسريا concubinage أو ميثاقا للتضامن الإجتماعي أو ما يصطلح عليه "بالپاكس" PACS، و من هنا نجد أن القضاء الفرنسي لن يستطيع إعمال الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام الدولي المتمثل في إستبدال القانون الأجنبي بقانون القاضي لعدم تكريسه لفكرة المساواة الواردة في تعليل القرار موضوع التعليق[15].

و السؤال الذي كان على محكمة النقض الفرنسية طرحه ،هو مدى توفر الزوجة المطلوبة في النقض على وسائل مضاهية لتلك التي يتوفر عليها الزوج لإنهاء العلاقة الزوجية في مدونة الأسرة، فلا يمكن إعتماد واقع توفر الزوج على حق إيقاع الطلاق دون البحث النتيجة التي أفضى إليها تطبيق المقتضيات المنظمة له و ما إذا كانت تجعله في موقف قوة في مقابل موقف ضعف للزوجة ، و دون كذلك إستحضار الوسائل التي تتوفر عليها الزوجة في المسوغ المسطري العام لإنهاء الرابطة الزوجية (الكتاب الثاني من مدونة الأسرة)[16]، إذ أن التطبيق الصحيح للدفع بالنظام العام الدولي يقتضي البحث في القانون الأجنبي من حيث تطبيقه و آثاره و ليس من منظوره العام المجرد، و كذلك من خلال التوازن الذي يحصل من المقتضيات القانونية ذات الصلة معه.

و نرى أن التوازن العام قد أحدثه مدونة الأسرة و بذلك بجعل العصمة لكل من الزوج و الزوجة لإنهاء العلاقة الزوجية ، كما أن التوازن الخاص بارز من خلال إحترام و تكريس النظام العام الدولي الإجرائي و المعيشي.

فالنظام العام الدولي الإجرائي يبرز من خلال إحترام شديد لحقوق دفاع الزوجة و حرص على حضورية الخصومة و ذلك من خلال:

- إستدعاء المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح.
- منح الزوجة التي لم تحضر حق تقديم ملاحظات كتابية؛
- إخطار الزوجة عن طريق النيابة العامة في حالة تخلفها رغم التوصل؛
- عدم تطبيق مسطرة القيم بصفة آلية ، ذلك أنه إذا نبين للمحكمة أن عنوان الزوجة مجهول تستعين بالنيابة العامة للوصول إلى الحقيقة.

و النظام العام المعيشي مكرس من خلال الضمانات المالية التي تحصل عليها الزوجة بعد الطلاق:

- عند تعذر الإصلاح تحدد المحكمة مبلغا يودعه الزوج بكتابة الضبط بمقرر مستقل عن الإذن بالطلاق و الذي لا يصدر إلا بعد الإيداع الفعلي للمستحقات ،تحت طائلة إعتبار الزوج متراجعا عن طلب الطلاق ؛
- يراعى في مدى تقدير المتعة مدى تعسف الزوج؛
- تراعى الوضعية المعيشية و التعليمية التي كان عليها الأطفال قبل الطلاق

خاتـمـة:

أخطأت محكمة النقض الفرنسية في القرار موضوع التعليق المنهجية الأكاديمية[17] لإعمال الدفع بالنظام العام الدولي و تجاهلت بتعليل غير مقنع التحليل التجسيدي الذي هو جوهر هذا الدفع فلم تميز بين مبدأ الطلاق و بين آثاره، و قيمت الحكم المغربي بالخلفية التي رافقت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة و جعلت أمر مخالفته للنظام العام غير واضح المعالم [18]و هو أمر يدعو لإجبارها لتغيير موقفها عبر تحيين الإتفاقية المغربية-الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي و جعلها مواكبة لما أتت به مدونة الأسرة من تعديلات.

---

[14] شرط القسوة هو دفع يمكن أحد الزوجين من رد دعوى الطلاق إذا أثبتا أن هذه الأخير سيرجع عليه بالنظر لسنه أو لمدة الزواج أو على أولاده بعواقب مادية أو معنوية ذات قسوة إستثنائية .

[15] سيما في نازلة تتعلق بتطبيق القانون المغربي إعتمادا على قاعدة الإسناد الواردة بالإتفاقية المغربية الفرنسية، أما النازلة موضوع التعليق فتتعلق بإعمال الأثر السلبي للدفع بالنظام العام و المتمثل إما في رفض طلب تذييل حكم بالصيغة التنفيذية أو رفض الدفع بسبقية البت.

[16] و إلا فمنطق محكمة النقض الفرنسية سيجعلها مستقبلا تثير الدفع بالنظام العام الدولي في مواجهة الأحكام القاضية مثلا بالتطليق للغيبة أو للضرر أو الإيلاء و الهجر لعدم توفر الزوج على حق اللجوء إليها.

[17] أشير في تقرير اللجنة القضائية الفرنسية التي زارت المغرب بين 19 و 29 يونيو 2007- للبحث في تطبيق مدونة الأسرة إلى ضرورة مراجعة محكمة النقض الفرنسية لموقفها الرافض للإعتراف بالأحكام المغربية المكرس في القرارات المبدئية الصادرة بتاريخ 2004/02/17(و الذي يعتبر القرار موضوع التعليق إمتدادا صريحا لها) لكونها لا تستوعب التعديلات التي أتت بها مدونة الأسرة .

[18] تشترط المادة الرابعة من الإتفاقية المغربية الفرنسية لـ 10 غشت 1984 المخالفة الواضحة للنظام العام لعدم تفعيل قاعدة الإسناد و تنص أنه:" لا يمكن العدول عن تطبيق قانون إحدى الدولتين المحدد بمقتضى هذه الإتفاقية ، من طرف محاكم الدولة الأخرى، إلا إذا كان منافيا بصورة واضحة للنظام العام"