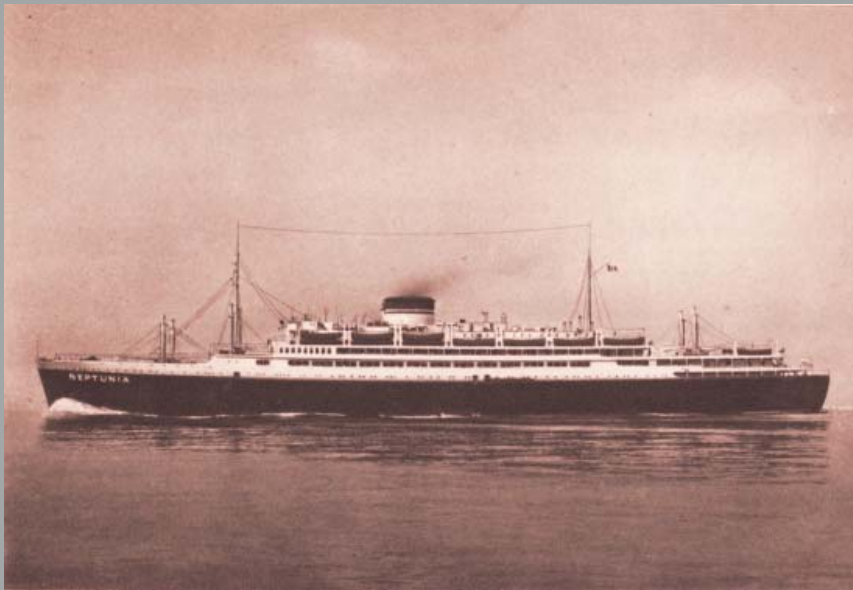


# PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES

04

2016



REVUE MAROCO-ESPAGNOLE  
DE DROIT INTERNATIONAL ET RELATIONS INTERNATIONALES  
(NOUVELLE SÉRIE- VERSION ÉLECTRONIQUE)



# LE STATUT PERSONNEL DES MAROCAINS À L'ÉGARD DE L'ORDRE JURIDIQUE ESPAGNOL : OBSERVATIONS GÉNÉRALES ET PROPOSITIONS *DE LEGE FERENDA*

Andrés RODRÍGUEZ BENOT<sup>1</sup>

I. INTRODUCTION – II. LE CADRE JURIDIQUE DE LA PROBLÉMATIQUE – III. LES RÉPONSES DES LÉGISLATEURS DES ÉTATS – IV. QUELQUES PROPOSITIONS *DE LEGE FERENDA*

## LE STATUT PERSONNEL DES MAROCAINS À L'ÉGARD DE L'ORDRE JURIDIQUE ESPAGNOL : OBSERVATIONS GÉNÉRALES ET PROPOSITIONS *DE LEGE FERENDA*

**RÉSUMÉ :** Pour régler le statut personnel des marocains qui résident en Espagne faut-il analyser d'abord les quatre facteurs qui composent le cadre juridique et politique relatif au sujet : migratoire, social, technique et religieux. Après cette tâche, il est nécessaire d'étudier les changements dans les systèmes de Droit international privé des pays occidentaux et des pays musulmans, lesquels amplifient la distance entre eux. Finalement, cet article offrira une tentative de réponse à la question posée au début étant donné que la communion humaine entre des peuples voisins oblige les États d'accueil à se doter d'un cadre juridique transnational pour régler les situations familiales survenues et développées dans l'espace géopolitique qu'ils occupent.

**MOTS CLÉ :** statut personnel, famille, migration, religion, Droit international privé, pays européens, pays musulmans, coopération

## EL ESTATUTO PERSONAL DE LOS MARROQUÍES ANTE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: OBSERVACIONES Y PROPUESTAS *DE LEGE FERENDA*

**RESUMEN:** Para reglamentar el estatuto personal de los marroquíes residentes en España es menester de antemano analizar los cuatro factores que conforman en marco jurídico-político de la cuestión: el migratorio, el social, el técnico y el religioso. Seguidamente resulta preciso estudiar los cambios en los sistemas de Derecho internacional privado en los países occidentales y musulmanes, los cuales amplifican la distancia entre ellos. Por último, este trabajo aportará una tentativa de respuesta a la cuestión planteada al principio dado que la comunión humana entre pueblos vecinos obliga a los Estados de acogida a dotarse de un marco jurídico transnacional para reglamentar las situaciones familiares nacidas y desarrolladas en el espacio geopolítico que ocupan

**PALABRAS CLAVE:** estatuto personal, familia, migración, religión, Derecho internacional privado, países europeos, países musulmanes, cooperación

---

<sup>1</sup> Professeur (Catedrático) de Droit international privé à l'Université Pablo de Olavide. Séville, Espagne.

Cet article est partie intégrante du projet de recherche d'excellence de la *Junta de Andalucía* SEJ-4738 intitulé « *Análisis transversal de la integración de mujeres y menores extranjeros nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza. Problemas en el ámbito familiar* » (Analyse transversale de l'intégration des femmes et des mineurs, ressortissants d'États tiers, dans la société andalouse. Problèmes dans le domaine familial). Directrice: Mercedes Moya Escudero. Traduction: Jesús Carrión Molina.

## **PERSONAL STATUS OF MOROCCANS REGARDING THE SPANISH LEGAL SYSTEM: SOME REMARKS AND DE LEGE FERENDA PROPOSALS**

**ABSTRACT:** In order to regulate the personal status of Moroccans with habitual residence in Spain, it is necessary in advance to analyze the four factors that determine the legal and political framework of the issue: migratory, social, technical and religious. Secondly it is required to study the changes of the Private International Law systems in Western and Muslim countries, which increase the distance between them. Finally, this work will attempt to answer the question posed at the beginning since human communion between neighbours compel host States to establish a transnational legal framework to regulate those family situations emerged and developed in this geopolitical area

**KEY WORDS:** personal status, family, migration, religion, Private International Law, European countries, Islamic countries, cooperation

### **I. INTRODUCTION**

Si l'on entend par statut personnel, l'ensemble des institutions juridiques liées à un individu et régies par une réglementation étatique (plus connue sous le terme de Loi personnelle), le régime du statut personnel des étrangers provenant des pays musulmans est une question essentielle que les ordres juridiques des pays d'Europe Occidentale ont à traiter lorsque ces ressortissants résident sur leur territoire. Pour analyser cette question, il est fondamental, tout d'abord, de cerner le cadre dans laquelle celle-ci s'inscrit, puis d'étudier les réponses proposées par les différents législateurs des Etats et, finalement, d'apporter quelques propositions *de lege ferenda*.

### **II. LE CADRE JURIDIQUE DE LA PROBLÉMATIQUE**

Pour réglementer le statut personnel des étrangers ressortissants des pays musulmans mais résidant dans des pays d'Europe occidentale, il est avant tout nécessaire de posséder des connaissances préalables sur les quatre facteurs qui composent, à notre avis, le cadre juridique et politique relatif au sujet.

#### **1. LE FACTEUR MIGRATOIRE**

Il ressort de la réalité migratoire que c'est dans l'environnement géographique où s'inscrit la question faisant l'objet de notre étude (en Europe et en Afrique du nord), que se produit une partie des flux migratoires les plus importants de la planète. Cette réalité est conditionnée par diverses raisons: le développement socio-économique inégal entre les pays de la rive nord de

la Méditerranée et les pays de la rive sud ; la courte distance géographique dans certains cas (la proximité entre le Maroc et l'Espagne en étant l'exemple même) ; des facilités pour s'installer dans certains Etats, dérivant des liens issus de l'ancienne présence des métropoles européennes, etc. Il s'agit de flux constitués non seulement par l'émigration des ressortissants des pays du Maghreb vers l'Europe, mais aussi par des personnes provenant d'Afrique subsaharienne, qui passent par ces pays pour rejoindre l'Europe.

Dans le cas du royaume de l'Espagne, si nous nous concentrons uniquement sur les flux migratoires provenant des pays musulmans du nord de l'Afrique, selon les données officielles espagnoles correspondant au mois de décembre 2015<sup>2</sup>, les étrangers résidant légalement sur le territoire espagnol (c'est-à-dire ceux possédant un certificat d'enregistrement ou un titre de séjour en vigueur) soumis, soit au régime communautaire des étrangers, soit au régime général des étrangers, se répartissent comme suit : 766.662 marocains, 56.775 algériens, 9.489 mauritaniens, 3.214 égyptiens, 1.774 tunisiens, et 576 libyens<sup>3</sup>. Pour donner une idée de l'importance de ce flux migratoire, la population de ces pays représente à elle seule 17,73% d'un total de 4.982.183 d'étrangers résidant en Espagne en situation régulière (y compris ceux des pays membres de l'Union Européenne), et 41,89% des 2.108.629 ressortissants des pays tiers.

## 2. LE FACTEUR SOCIAL

En raison de l'immigration en provenance des pays musulmans, d'importantes populations de citoyens d'origine africaine ou asiatique se sont installées durablement en Europe dans les dernières décennies (pensons notamment aux turcs en Allemagne, aux algériens en France ou aux marocains en Espagne). Dans une certaine mesure, ces populations ont entraîné la formation, au sein des Etats de la vieille Europe, d'une société multiculturelle (définie selon le Dictionnaire de la langue de l'Académie Royale Espagnole [RAE], comme une société *caractérisée par la cohabitation de différentes cultures*).

<sup>2</sup> Publiées par le ministère de l'Emploi et de la Sécurité Sociale, à travers le Secrétariat d'Etat à l'Immigration et l'Emigration.

<sup>3</sup> <[http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/201512/Residentes\\_Tablas\\_PR\\_31-12-2015.pdf](http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/201512/Residentes_Tablas_PR_31-12-2015.pdf)>

Comme C. ESPLUGUES MOTA l'explique<sup>4</sup>, l'Europe a proposé jusqu'à présent trois types de modèles pour répondre aux problèmes que peut engendrer cet important phénomène: assimilation, intégration et autonomie. Tel que cet auteur le souligne, derrière cette dialectique se cache également une conception concrète sur la liste et le contenu des droits des migrants.

- Le modèle d'*assimilation* est basé sur une vision mono-culturelle du phénomène migratoire par une partie de la société d'accueil, dans laquelle la culture *la plus forte* s'impose face à *la plus faible*, celle de l'immigré. L'Etat se limite donc à intervenir uniquement pour défendre la culture autochtone, lorsque celle-ci est menacée par toute forme d'invasion culturelle. Cette option représente néanmoins une vision inadmissible du point de vue de la reconnaissance du droit à l'identité culturelle, tel qu'il est imposé par les droits fondamentaux<sup>5</sup>.
- Le modèle d'*intégration* représente un stade évolué du modèle précédent, puisqu'il implique l'acceptation d'une certaine intervention de l'Etat en faveur de la reconnaissance d'une forme de multi-culturalité. Cela se traduit par l'admission de certaines pratiques culturelles des immigrés qui ne sont pas restreintes à la simple sphère privée<sup>6</sup>. Cette alternative, la plus étendue dans les pays de notre environnement, coïncide davantage avec les exigences issues de la société multiculturelle actuelle. C'est pourquoi ce « doit être le concept qui prime, sans réticence aucune, dans les nouvelles politiques d'immigration »<sup>7</sup>.
- Le modèle *autonomiste* permettrait à l'immigré -et au groupe dans lequel il s'intègre- de participer à la vie de la société d'accueil dans

<sup>4</sup> «Inmigración y Derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar) », en RODRÍGUEZ BENOT, A. (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 98 ss.

<sup>5</sup> Selon le point 1.6 de l'*Avis du Comité Économique et Social de l'Union Européenne sur «L'immigration, l'intégration et le rôle de la société civile organisée»* (JO C 125, du 27.05.2002), les droits des immigrés ne peuvent être remis en cause sur la base de la diversité culturelle. Le Comité rejette totalement toute approche qui nierait les droits des immigrés en raison de leurs différences culturelles. La liberté de culte, par exemple, est un droit que possèdent les migrants au même titre que les autres citoyens. Tous les droits fondamentaux des personnes, ainsi que tous les droits que les lois garantissent, sont également des droits pour les immigrés, indépendamment de leurs différences culturelles.

<sup>6</sup> ESPLUGUES MOTA, C., *op. cit.*, p. 99.

<sup>7</sup> *Avis du Comité Économique et social de l'Union Européenne, cit.*, titre 1.3.

des conditions d'égalité totale avec les citoyens nationaux. Ce modèle rompt avec le principe d'homogénéité culturelle de la société du for existant -d'une façon plus ou moins stricte- dans les deux modèles précédents. Vue la configuration de notre société, il s'agit aujourd'hui d'une option plus utopique que réaliste mais qui compte cependant des adeptes dans certains domaines sur le Vieux Continent. Le modèle *autonomiste* provoquerait, de plus, le risque d'une constitution d'îlots d'immigrés ayant des droits différents de ceux de la population nationale<sup>8</sup>. Mais la réalité démontre encore que, dans certains groupes culturels, ces droits sont limités voire refusés aux plus faibles (surtout les femmes et enfants)<sup>9</sup>.

La réponse au phénomène de la multi-culturalité, dans les pays d'Europe occidentale, s'est jusqu'à présent manifestée -en ce qui concerne l'élaboration, l'application et l'interprétation des systèmes de droit international privé- par la reconnaissance d'un droit à l'identité culturelle. En vertu d'un tel droit, les immigrés ressortissants des pays d'une culture différente de celle de l'Etat d'accueil prétendraient à l'application du droit local à leur statut personnel qui respecterait néanmoins leur identité culturelle. Cette pratique doit être contrebalancée par la sauvegarde indispensable du principe d'égalité de tout individu face à la loi<sup>10</sup>. En effet, du point vue politique, il faut souligner que l'un des piliers de la théorie de l'adaptation nécessaire des systèmes juridiques à la réalité multiculturelle de la société actuelle constitue la reconnaissance du droit à la protection culturelle de l'individu, basée sur les diverses réglementations internationales relatives à la sauvegarde des Droits de l'Homme, incluse dans les

<sup>8</sup> Cfr. ABARCA JUNCO, A.P., «La regulación de la sociedad multicultural», en CALVO CARAVACA, A.L. et IRIARTE ANGEL, J.L. (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, p. 167. Sur l'intéressant débat ouvert au Royaume Uni concernant les musulmans cfr. POULTER, S., «The Claim to a Separate Islamic System of Personal Law for British Muslims», en CONNORS, J. et MALLAT, Ch., (eds.), *Islamic Family Law*, Graham & Trotman, Londres, 1990, pp. 147 ss.

<sup>9</sup> Comme l'a expliqué JAYME, E. («Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1996, pp. 237 ss.), les juges ont une tendance de plus en plus marquée à tenir compte de l'identité de culturelle, notamment lorsqu'ils analysent l'intérêt des mineurs.

<sup>10</sup> RODRIGUEZ BENOT, A., «Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento jurídico español», en RODRIGUEZ BENOT, A. (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, cit., pp. 15 ss.

constitutions nationales. Comme E. JAYME l'a signalé, ce concept, constitué par des manifestations externes telles que la langue, la religion, les mœurs et autres traditions de la communauté à laquelle l'individu est lié par un fort sentiment de loyauté, a également une incidence en matière de droit des personnes et de la famille, domaines souvent influencés par des convictions religieuses<sup>11</sup>.

### 3. LE FACTEUR TECHNIQUE

Quant au troisième facteur, il est impossible d'ignorer que les solutions consacrées dans les systèmes européens de droit international privé se résument par le terme « hétérogénéité », et ce pour deux raisons. D'une part, par l'attribution d'un domaine substantif différent d'application du concept de statut personnel. D'autre part, par l'utilisation de critères dissemblables pour déterminer l'ordre applicable à ce concept, oscillant par essence entre la nationalité et la résidence habituelle.

Quant à la première question, une analyse de droit comparé nous offre un tour d'horizon qui se résume par l'existence de trois conceptions. La première est une conception au sens strict, dans laquelle le statut personnel serait composé de l'état civil et de la capacité, conséquence de la prise en considération de la personne en tant qu'individu isolé. La deuxième est une conception au

---

<sup>11</sup> JAYME, E., « Identité culturelle et intégration: le Droit international privé postmoderne », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 251 (1995), pp. 167 ss. Sur cette question la doctrine est abondante; dans la doctrine espagnole, *cf.*, en plus des articles cités dans les pages précédentes, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., « La sociedad multicultural: la integración del mundo islámico », en BORRÁS RODRÍGUEZ, A., et MERNISSI, S., (eds.), *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Barcelonne, 1998, pp. 163 ss.; ESPINAR VICENTE, J.M.<sup>a</sup>, « Sociedad multicultural y Derecho internacional privado », en GARCÍA RODRÍGUEZ, I., (ed.), *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*, Universidad de Alcalá, Madrid, 1999, pp. 36 ss.; ESTEBAN DE LA ROSA, G., « Multiculturalidad (de inmigración) relevante para el sistema español de Derecho internacional privado », *Dereito (Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela)*, 2007, n° 2, pp. 5 ss.; JUÁREZ PÉREZ, P., « Hacia un Derecho internacional privado intercultural » en CALVO CARAVACA, A.L., et BLANCO-MORALES LIMONES, P., (coords.), *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 331 ss.; MAESTRE CASAS, P., « Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de Derecho internacional privado », en CALVO CARAVACA, A.L. et IRIARTE ÁNGEL, J.L., (eds.), *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 195 ss.; MIGUEL ASENSIO, P. de, « Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado », *Revista de Derecho Privado*, 1998 (juillet-août), pp. 541 ss.; et SÁNCHEZ LORENZO, S., « Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia », *Anuario del IHLADI*, n° 17 (2005), pp. 207 ss.



sens intermédiaire, dans laquelle il faut rajouter les rapports familiaux à la conception précédente, considérant ainsi la personne en qualité de membre d'une institution familiale. Puis troisièmement, il existe une conception au sens large qui ajouterait aux caractéristiques précédentes la succession *mortis causa*, se basant sur le concept de la personne en tant que membre d'une société<sup>12</sup>.

En ce qui concerne la précision du critère de rattachement pour déterminer l'ordre applicable au statut personnel, une étude historico-comparatiste de la question met en relief l'utilisation originelle par les différents législateurs des critères du domicile et de la nationalité, ainsi que l'apparition, plus récente, du critère de résidence habituelle grâce au travail de codification de la Conférence de La Haye en droit international privé<sup>13</sup>. Si nous nous focalisons sur les deux derniers rattachements –le domicile n'ayant pas d'importance dans notre système de droit international privé–, du point de vue adopté dans ce chapitre, il faut affirmer que l'utilisation de la nationalité pour préciser la Loi personnelle d'un individu entraînerait une application multiculturelle du droit. En effet, cela permettrait que l'état, la capacité, les relations familiales, etc. d'un étranger soient règlementés dans son pays de résidence par l'ordre de son Etat d'origine, lorsqu'il s'agit éventuellement d'un pays musulman<sup>14</sup>. Par contre, le recours à

<sup>12</sup> C'est le cas du système de droit international privé espagnol, compte tenu de la rédaction de la disposition contenue à l'alinéa 1er de l'article 9 du Code civil; sur ce sujet, *cf.* AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «El estatuto personal», en AA.VV., *Lecciones de Derecho civil internacional*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 2006, pp. 31-32.

<sup>13</sup> Pour une radiographie intéressante du rattachement à la nationalité du point de vue de l'éventuelle réforme du système de Droit international privé espagnol *cf.* BORRÁS RODRÍGUEZ, A. et GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «La loi nationale à l'heure de la réforme du Droit international privé espagnol», en *Le Droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 137 ss.; dans cette collaboration les auteurs cités arrivent à la conclusion que, bien que la nationalité doive continuer à jouer un rôle important dans le système espagnol de droit international privé, il n'en reste pas moins que son domaine d'application doit être réduit par rapport à celui en vigueur actuellement (p. 153). Sur ce même sujet, *cf.* Également EZQUERRA UBERO, J. et LÁZARO GONZÁLEZ, I., «El criterio de la nacionalidad en la reforma del Derecho internacional privado español», en *La inmigración en la España del siglo XXI: desafíos jurídicos, sociales y económicos, monográfico de ICADE (Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Pontificia de Comillas)*, n° 69 (septembre-décembre 2006), pp. 293 ss.

<sup>14</sup> Selon GAUDEMET-TALLON, H. («La désunion du couple en Droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, tome 226 [1991], p. 220), «la nationalité permet, ce que le domicile ne fait pas, de relier l'individu à sa culture propre». Un effet



la résidence habituelle présenterait l'avantage d'un traitement égalitaire quant à l'application de la loi entre tous les citoyens habitant le territoire d'un pays, indépendamment de leur nationalité ou de leur culture. Cependant, ce recours à la résidence habituelle ne va pas dans le sens d'une application multiculturelle du droit<sup>15</sup>.

Il est tout à fait impossible d'opter exclusivement pour le critère de la nationalité ou pour celui de la résidence habituelle afin de déterminer l'ordre applicable au statut personnel, car la force du premier critère -en tant que facteur garant de l'application multiculturelle du droit- suppose, en même temps, la déficience de la résidence habituelle. De la même manière, la force

---

collatéral de l'habituelle réclamation de l'application d'ordres étrangers pour les règles de Droit international privé de pays d'accueil d'une émigration en provenance d'une grande diversité de nations est dû à l'augmentation de la difficulté de ladite application, ce qui ne doit pas influer de façon négative sur la tutelle effective des personnes concernées lorsque le système procédural de l'Etat du for impose l'obligation d'allégation et de preuve du droit étranger. C'est ce qu'a établi le Tribunal Constitutionnel dans une solide jurisprudence initiée par l'arrêt de la Section Première 10/2000, du 17 Janvier, rendue suite à un recours d'*amparo* [recours de « protection »] formulé par une citoyenne arménienne, relatif à la dérive judiciaire lors de sa séparation avec son époux également arménien, dans laquelle le Tribunal a dicté que le refus de la prétention par manque de preuve du droit étranger entraînait une situation de manque de protection juridique contraire à l'article 24, alinéa 1er, de la Constitution Espagnole de 1978 <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7184>>.

Cf, à ce sujet, dans la doctrine espagnole, *cf.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2002, n° 1, pp. 205 ss.; CALVO CARAVACA, A.L., et CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero», *La Ley*, n° 6238 (25 de avril 2005), pp. 1 ss.; *id.*, «La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles», en *Estudios de Densito*, vol. 54, n° 2 (juillet-décembre 2006), pp. 61 ss.; CARBALLO PIÑEIRO, L., «El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n° 1 (2001), pp. 483 ss.; CUARTERO RUBIO, V., «Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva», *Derecho privado y Constitución*, n° 14 (2000), pp. 21 ss.; MASEDA RODRÍGUEZ, J., «La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Actualidad Civil*, 2002, n° 12 (18 à 24 mars), marges. 413 ss.; et MIRALLES SANGRO, P.P. *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 107-114.

<sup>15</sup> Sur cette question, *cf.* en général RODRÍGUEZ BENOT, A., «El criterio de conexión para determinar la Ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, n° 1, pp. 186 ss., spécialement 188-196.

du deuxième critère -en cherchant l'intégration et la proximité des étrangers- constitue une déficience de la nationalité. C'est pour cela que, en termes généraux, les législateurs ne doivent pas écarter l'utilisation de ces deux critères dans l'élaboration de leurs systèmes de droit international privé. Selon Y. LOUSSOUARN<sup>16</sup>:

Le partage du monde entre adeptes de la nationalité et partisans du domicile a conduit à peser les avantages et les inconvénients respectifs de ces deux éléments de rattachement, à constater qu'ils s'équilibraient et surtout à mettre en exergue le caractère relatif de leurs mérites qui varient d'une situation à l'autre, d'où l'utilité de ne pas faire appel à l'un d'entre eux à titre exclusif.

Or, l'éclectisme que l'on vient de décrire risque de ne pas être totalement possible ou recommandable en tant qu'orientation règlementaire lorsque l'élaboration de la règle de conflit s'insère dans la création d'un espace judiciaire intégré, comme celui que représente l'Union Européenne, dans lequel se dilue le rattachement à la nationalité, conséquence de l'intégration politique qu'elle entraîne.

En effet, les instruments élaborés ou en phase d'élaboration au sein de l'Union Européenne, en matière de droit de la famille sur le plan conflictuel, ont basé leurs solutions sur le critère de la résidence habituelle pour, *inter alia*, éviter toute discrimination pour des raisons de nationalité, ce qui est proscrit par l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, et pour que les résidents de l'Union Européenne accèdent plus efficacement à la justice. Comme l'explique M. BOGDAN<sup>17</sup>:

Having in mind the [...] complications caused by the uneasy relationship between, on the one hand, the use of nationality as a connecting factor in the conflict of laws and, on the other hand, the prohibition of all discrimination on grounds of nationality in Article 12 of the EC Treaty, one might be inclined to

<sup>16</sup> «Le rôle de la méthode comparative en Droit international privé français», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1979, p. 318.

<sup>17</sup> «The EC Treaty and the use of Nationality and Habitual Residence as Connecting Factors in International Family Law», en MEEUSEN, J., STRAETMANS, G., PERTEGAS, M. et SWENNEN, F., (eds.), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Amberes, 2007, p. 315.. Pour une vision plus générale de la dialectique entre nationalité et résidence habituelle dans ce domaine *cf.* RAUSCHER, T., «Heimatlos in Europa? - Gedanken gegen eine Aufgabe des Staataugehörigkeitsprinzip in IPR», en MANSEL, H.P. (coord.), *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, Sellier, Munich, 2004, pp. 718 ss.

suggest that nationality should be discarded as a connecting factor for family-related matters regarding Union citizens, the preferable alternative being the application of the law of the country of the habitual residence of the person(s) concerned.

Sur un autre plan, il est nécessaire de garder à l'esprit que, suite à la promulgation du programme de Stockholm, « Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège le citoyen »<sup>18</sup> (un document dense succédant au programme de La Haye fournit, pour la période 2010-2014, une feuille de route pour le travail de l'Union Européenne dans le domaine de la justice, de la liberté et de la sécurité), la Commission a rendu publique une communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, ainsi qu'au Comité des régions sous le nom « Garantir l'espace de liberté, de sécurité et de justice pour les citoyens européens. Plan d'action portant sur l'application du programme de Stockholm ». Ledit document inclut un calendrier des activités prévues par la Commission pour cette période<sup>19</sup>. Concernant le statut personnel, on avait annoncé pour 2013 un projet législatif sur la reconnaissance mutuelle des effets de certains documents sur l'état civil (relatifs, par exemple, à la naissance, à la filiation naturelle et adoptive ou au nom de famille). Ce projet débouchera, en définitive, sur un règlement qui abordera l'harmonisation conflictuelle du statut personnel pour les vingt-huit pays membres de l'Union<sup>20</sup>. Ce qui est d'une importance extrême pour la poursuite des relations avec les pays tiers; notamment en raison du caractère universel que l'Union Européenne consacre jusqu'à présent aux instruments de l'Union Européenne en matière de droit de la famille.

#### 4. LE FACTEUR RELIGIEUX

La situation décrite dans les pages précédentes se complique lorsque les différences culturelles sont essentiellement *religieuses*. En effet, on observe

<sup>18</sup> JO C 115, 4 mai 2010. Sur ce sujet, *cf.* BARROT, J., «Le programme de Stockholm 2010-2014: en marche vers une communauté de citoyens européens conscients de leurs droits et de leurs devoirs», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2009, n° 4, pp. 627 ss. et WAGNER, R., «Die zivil(verfahrens-)rechtlichen Komponenten des Aktionsplans zum Stockholmer Programm», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010, n° 5, 2010, pp. 483 ss.

<sup>19</sup> COM(2010) 171 final, 20 avril 2010.

<sup>20</sup> *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012*, COM(2013) 228 final, 24 avril 2013.

fréquemment dans les sociétés occidentales un décalage entre la vision globalisante que l'Islam a des relations sociales et l'aconfessionnalité ou la laïcité des Etats européens. Ce décalage est inscrit dans ce que l'on a baptisé le *choc des civilisations*, une expression de S. HUNTINGTON fort judicieuse<sup>21</sup>. Autrement dit, les conflits juridiques dans ce domaine naissent de la confrontation des modèles occidentaux de la famille (actuellement aconfessionnels ou laïcs mais d'origine chrétienne) dominant dans les pays d'accueil des immigrés, et d'un modèle islamique de famille assumé par les immigrés, même hors de leurs pays d'origine.

Il est incontestable que le facteur religieux jouit d'une importance particulière dans la société multiculturelle. Il est impossible d'ignorer le fait que les religions constituent une référence fondamentale pour la manière de vivre des personnes, puisque, « les religions ne constituent pas seulement des systèmes de croyances individuelles et de pratiques collectives mais elles véhiculent également des morales et des codes de conduite qui orientent dans une large mesure la vie des individus et, en particulier, celle des membres des différentes communautés religieuses »<sup>22</sup>.

La transposition du conflit culturel et religieux aux cas d'espèces règlementé par les règles des systèmes de droit international privé révèle que les plus grands dysfonctionnements juridiques se produisent dans les institutions les plus susceptibles d'être influencées par la religion, c'est-à-dire celles qui concernent le statut personnel ou les relations familiales: détermination de la capacité, célébration du mariage, effets personnels et patrimoniaux liés au mariage, séparation de corps et divorce, établissement du lien de filiation, protection des enfants, droit des successions pour cause de mort, etc.

<sup>21</sup> «The Clash of Civilisations?», *Foreign Affairs*, vol. 72 (1993), n° 3, pp. 22 ss.

<sup>22</sup> *Avis du Comité Économique et Social de l'Union Européenne sur le document «L'immigration, l'intégration et le rôle de la société civile organisée», cit.*, point 4.5.1. Sur l'influence de la religion dans les institutions propres au droit de la famille, *cf.* JAYME, E., «Diritto di famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1993, n° 2, pp. 295 ss.; CARLIER, Y., et VERWILGHEN, M. (eds.), *Le statut personnel des musulmans: Droit comparé, Droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992 (oeuvre avec plusieurs études, dont on souligne ceux de ELWAN, O., «L'Islam et les systèmes de conflits de lois», pp. 313 ss. et RIAD, F., «Pour un code européen de Droit musulman», pp. 380 ss.); et DEPREZ, J., «Droit international privé et conflits de civilisation. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système islamique en matière de statut personnel)», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 211 (1988-IV), pp. 13 ss..

Sur le plan de l'application des systèmes de droit international privé, le contraste entre les solutions des ordres des pays islamiques (généralement empreints d'une nette connotation religieuse), et celles des ordres des états européens occidentaux (théoriquement libres de toute considération religieuse) apparaît lorsque la règle de conflit de l'Etat du for réclame l'application du droit d'une nation musulmane. Ceci est fréquent lorsqu'un pays ayant une forte immigration de cette origine utilise le critère de rattachement de la nationalité pour appliquer sa loi nationale (ce qui est évidemment le cas de l'Espagne). Dans de telles situations, les autorités des pays européens doivent suivre le paramètre de l'égalité de tous face à la loi, sans laisser de place à la discrimination en raison de la race, l'ethnie, la religion, le sexe ou la croyance.

Ladite action se concrétise normalement dans l'utilisation de l'exception d'ordre public, en tant que technique de correction du résultat fourni par l'application de la règle de conflit dans l'esprit de sauvegarder les valeurs fondamentales de l'Etat du for –spécialement le principe d'égalité et d'interdiction de la discrimination—. L'application *in casu* de l'ordre sollicité serait, dans un premier temps, refusée par celui-là (celui d'un pays musulman) et l'ordre de l'Etat du for serait appliqué à sa place<sup>23</sup>.

Quant au système espagnol, il faut tenir compte que, suite à l'évolution sociale et politique vécue par l'Espagne ces dernières années, l'ordre public

---

<sup>23</sup> Comme caractère général, *cf.* entre autres Institut de Droit International, «Différences culturelles et ordre public en Droit international privé de la famille / Cultural differences and ordre public in family private international law» (Rapporteur P. LAGARDE), Résolution adoptée le 25.08.2005 au cours de la séance qui a eu lieu à Cracovie, [http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/2005\\_kra\\_02\\_en.pdf](http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_02_en.pdf); FELDSTEIN DE CARDENAS, S.L., «El conflicto de multiculturalidad: ¿réquiem para el orden público internacional en materia de familia?», en FERNÁNDEZ-ARROYO et MORENO RODRÍGUEZ, J.A. (dirs.), *Derecho internacional privado - Derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maeckelt*, CEDEP / ASADIP, Asunción, 2010, pp. 373 ss.; ORTEGA MARTÍN, E., «La cláusula de orden público ante el fenómeno multicultural», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 19 (2006), pp. 315 ss.; et POILLOT PERUZZETTO, S., «The Exception of Public Policy in Family Law within the European Legal System», en MEEUSEN, J., STRAETMANS, G., PERTEGAS, M. et SWENNEN, F. (eds.), *International Family Law for the European Union*, *cit.*, pp. 279 ss.

Par contre, l'utilisation du rattachement à la résidence habituelle pour déterminer l'ordre applicable au statut personnel écarterait les besoins d'invoquer l'ordre public de la nation patrie dans les relations internationales personnelles ou familiales : *cf.* CADET, F., *L'ordre public en Droit international de la famille. Etude comparée France/Espagne*, L'Harmattan, Paris, 2005, pp. 311-312.

espagnol dans cette matière a aussi évolué sur trois plans, comme l'a expliqué M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, en référence au mariage, l'une des institutions les plus touchées par l'utilisation de ce problème technique<sup>24</sup>. L'Espagne a assisté à ces trois phénomènes :

- *Sécularisation* de l'ordre public: loin de la confessionnalité de l'Etat et de la non dissolution du lien conjugal, l'ordre public actuel est un ordre public constitutionnel, créé pour être un instrument au service des principes et valeurs inscrits dans la Constitution; plus concrètement en ce qui concerne l'égalité des époux (notamment la dignité de la femme mariée), et le caractère aconfessionnel de l'État, toutes ces valeurs étant ancrées dans le respect des droits de l'Homme.
- *Spécialisation*: loin de la généralisation ou de l'uniformisation du mariage dont l'action est maintenant nuancée et pondérée face au divorce en marquant des différences selon le caractère religieux, notarial ou révocable de celui-ci, ou s'il s'agit d'une répudiation.
- *Flexibilisation*: étant donné que l'ordre public abandonne sa rigidité en privilégiant l'évaluation des circonstances particulières existant *in casu* selon le principe de justice matérielle.

### III. LES RÉPONSES DES LÉGISLATEURS DES ÉTATS

Face à la réalité exposée, l'évolution historique récente du statut personnel et des normes régulant ce statut mettent en relief, dans un autre ordre de considérations, des changements dans les systèmes de droit international privé des pays occidentaux et des pays musulmans. D'une certaine manière, ces changements amplifient la distance juridique entre ces deux systèmes.

#### 1. DANS LES PAYS MUSULMANS

Si nous mettons l'accent sur le cadre géographique du bassin méditerranéen, il est à noter, avant tout, que certains pays maghrébins ont réformé leur droit de la famille, non seulement pour actualiser leurs solutions matérielles, mais aussi pour reconnaître la réalité que représente l'émigration de leurs citoyens vers les pays européens. Il s'agit en définitive d'un phénomène obéissant à l'osmose

<sup>24</sup> «Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad», en GARCÍA RODRÍGUEZ, I. (ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, cit., pp. 332-333.



et qui, dans le domaine du droit de la famille, génère la réalité migratoire dont nous avons parlé précédemment.

Parmi les Etats du Maghreb qui suivent cette tendance, le cas du Maroc est particulièrement significatif. En effet, son Code de la famille (*Moudawana*), approuvé par le *Dahir* du 3 février 2004 que promulgue la loi numéro 70-03<sup>25</sup> (dorénavant, CFM), est devenu un texte juridique d'une importance notoire dans la régulation du régime du statut personnel des marocains résidant à l'étranger, en général et en Espagne, en particulier. Nous sommes conscients que l'analyse détaillée de ce texte va au-delà de l'objet de cet opuscule<sup>26</sup>, mais il s'avère par contre nécessaire de souligner qu'il est fort plausible que les facteurs internes et externes qui ont mené à la promulgation d'un nouveau Code de la famille au Maroc aient eu comme dénominateur commun le besoin d'adapter la réglementation marocaine au rôle croissant de la femme dans cette société.

---

<sup>25</sup> BO n° 5184 du 5 février 2004 en arabe et n° 5358 du 6 octobre 2005 en français.

<sup>26</sup> Pour cela, *cf.* entre autres, BENRADI, M., ALAMI, M'CHCHI, H., OUNNIR, A., MOUQIT, M., ZORA BOUKAÏSSI, F. et ZEIDGUY, R., *Le Code de la Famille: perceptions et pratique judiciaire*, Friedrich Ebert Stiftung (FES MAROC), Rabat, 2007; CERVILLA GARZÓN, M.D et ZURITA MARTÍN, I., *El Derecho de familia marroquí*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010; DIAGO DIAGO, P., «La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2004, n° 2, pp. 1078 ss.; *id.*, «Repercusiones de la nueva Mudawana en la inmigración marroquí», en VICENTE, A. (ed.), *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*, Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, Zaragoza, 2004, pp. 141 ss.; ESTEBAN DE LA ROSA, G. (dir.), *Código marroquí de la familia*, Blanca Impresores, Jaén, 2009; *id.* (coord.), *La nueva Mudawana marroquí: entre tradición y modernidad*, Junta de Andalucía, Séville; *id.* (coord.), *Nuevo Código de familia y su aplicación en España*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009; *Guide pratique du Droit familial. Le nouveau Code marocain de la famille en questions*, Association pour le Droit des Étrangers (ADDE), Bruxelles, 2005; FOBLETS, M.C. et CARLIER, J.Y., *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du Droit international privé en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2005; LAROCHE-GISSEROT, F., «Le nouveau Code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2005, n° 4, pp. 335 ss.; LARRONDO LIZÁRRAGA, J.M., *Derecho de familia y sucesiones de Marruecos: la Mudawana*, Colegios de Registradores de España, Madrid, 2009; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «La réception du nouveau Code de la famille marocain (*Moudawana*, 2004) en Europe», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2004, n° 3, pp. 877 ss.; RODRÍGUEZ BENOT, A., «El ordenamiento aplicable al estatuto personal de los extranjeros en España: a propósito de la inmigración marroquí y el nuevo Código de Familia (*Mudawana*) de 2004», en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho*, Bosch, Barcelonne, 2008, pp. 949 ss.; et SAREHANE, F., «Le nouveau Code marocain de la famille», *Gazette du Palais*, Recueil septembre-octobre 2004, n° 247-248 (3-4 septembre de 2004), pp. 2792 ss.



Même si l'égalité des sexes n'est pas absolue dans ce texte, la promulgation du CFM a été un évènement marquant dans l'histoire juridique du Maroc. Au-delà de toutes autres considérations, elle apporte un certain équilibre à une société complexe quant aux relations entre le pouvoir civil et le pouvoir religieux (fonctions assumées par le Roi lui-même en tant que chef d'Etat et commandeur des croyants), entre l'homme et la femme, ou entre enfants et parents. De fait, le nouveau corpus juridique marocain a exercé, d'une certaine façon, une influence sur les réformes en la matière dans d'autres pays tels que l'Algérie, dont le Code de la famille a fait l'objet de modifications à travers une ordonnance du 27 février 2005<sup>27</sup>.

## 2. DANS LES PAYS EUROPÉENS

Parallèlement à l'évolution expliquée dans les lignes précédentes, certains pays européens sont en train de mettre en place un processus de réforme des règles sur la famille, réforme parfois réclamée par toute la société ou une partie de celle-ci, et qui dans d'autres cas, est présentée comme un instrument de transformation sociale.

Ainsi, ces dernières années, ont été acceptés la reconnaissance juridique des partenariats, le mariage entre deux personnes de même sexe, la constitution d'adoptions de mineurs de la part de ces couples, et même l'établissement de la filiation d'enfants nés de mères porteuses pour des personnes de même sexe<sup>28</sup>. Il s'agit de situations, comme on peut l'imaginer, qui ne pourront jamais être

<sup>27</sup> Cfr. SAÏDI, K., «La réforme du Droit algérien de la famille: pérennité et rénovation», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2006, n° 1, pp. 119 ss.. Cfr. également, pour les cas d'autres pays musulmans du nord de l'Afrique, ABU-ODEH, L., «Modernizing Muslim Family Law: The Case of Egypt», (2004) *Oxford U Comparative L Forum* 3; ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. «Rôle de la religion dans l'harmonisation du Droit des pays arabes: réflexions à propos du Droit égyptien et des travaux de la Ligue Arabe», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2007, n° 2, pp. 259 ss.; et CHENIVESSE, P., «L'évolution des droits des femmes en Tunisie: un regard extérieur sur le chemin parcouru», *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2009, n° 2, pp. 321 ss..

<sup>28</sup> C'est le cas de l'Instruction du 5 octobre 2010, de la Direction générale des Registres et du Notariat, sur le régime du registre de la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui (BOE n° 243, du 7 octobre 2010), qui a envisagé de mettre fin à la polémique à propos du cas traité par la décision du même organe du 18 février 2009 (1ère) et le jugement du Tribunal d'instance n° 15 de Valence du 15 septembre 2010. À notre humble avis, la solution à l'hypothèse de référence offerte par cette instruction pourrait ruiner le sens, l'objectif et l'applicabilité de la Loi, du 28 de décembre, d'adoption internationale, en homologuant a posteriori des situations de faits constituées par des citoyens espagnols qui échappent, en

validées par la juridiction d'un pays musulman (*inter alia*, dans tous ces pays l'adoption est proscrite, sauf en Tunisie<sup>29</sup>).

La situation est plus complexe encore lorsque l'une ou l'autre des situations indiquées dans le paragraphe précédent sont considérées comme valables d'après le droit de certains Etats européens en ce qui concerne les personnes originaires d'un pays musulman. Tel est le cas de la réglementation espagnole, dans laquelle la résolution du 29 juillet 2005 de la Direction Générale des Registres et du Notariat sur les mariages civils entre personnes du même sexe<sup>30</sup>, évite le mécanisme conflictuel de la norme de l'article 9 alinéa 1er du Code civil -dorénavant CC-. Ladite résolution prescrit l'application de la réglementation de la nationalité des conjoints pour la détermination de leur capacité matrimoniale. Elle réalise ainsi une interprétation élargie de la loi 13/2005, du 1<sup>er</sup> juillet 2005, par laquelle l'ordre juridique espagnol serait appliqué unilatéralement en tant que *lex fori* pour la détermination de la capacité des conjoints, même s'il s'agit d'étrangers, si au moins l'un des deux conjoints a sa résidence en Espagne<sup>31</sup>.

Comme exemple, le mariage conclu devant l'autorité civile espagnole et sur le territoire espagnol de deux hommes marocains, de deux femmes marocaines, d'un homme marocain et d'un homme espagnol, d'une femme marocaine et d'une femme espagnole, d'un homme marocain et d'un homme d'une autre nationalité d'une femme marocaine et d'une femme ressortissante d'un pays tiers (si au moins un des deux conjoints réside sur le territoire espagnol)<sup>32</sup>,

---

raison de leur caractère simplement privé, à la tutelle de l'état de ce secteur (par exemple, en évitant l'obtention de l'agrément pour devenir parent).

<sup>29</sup> Conséquence de certains événements historiques survenus au milieu des années cinquante du siècle dernier, la loi n° 58-27, du 4 mars 1958, sur la tutelle de l'état, tutelle officielle et l'adoption, a accepté cette figure juridique –à laquelle elle consacre dix articles– avec des caractères similaires à celles de l'adoption des pays européens (pour plus de détails *cf.* MEZIOU, K., «Tunisie», *Juris-Classeur de Droit Comparé*, 1997, fasc. 1, n° 151 ss.). Cependant, la croissante influence des courants islamistes dans le pays, ainsi que les déclarations dissuasives du Mufti sur le caractère illicite de l'adoption, ont réduit au minimum le recours devant cette institution malgré l'existence de nombreux mineurs susceptibles d'être adoptés.

<sup>30</sup> BOE n° 188, 08.08. 2005.

<sup>31</sup> Cette même solution a été prévue exprès dans la loi des unions civiles entre personnes de même sexe approuvée par le Parlement islandais le 12 juin 2010.

<sup>32</sup> *Cfr.* plus en détail RODRÍGUEZ BENOT, A., «Eficacia ante el ordenamiento español del matrimonio en el que, al menos, uno de los cónyuges sea marroquí», en QUIÑONES ESCÁMEZ

serait considéré comme valide par l'ordre juridique espagnol, et accéderait au Registre de l'état civil en vertu des articles 1 et 15 de la loi régulatrice. Le résultat final de ce processus crée une situation *boiteuse* ou *claudicante*, c'est-à-dire valable pour un des ordres juridiques en présence (l'espagnol, en ce cas), mais nulle ou inexistante pour l'autre ou les autres ordres juridiques (dans ce cas-ci, l'ordre juridique marocain)<sup>33</sup>.

Ainsi, dans le but d'éviter des conflits et de poursuivre une continuité transfrontalière des situations juridiques, objectif final du droit international privé, l'autorité auprès de laquelle est constituée une situation de ce genre devrait agir avec une extrême précaution pour -en fonction des multiples intérêts en présence- autoriser ou non cette situation. Ce sont donc les considérations personnelles, familiales et sociales qui devraient orienter les éventuels conjoints et les autorités compétentes vers la réalisation ou non d'un acte de cette nature, principalement en fonction de l'environnement dans lequel ils désirent mener leur vie commune.

Mais, du point de vue de la technique légale, tout ce qui a été exposé précédemment reflète l'extension d'une tendance à l'application systématique de la *lex fori* (très utilisée dans certains pays européens). En vertu de cette tendance, l'ordre de l'Etat du for serait appliqué pour tous les actes conclus sur son territoire même si l'on est conscient de la totale inefficacité des solutions *ad extra*. Il est vrai que, d'une part, l'argument utilisé pour couvrir cette proposition entraînerait la sauvegarde d'un droit fondamental à célébrer le mariage, même dans les cas de deux conjoints de même sexe (ce qui rejoindrait l'ordre public international des Etats agissant de cette façon). D'autre part, il est cependant nécessaire de rappeler le caractère totalement restrictif que cette institution doit avoir en droit international privé, ainsi que le besoin d'un consensus social total, pour justifier le contournement de l'application de

et AUTRES, *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes*, Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración Políticas Públicas (FIIAPP), Madrid, 2009, pp. 3 ss., spécialement 44-47.

<sup>33</sup> En effet, la nouvelle prévision contenue dans les articles 14 et 15 CFM, en vertu de laquelle l'ordre marocain reconnaît les mariages célébrés à l'étranger selon la forme locale acceptée (où il faudrait considérer, théoriquement, le mariage entre personnes du même sexe de l'article 44 CC), exige selon la perspective du Royaume du Maroc que les contractants certifient, entre autres conditions, leur capacité (article 14, alinéa 1er, CFM), c'est-à-dire que l'ordre marocain ne reconnaît pas la capacité (de pouvoir se marier à une personne qui souhaite s'unir à une autre personne de même sexe)

l'ordre juridique de la nationalité à la détermination de la capacité conjugale des conjoints dans les pays, tels que l'Espagne, qui consacrent ledit critère de rattachement pour le statut personnel.

#### **IV. QUELQUES PROPOSITIONS DE LEGE FERENDA**

Je souhaiterais conclure les réflexions menées dans ces pages par une tentative de réponse à la question problématique posée en tête de ce chapitre. La communion humaine entre les peuples voisins oblige les Etats d'accueil à se doter d'un cadre juridique transnational pour régler les situations familiales survenues et développées dans l'espace géopolitique qu'ils occupent. Ledit cadre devrait être bâti, à mon humble avis, sur les bases suivantes :

- Le respect de l'égalité de tous, qui est la base de cette réflexion, et qui ne doit laisser aucune place à la discrimination ethnique, sexuelle, ni religieuse. Il faut dans ce sens reconnaître les efforts menés par certains pays musulmans d'Afrique du nord dans le dessein de progresser vers le principe d'égalité entre homme et femme. Néanmoins, il faut espérer que le développement démocratique futur de ces sociétés permettra d'éliminer totalement les différences dans ce domaine, car certaines discriminations perdurent encore en pratique. Citons à titre d'exemple, dans le CFM, l'interdiction faite à la femme de se marier avec un homme non-musulman, les privilèges religieux et conjugaux de la polygamie et de la répudiation, l'attribution à l'homme de l'autorité parentale sur les enfants, ou encore l'attribution pour les filles d'un patrimoine successoral diminué de moitié par rapport à celui des garçons.
- Un deuxième élément de construction en vue d'un cadre transnational doit consister à éviter des solutions unilatérales -comme celles que nous avons critiquées dans les lignes précédentes-. Face à cela, au contraire, la coopération internationale, base du droit international privé, doit être le point d'ancrage du nouveau cadre juridique que nous souhaitons établir. Dans cette même ligne, il serait conseillé que les pays du bassin méditerranéen intègrent et participent activement à des fors supra-étatiques de codification du droit international privé dont les pays membres de l'Union Européenne font aussi partie : c'est le cas

de la Conférence de La Haye de droit international privé, à laquelle le Maroc a fort heureusement pu participer ces dernières années<sup>34</sup>.

- Comme corollaire de tout ce qui précède et dans les limites permises par la communautarisation du droit de la famille, les Etats européens sont appelés à renforcer la coopération bilatérale en matière de droit de la famille avec les pays musulmans car le nombre de ressortissants sur leurs territoires est important (comme cela a été le cas avec la Convention entre la République Française et le Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et la coopération judiciaire du 10 Août 1981)<sup>35</sup>. C'est le cas de l'Espagne et du Maroc, dont les instruments bilatéraux existants (spécialement les accords de coopération de 1997) sont insuffisants ou inadéquats en matière de droit de la famille.
- En dernier lieu, les responsables de l'interprétation et de l'application du droit ont un rôle essentiel à jouer dans le cadre transnational souhaité. Il est fondamental de demander aux juges et aux autorités Européennes de faire preuve d'une attitude d'ouverture envers les réalités juridiques des pays maghrébins, ainsi que de faire un effort

<sup>34</sup> Cfr. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La aceptación del estatuto de la Conferencia de La Haya por Marruecos y sus consecuencias», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994, n° 1, pp. 451 ss.

<sup>35</sup> Pour une analyse de la situation, cfr. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I, et ADAM MUÑOZ, M<sup>a</sup>.D., *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, Séville, 2005; pour d'autres pays européens cfr. ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.A., «Droit musulman de la famille et des successions en Suisse», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2007, n° 3, pp. 491 ss.; ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.A, et BONOMI, A., *Le Droit musulman de la famille et des successions à béprouve des ordres juridiques occidentaux (Etude de Droit comparé sur les aspects de Droit international privé liés à bimmigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse)*, Schulthess Polygraphischer, Zurich, 1999; CAMPIGLIO, C., «La famiglia islamica nel Diritto internazionale privato italiano», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1999, n° 1, pp. 21 ss.; DEPREZ, J., «La réception du statut personnel musulman en France», *Cahiers des Droits Maghrébins*, 1995, n° 1, pp. 19 ss.; EBERT, H.-G., *Das Personalstatut arabischer Länder: Problemfelder, Methoden, Perspektiven (ein Beitrag zum Diskurs über Theorie und Praxis des islamischen Rechts)*, P. Lang, Francfort a.M., 1996; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Islamic Family Law in the European Union», en MEEUSEN, J., STRAETMANS, G., PERTEGAS, M., et SWENNEN, F. (eds.), *International Family Law for the European Union*, cit., pp. 425 ss.; et QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «El estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa», en *Derecho internacional y Relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 181 ss.

pour créer des situations ou adopter des solutions non boiteuses, sans oublier de sauvegarder le principe d'égalité absolue de tous devant la loi (décrite dans la Constitution espagnole aux arts. 14, 32 et 39)<sup>36</sup>.

En réalité, les institutions juridiques en général et, en particulier, celles des autres pays qui nous semblent spécialement étrangères, sont assez polyédriques pour être comprises de diverses façons dans le but de pouvoir garantir la continuité transnationale des situations juridiques, ce qui est l'objet du droit international privé. Deux bons exemples nous ont été donnés par la Cour suprême espagnole. Citons d'une part, l'arrêt de la chambre du contentieux administratif (cinquième section), du 25 janvier 2006, qui a incidemment considéré comme véritable divorce par consentement mutuel une répudiation unilatérale de type *Khol* concédée par un citoyen marocain à son épouse. L'épouse avait en réalité accepté, sous l'ancien Code du statut personnel du Maroc, la répudiation en échange d'une compensation économique versée par son époux afin de récupérer sa capacité de mariage<sup>37</sup>. Mentionnons également d'autre part la décision de ladite Cour, chambre sociale (section première), du 10 février 2009, qui a reconnu l'équivalence d'une *kafala* à une adoption dans le simple but de reconnaître aux deux *makfuls* mineurs le droit de percevoir des prestations d'orphelins (suite au décès de la *kafil de cujus*) que le *kafil* survivant avait demandées à l'Institut national de la Sécurité sociale. L'Institut avait rejeté la demande de prestations en argumentant que ces mineurs marocains ne remplissaient pas la condition de bénéficiaires de pension d'orphelin selon l'ordre espagnol, puisque selon la résolution-circulaire de la Direction des registres et du notariat du 15 juillet 2006<sup>38</sup> quant au fond, la *kafala* ne correspond pas à l'adoption plénière<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Sur cela, *cf.* pour tous, DIAGO DIAGO, P., «La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español», *Aequalitas*, n° 6 (janvier-avril 2001), pp. 6 ss.

<sup>37</sup> Aranzadi-Westlaw, JUR 2006/4338.

<sup>38</sup> BOE n° 207, du 30.08.2006.

<sup>39</sup> Aranzadi-Westlaw, JUR 2009/154016.



# PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES

04

2016

REVUE MAROCO-ESPAGNOLE DE DROIT INTERNATIONAL ET RELATIONS INTERNATIONALES  
NOUVELLE SÉRIE - VERSION ÉLECTRONIQUE

**SOMMAIRE / Janvier -Décembre 2016 / N° 4**

## ÉTUDES

Rachel B. ROSENBLOOM

Federalism and Fundamental Rights: Safeguarding the Rights of Undocumented Immigrants in the United States and the European Union

Adil MOUSSEBIH

Le financement des partis politiques au Maroc à la lumière de la législation et de la jurisprudence constitutionnelle

## NOTES

Nora SEDDIKI-EL HOUDAÏGUI

Centralité du droit dans le développement Socio-Economique

Teresa RUSSO

Some Brief Reflections Concerning the Mobility Partnership in the EU External Migration Policy

## DOSSIER

**Droit International Privé : Droit de Famille au Maroc et en Espagne**

Mercedes MOYA ESCUDERO

Présentation

Andrés RODRÍGUEZ BENOT

Le statut personnel des marocains à l'égard de l'ordre juridique espagnol: observations générales et propositions de lege ferenda

Mercedes SOTO MOYA

Droit à la vie en famille. Un parcours difficile depuis le Maroc

Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ

La célébration du mariage avec un ressortissant étranger. Le cas des citoyens marocains

Nuria MARCHAL ESCALONA

Problèmes actuels de reconnaissance de la kafala marocaine auprès des autorités espagnoles

Ricardo RUEDA VALDIVIA

Modification en Espagne des jugements rendus au Maroc en matière d'aliments

Ángeles LARA AGUADO

Relations hispano-marocaines en matière de successions

Carmen RUIZ SUTIL

Effets «pernicieux» de la paternité légitime marocaine en Espagne : une question à résoudre

## DOCUMENTATION

Lorena CALVO MARISCAL

Análisis de los Tratados, Acuerdos no Normativos y Comunicados conjuntos hispano-marroquíes, 2013-2016

## BIBLIOGRAPHIE CRITIQUE

MESA, B. *La falsa Yihad. El negocio del narcotráfico en El Sahel*, Ed. DALYA, San Fernando, 2013,  
par Luis ROMERO BARTUMEUS