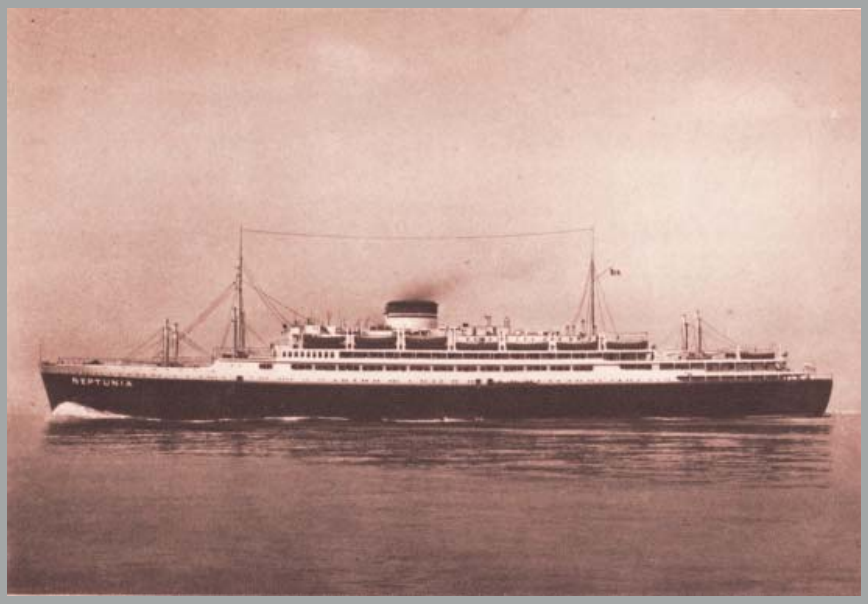
PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES

04

2016



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

Directores-Directeurs:

RACHID EL HOUDAÏGUI (Directeur-Foundateur)
Université Abdelmalek Essaâdi (Tanger-Tétouan)

ALEJANDRO DEL VALLE GÁLVEZ
Universidad de Cádiz

Director Ejecutivo - Redacteur en Chef:

MIGUEL ACOSTA SÁNCHEZ
Universidad de Cádiz

Secretario - Secrétaire

JUAN DOMINGO TORREJÓN RODRÍGUEZ
Univerisad de Cádiz

CONSEJO ASESOR - CONSEIL SCIENTIFIQUE

MERCEDES MOYA ESCUDERO
Universidad de Granada

ZAKARIA ABOUDAHAB
Universidad Mohammed V de Rabat

MIGUEL ANGEL CEPILLO GALVIN
Universidad de Cádiz

CARLOS ECHEVERRÍA JESÚS
Universidad Nacional de Educación a Distancia

MED. ABDELLOUAHED EL ASRI
Universidad Abdelmalek Essaâdi, Tanger-Tetuán

GONZALO ESCRIBANO
Real Instituto Elcano

INMACULADA GONZÁLEZ GARCÍA
Universidad de Cádiz

MIGUEL HERNANDO DE LARRAMENDI
Universidad de Castilla La Mancha

PANAGIOTIS GRIGORIOU
Universidad del Egeo

BOUTAINA ISMAILI IDRISSI
Universidad Mohammed V de Rabat

SAID MOUFTI
Real Instituto de Estudios Estratégicos de Rabat

SAID SADDIKI
Universidad Sidi Mohamed Ben Abdellah, Fés

NORA SEDDIKI
Universidad Abdelmalek Essaâdi, Tanger-Tetuán

SARRA SEFRIOUI
Universidad Abdelmalek Essaâdi, Tanger-Tetuán

HAMMAD ZOUITNI
Universidad Sidi Mohamed Ben Abdellah, Fés

JESUS VERDÚ BAEZA
Universidad de Cádiz

LEONARDO PASQUALI
Universitá degli Studi di Pisa

COMITÉ DE REDACCIÓN - COMITÉ DE RÉDACTION

YOUSSEF EL HAMDOUNI
Universidad Abdelmalek Essaâdi, Tánger-Tetuán

MICHEL REMI NJIKI
Universidad de Cádiz

CARMEN RUÍZ SUTIL
Universidad de Granada

SIHAM ZEBDA
Universidad de Cádiz

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES

REVUE MAROCO-ESPAGNOLE
DE DROIT INTERNATIONAL ET RELATIONS INTERNATIONALES
(NOUVELLE ÉPOQUE - VERSION ELECTRONIQUE)

04

janvier/décembre
2016

CÁTEDRA JEAN MONNET «INMIGRACIÓN Y FRONTERAS»
DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA
Serie Estudios Internationales y Europeos de Cádiz

La correspondance con la Revue Paix et Sécurité Internationales peut être adressée au Directeur Exécutif de la Revue:

La Correspondencia con la Revista Paix et Sécurité Internationales puede dirigirse al Director Ejecutivo de la Revista:

The correspondence with the Journal Paix et Sécurité Internationales may be adressed to the Executive Director of the Journal:

Miguel Acosta Sánchez - Área de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz, Avda. de la Universidad, s/n, 11405 JEREZ-CÁDIZ.

web: https://revistas.uca.es/index.php/paetsei
mail: paixetsecurite@uca.es
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_ int.2016.i4

ISSN: 2341-0868
Dêpot Legal du Maroc 2003/0091

Diseño de Cubiertas: *CADIGRAFÍA Publicidad y Comunicación SL* - Ronda de Vigilancia s/n, Edificio Tartessos, 11011, Cádiz

SOMMAIRE

Études

Rachel B. Rosenbloom

Federalism and Fundamental Rights: Safeguarding the Rights of Undocumented Immigrants in the United States and the European Union 13

Fédéralisme et droits fondamentaux : défendre les droits des immigrants en situation irrégulière aus États-Unis et su sein l'Union Européenne

Federalismo y Derechos fundamentales: defender los derechos de los inmigrantes en situación irregular en Estados Unidos y la Unión Europea

Adil Moussebih

Le financement des partis politiques au Maroc á la Lumiérre de la Législation et de la jurisprudence contitutionnelle 47

La financiación de los partidos políticos en Marruecos a la luz de la legislación y la jurisprudencia constitucional

The Financing of Political Parties in Morocco, in the Light of the Legislation and Constitutional Jurisprudence

Notes

Nora Seddiki-El Houdaïgui

Centralité du Droit dans le développement socio-économique 79

La centralidad del Derecho en el desarrollo socio-económico

Centrality of Law in Socioeconomic Developmen

Teressa Russo

Some Brief Reflections Concerning the Mobility Partnership in the EU External Migration Policiy 93

Quelques brefs réflexions sur le Partenariat pur la mobilité dans la Politique Migratoire extérièrue de la'UE

Algunas breves reflexiones sobre la Asociación de Movilidad en la Política de la UE en materia de Migración Exterior

DOSSIER: *Droit International Privé. Droit de Famille au Maroc et en Espagne*
Private International Law : Family Law in Morocco and Spain

Mercedes MOYA ESCUDERO

Preséntation 113

Andrés RODRÍGUEZ BENOT

L*e statut personnel des marocains á l'egard de l'ordre juridique espagnol : observations générales et propositions* de lege ferenda 117

El estatuto personal de los marroquíes ante el ordenamiento jurídico español: observaciones y propuestas de lege ferenda

Personal Status of Moroccans Regarding the Spanish Legal System: Some Remarks and de lege ferenda *Proposals*

Mercedes SOTO MOYA

Droit á la vie de famille. Un parcours difficile depuies le Maroc 137

Derecho a la vida en familia. Un difícil camino desde Marruecos

The right to Family Life. A difficult path from Morocco

Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ

La célébration du mariage avec un ressortissant étranger. Le cas des citoyens marocains 167

La celebración de matrimonio con elemento extranjero. El caso de los ciudadanos marroquíes

Marriage validity with foreign nationals. The case of moroccan citizens

Nuria MARCHAL ESCALONA

Problèmes actuels de reconnaissance de la kafala marocaine auprès des autorités espagnoles ... 197

Problemas actuales de reconocimiento de la kafala marroquí ante las autoridades españolas

Current problems of recognition of Moroccan kafala to the Spanish Authorities

Ricardo RUEDA VALDIVIA

Modification en Espagne des jugéments réndus au Maroc en matière d'aliments 231

Modificación en España de resoluciones marroquíes sobre alimentos

Modification in Spain of decisions on maintenance obligations given in Morocco

Ángeles LARA AGUADO

Relations hispano-marocaines en matière de successions 283

Relaciones sucesorias hispano-marroquíes

Spanish-Moroccan inheritance Relationships

Carmen Ruiz Sutil

Effets «pervers» de la paternité légitime marocaine en Espagne : une question à résoudre..... 335

Efectos «perversos» de la paternidad legítima marroquí en España: una cuestión a resolver

"Perverse" effects of the moroccan legitimate filiation in Spain: An issue to resolve

Documentation

Lorena Calvo Mariscal

Análisis de los Tratados, Acuerdos no Normativos y Comunicados conjuntos hispano-marroquíes, 2013-2016 377

Bibliographie Critique

MESA, B., *La falsa yihad. El negocio del narcotráfico en El Sahel*, Ed. DALYA, San Fernando, 2013, 302 pp. Par Luis Romero Bartumeus..... 413

ÉTUDES

FEDERALISM AND FUNDAMENTAL RIGHTS: SAFEGUARDING THE RIGHTS OF UNDOCUMENTED IMMIGRANTS IN THE UNITED STATES AND THE EUROPEAN UNION

Rachel E. Rosenbloom[1]

I.- DEVELOPMENTS IN THE UNITED STATES. II.- STATE AND LOCAL ANTI-IMMIGRANT INITIATIVES. III.- LEGAL CHALLENGES TO "ATTRITION THROUGH ENFORCEMENT" LAWS. IV.- FEDERALISM AND FUNDAMENTAL RIGHTS : LEGAL FRAMEWORKS FOR CHALLENGING ANTI-IMMIGRANT LAWS IN THE UNITED STATES AND THE EUROPEAN UNION.

ABSTRACT: In both the United States and Europe, governments have stepped up initiatives to reduce unauthorized immigration. Direct immigration control measures such as border security are just one aspect of these efforts. Another key aspect consists of indirect immigration control measures, in the form of laws that restrict the ability of undocumented immigrants to work, study, rent property, or access public services.This article reviews recent developments in the United States with respect to indirect immigration control measures and maps out some points of comparison with analogous developments within the European Union. It provides an account of the wave of state and local anti-immigrant laws that swept the United States between 2006 and 2011 andsummarizes the developing U.S. jurisprudence on the constitutionality of these measures. It then offers some initial observations comparing the United States to the E.U. This comparison highlights the distinction between approaching anti-immigrant laws through the lens of federalism (or, in the terminology more common in Europe, competence) and approaching such laws as violations of fundamental rights.

Keywords: Irregular Migrants, Undocumented Immigrants, Federalism, Competence

FEDERALISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES: DEFENDER LOS DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESTADOS UNIDOS Y EN LA UNIÓN EUROPEA

RESUMEN: Tanto en Estados Unidos como en Europa, se han intensificado las iniciativas para reducir la inmigración irregular. Las medidas directas de control de la inmigración, por ejemplo la seguridad fronteriza, son sólo un aspecto de estos esfuerzos. Otro aspecto clave consiste en medidas indirectos de control de la inmigración, en forma de leyes que restringen la capacidad de los migrantes irregulares para trabajar, estudiar, alquilar una propiedad, o acceder a los servicios públicos. En este artículo se analiza la evolución reciente en los Estados Unidos con respecto a las medidas indirectos de control de inmigración y se ofrecen algunos puntos de comparación con la evolución análogas dentro de la Unión Europea. El artículo describe la ola de leyes anti-inmigrantes locales del estado y que se extendió por los Estados Unidos entre 2006 y 2011 y resume la jurisprudencia EE.UU. sobre la constitucionalidad de estas medidas. A continuación, ofrece

[1] Professor of Law, Northeastern University, Boston, Massachusetts, USA. Many thanks to Professors Alejandro del Valle and Miguel Acosta at the University of Cadiz and Professor Joaquin Alcaide at the University of Seville for inviting me to present these ideas to the faculty and students at those institutions; to Professor Irene Sobrino for comments on an earier draft of this article; and to Alyssa Telander for her excellent research assistance.

algunas observaciones iniciales que comparaban los Estados Unidos a la E.U. Esta comparación pone de relieve la distinción entre acercarse a las leyes anti-inmigrantes a través de la lente del federalismo (o, en la terminología más común en Europa, la competencia) y acercarse a esas leyes como violaciones de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Migración Irregular, Inmigrantes Indocumentados, Federalismo, Competencia

FÉDÉRALISME ET DROITS FONDAMENTAUX : DÉFENDRE LES DROITS DES IMMIGRANTS EN SITUATION IRRÉGULIÈRE AUX ÉTATS-UNIS ET AU SEIN L'UNION EUROPÉENNE

RÉSUMÉ : Aux États-Unis comme en Europe, nombreux gouvernements ont intensifié les initiatives visant à endiguer l'immigration irrégulière. Les mesures de contrôle direct, tels que les contrôles aux frontières, ne forment que l'un des aspects de ces efforts. Un autre aspect clé sont les mesures de contrôle indirect, sous forme de lois visant à restreindre l'accès à l'emploi, à l'éducation, au logement ou aux services publics. Le présent article fait le point de l'évolution récente aux États-Unis des contrôles indirects de l'immigration, et établit les grandes lignes de comparaison avec les développements analogues au sein de l'Union Européenne.

L'article offre un compte rendu de la vague de lois, au niveau des États aussi bien qu'au niveau local, qui a balayé les États-Unis entre 2006 et 2011, et offre un résumé de la jurisprudence relative à la constitutionalité desdites mesures. L'article offre ensuite quelques premières comparaisons entre les États-Unis et l'Union européenne. Ces comparaisons mettent en relief les différences dans la lutte contre les lois anti-immigration, entre une stratégie fédéraliste d'une part (en Europe, on parlera de compétence), et d'autre part, une stratégie visant à révéler ces lois comme contraires aux droits fondamentaux des personnes.

Mots clé : Immigration irrégulière, immigrés sans papiers, fédéralisme, compétence.

In both the United States and Europe, governments have stepped up initiatives to reduce unauthorized immigration. Direct immigration control measures such as border security are just one aspect of these efforts. Another key aspect consists of indirect immigration control measures, in the form of laws that restrict the ability of undocumented immigrants to work, study, rent property, or access public services.[2]

This article reviews recent developments in the United States with respect to indirect immigration control measures and maps out some points of comparison with analogous developments within the European Union (E.U.). Part I briefly reviews the evolution of U.S. immigration policy at the national level over the past three decades. Part II provides an account of the wave of state and local anti-immigrant laws that swept the United States between

[2] While the term "irregular migrant" is used more commonly within Europe, this article follows common U.S. practice in using the term "undocumented immigrant" to refer to noncitizens who lack authorized immigration status in the country in which they reside.

2006 and 2011. Part III summarizes the developing U.S. jurisprudence on the constitutionality of these measures. Part IV offers some initial observations comparing the United States to the E.U. This comparison highlights the distinction between approaching anti-immigrant laws through the lens of federalism (or, in the terminology more common in Europe, competence) and approaching such laws as violations of fundamental rights.

I. DEVELOPMENTS IN THE UNITED STATES

This section reviews three central issues that have shaped immigrants' rights debates at the national level within the United States over the past three decades. First, U.S. immigration policy has become increasingly focused on enforcement, marking a departure from the liberalization of the 1960s and 1970s. Secondly, the number of undocumented immigrants living in the United States has grown significantly. And finally, although the U.S. Congress has considered regularization programs numerous times over the past decade, legislators have been deeply divided on the issue and have failed to enact any proposed immigration reform legislation.

1. HEIGHTENED IMMIGRATION ENFORCEMENT

Statutory changes and spending increases have transformed the U.S. immigration enforcement system over the past three decades. Immigration policy in the United States underwent a number of progressive reforms in the 1960s through early 1980s, including the end of a racially discriminatory system of national origins quotas in 1965 and the passage of the Refugee Act in 1980.[3] However, in the years since then there has been a growing emphasis on enforcement. Between 1984 and 2014, the number of people deported annually from the United States increased more than twentyfold, from fewer than nineteen thousand per year to more than four hundred thousand per

[3] See Miller, T.A., "Citizenship & Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology," *Georgetown Immigration Law Journal. L.J. Vol. 17,* 2003, p. 15 (noting that "immigration – seen primarily as a civil rights issue during the Civil Rights Era spanning the 1960's and 1970's – is now seen as a critical issue of national security"). *See generally*, American Immigration Council, *The Growth of the U.S. Deportation Machine*, 2014, <http://www.immigrationpolicy.org/sites/default/files/docs/deportation_machine_march_2014_final.pdf>.

year.[4] Federal spending on interior immigration enforcement has ballooned, particularly in the years since the attacks of September 11, 2001, with the result that federal government now spends more on immigration enforcement than on all other federal criminal law enforcement agencies combined.[5]

The Immigration and Nationality Act (INA), a federal law enacted in 1952, governs the admission and expulsion of noncitizens.[6] In 1986, Congress amended the INA to include sanctions on employers who hire unauthorized workers. That legislation, the Immigration Reform and Control Act (IRCA),[7] is generally viewed as marking the beginning of the current era of heightened enforcement. The most significant amendments to the INA during the past three decades occurred in 1996 with the passage of two sweeping laws, the Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act and the Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act.[8] Through these statutes, Congress introduced harsh new standards that subject a much broader group of immigrants to deportation, including long-term legal residents who had committed relatively minor criminal offenses.[9] Congress

---

[4] *See* Office of Immigration Statistics, Dep't of Homeland Sec., *2014 Yearbook of Immigration Statistics,* Table 39, 2016, <https://www.dhs.gov/yearbook-immigration-statistics-2014-enforcement-actions>.

[5] *See* Rosenblum, M.R. & Kandel, W.A. *Interior Immigration Enforcement: Programs Targeting Criminal Aliens*, Cong. Research Serv., 25 (2012), <https://www.fas.org/sgp/crs/homesec/R42057.pdf>. (documenting increase in federal funding from $960 million in 2004 to nearly $2.7 billion by 2013); Meissner, D., et. al., *Immigration Enforcement in the United States: The Rise of a Formidable Machinery*, Migration Policy Institute, 2013, p. 12 <http://www.migrationpolicy.org/pubs/enforcementpillars.pdf > (reporting that the U.S. government spent $18 billion on immigration enforcement in 2013, compared to the combined $14.4 billion it spent on the Federal Bureau of Investigation, the Drug Enforcement Agency, the Secret Service, the U.S. Marshals Service, and the Bureau of Alcohol, Tobacco, and Firearms combined).

[6] The Immigration and Nationality Act of 1952, Pub.L. 82–414, 66 Stat. 163, codified at 8 U.S.C.A. § 101 et. seq.

[7] Immigration Reform and Control Act of 1986, Pub.L. 99–603, 100 Stat. 3445.

[8] *See* Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996 (AEDPA), Pub. L. No. 104-132, 110 Stat 1214; Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996 (IIRIRA), Pub. L. No. 104-208, div. C, 110 Stat. 3009-546.

[9] For an analysis of the deportation provisions of the 1996 immigration laws, see Human Rights Watch, *Forced Apart: Families Separated and Immigrants Harmed by United States Deportation Policy*, 2007, <https://www.hrw.org/report/2007/07/16/forced-apart/families-separated-and-immigrants-harmed-united-states-deportation>.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 13-45

also curtailed the power of immigration judges to halt deportations and to grant status to individuals on grounds such as hardship and family unity.[10] In addition, the 1996 laws imposed a new one-year time limit on the filing of asylum applications, and created lengthy inadmissibility bars for those who have spent time in the United States without authorization.[11]

Federal law does not criminalize the act of being present in the United States without authorization.[12] However, it criminalizes a number of immigration-related offenses, such as illegal entry, illegal reentry following deportation, and the use of fraudulent documents.[13] Prosecution of such crimes has increased dramatically in recent years.[14]

Another significant development within U.S. immigration enforcement has been the increase in cooperation between federal immigration authorities and local police departments. A 1996 amendment to the INA authorized the federal immigration agency (then known as the Immigration and Naturalization Service (INS) and now known as the Department of Homeland Security (DHS)) to deputize local police officers to carry out some of the functions of immigration officers.[15] More recently, cooperation has been achieved through the creation of systems to link data maintained by law enforcement agencies with data maintained by DHS.[16]

---

[10] See *id.*

[11] For example, those who have been present without authorization for one year or more are barred from returning to the United States for ten years. 8 U.S.C.A. § 1182(a)(9)(B)(i)(II).

[12] "As a general rule, it is not a crime for a removable alien to remain present in the United States." Arizona v. United States, 132 S. Ct. 2492, 2505 (2012).

[13] See 8 U.S.C.A. § 1325 (illegal entry); § 1326 (illegal reentry); 18 U.S.C.A. § 1546 (document fraud).

[14] See *At Nearly 100,000, Immigration Prosecutions Reach All-Time High in FY 2013*, TRAC Immigration, 2013 <http://trac.syr.edu/immigration/reports/336/>.

[15] See 8 U.S.C.A. § 1357(g).

[16] Secure Communities, a DHS program launched in 2008, established a system through which arrest data from police officers around the country is automatically sent to DHS, enabling DHS to identify and detain individuals who are deportable. This program was modified in 2014 and renamed the Priority Enforcement Program; the new program retains the system of database interoperability but establishes guidelines that are supposed to limit detentions to those who commit serious offenses. See *Secure Communities*, U.S. Immigration & Customs Enforcement, <http://www.ice.gov/secure-communities>.

2. UNAUTHORIZED IMMIGRATION

In 1990, there were approximately 3.5 million undocumented immigrants living in the United States.[17] That number increased to approximately 12.2 million by 2007, and then leveled off at an estimated 11.3 million over the last several years.[18] Nearly two-thirds of undocumented immigrant adults in the United States have been in the country for at least ten years.[19] There are over five million U.S.-citizen children in the United States living with undocumented parents.[20]

There are many factors that have contributed to the growth in the population of undocumented immigrants. The most obvious factor is an increase in unauthorized entries and visa overstays, driven in large part by violence, poverty, and political instability in many regions of the world. The increase is also attributable, however, to changes in U.S. law and policy. In previous eras, those who remained in the United States for long periods of time often transitioned to lawful status through marriage, regularization programs, and other means.[21] However, Congress has cut off many of these paths to regularization, with the result that many people remain in an unauthorized status for decades. In addition, heightened border security may have also, ironically, played a role. Demographic research has shown that the increase in border security has led many unauthorized immigrants to remain in the United States for longer periods, ending long-standing patterns of circular labor migration, particularly among Mexican immigrants; rather than

[17] PEW Research Center, *A Portrait of Undocumented Immigrants in the United States*, 2009, <http://www.pewhispanic.org/2009/04/14/a-portrait-of-unauthorized-immigrants-in-the-united-states/>.

[18] Passel, J.S. & Cohn, D., *Unauthorized Immigrant Population Stable for Half a Decade*, Pew Research Center, 2015, <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2015/07/22/unauthorized-immigrant-population-stable-for-half-a-decade/>.

[19] Taylor, P., et al., *Undocumented Immigrants: Length of Residency, Patterns of Parenthood*, Pew Hispanic Center, 2011, <http://www.pewhispanic.org/2011/12/01/unauthorized-immigrants-length-of-residency-patterns-of-parenthood/>.

[20] Warren, R., *U.S.-Born Children of Undocumented Residents: Numbers and Characteristics in 2013*, Center for Migration Studies, <http://cmsny.org/publications/warren-usbornchildren/>. Children born in the United States are U.S. citizens by virtue of the Fourteenth Amendment to the U.S. Constitution, regardless of the status of their parents.

[21] See Rosenbloom, R., "Policing the Borders of Birthright Citizenship: Some Thoughts on the New (and Old) Restrictionism," *Washburn Law Journal,* Vol. 51, 2012, pp. 326-28.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 13-45

risk apprehension through repeated border crossings, many undocumented immigrants have settled permanently in the United States.[22]

3. THE FAILURE TO ENACT COMPREHENSIVE IMMIGRATION REFORM

The United States has a long history of programs to provide lawful status to unauthorized immigrants, dating back to the 1920s.[23] The most recent, and largest, legalization program occurred in 1986 with IRCA, which provided an opportunity for undocumented immigrants who had arrived before 1982 to become lawful permanent residents.[24] Nearly 2.7 million people obtained status through IRCA.[25]

During the administration of President George W. Bush (2001-2008), a bipartisan group of legislators crafted various proposals for Comprehensive Immigration Reform (CIR) – termed "comprehensive" because the proposals combined a legalization program with increased border security and a guestworker program. CIR bills were debated in Congress in 2006 and 2007 but opposition from Republican lawmakers led to the defeat of these bills. A new CIR bill was introduced in Congress in 2013 under the administration of President Barack Obama, but was also defeated.

Congress has also repeatedly considered passage of the Development, Relief, and Education for Alien Minors Act (the DREAM Act). The DREAM Act would provide permanent residence and a path to citizenship to unauthorized immigrants who arrived in the United States prior to age sixteen, provided they fulfill a set of requirements including graduating from high school and pursuing either higher education or military service. The DREAM act was introduced a number of times between 2001 and 2013, both as a stand-alone bill and as part of CIR bills. However, it failed to garner enough votes for passage.

---

[22] See Durand, J. & Douglas S. Massey, D.S. (eds), *Crossing the Border: Research from the Mexican Migration Project*, 2004, p. 12.

[23] See Boswell, R.A. "Crafting an Amnesty with Traditional Tools: Registration and Cancellation," *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 47, 2010, pp. 180-95.

[24] Immigration Reform and Control Act of 1986, Pub.L. 99–603, 100 Stat. 3445.

[25] Chishti, M. and Kamasaki, C., *IRCA in Retrospect: Guideposts for Today's Immigration Reform*, Migration Policy Institute, 2014, p. 6, <http://www.migrationpolicy.org/research/irca-retrospect-immigration-reform>.

In 2012, President Obama invoked his executive authority to initiate a program called Deferred Action for Childhood Arrivals (DACA), which provides temporary relief to many of those who would have obtained lawful status through the DREAM Act. Although a true legalization program that would provide permanent resident status and a path to citizenship must be enacted by Congress, the executive branch of government has traditionally exercised its discretion to decide whom to prioritize for deportation. Consistent with this discretion, it has for decades followed a practice of granting "deferred action" to some individuals for humanitarian or other reasons. Deferred action, somewhat like the toleration status that exists is many European countries (for example, *Duldung* status in Germany), provides an individual with temporary protection from deportation. It also provides temporary employment authorization. DACA established a system to provides renewable two-year grants of deferred action to those who entered the United States before the age of 16 and who, as of June 15, 2012, were under the age of 31 and had resided in the United States for at least five years, provided that at the time of application they are in school, have completed secondary school, or have been honorably discharged from the military.[26] In 2014, President Obama announced a significant expansion of this program, broadening the eligibility for DACA and creating a new program called Deferred Action for Parents of Americans and Lawful Permanent Residents (DAPA), which would provide deferred action to undocumented immigrants who have been present in the United States since 2010 and have a son or daughter who is a U.S. citizen or lawful permanent resident.[27]

Over seven hundred thousand people have already received deferred action through DACA. These individuals do not have legal status (that is, a visa) but they do have lawful presence and employment authorization, which has led some to refer to them as "DACAmented," a play on the term "documented." It is estimated that with the 2014 expansion of eligibility for DACA and the creation of DAPA, the total number of people eligible

---

[26] U.S. Citizenship and Immigration Services, *Consideration of Deferred Action for Childhood Arrivals (DACA),* <https://www.uscis.gov/humanitarian/consideration-deferred-action-childhood-arrivals-daca>.

[27] U.S. Citizenship and Immigration Services, *Executive Actions on Immigration, <https://www.uscis.gov/immigrationaction>.*

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 13-45

for deferred action under these programs could rise to over five million.[28] However, Republican elected officials have voiced fierce opposition to the plan and have accused President Obama of exceeding his power under the Constitution, and governors and attorneys general from twenty-six states sued to block the program. In February, 2015, a federal judge in Texas issued a temporary injunction that blocked the implementation of the program on the grounds that DHS had failed to follow proper administrative procedures in promulgating the regulations that govern DAPA and the expanded DACA program.[29] This decision was affirmed by a federal court of appeals[30] and by the U.S. Supreme Court.[31] The litigation is ongoing[32] and it is possible that it will end up on appeal before the Supreme Court again at a later date, but implementation of the program has been blocked at least for now. With DAPA and the expanded DACA program currently on hold, and with Congress showing no inclination to pass any sort of legalization bill, it is likely that the number of undocumented immigrants in the United States who are vulnerable to deportation will remain high for quite some time.

II. STATE AND LOCAL ANTI-IMMIGRANT INITIATIVES

With Congress divided over how to respond to the issue of unauthorized immigration, lawmakers at the state and local level have taken action on their own through passage of a variety of state laws, local ordinances, and resolutions. Some of these measures have aimed to assist undocumented immigrants (for example, by making undocumented students eligible for the reduced tuition rates enjoyed by state residents at public universities).

[28] Migration Policy Institute, *As Many as 3.7 Million Unauthorized Immigrants Could Get Relief from Deportation under Anticipated New Deferred Action Program*, 2014, <http://www.migrationpolicy.org/news/mpi-many-37-million-unauthorized-immigrants-could-get-relief-deportation-under-anticipated-new> (estimating that the 2014 changes would add 3.7 million people to the estimated 1.5 million who are already eligible for the original DACA program that was announced in 2012).

[29] Texas v. U.S., 86 F.Supp. 3d 591, 672 (S.D. Tex. 2015).

[30] Texas v. U.S., 809 F.3d 134 (5th Cir. 2016).

[31] U.S. v. Texas, 136 S.Ct. 2271 (2016).

[32] The Obama administration filed a petition on July 18, 2016 seeking rehearing by the Supreme Court. In addition, the case may end up being reviewed once again by the Court of Appeals and the Supreme Court at a later stage in the litigation.

However, most have been aimed at discouraging unauthorized immigration by placing restrictions on undocumented immigrants in areas such as housing, employment, and public services.

This section first outlines the framework of state-federal power-sharing set forth by the U.S. Constitution and Supreme Court jurisprudence. It then describes the wave of anti-immigrant legislation enacted between 2006 and 2011.

1. FEDERAL POWER OVER IMMIGRATION

Under longstanding Supreme Court precedent, subfederal units of governments – states, counties, and municipalities – lack the authority to regulate immigration directly. In 1875, the Supreme Court declared in *Chy Lung v. Freeman* that the regulation of immigration is a matter of exclusive federal control.[33] *Chy Lung* concerned a California law that authorized a state official to inspect arriving immigrants, to deny entry on various grounds, and to require immigrants deemed to be a risk of becoming a public charge to pay a sum of money intended to compensate the state if the person ended up relying on public benefits. The Supreme Court held that this law violated the Constitution. In reaching this decision, the Court reasoned that foreign governments would take offense at the law, and would bring their concerns not to California but to the federal government:

> Upon whom would such a claim be made? Not upon the State of California; for, by our Constitution, she can hold no exterior relations with other nations. It would be made upon the government of the United States. If that government should get into a difficulty which would lead to war, or to suspension of intercourse, would California alone suffer, or all the Union? If we should conclude that a pecuniary indemnity was proper as a satisfaction for the injury, would California pay it, or the Federal government? If that government has forbidden the States to hold negotiations with any foreign nations, or to declare war, and has taken the whole subject of these relations upon herself, has the Constitution, which provides for this, done so foolish a thing as to leave it in the power of the States to pass laws whose enforcement renders the general government liable to just reclamations which it must answer, while it does not prohibit to the States the acts for which it is held responsible?[34]

[33] Chy Lung v. Freeman, 92 U.S. 275 (1875).

[34] *Id.* at 279-80.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 13-45

The Court concluded that "[t]he passage of laws which concern the admission of citizens and subjects of foreign nations to our shores belongs to Congress, and not to the States. [Congress] has the power to regulate commerce with foreign nations: the responsibility for the character of those regulations, and for the manner of their execution, belongs solely to the national government. If it be otherwise, a single State can, at her pleasure, embroil us in disastrous quarrels with other nations."[35]

The federal government's powers are limited to those enumerated in the Constitution, with all other powers being reserved "to the States, respectively, or to the people."[36] While the Court in *Chy Lung* did not specify which section of the U.S. Constitution gives the federal government exclusive jurisdiction over immigration to the federal government, later cases have cited Article I, which gives the federal government the power to "establish an Uniform Rule of Naturalization."[37]

The exclusively federal nature of the power to regulate immigration does not mean, however, that states have no role to play. The Supreme Court held in a 1976 case, *De Canas v. Bica*, that "standing alone, the fact that aliens are the subject of a state statute does not render it a regulation of immigration, which is essentially a determination of who should or should not be admitted into the country, and the conditions under which a legal entrant may remain."[38] In cases involving indirect restrictions on immigrants, the Court held, a subfederal law will be struck down only if 1) Congress has clearly indicated its intent to preclude state or local legislation in a particular area of legislation, 2) Congress has "occupied the field" by creating a comprehensive legislative scheme that leaves no room for state legislation, or 3) a subnational law conflicts with federal law in either of two ways: if it is impossible to comply with both state and federal regulations at the same time, or if

[35] *Id.* at 280.

[36] U.S. Const., Amend. X.

[37] U.S. Const. Art. 1, § 8, cl. 4. See *Arizona v. United States*, 132 S. Ct. 2492, 2498 (2012) ("The Government of the United States has broad, undoubted power over the subject of immigration and the status of aliens. This authority rests, in part, on the National Government's constitutional power to 'establish an uniform Rule of Naturalization,' and its inherent power as sovereign to control and conduct relations with foreign nations.") (citations omitted).

[38] De Canas v. Bica, 424 U.S. 351, 355 (1976).

state law stands as an obstacle to the accomplishment of the purposes and objectives of Congress.[39] *De Canas* concerned a California law that prohibited the employment of unauthorized workers at a time when federal law had yet to impose sanctions for such acts. The Court held that because the federal government had not legislated in the area of employer sanctions, the states were free to do so, as long as the state regulation at issue did not create a conflict with federal law.[40]

2. STATE AND LOCAL LAWS AIMED AT "ATTRITION THROUGH ENFORCEMENT"

The constitutional framework described above has shaped the strategies that state and local lawmakers have pursued in enacting laws aimed at discouraging unauthorized immigration. These measures have focused on areas in which the federal government and the states have overlapping authority, such as housing, education, employment, and criminal law.

The contemporary history of state and local anti-immigrant legislation can be traced back to 1994, when California voters approved a ballot initiative, Proposition 187, which prohibited unauthorized immigrants from attending public schools or accessing several types of public services, including publicly funded non-emergency medical assistance. The stated purpose of Proposition 187 was to "provide for cooperation between [the] agencies of state and local government with the federal government, and to establish a system of required notification by and between such agencies to prevent illegal aliens in the United States from receiving benefits or public services in the State of California."[41] A federal court invalidated most of the provisions of Proposition 187, holding that they constituted impermissible attempts to regulate immigration and were preempted by federal law.[42] The court also held that Prop. 187 clearly conflicted with the 1982 Supreme Court decision *Plyler v. Doe*, which established that all children in the United States have the right to attend public elementary and secondary schools regardless of their immigration status.[43]

[39] *Arizona,* 132 S.Ct. at 2501.

[40] *De Canas*, 424 U.S. at 363.

[41] *League of United Latin Am. Citizens v. Wilson,* 908 F. Supp. 755, 763 (C.D. Cal. 1995), *on reconsideration in part*, 997 F. Supp. 1244 (C.D. Cal. 1997) (quoting Prop. 187).

[42] *Id.*

[43] Plyler v. Doe, 457 U.S. 202, 230 (1982).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 13-45

Although Proposition 187 never went into effect, it introduced into the political lexicon a new term: "self-deportation," the notion that states and municipalities can take immigration policy into their own hands by making life so difficult for unauthorized migrants that they will choose to leave. In the words of Pete Wilson, then-governor of California: "If it's clear to you that you cannot be employed, and that you and your family are ineligible for services, you will self-deport."[44] This concept of self-deportation faded from view somewhat after Proposition 187 was invalidated, but it was revived a few years later under a new phrase – "attrition through enforcement"[45] – and gained newfound prominence between 2006 and 2011 as a wave of such measures were adopted in jurisdictions around the country. The first attempt to pass an "attrition through enforcement" law was a ballot measure that restrictionist advocates proposed in the city of San Bernardino, California, in 2006. The proposed measure would have denied city funds and business permits to businesses that employed undocumented immigrants; allowed local police to seize the vehicles that employers used to pick up day laborers who were unauthorized immigrants; prohibited unauthorized migrants from renting property; and made English the only language for conducting city business.[46] San Bernardino voters rejected the ballot measure, but it became a model for similar measures across the country.[47]

A few months later, Hazleton, Pennsylvania became the first location to enact such a law. Hazleton, a town in northeastern Pennsylvania, saw its

---

[44] Safire, W., "Self-Deportation?," *N.Y. Times*, Nov. 21, 1994.

[45] For an early use of this phrase by anti-immigration advocates, see Krikorian, M, *Downsizing Illegal Immigration: A Strategy of Attrition Through Enforcement*, Center for Immigration Studies, 2005, <http://cis.org/ReducingIllegalImmigration-Attrition-Enforcement>. See also Kobach, K.W., "Attrition Through Enforcement: A Rational Approach to Illegal Immigration," *Tulsa Journal of Comparative & International Law,* Vol. 15, 2008, p. 155 ff.

[46] O'Neil, K., *Hazleton and Beyond: Why Communities Try to Restrict Immigration*, Migration Policy Institute, 2010, <http://www.migrationpolicy.org/article/hazleton-and-beyond-why-communities-try-restrict-immigration>; Buchanan, S. and Holthouse, D., *Rising Anti-Immigrant Sentiments Draw Extremist Elements to Issue*, Southern Poverty Law Center (Aug. 11, 2006), <https://www.splcenter.org/fighting-hate/intelligence-report/2006/rising-anti-immigrant-sentiments-draw-extremist-elements-issue>.

[47] For a comprehensive list of these measures, see Nat'l Conference of State Legislatures, *State Laws Related to Immigration and Immigrants*, <http://www.ncsl.org/research/immigration/state-laws-related-to-immigration-and-immigrants.aspx>.

mostly white population of 20,000 people grow by thirty percent between 2000 and 2007, with an influx of new residents that included many Latinos.[48] The mayor of Hazleton seized on the issue of unauthorized immigration, making inflammatory claims that immigrants were linked to crime. In 2006, Hazleton enacted the Illegal Immigration Relief Ordinance,[49] garnering national attention.

The ordinance permitted Hazleton to suspend or revoke the business licenses of employers who were found to have hired unauthorized workers, and it required certain employers (those who received government contracts and those who had a history of employing unauthorized workers) to participate in a federal employment authorization verification program that was then called the Basic Pilot Program.[50] (Later renamed E-Verify, this program allows employers to contact DHS electronically to check the validity of an individual's employment authorization documents; under federal law, this program is available to employers but use of the program is not required unless the employer is a government contractor.)[51] The ordinance also required any prospective occupant of rental housing who was over the age of eighteen to seek an occupancy permit from the city government. To obtain such a permit, the occupant had to show proof of citizenship or lawful immigration status. A landlord who rented property to an occupant without such a permit would be subject to a fine of $1000 per unauthorized occupant and an additional $100 per day, per unauthorized occupant under the violation were remedied. Authorized occupants who permitted an unauthorized occupant to live with them were subject to the same fines.

By 2009, 42 localities across the country had enacted similar measures.[52] Meanwhile, state legislatures also began considering anti-immigrant bills. In

---

[48] See Chishti, M. & Bergeron, C., *Hazelton Immigration Ordinance That Began With a Bang Goes Out With a Whimper,* Migration Policy Institute, 2014, <http://www.migrationpolicy.org/article/hazleton-immigration-ordinance-began-bang-goes-out-whimper>.

[49] Hazleton, Pa., Ordinance 2006–18 (2006).

[50] *Id.*

[51] *E-Verify*, U.S. Citizenship and Immigration Services, <https://www.uscis.gov/e-verify/about-program/history-and-milestones>. *See infra* Part III.C.

[52] Oliveri, R.C., "Between A Rock and A Hard Place: Landlords, Latinos, Anti-Illegal Immigrant Ordinances, and Housing Discrimination," *Vanderbilt Law Review*, Vol. 62, 2009, p. 60. See also Southern Poverty Law Center, *When Mr. Kobach Comes to Town: Nativist*

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 13-45

2007, Arizona passed the Legal Arizona Workers Act, which empowered Arizona courts to suspend or revoke the business licenses of employers who knowingly or intentionally employed unauthorized workers.[53] Then, in 2010, Arizona made headlines around the world when it enacted SB 1070, the Support Our Law Enforcement and Safe Neighborhoods Act.[54] The law made it a state criminal offense to work or seek work without being in an authorized status. It also created criminal penalties for employing, sheltering, or transporting an unauthorized migrant, and for failure to comply with a federal law that requires all noncitizens to register with the federal government and to carry their immigration papers. It required police officers to check a person's immigration status each time they stopped someone suspected of a crime, and it authorized officers to conduct warrantless arrests whenever they had probable cause to suspect someone was undocumented.

In 2011, five additional states – Alabama, Georgia, Indiana, South Carolina and Utah – enacted similar laws.[55] The Alabama law, HB 56, arguably went furthest. It included many provisions similar to those in SB 1070. In addition, it barred undocumented immigrants from attending public colleges and universities and required that public primary and secondary schools check the status of students and report annually to the state the number of undocumented children enrolled. It also prohibited state courts from enforcing any contract to which an undocumented immigrant was a party, provided the other party had direct or constructive knowledge of the person's unauthorized status. As originally drafted, HB 56 prohibited undocumented immigrants from entering into any "business transaction" with any government entity in Alabama, which caused concern that unauthorized immigrants would be unable to obtain water, electricity, or other public

---

Laws & the Communities They Damage, 2011, <https://www.splcenter.org/20110130/when-mr-kobach-comes-town-nativist-laws-and-communities-they-damage>; Chishti, M. & Bergeron, C., *Hazelton Immigration Ordinance That Began With a Bang Goes Out With a* Whimper, Migration Policy Institute, 2014, <http://www.migrationpolicy.org/article/hazleton-immigration-ordinance-began-bang-goes-out-whimper>.

[53] Ariz. Rev. Stat. Ann. § 23-212.

[54] 2010 Arizona Sessions Laws, Chapter 113. S.B. 1070, 49th Leg., 2d Reg. Sess. (Az. 2010), as amended by House Bill 2162, 2010 Arizona Sessions Laws, Chapter 211.

[55] H.R. B. 56 (Ala. 2011) (enacted); H.R. B. 87 (Ga. 2011) (enacted); H.R. B. 497 (Utah 2011) (enacted); S. B. 590 (Ind. 2011) (enacted); S. B. 20 (S.C. 2011) (enacted).

utility services; this provision was later reworded to prohibit undocumented immigrants from entering into a "public records transaction" (such as an application for a driver's license or business license).

III. LEGAL CHALLENGES TO "ATTRITION THROUGH ENFORCEMENT" LAWS

The wave of anti-immigrant laws that swept the United States between 2006 and 2011 captured a great deal of attention in the news media and gave rise to boycotts and international condemnation.[56] However, most of the provisions contained in these laws never went into effect. The federal government went to court to challenge the constitutionality of many of these laws, as did immigrants' rights organizations such as the American Civil Liberties Union and the Mexican American Legal Defense Fund. The central question in these legal challenges has been whether the laws in question are preempted by federal law under the framework set forth by the Supreme Court in *De Canas v. Bica*, discussed above.

A key aspect of many of the new "attrition through enforcement" laws is that state and local lawmakers have framed these measures as merely being mechanisms for local enforcement of *federal* immigration policies rather than as imposing new and different restrictions at the state or local level. For example, an ordinance in Farmer's Branch, Texas, that is quite similar to the Hazleton ordinance states that its aim is to provide "a different mechanism against the same ... conduct" criminalized by the federal government.[57] The architect of this strategy, and the drafter of many of these laws, is Kris Kobach, a former law professor and current state official in Kansas who worked in the U.S. Department of Justice during the administration of President George W. Bush. In a 2008 law review article, Kobach advanced the theory that states may impose limitations on unauthorized immigrants so long as the measures

[56] See Gordon, I. & Raja, T., "164 Anti-Immigration Laws Passed Since 2010? A Mojo Analysis," *Mother Jones*, Mar./Apr. 2011, <http://www.motherjones.com/politics/2012/03/anti-immigration-law-database>; Kain, E., "Why Arizona's Controversial Immigration Law Is Bad For Business," *Forbes*, Apr. 27, 2012, <http://www.forbes.com/sites/erikkain/2012/04/27/why-arizonas-controversial-immigration-law-is-bad-for-business/#745b7d061d64>; Lacey, M., "Immigration Advocates Split Over Arizona Boycott," *N.Y. Times,* Sep. 14, 2011, <http://www.nytimes.com/2011/09/15/us/immigration-advocates-are-split-over-arizona-boycott.html>.

[57] Farmer's Branch, Tex., Ordinance 2952 (2008).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 13-45

are the "mirror image" of federal law.[58] For instance, a law that creates state criminal penalties for providing transportation, housing, or other assistance to undocumented immigrants may be framed as consistent with a federal law that sets forth a range of criminal penalties for bringing a person to the United States other than at a designated port of entry; transporting an unauthorized immigrant within the United States; concealing, harboring, or shielding an unauthorized immigrant from detection; and encouraging or inducing a noncitizen to enter or reside in the United States knowing that such residence will be in violation of the law.[59]

Although Kobach's theory persuaded many lawmakers to enact anti-immigrant measures, most federal courts have rejected this theory, striking down a number of these laws even when they purport merely to provide local enforcement mechanisms for federal policies. Below is a brief summary of the current status of the relevant case law as of June, 2016. While some questions have reached the Supreme Court, others have been considered only by the lower courts. When the federal appeals courts are in disagreement, the conflict creates a "circuit split" that will not be resolved until such time as the Supreme Court takes up the issue. In the meantime, each court's decision remains binding in the geographic area of the country over which the court has jurisdiction.

1. RESTRICTIONS ON HOUSING

The Supreme Court has not yet ruled on the validity of laws that prohibit landlords from renting housing to unauthorized migrants. Three federal appeals courts have held that such laws are preempted by federal law and are therefore unconstitutional, while one federal appeals court has upheld their validity.

The Court of Appeals for the Third Circuit, with jurisdiction over Delaware, New Jersey, and Pennsylvania, was the first to consider this matter. In 2008, it struck down the housing provision of the Hazleton ordinance on preemption grounds. The court subsequently revisited the issue in light of developing case law at the Supreme Court, but reaffirmed its earlier decision,

[58] *See* Kobach, K.W., "Reinforcing the Rule of Law: What States Can and Should Do to Reduce Illegal Immigration," *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 22, 2008, p. 459 ff.

[59] 8 U.S.C. § 1324.

repeating in a 2013 decision its original conclusion that the Hazleton ordinance had impermissibly attempted to regulate immigration:

> The housing provisions of Hazleton's ordinances are nothing more than a thinly veiled attempt to regulate residency under the guise of a regulation of rental housing. By barring aliens lacking lawful immigration status from rental housing in Hazleton, the housing provisions go to the core of an alien's residency. States and localities have no power to regulate residency based on immigration status.[60]

The court further held that even if the ordinance did not represent an attempt to regulate immigration, the provisions would be preempted because Congress had "occupied the field" through its comprehensive laws imposing penalties for harboring unauthorized immigrants.[61] Finally, the court concluded that the ordinance conflicted with federal law: "Hazleton may not unilaterally prohibit those lacking lawful status from living within its boundaries, without regard for the Executive Branch's enforcement and policy priorities. If every other state enacted similar legislation to overburden the lives of aliens, the immigration scheme would be turned on its head."[62]

The Fifth Circuit Court of Appeals, with jurisdiction over Louisiana, Mississippi, and Texas, reached the same conclusion with regard to a similar ordinance in Farmer's Branch, Texas. The court held that the establishment of criminal offenses based on the housing of undocumented immigrants disrupted the federal immigration framework both by interfering with federal anti-harboring law and by allowing state officers to hold noncitizens in custody for possible unlawful presence without federal direction or supervision.[63] The Eleventh Circuit Court of Appeals, with jurisdiction over Alabama, Florida, and Georgia, also reached this conclusion with regard to Alabama's HB 56, which contained a broad anti-harboring provision that included a prohibition on offering rental accommodation to undocumented immigrants.[64]

---

[60] Lozano v. City of Hazleton, 724 F.3d 297, 315 (3d Cir. 2013).

[61] *Id.* at 316.

[62] *Id.* at 318 (3d Cir. 2013) (internal quotations and citations omitted)

[63] Villas at Parkside Partners v. City of Farmers Branch, Tex., 726 F.3d 524, 529 (5th Cir. 2013), *cert. denied*, 134 S.Ct. 1491 (2014).

[64] United States v. Alabama, 691 F.3d 1269, 1288 (11th Cir. 2012)

Two other federal appeals courts – the Fourth and Ninth Circuits – have reached decisions that do not directly address the question of restrictions on landlords but are otherwise in line with the Third, Fifth, and Eleventh Circuit decisions. These decisions, which are discussed below in Part III.B., interpret the federal anti-harboring statute to preempt state and local laws, holdings which strongly suggest that these courts would find landlord restrictions to be impermissible on preemption grounds.

The only federal court of appeals to have reached a different conclusion is the Eighth Circuit, which has jurisdiction over cases that arise in Arkansas, Iowa, Minnesota, North Dakota, South Dakota, Nebraska, and Missouri. In *Keller v. City of Fremont*, the court upheld the validity of an ordinance very similar to the one enacted in Hazleton and Farmer's Branch.[65] The court concluded that "[l]aws designed to deter, or even prohibit, unlawfully present aliens from residing within *a particular locality* are not tantamount to immigration laws establishing who may enter or remain in the country.[66] It then concluded that federal harboring laws were not sufficiently comprehensive to have "occupied the field," and that the restrictions on landlords did not conflict with federal law: "As the rental provisions do not 'remove' any alien from the United States (or even from the City), federal immigration officials retain complete discretion to decide whether and when to pursue removal proceedings."[67]

2. RESTRICTIONS ON TRANSPORTATION OR HARBORING OF UNDOCUMENTED IMMIGRANTS

Several of these laws create state criminal offenses relating to the transportation or harboring of undocumented immigrants. For example, § 5(B) of Arizona's SB 1070 makes it a criminal offense for a "person who is in violation of a criminal offense" to "[t]ransport or move or attempt to transport or move an alien in [Arizona], in furtherance of the illegal presence of the alien in the United States, in a means of transportation if the person knows or recklessly disregards the fact that the alien has come to, has entered or remains in the United States in violation of law"; to "[c]onceal, harbor or shield or attempt to conceal, harbor or shield an alien from detection in any place in [Arizona], including any building or any means of transportation,

[65] 719 F.3d 931, 940 (8th Cir. 2013), *cert. denied*, 34 S.Ct. 2140 (2014).

[66] *Id.* at 941.

[67] *Id.* at 944.

if the person knows or recklessly disregards the fact that the alien has come to, has entered or remains in the United States in violation of law"; or to '[e] ncourage or induce an alien to come to or reside in [Arizona] if the person knows or recklessly disregards the fact that such coming to, entering or residing in this state is or will be in violation of law." Georgia legislators enacted a law with substantially similar wording, while Alabama and South Carolina, in enacting SB 1070-type legislation, worded their provisions more broadly, to apply to anyone who engaged in such activities whether or not the person was already "in violation of a criminal offense."

The Fourth and Ninth Circuits, which together have jurisdiction over thirteen states, have struck down laws that impose state penalties for transportation or harboring of undocumented immigrants. In line with the decisions of the Third, Fifth, and Eleventh Circuits regarding rental housing restrictions, these decisions have concluded that laws regarding transportation or harboring laws constitute impermissible attempts by states to step into the role of regulating immigration; that such laws are preempted by the comprehensive federal legislative scheme regarding harboring; and that such laws conflict with the objectives of federal law because they interfere with the exercise of discretion regarding priorities for deportation, which is a key element of federal immigration policy. [68]

As described above, the Eighth Circuit has disagreed with this reading of the federal harboring statute, concluding in *Keller v. City of Fremont* that the federal government has not occupied the field and that state and local laws sanctioning harboring are thus permissible. [69] The Eighth Circuit is the only federal appeals court to have reached this conclusion.

---

[68] See Ga. Latino Alliance for Human Rights v. Governor of Ga., 691 F.3d 1250, 1263–65 (11th Cir.2012); United States v. Alabama, 691 F.3d 1269, 1285–87 (11th Cir.2012), *cert. denied,* 133 S.Ct. 2022 (2013); United States v. South Carolina, 906 F.Supp.2d 463, 468 (D.S.C.2012), *aff'd,* 720 F.3d 518, 2013 WL 3803464 (4th Cir. 2013); Valle del Sol Inc. v. Whiting, 732 F.3d 1006, 1023 (9th Cir. 2013), *cert denied*, 134 S.Ct. 1876 (2014). See also Utah Coalition of La Raza v. Herbert, 26 F. Supp. 3d 1125 (D. Utah 2014) (holding that Section 10 of H.B. 497, which makes it a crime to "harbor an alien for commercial or private gain," was preempted by federal law).

[69] Keller v. City of Fremont, 719 F.3d 931 (8th Cir. 2013).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 13-45

3. RESTRICTIONS ON EMPLOYMENT

There are two types of employment-related restrictions present in "attrition through enforcement" laws – those directed at employers and those directed at immigrants themselves. Laws imposing sanctions on employers have met with mixed results in the courts, while those imposing penalties on employees have been struck down.

Since the passage of IRCA in 1986, federal law has required employers to verify that prospective workers are authorized to work, and has imposed civil and criminal sanctions on employers who fail to do so. To comply with the law, employers must check the documentation of each employee who is hired, and must maintain records regarding the employee's work authorization. In 1997, the INS launched the Basic Pilot Program, which provided a way for employers to receive rapid electronic verification of a prospective employee's work eligibility. [70] The program, which was initially limited to employers in selected states, became effective nationwide in 2004 and became accessible to employers via the Internet. In 2007, this system was renamed E-Verify. As of 2009, federal contractors have been required to use E-Verify.[71] For other employers, the system is voluntary; federal law permits employers to continue to complete the process manually instead of electronically if they so choose.

In *Chamber of Commerce of U.S. vs. Whiting*, the Supreme Court upheld the validity of an Arizona law, the Legal Arizona Workers Act of 2007, that requires employers in Arizona to participate in the in E-Verify program and that provides for the suspension or revocation of the business licenses of employers that knowingly hire unauthorized workers.[72] The Court held that federal law did not explicitly preempt the Arizona statute because IRCA, although it preempts states from imposing sanctions on employers, includes an exception broad enough to cover the Arizona law. The preemption clause in question prohibits any State or local law that imposes "civil or criminal sanctions (other than through licensing and similar laws) upon those who employ ... unauthorized aliens."[73] The Supreme Court held that the Arizona

[70] U.S. Citizenship and Immigration Services, *E-Verify*, <https://www.uscis.gov/e-verify/about-program/history-and-milestones>.

[71] *Id.*

[72] Chamber of Commerce of U.S. v. Whiting, 563 U.S. 582 (2011).

[73] 8 U.S.C § 1324a(h)(2).

law was a licensing law (because it punishes employers through suspension or revocation of their business license) and was thus not preempted. The Court also held that the Arizona law did not conflict with federal law because it tracked the requirements of federal law and did not impose additional requirements on employers. Even though federal law prohibits the federal government from requiring employers to participate in the E-Verify program, the Court held that Arizona was free to impose such a requirement.

Other state and local laws that attempt to impose sanctions on employers have been struck down, however. The Third Circuit Court of Appeals, which had invalidated the employer sanctions in the Hazleton ordinance prior to the Supreme Court's decision in *Chamber of Commerce v. Whiting*, reconsidered the case after the Supreme Court issued its decision, but reached the same conclusion it had before.[74] The court held that the Hazleton ordinance conflicted with IRCA because it required employers to verify the work eligibility of a much broader range of individuals than IRCA requires, covering any "agreement to perform any service or work or to provide a certain product in exchange for valuable consideration."[75]

While federal law prohibits employers from hiring unauthorized workers, it does not prohibit immigrants who lack employment authorization from seeking or accepting employment. Citing this distinction, the Supreme Court in *Arizona v. U.S.,* struck down §5(C) of S.B. 1070, which made it a state misdemeanor for "an unauthorized alien to knowingly apply for work, solicit work in a public place or perform work as an employee or independent contractor" in Arizona.[76] The Court found that "Congress made a deliberate choice not to impose criminal penalties on aliens who seek, or engage in, unauthorized employment" and held that § 5(C) would therefore interfere with the "careful balance" struck by Congress in IRCA.[77]

4. REGISTRATION REQUIREMENTS

The Supreme Court has made clear that states may not require noncitizens to comply with any sort of registration system.

---

[74] Lozano v. City of Hazleton, 724 F.3d 297 (3d Cir. 2013), cert denied, 134 S.Ct. 1491 (2014).

[75] *Id.* at 308.

[76] Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13–2928(C) (West Supp.2011).

[77] Arizona v. United States, 132 S. Ct. 2492, 2504-05 (2012).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 13-45

In *Arizona v. U.S.*, the Supreme Court struck down Section 3 of Arizona's SB 1070, which created a state misdemeanor offense for "willful failure to complete or carry an alien registration document ... in violation of 8 United States Code section 1304(e) or 1306(a)." The reliance on federal law in the Arizona statute is a prime example of the "mirror image" strategy of linking state and local restrictions to federal law. Back in 1940, the Supreme Court struck down a Pennsylvania law that set up a state-run registration system for noncitizens; in that case, *Hines v. Davidowitz*, the Court held that the federal government had the exclusive power to require such registration, and that it was unconstitutional for Pennsylvania to set up its own system.[78] In contrast to the Pennsylvania law at issue in *Hines v. Davidowitz*, the Arizona law did not set up an independent registration system but rather imposed state penalties for violation of federal law. Nevertheless, the Supreme Court struck it down.

The federal law in question—which has not been enforced for many decades[79] – makes it a federal misdemeanor offense to fail to carry "any certificate of alien registration or alien registration receipt card issued . . . pursuant to subsection (d) of this section." Subsection (d), in turn, provides that "[e]very alien in the United States who has been registered and fingerprinted under the provisions of the Alien Registration Act, 1940, or under the provisions of this chapter shall be issued a certificate of alien registration or an alien registration receipt card in such form and manner and at such time as shall be prescribed under regulations issued by the Attorney General."[80] Federal law also provides that "[a]ny alien required to apply for registration and to be fingerprinted in the United States who willfully fails or refuses to make such application or to be fingerprinted, and any parent or legal guardian required to apply for the registration of any alien who willfully fails or refuses to file application for the registration of such alien."[81] These provisions have their origin in a World War II-era registration program that fell out of use only a few years after it began.

---

[78] Hines v. Davidowitz, 312 U.S. 52, 74 (1941).

[79] See Morawetz, N. & Fernández-Silber, N., "Immigration Law and the Myth of Comprehensive Registration," *U.C. Davis L. Rev.*, Vol. 48, 2014, p. 143.

[80] 8 U.S.C. § 1304(d).

[81] 8 U.S.C. § 1306(a).

Rejecting the mirror image theory, the Supreme Court concluded that §3 of SB 1070 represented an impermissible encroachment on the federal power to regulate immigration. The Court held that Congress has created a comprehensive legislative scheme governing the registration of foreign nationals, and that states may not intrude upon this comprehensive scheme by imposing their own penalties relating to failure to register or to carry registration documents. "Federal law," the Court held, "makes a single sovereign responsible for maintaining a comprehensive and unified system to keep track of aliens within the Nation's borders."[82]

5. WARRANTLESS ARRESTS

In *Arizona v. U.S.*, the Supreme Court also struck down §6 of S.B. 1070, which provided that a state police officer, "without a warrant, may arrest a person if the officer has probable cause to believe ... [the person] has committed any public offense that makes [him or her] removable from the United States."[83] The Court noted that §6 gave greater power to state law enforcement officers than federal law gives to federal immigration officers, who must obtain warrants before arresting noncitizens suspected of immigration violations except where the person in question "is likely to escape before a warrant can be obtained."[84] It further noted that federal law allows state and local law enforcement officers to carry out the functions of federal immigration officers only under limited circumstances, such as when federal authorities enter into a formal agreement with a law enforcement agency and provide training and supervision to the officers.[85]

The Court held that state officers may not be given the power to decide whether an alien should be detained for being removable, because the removal process is entrusted to the discretion of the Federal Government. Such a law, the Court concluded, "would allow the State to achieve its own immigration policy. The result could be unnecessary harassment of some aliens (for instance, a veteran, college student, or someone assisting with a criminal

[82] Arizona, 132 S. Ct. at 2502.

[83] *Id.* at 2505.

[84] 8 U.S.C. § 1357(a)(2).

[85] Arizona, 132 S. Ct. at 2506. The federal law authorizing such collaboration is 8 U.S.C. § 1357(g).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 13-45

investigation) whom federal officials determine should not be removed."[86] Consistent with a long line of cases stretching back to *Chy Lung*, the Court reasoned that "[d]ecisions of this nature touch on foreign relations and must be made with one voice."[87]

6. "SHOW ME YOUR PAPERS" PROVISIONS

The only provision of SB 1070 that the Supreme Court declined to invalidate in *Arizona v. U.S.* was § 2(B), which requires police officers in Arizona to make a reasonable attempt to determine the immigration status of any person they detain or arrest if "reasonable suspicion exists that the person is an alien and is unlawfully present in the United States" and that any person who is arrested shall have his or her immigration status determined before being released.[88]

In reaching its decision, the Court noted that there are three limits contained within § 2(B): "First, a detainee is presumed not to be an alien unlawfully present in the United States if he or she provides a valid Arizona driver's license or similar identification. Second, officers 'may not consider race, color or national origin ... except to the extent permitted by the United States [and] Arizona Constitution[s].' Third, the provisions must be 'implemented in a manner consistent with federal law regulating immigration, protecting the civil rights of all persons and respecting the privileges and immunities of United States citizens.'[89] The Court acknowledged that "[d]etaining individuals solely to verify their immigration status would raise constitutional concerns"[90] and that "it would disrupt the federal framework to put state officers in the position of holding aliens in custody for possible unlawful presence without federal direction and supervision."[91] However, it concluded that the law could be read in such a way to avoid those problems, for example by interpreting it to require officers to "conduct a status check during the course of an authorized, lawful detention or after a detainee has been released" without the status check prolonging the detention in any

[86] Arizona, 132 S. Ct. at 2506.

[87] *Id.* at 2506-07.

[88] Ariz.Rev.Stat. Ann. § 11–1051(B) (West 2012).

[89] Arizona, 132 S. Ct. at 2507-08.

[90] *Id.* at 2509.

[91] *Id.*

way. The Court concluded that because the law had not yet gone into effect, there was "a basic uncertainty about what the law means and how it will be enforced," and that "[a]t this stage, without the benefit of a definitive interpretation from the state courts, it would be inappropriate to assume § 2(B) will be construed in a way that creates a conflict with federal law." The Court noted, however, that its opinion did not foreclose the possibility of other challenges to the law after it went into effect.[92]

IV. FEDERALISM AND FUNDAMENTAL RIGHTS: LEGAL FRAMEWORKS FOR CHALLENGING ANTI-IMMIGRANT LAWS IN THE UNITED STATES AND THE EUROPEAN UNION

As the above discussion makes clear, recent litigation on state and local anti-immigrant laws within the United States has turned almost exclusively on questions of federalism (i.e. competence); U.S. courts that have struck down state and local anti-immigrant laws have done so on the grounds that such laws impermissibly encroach on federal power. However, laws that single out undocumented immigrants and block access to basic services also raise questions of fundamental rights under both domestic and international law, including the right to equal protection/non-discrimination, the right to housing, the right to health, the right to education, the right to family life, and the right to dignity. This section offers a brief comparison between the United States and the European Union in order to highlight the difference between addressing such laws as matters of federalism and addressing them as violations of fundamental rights.

Federalism

From a federalism standpoint, there are certain superficial parallels to be drawn between the United States and the E.U. with regard to laws that restrict the rights of undocumented immigrants. Both the United States and the EU have policies at the federal level that are designed to discourage unauthorized immigration. In the United States these include the employer sanctions provisions of IRCA and the federal law prohibiting the harboring or transportation of unauthorized immigrants, both of which have been cited by courts as reasons to strike down subfederal laws that ostensibly have

[92] *Id.* at 2510.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 13-45

similar aims. In the EU, federal policies include the 2009 Employer Sanctions Directive,[93] which established an E.U. policy of prohibiting employers from hiring unauthorized workers, and the 2002 Facilitation Directive and accompanying Council Framework Decision, which established a policy of sanctioning those who assist undocumented immigrants to enter or remain in E.U. Member States.[94]

In addition, in both the United States and the E.U., numerous laws restricting the rights of undocumented immigrants have been enacted at the subfederal level – by states and municipalities in the United States, and by Member States within the E.U..[95] In some cases, national laws within the E.U. look quite similar to anti-immigrant laws that have been struck down by U.S. courts. For example, landlords are prohibited from renting property to undocumented immigrants in Italy, France, Germany, Greece, Denmark, Hungary, Romania, Czech Republic, and Malta.[96] The United Kingdom

[93] Directive 2009/52/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals., *OJ* L 168, of 30.6.2009, pp. 24-32.

[94] Council Directive 2002/90/EC of 28 November 2002 defining the facilitation of unauthorised entry, transit and residence (Facilitation Directive); Council Framework Decision of 28 November 2002 on the strengthening of the penal framework to prevent the facilitation of unauthorised entry, transit and residence.

[95] Questions of federalism do sometimes arise *within* E.U. Member States with regard to such issues. However, the dynamic on display in U.S. litigation (a federal government seeking to block restrictive legislation at the state or local level) has not been very much in evidence. For an example of a federalism conflict in which a subfederal unit of government seeks to expand protections for undocumented immigrants, see, e.g. Sobrino Guijarro, I., "Constitutional Bases in the Federal Conflict Over Access to Health Care of Undocumented Immigrants in Spain," *Perspectives on Federalism*, Vol. 6, issue 2, 2014, <http://www.on-federalism.eu/index.php/articles/183-constitutional-bases-in-the-federal-conflict-over-access-to-health-care-of-undocumented-immigrants-in-spain>(analyzing conflict between Autonomous Communities and federal government in Spain regarding national policy restricting access to health care).

[96] See Carrera, S. & Parkin, J., *Protecting and Delivering Fundamental Rights of Irregular Migrants at Local and Regional Levels in the European Union*, Centre for European Policy Studies, p. 14, <http://cor.europa.eu/en/documentation/studies/Documents/protecting-fundamental-rights-irregular-migrants.pdf >. French law contains an exception for those who accommodate a close relative, and in Italy, landlords are punished for renting to an undocumented tenant only if they take "unfair advantage" of the tenant's vulnerable situation. Carrera, S., et. al., Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the Criminalisation of humanitarian

(soon to exit the E.U.) imposed such restrictions through passage of the Immigration Act of 2014.[97] While public elementary and secondary education is generally accessible to undocumented immigrants within the E.U., there are several Member States that impose limits on education or require public schools to report the presence of undocumented immigrants within their student body.[98]

Beyond these parallels, however, the federalism analyses diverge. The E.U. is a federation of sovereign nations, any of which may (as the recent "Brexit" vote makes clear) choose to leave the Union at any time. It does not possess anything close to the power to preempt subfederal laws that the United States federal government wields under the Supremacy Clause of the U.S. Constitution.[99] E.U. competence on migration was established with the entry into force of the Treaty of Amsterdam in 1999, and was significantly strengthened by the Treaty of Lisbon in 2009.[100] However, migration is an issue of shared competence and is subject to the principle of subsidiarity, under which "the Union shall act only if and insofar as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States,

assistance to irregular migrants, European Parliament, 2016, p. 31, <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/536490/IPOL_STU(2016)536490_EN.pdf>

[97] Home Office press release, "Right to Rent Goes Live Across England," Feb. 1, 2016, <https://www.gov.uk/government/news/right-to-rent-goes-live-across-england>. The law requires landlords to check the papers of all tenants over the age of 18, and to refuse to rent to anyone who cannot provide proof of authorization to be present within the UK. Landlords who fail to do so can be fined up to three thousand pounds.

[98] See FRA-European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation in the European Union*, 2011, p. 87, <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1827-FRA_2011_Migrants_in_an_irregular_situation_EN.pdf>(noting that "[i]n five countries, Bulgaria, Hungary, Latvia, Lithuania and Sweden it appears that migrant children in an irregular situation are not always entitled to free state schooling" and that the Czech Republic, Estonia, and Poland guarantee access only to primary education, while in France, undocumented children over the age of 16 can be rejected from secondary schools based on school capacity).

[99] For a comprehensive comparison of immigration federalism in the United States and the E.U., see Delaney, E.F., "Justifying Power: Federalism, Immigration, and 'Foreign Affairs,'" *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy*, Vol. 8, 2013, p. 153 ff.

[100] Migration falls within the Area of Freedom, Security, and Justice (AFSJ). For a full list of E.U. competencies, see *FAQ on the EU Competences and the European Commission Powers*, <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/competences/faq>.

either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level."[101] In keeping with this model of federalism, the E.U. policies aimed at discouraging unauthorized immigration are embodied in directives that call on – and in fact, require – Member States to take action. For example, the Facilitation Directive requires each Member State to adopt laws imposing sanctions on those who assist undocumented immigrants to "enter, or transit across, the territory of a Member State in breach of the laws of the State concerned on the entry or transit of aliens" and against "any person who, for financial gain, intentionally assists a person who is not a national of a Member State to reside within the territory of a Member State in breach of the laws of the State concerned on the residence of aliens."[102] Member States were given a deadline (Dec. 5, 2004) by which to enact such sanctions, and were directed to "communicate to the Commission the text of the main provisions of their national law which they adopt in the field covered by this Directive, together with a table showing how the provisions of this Directive correspond to the national provisions adopted."[103]

Thus, federal policies in the E.U. do not preempt subfederal lawmaking but rather are designed to promote it. In light of this important difference, the federalism arguments that have proven to be such a powerful tool for immigrant rights advocates in challenging state and local anti-immigrant legislation within the United States are unlikely to have much relevance with regard to laws enacted by E.U. Member States.[104]

Fundamental Rights

While federalism/competence arguments are likely to be much less significant in the E.U. than in the United States, the opposite holds true for

[101] TEU, Art. 5(3)

[102] Facilitation Directive, Art. 1.

[103] Facilitation Directive, Art. 4.

[104] Federalism arguments may, of course, have relevance within Member States with regard to conflicts between national and subnational units of government. See, e.g. Sobrino Guijarro, I., "Constitutional Bases in the Federal Conflict Over Access to Health Care of Undocumented Immigrants in Spain," *Perspectives on Federalism*, Vol. 6, issue 2, 2014, <http://www.on-federalism.eu/index.php/articles/183-constitutional-bases-in-the-federal-conflict-over-access-to-health-care-of-undocumented-immigrants-in-spain>.

arguments challenging anti-immigrant laws as violations of fundamental rights.

In the United States, many commentators have argued that state and local anti-immigrant laws promote racial and ethnic discrimination in violation of the U.S. Constitution's guarantee of equal protection.[105] However, such arguments have been largely absent from litigation challenging the validity of such laws. During oral argument before the U.S. Supreme Court regarding Arizona's SB 1070, for example, the Solicitor General of the United States made clear that the Obama administration was not challenging the Arizona law as being racially discriminatory but was merely arguing that the law impermissibly encroached on federal power.[106] The administration's position reflected the view that it would be difficult to establish that the law was discriminatory on its face, and that therefore any challenge based on racial discrimination would have to rest on how the law was applied – a position that the Court itself adopted in its decision.[107]

Critics of laws such as SB 1070 have also argued that they violate principles of non-discrimination embodied in the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD),[108] both of which the United States has ratified, and that laws that prohibit undocumented immigrants from accessing basic necessities violate international norms of social and economic rights, such as the right to housing.[109] However, challenging such laws as violations of international law would be exceedingly difficult under the

[105] U.S. Constitution, amend. XIV, § 1, cl. 1.

[106] See Chacon, J.M., "The Transformation of Immigration Federalism," *21 William & Mary Bill of Rights Journal,* Vol. 21, 2012, pp. 577-78.

[107] Arizona v. United States, 132 S. Ct. 2492, 2510 (2012). A separate lawsuit has challenged racial profiling by police in Maricopa County, Arizona. See Melendres v. Arpaio, 784 F.3d 1254 (9th Cir. 2015), *cert. denied sub nom. Maricopa Cty., Ariz. v. Melendres*, 136 S. Ct. 799 (2016).

[108] See, e.g., Lewis, H., *Human Rights Implications of Arizona v. U.S.*, <http://www.scotusblog.com/2011/07/human-rights-implications-of-arizona-v-united-states/>. The Intern-American Commission on Human Rights expressed its concern regarding SB 1070 and the very similar law enacted in Alabama. See Inter-American Commission on Human Rights, Press Release, "IACHR Expresses Concern over New Immigration Law in U.S. State of Alabama," <http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2011/063.asp>.

[109] See Lewis, H. and Rosenbloom, R.E., "The Boston Principles: An Introduction," *Notre Dame Journal of International, Comparative, and Human Rights Law*, Vol. 1, 2011, pp. 145 ff.

legal framework that U.S. courts apply. The U.S. ratifications of the ICCPR and CERD include declarations that the treaties are not self-executing, meaning that they cannot be applied directly by U.S. courts. The prospects for litigating violations of social and economic rights is even more tenuous. As one human rights organization has put it: "The United States stands virtually alone in the world as an opponent of economic and social rights…. American administrations – regardless of the broad global consensus to the contrary – regularly take the position that economic and social rights are merely 'aspirational,' unenforceable and best approached as a policy matter leaving broad latitude to governments to provide or deny such rights depending on the political context of the moment. On the domestic level, the United States provides no federal constitutional guarantees for economic and social rights, and has yet to ratify the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights [ICESCR]."[110]

Within the E.U., in contrast, such arguments can draw on a much more robust legal framework. Every E.U. Member State is a party to the core international human rights treaties including not only the ICCPR and CERD but also the ICESCR and the Convention on the Rights of the Child (CRC). All are party as well to the European Convention on Human Rights and either the original or revised European Social Charter (ESC). And all are party to the European Charter of Fundamental Rights.

In particular, case law interpreting the ESC may hold some promise for challenging the validity of laws that aim to prevent undocumented immigrants from accessing rental housing and other essentials. The scope of the ESC is limited to "foreigners only in so far as they are nationals of other Parties lawfully resident or working regularly within the territory of the Party concerned."[111] Thus, challenges to the exclusion of undocumented immigrants from ordinary government benefits programs are unlikely to succeed. However, the European Committee on Social Rights, which monitors compliance with the ESC, has interpreted its scope to reach more broadly when violations of social and economic rights are severe. For example, in *Conference of European Churches v. Netherlands* (2014), the Committee found

[110] Center for Economic and Social Rights, *United States*, <http://www.cesr.org/section.php?id=26>.

[111] European Social Charter (Revised) Appendix, §1.

that the Netherlands had violated the ESC by denying emergency shelter and assistance to undocumented immigrants, concluding that "[w]hen human dignity is at stake, the restriction of the personal scope should not be read in such a way as to deprive migrants in an irregular situation of the protection of their most basic rights enshrined in the Charter, nor to impair their fundamental rights, such as the right to life or to physical integrity or human dignity."[112]

A full comparison of indirect immigration control measures in the two regions is outside the scope of this article. However, the brief comparison offered here reveals that there are significant parallels between the E.U. and the United States with regard to both federal policies aimed at discouraging unauthorized immigration and subfederal laws restricting the rights of undocumented immigrants. Due to the very different legal frameworks that govern both federalism and human rights in the two regions, case law from one jurisdiction is unlikely to be of direct use in the other. Nevertheless, further comparative scholarship on this topic would benefit scholars and immigrants' rights advocates in both regions. As foreign policy becomes a more central aspect of E.U. governance,[113] it is possible that the foreign policy

---

[112] *Conference of European Churches (CEC) v. The Netherlands (complaint)*, Complaint No 90/2013, Council of Europe: European Committee of Social Rights, Decision on the Merits, July 1, 2014, § 66.

In International Federation of Human Rights Leagues (*FIDH) v. France,* the Committee concluded that France had violated the ESC in limiting the access of low-income undocumented immigrant children to state-funded medical assistance. The Committee held that France had not violated the ESC with regard to adult undocumented immigrants, because the legislation in question provided access to emergency medical care for all and allowed undocumented immigrants to access some forts of forms of healthcare after being present in the country for three months. However, the Committee found that any restriction on healthcare imposed on undocumented minors was impermissible, because Article 17 of the ESC (guaranteeing the right of children to protection) is more expansive than Article 13 (right to healthcare). The Committee concluded that Article 17 was directly inspired by the CRC and that "it protects in a general manner the right of children and young persons, including unaccompanied minors, to care and assistance." Complaint No. 14/2003, Decision on the Merits, § 36.

[113] On the new rules for E.U. external action introduced by the Treaty of Lisbon, see VAN ELSUWEGE, P., "EU External Action After the Collapse of the Pillar Structure: In Search of a New Balance Between Delimitation and Consistency," *Common Market Law Review*, Vol. 47, 2010, p. 987 ff.

rationale for federal control over immigration that has been so prominent in U.S. jurisprudence will come to be more significant within the E.U.. And U.S. scholars and advocates, who have in the past drawn on jurisprudence from the European Court of Human Rights in crafting arguments relating to the rights of noncitizens facing deportation,[114] may gain new insights by studying developing case law in Europe regarding the economic and social rights of undocumented immigrants.

[114] See, e.g., Wishnie, M.J., "Immigration Law and the Proportionality Requirement," *U.C. Irvine Law Review,* Vol. 2, 2012, p. 430.

LE FINANCEMENT DES PARTIS POLITIQUES AU MAROC À LA LUMIÈRE DE LA LÉGISLATION ET DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

Adil Moussebbih[1]

I. INTRODUCTION – II. LE CADRE JURIDIQUE DU FINANCEMENT DES PARTIS POLITIQUES – III. PLAFONNEMENT DES DÉPENSES ÉLECTORALES DES CANDIDATS AUX ÉLECTIONS LÉGISLATIVES – IV. VERS L'ADOPTION D'UNE LÉGISLATION NOVATRICE SUR LE FINANCEMENT DE LA VIE POLITIQUE.

RÉSUMÉ : Les partis politiques sont des institutions vitales dans les démocraties contemporaines. La question du financement de la vie politique est l'épine dorsale de tout système politique. Le présent article permet donc d'examiner au préalable le cadre juridique déterminant les conditions de la participation de l'État au financement des partis politiques lors des élections législatives ainsi que les critères de répartition des dotations accordées par l'État et le contrôle exercé sur les moyens octroyés. L'article se réfère dans son développement à la jurisprudence du Conseil constitutionnel marocain relative à un point important introduit dans le code électoral, à savoir le plafonnement des dépenses électorales.

MOTS CLÉS : Financement, partis politiques, élections législatives, campagnes électorales, législation, jurisprudence constitutionnelle, plafonnement des dépenses

LA FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN MARRUECOS A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

RESUMEN: Los partidos políticos son instituciones vitales en las democracias contemporáneas. La cuestión de la financiación de la vida política es la columna vertebral de cualquier sistema político. Este artículo permite examinar de antemano el marco jurídico para determinar las condiciones de participación del Estado en la financiación de los partidos políticos en las elecciones parlamentarias y los criterios de distribución de las asignaciones concedidas por el Estado y el control de los medios otorgados. El artículo se refiere en su desarrollo a la jurisprudencia del Consejo Constitucional marroquí en relación con un punto importante introducido en el código electoral, a saber, la limitación de los gastos electorales.

PALABRAS CLAVE: financiación, los partidos políticos, elecciones legislativas, campañas electorales, legislación, jurisprudencia constitucional, limitación de gasto.

THE FINANCING OF POLITICAL PARTIES IN MOROCCO, IN THE LIGHT OF THE LEGISLATION AND CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

ABSTRACT : The political parties are vital institutions in contemporary democracies. The issue of financing political life is the backbone of any political system. This article examines the legal framework determining the conditions of state participation in funding political parties in the parliamentary elections and the criteria of distribution of allocations awarded by the State

[1] Assistant (*Assistant Professor*) de Droit Public à la Faculté Polydisciplinaire, Université Chouaïb Doukkali – El Jadida – Maroc.

and control over the allocated means. The article refers in its development to the Moroccan Constitutional Council's jurisprudence regarding an important point introduced to the Electoral Code, namely the capping of election expenses.

KEYWORDS: Financing, political parties, elections, election campaigns, legislation, constitutional jurisprudence, spending limits

I. INTRODUCTION

Les partis politiques sont des institutions vitales dans les démocraties contemporaines. Ils sont à la base de l'organisation démocratique fondée sur l'expression et la manifestation du pluralisme politique[2]. La question du financement de la vie politique est l'épine dorsale de tout système politique dans la mesure où les partis sont des entités publiques nécessaires au bon fonctionnement de la société[3] et qu'ils confortent l'exercice démocratique en permettant l'expression de la diversité des opinions dans le respect de l'intérêt général de la collectivité. Ils constituent de ce fait un organe vital dans l'organisation de l'État démocratique[4].

Pour mener à bien leurs activités et assurer la pérennité de leur existence sur la scène politique, les partis doivent disposer de ressources financières appropriées. Ce besoin d'argent doit cependant être strictement règlementé, car la relation controversée entre l'argent et la politique peut mettre en péril le processus démocratique[5]. Certes argent et politique ont toujours entretenu des rapports ambigus, souvent sulfureux, caractérisés par une relation de dépendance réciproque. A l'époque contemporaine, les modalités de fonctionnement d'une démocratie moderne, par le jeu d'élections régulières, libres, concurrentielles et au coût en constante augmentation, ont poussé les pouvoirs publics à renforcer les dispositifs législatifs et règlementaires. Cela

---

[2] VAN BIEZEN, Ingrid, *Financement des partis politiques et des campagnes électorales*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2003

3 Conférence sur «le bilan de la démocratisation en Afrique», organisée à Libreville par l'Assemblée Internationale des Parlementaires de Langue Française (AIPLF) dont les actes ont été publiés par « Parlements et francophonie », n° 106

[4] TOLINI, Nicolas, *Le financement des partis politiques*, Dalloz, 2006, p. 467

[5] Les liens qui doivent nécessairement exister entre les citoyens et les acteurs économiques d'une part, et les partis politiques d'autre part, se trouvent resserrés. Toutefois, les travers d'un tel dispositif sont bien connus, notamment le risque d'influence indue que les donateurs sont susceptibles d'acquérir sur les bénéficiaires.

avait permis de faire face aux besoins de financement de la vie politique, tout en garantissant une totale probité quant à l'origine, au volume et à l'usage des fonds dont peuvent disposer les partis politiques[6].

Les aspects équivoques de la finance et de la politique, qui se manifestent à travers des flux financiers illégaux qui finissent dans les caisses des partis et dans les poches des hommes politiques, ne doivent pas occulter le caractère vital que le financement de l'activité politique revêt pour le fonctionnement de la démocratie. Il faut de ce fait, l'envisager dans une vision plus large que les seules transactions illicites[7].

Plus généralement, l'activité politique suppose des dépenses qui doivent être considérées comme le coût nécessaire et inévitable de la démocratie[8]. Pour bien fonctionner, les partis politiques doivent subvenir aux besoins de leurs organisations, employer du personnel, mener des campagnes électorales et communiquer avec l'ensemble de l'électorat. Pour pouvoir s'acquitter de ces fonctions, et d'autres fonctions nécessaires, ils doivent disposer de ressources financières appropriées. Toutefois, en raison de l'effet de distorsion que l'argent peut avoir sur le processus démocratique, il importe de règlementer convenablement son rôle[9].

En effet dans un monde politique en pleine mutation inhérent à un contexte de compétition exacerbée entre les partis, l'utilisation des méthodes modernes de communication politique et de véritables opérations de marketing exigent un coût exorbitant. De même, l'ampleur inégale des ressources financières dont disposent les partis, l'absence de règles encadrant leur utilisation, l'insuffisance des moyens disponibles, entrainent un surcroit de dépenses susceptibles de conduire à un recours aux ressources occultes, ainsi qu'à toutes sortes de pratiques répréhensibles. La révélation d'importants scandales politico-financiers a provoqué une prise de conscience de la

[6] Tolini, N., *op cit.*, p 13

[7] *Ibid.* 1

[8] van Biezen, I. *op cit.*

[9] *Ibid.* 4

nécessité d'agir contre ce fléau dans les grandes démocraties, notamment en Allemagne[10], aux États Unis[11] et en France[12] et en Grande Bretagne[13].

Il est désormais admis que la consolidation de la démocratie requiert d'une part l'atténuation des inégalités à travers l'allocation équitable des ressources publiques et, d'autre part, l'adoption de mesures d'accompagnement visant à assainir les mœurs politiques, à lutter contre certaines dérives pernicieuses liées à l'argent dans ses rapports avec la politique, et à combattre le financement occulte des partis politiques[14].

Au Maroc, à l'instar d'un bon nombre de pays développés comme le Canada, l'Allemagne, la France, la Belgique, les pays scandinaves**,** des réformes législatives en matière de financement des partis politiques ont été introduites au cours des années quatre-vingt dix. Ces réformes ont coïncidé avec la volonté des pouvoirs publics d'assurer une plus grande ouverture démocratique et de renforcer le rôle des partis politiques dans la structuration

[10] Le principe de transparence des comptes a été inscrit dans la constitution allemande dès 1949. La loi de 1967 sur les partis politiques, modifiée à diverses reprises, pose le principe d'un financement de l'État calculé en fonction des suffrages obtenus et des montants des dons et cotisations encaissées. Chaque année les comptes sont remis au président du Bundestag.

[11] Aux États-Unis, le législateur s'est employé dés la fin du XIX siècle à contenir l'immixtion de l'argent et des intérêts privés dans la sphère politique, mais c'est

[12] Jusqu'a 1988, la France a été la lanterne rouge des démocraties occidentales en matière de règlementation du financement de la vie politique. Il a fallu attendre cette date, sous la pression de scandales, pour que la classe politique et l'opinion publique ne feignent plus d'ignorer que la démocratie avait un prix et accréditent un véritable cadre spécifique du financement des partis, complétant les dispositions propres aux campagnes électorales, qui allait être fortement remaniée deux ans au plus tard soit adoptée.

[13] La Grande Bretagne n'a pas jusqu'en 2000 adopté de texte d'ensemble organisant le financement des partis. De façon constante, l'idée d'un financement public global y a toujours été repoussée, tant pour des raisons économiques qu'idéologiques. Les versements des particuliers de même que ceux des personnes morales –traditionnellement les entreprises et les syndicats- étaient soumis à bien peu d'obligations, laissant la porte ouverte à tous les abus. Aucun des deux grands partis ne semblait vouloir remettre en cause ce régime peu contraignant avec lequel ils avaient su s'accommoder. Comme dans d'autres démocraties, sous la poussée des affaires, une importante loi du 30 novembre 2000 est venue règlementer les financements et créer une commission indépendante de contrôle. Toutefois, de nouvelles révélations sur le financement du parti travailliste, en 2006 ont amené le premier ministre Tony Blair à entreprendre de réviser le récent cadre juridique.

[14] El Hadj Mbodj, article sur le financement des campagnes électorales et des partis politiques dans les États africains francophones

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 47-75

de l'espace politique. Toutefois, l'élaboration d'une législation spécifique pour le financement des partis n'a été effective qu'en 2006 par l'adoption de la loi organique n° 36-04 régissant les partis politiques. Cette loi a été modifiée et complétée par la nouvelle loi organique n° 29-11 qui a vu le jour dans un contexte politique favorable inhérent à l'adoption de la nouvelle Constitution en 2011.

L'adaptation progressive des textes régissant le fonctionnement des partis politiques atteste de la volonté du législateur de rehausser les règles qui les régissent au niveau de maturité requis par les pratiques en vigueur dans les démocraties modernes. L'avènement de cette nouvelle ère a considérablement modifié la problématique du financement, en la plaçant au centre des préoccupations des partis. Ceux-ci ont été les premiers à subir les conséquences du mouvement en cours. Devenues les chevilles ouvrières des compétitions électorales, les formations ont du s'adapter à un rôle de premier plan dans un contexte sans précédent ; soumises à l'inflation exponentielle des coûts, la recherche de sources de financement s'est imposée comme leur principal activité, un exercice vital pour tout dire. Le même phénomène s'imposa avec force aux candidats.

Comment le financement et le contrôle des partis politiques sont-ils règlementés dans la législation actuelle ? L'État devrait-il bannir les dons effectués par des sociétés privées? Les partis devraient-ils recevoir un financement public ? Comment sanctionner les dons illicites et prévenir le trafic d'influence ? Les dépenses de campagnes devraient-elles être plafonnées aux termes de la loi ?

Pour répondre à ces différentes préoccupations, il convient d'examiner au préalable le cadre juridique déterminant les conditions de la participation de l'État au financement des partis politiques lors des élections législatives, les critères de répartition des dotations accordées par l'État, ainsi que le contrôle exercé sur les moyens octroyés. On traitera par la suite la jurisprudence du Conseil constitutionnel marocain relative à un point important introduit dans le code électoral, à savoir le plafonnement des dépenses électorales.

II. LE CADRE JURIDIQUE DU FINANCEMENT DES PARTIS POLITIQUES

Le financement des partis politiques dans la législation actuelle peut être examine sous deux angles : la participation de l'État au financement des partis politiques et le contrôle exercé par l'État sur l'utilisation des fonds accordés.

1. LA PARTICIPATION DE L'ÉTAT AU FINANCEMENT DES PARTIS POLITIQUES

Pour pouvoir s'acquitter de leurs fonctions et faire face aux dépenses nécessaires a l'accomplissement de leurs activités courantes et à l'organisation des campagnes électorales, les partis politiques doivent disposer de ressources financières appropriées. A ce titre la loi organique n° 29-11 relative aux partis politiques traite, dans son chapitre IV, des ressources et des critères de financement des partis politiques, de la contribution de l'État dans ce financement, des institutions et des mécanismes de contrôle comptable, ainsi que des mesures de suspension de financement prévues en la matière.

Le législateur a tenu à règlementer rigoureusement la question du financement des partis politiques. Il a prévu expressément que les fonds alloués par l'État doivent être dépenses conformément à leur objet et que toute utilisation de l'argent du financement public pour des buts autres que ceux pour lesquels ils ont été attribués sont assimilés à un détournement de deniers publics. Par ailleurs, l'article 31 de la loi a limité de façon drastique les sources de financement des partis qui comprennent à titre exhaustif :

- Les cotisations des membres du parti;
- Les dons, legs et libéralités, en numéraire ou en nature, sans que leur montant ou leur valeur global ne puisse dépasser 300.000 dirhams par an et par donateur;
- Les revenus liés aux activités sociales ou culturelles du parti ;
- Les produits des investissements des fonds du parti dans les entreprises de presse chargées d'éditer les journaux porte-parole du parti, et dans les entreprises d'édition et d'impression œuvrant pour son compte;
- Le soutien annuel accordé par l'État pour participer à la couverture des frais de gestion des partis politiques, ainsi que le soutien affecté à la contribution à la couverture des frais d'organisation de leurs congrès nationaux ordinaires, prévus dans la présente loi organique;

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 47-75

– Le soutien affecté aux partis politiques pour contribuer au financement de leurs campagnes électorales dans le cadre des élections générales communales, régionales et législatives.

Le montant de la participation de l'État est fixé à l'occasion de chaque élection générale communale ou législative par arrêté du Premier Ministre, pris sur proposition du ministre de l'Intérieur, du ministre de la Justice et du ministre des Finances.

La loi organique sur les partis politiques n°29-11 dans son article 39 interdit aux partis toute autre subvention directe ou indirecte des collectivités territoriales, des établissements publics, des personnes morales de droit public ou des sociétés dont le capital est détenu, en totalité ou en partie, par l'État[15]. Pour éviter une perte de légitimité, les partis politiques se doivent d'être financés exclusivement par des fonds d'origine nationale. Ils ne peuvent recevoir de façon directe ou indirecte des fonds étrangers[16].

Si par le passé, l'État aidait les partis politiques d'une façon sporadique et obscure, il ne peut plus agir désormais qu'en respectant les règles élémentaires et intangibles de l'égalité et de la transparence prévues dans la loi organique n°29-11 relative aux partis politiques, qui prévoit l'attribution de subventions annuelles que l'État accorde aux partis politiques pour couvrir leurs frais de fonctionnement, l'organisation de leurs congrès nationaux ordinaires, et leurs campagnes électorales locales, régionales ou nationales.

L'État consacre en outre une allocation financière aux partis politiques qui ont participé aux élections législatives, et ce, en fonction de l'importance électorale de chaque formation politique. Ainsi, la subvention de l'État est désormais répartie entre trois catégories de formations politiques : celles qui ont participé aux législatives et assuré la couverture d'au moins 10 % des circonscriptions perçoivent un montant forfaitaire distribué à égalité et décidé conjointement par le ministre de l'Intérieur et le Premier ministre. Viennent ensuite les formations ayant obtenu au moins 3% sans atteindre 5% des suffrages exprimés lors des élections législatives au niveau de l'ensemble des circonscriptions électorales locales. Enfin, celles qui ont recueilli au moins 5 % de ces derniers reçoivent un appui financier calculé selon le nombre de sièges et de suffrages obtenus.

[15] Cf article 38 de la LO 29-11 relative aux partis politiques

[16] Cf article 39 de la LO 29-11 relative aux partis politiques

Par ailleurs, les partis ayant participé aux élections générales législatives et ayant couvert au moins 10% des circonscriptions électorales locales relatives à l'élection des membres de la chambre des représentants, bénéficient une fois tous les quatre ans, d'une subvention pour couvrir les frais d'organisation de leurs congrès nationaux.

Selon certains constitutionnalistes[17], le seuil de 5 % est considéré comme très élevé si l'on se réfère aux lois des pays démocratiques comme l'Espagne, l'Allemagne, la France, le Canada, la Grèce, la Suède etc. Ce seuil, qui a été critiqué par plusieurs partis de l'opposition, a été considéré par certains partis comme insuffisant[18].

Au regard du droit comparé, dans le système espagnol, la fraction des fonds répartie proportionnellement au nombre de voix recueillies n'est attribuée qu'aux formations qui ont obtenu au moins 3% des suffrages exprimés. En Allemagne, sont éligibles au financement d'État les partis obtenant au moins 0,5% des deuxièmes voix aux élections européenne et du Bundestag ou 1% aux élections aux Landtag. La loi grecque sur le financement des partis instaure également un critère de représentativité de 3% pour les allocataires des fonds publics. La France a opté pour critère de représentativité relativement modéré, autour de 2% en 2003 arrêté à 1% en 2007, afin d'assurer des ressources à des mouvements de faible poids électoral. Quant à la loi électorale du Canada, elle prévoit un financement public trimestriel des partis qui ont obtenu aux dernières élections générales au moins 2 % des voix à l'échelle nationale ou au moins 5 % des voix dans les circonscriptions dans lesquelles ils ont soutenu un candidat. La Suède qui a été parmi les premiers pays au monde à instituer un financement public des partis réserve les subventions aux groupements représentés au Rikstag ayant obtenu au moins 4 % des suffrages au niveau national ou 12 % dans une circonscription. Les partis sans élu au parlement mais qui ont recueilli plus de 2,5% des voix peuvent aussi y prétendre.

Au Maroc, le mécanisme de financement public obéit à deux critères conformément au décret-loi n° 2.06.176 du 21 avril 2006, à savoir le nombre des voix obtenues, et le nombre de sièges recueillis par le parti.

---

[17] Bendourou, Omar, « La nouvelle loi marocaine relative aux partis politiques », *Année du Maghreb*, VIII 2006

[18] C'est le cas des partis de l'Istiqlal et de l'Union socialiste des forces populaires (USFP) qui auraient souhaité le relever à 10 %. Au sein de l'opposition parlementaire, le Parti de la justice et du développement avait demandé de le porter à 7 %.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 47-75

Le versement du montant de la participation étatique est réparti en deux tranches égales. Le montant de la première tranche est versé sur la base des voix que chaque formation politique a obtenu sur le plan national au titre des circonscriptions électorales locales et de la circonscription électorale nationale (50%). Quant à la seconde tranche, son montant est versé sur la base du nombre des sièges obtenus par chaque parti.

Il convient de souligner que la nouvelle loi organique régissant les partis politiques a prévu une nouvelle répartition de l'allocation de l'État qui retient comme critère le nombre de voix obtenues conjugué au nombre de sièges recueillis par le parti. Cet état de fait marque une rupture avec l'ancien décret 2-92-721 du 28 septembre 1992[19] qui privilégie comme critère le nombre de candidats présentés par chaque parti. Ce dernier critère peut du reste avoir un effet pervers dans la mesure où les partis politiques seraient enclins à présenter le maximum de candidats possibles – dans certains cas juste pour la forme – afin de bénéficier d'une dotation importante[20].

À titre comparatif, actuellement dans la majorité des pays européens, les partis politiques sont essentiellement financés par les subventions de l'État[21]. Les partis créés dans des périodes de transition politique sont très dépendants du financement public. Et à l'exception de la Suisse et de la Lettonie, presque toutes les démocraties libérales en Europe, quelles soient récentes (Bulgarie,

[19] Le décret-loi n° 2.06.176 prévoit un mode de versement en quatre tranches : La première tranche de 20 % du montant est effectuée d'une manière égale entre les différents partis politiques participant aux élections. La seconde tranche de 30 % effectuée après la clôture du délai du dépôt des candidatures est répartie en tenant compte du nombre de candidats présentés par chacun des partis.- La troisième tranche de 25 % est répartie en fonction du nombre de voix recueillis par chaque parti « sans tenir compte du nombre de voix obtenu par chacun de leurs candidats lorsque ce nombre est inférieur à 5 % des suffrages exprimés dans la circonscription. La quatrième tranche de 25 % est répartie en tenant compte du nombre de sièges obtenus.

[20] Décret 2.92.721 du 28 septembre 1992. Dans les dispositions de ce décret, il est à préciser que l'analyse du versement du montant de la participation étatique montre que 50 % du montant de la participation de l'État alloué au partis politiques (première et deuxième tranches) est accordé dans tenir compte de la représentativité des partis politiques concourant à l'élection : en effet, la première tranche est accordée de manière indifférenciée aux partis politiques et la seconde tranche est répartie en tenant compte seulement du nombre de candidats présentés par chacun des partis.

[21] Rapport du PNUD « Atelier sur la législation et le financement des partis politiques en Tunisie : Perspectives comparatives Tunis, 12 et 13 Mai 2011 ».

République tchèque, Estonie, Grèce, Hongrie, Lituanie, Pologne, Portugal, Roumanie, Slovaquie, Espagne) ou anciennes (Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, France, Allemagne[22], Irlande, Italie, Pays-Bas, Norvège, Suède, Royaume-Uni), assurent un financement public direct aux partis politiques.

A titre d'illustration, le soutien accordé par l'État marocain a représenté pour les partis politiques bénéficiaires, la ressource financière la plus importante au titre des élections législatives de 2011, avec un taux de 88 % du total de leurs ressources[23]. Le montant global de la contribution de l'État au financement des campagnes électorales des partis politiques, a été fixé à 220 millions de dirhams. Cette somme dépasse de 10 % celle octroyée en 2007 et est largement majorée par rapport à celle des législatives de 2002, laquelle ne dépassait pas les 150 millions de dirhams. Ce soutien concerne l'aide directe aux activités opérationnelles des partis, aux campagnes électorales, et au fonctionnement des groupes parlementaires.

En sus des subventions annuelles qu'il attribue aux partis politiques, l'État participe au financement des campagnes électorales à l'occasion des élections générales communales, régionales et législatives[24]. Le montant global de la participation est fixé par décision du Chef du gouvernement, sur proposition de l'autorité gouvernementale chargée de l'intérieur, de l'autorité

---

[22] En Allemagne, les partis politiques sont d'abord financés par des subventions publiques. Celles-ci sont calculées en fonction des résultats électoraux aux scrutins européens, fédéraux et régionaux ainsi qu'en fonction du nombre de leurs membres. Cette aide publique est plafonnée à 133 millions d'euros. Les dons de personnes privées ou physiques ne sont pas plafonnés, mais il y a une obligation de transparence. Les dons de plus de 10.000 euros doivent être rendus publics dans le rapport comptable des partis, souvent publié un ou deux ans après le scrutin fédéral. A partir de 50.000 euros, les dons doivent être connus immédiatement. Les partis ont d'autres sources de revenus : les cotisations de leurs membres (c'est souvent la première source de revenus des partis), la participation des élus et les « revenus économiques » tirés de l'organisation de manifestations et même de la vente de produits dérivés (Source des informations : <http://fr.myeurop.info/2010/07/11/financement-des-partis-politiques-la-democratie-l'epreuve>).

[23] Voir dans ce sens le rapport de synthèse réalisé par la Cour des Comptes, Octobre 2013.

[24] L'État a augmenté de 10 % le financement de la campagne électorale pour les législatives anticipées du 25 novembre : il sera de 220 millions de dirhams (19 millions d'euros environ) contre 200 millions de dirhams en 2007 et 150 millions de dirhams en 2002. Le financement d'une campagne est maintenant plafonné à 350 000 dirhams (30 000 euros environ), contre 250 000 dirhams en 2007.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 47-75

gouvernementale chargée de la justice et de l'autorité gouvernementale chargée des finances.

En ce qui concerne les campagnes électorales, le financement a toujours pris la forme de dons indexés non pas sur les résultats électoraux des partis mais sur le nombre de candidats présentés. Ceci pousse à une course vers le recrutement des candidats à la veille des élections. Le nombre d'adhérents ou celui des sections pourraient constituer aussi une alternative mais demeurent flous[25]. L'un des critères qui pourraient désormais être retenus est l'indexation de la subvention sur le nombre des voix obtenues. Ce critère est valable aussi bien pour le financement des campagnes électorales que pour les activités normales des partis et permet de ne pas pénaliser les petites structures.

Bref, quel que soit le système de financement des partis, il ne sera efficace que s'il est assorti de mécanismes de contrôle bien définis et de sanctions dissuasives en cas de manquement aux règles en vigueur. Les organes de contrôle devraient être composés de personnalités indépendantes et dotés de moyens suffisants (notamment des pouvoirs de perquisition et de matériel financier et technique) pour mener à bien leur mission de surveillance.

2. LE CONTRÔLE EXERCÉ PAR L'ÉTAT SUR L'UTILISATION DES FONDS ACCORDÉS AUX PARTIS POLITIQUES

Parmi les concepts de base du financement des partis, le législateur considère que l'utilisation des subventions de l'État par ces derniers à des fins autres que celles pour lesquelles elles ont été accordées, constitue un détournement de deniers publics[26]. Le financement transparent de la vie politique se retrouve, dès lors, au cœur de l'institutionnalisation de la démocratie.

Le contrôle exercé par l'État sur l'utilisation des dotations octroyées aux partis politiques revêt deux aspects : d'un coté, il s'exerce sur les partis politiques pour vérifier l'affectation effective des subventions de l'État aux fins pour lesquelles elles ont été accordées ; de l'autre, le contrôle s'exerce sur les candidats pour vérifier leurs dépenses au titre des élections législatives.

En France, depuis 1988, la loi « relative à la transparence financière de la vie politique » fixe un cadre juridique très précis. Les dépenses électorales sont remboursées aux candidats qui ont obtenu au moins 5 % des suffrages. Ces dépenses sont plafonnées et doivent être justifiées. Les formations

[25] Ibid 15

[26] Cf article 47de la loi organique n° 29-11 relative aux partis politiques.

politiques perçoivent aussi des subventions. Elles dépendent du nombre de suffrages recueillis aux législatives et du nombre de parlementaires inscrits[27]. L'aide publique est attribuée après examen des comptes des partis par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP).

Au Maroc, le contrôle des subventions accordées aux partis politiques est effectué par une commission présidée par un vice président de la Cour des comptes désigné par le président de cette Cour et comprend un président de chambre de la Cour suprême désigné par le ministre de la justice, un représentant du ministre de l'Intérieur et un inspecteur des finances nommé par le ministre des Finances.

En matière de dépenses électorales des candidats, le contrôle est assuré par la commission de vérification des dépenses électorales. Celle-ci est chargée d'examiner l'état des dépenses engagées par les candidats aux élections législatives, et vérifier le respect des règles de plafonnement des dépenses électorales.

Les candidats doivent établir un état des dépenses qu'ils ont engagé lors de l'élection et l'adresser à cette commission dans un délai d'un mois après la proclamation des résultats.

Dans le cadre de la législation actuelle, il existe deux commissions en charge du contrôle du financement de la vie politique, l'une assurant le contrôle de l'utilisation par les partis politiques des subventions aux fins pour lesquelles elles ont été accordées- dont essentiellement le financement des campagnes électorales- et l'autre en charge de l'examen des dépenses engagées par les candidats aux élections législatives. Cet état de fait nous pousse à proposer une éventuelle fusion ces deux entités afin de conférer une cohérence d'ensemble aux opérations de contrôle.

L'existence sur un plan organique d'un seul organe en charge d'assurer les missions dévolues à ces deux commissions permettrait d'assurer plus d'efficacité et de rationalité dans le contrôle du financement de la vie politique.

---

[27] A titre d'exemple, l'État français a versé 73 millions d'euros en 2008, dont près de 35 millions pour l'UMP et près de 24 pour le parti socialiste (PS). En complément de ce financement public, seuls les particuliers peuvent faire des dons aux partis politiques dans la limite de 7 500 euros par an et par personne. Depuis 1995, les personnes morales (entreprises, fondations...) ne peuvent pas financer un parti. A l'exception des partis politiques qui peuvent se faire des dons entre eux.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 47-75

Il est proposé dans ce sens l'élargissement des attributions de la future commission afin de lui permettre d'exercer en plus des missions déjà confiées aux deux commissions précitées, le contrôle des comptes des partis politiques. Ce contrôle qui pourrait être effectué annuellement concernerait l'ensemble des ressources du parti, qu'elles soient d'origine publique, privée ou de fonds propres.

Il est évident que l'ampleur de la tâche qui incomberait à cette commission indépendante nécessiterait la mobilisation de façon permanente, de moyens humains et matériels conséquents et particulièrement performants.

Il serait également opportun que le contrôle du financement des campagnes électorales des partis politiques soit enfin règlementé et que son suivi soit confié au Conseil constitutionnel, à l'instar de la législation française qui prévoit une commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, autorité administrative indépendante[28]. Dés lors qu'elle constate une irrégularité elle saisit le juge de l'élection du compte non approuvé. Toutefois, sa position ne lie pas le juge. Outre la saisine par ladite commission, le Conseil constitutionnel doit également répondre à tout argument contenu dans une requête recevable et portant sur les comptes de campagne d'un élu. De même, l'article LO 186-1 lui permet d'être saisi d'un compte, sans qu'il y ait intervention préalable de la commission[29].

Pour compléter l'analyse des dispositions législatives et règlementaires régissant le financement de la vie politique, il convient d'examiner l'aspect jurisprudentiel concernant la position du Conseil constitutionnel sur un principe important introduit dans le code électoral, à savoir le plafonnement des dépenses électorales. Nous allons examiner successivement le contenu de la règle du plafonnement, ainsi que la portée juridique de cette règle.

[28] La commission a été créée par la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques. Elle a été mise en place le 19 juin 1990. Selon l'ordonnance n° 2003-1165 du 8 décembre 2003 portant simplifications administratives en matière électorale, cette commission est une autorité indépendante composée de neuf membres : hauts magistrats, sont nommés pour cinq ans renouvelables par décret du Premier ministre. Trois membres sont nommés sur proposition du vice-président du Conseil d'État, trois sur proposition du Premier président de la Cour de cassation et trois sur proposition du Premier président de la Cour des comptes. Ils élisent leur président qui nomme un vice-président. Il ne peut être mis fin à leur mandat (sauf démission ou décès).

[29] Voir Camby, J.P. *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Dalloz,3éme édition, 2004, p. 140.

III. PLAFONNEMENT DES DÉPENSES ÉLECTORALES DES CANDIDATS AUX ÉLECTIONS LÉGISLATIVES

Au Maroc, les règles relatives au plafonnement des dépenses des candidats à l'occasion des campagnes électorales concernent à la fois les élections communales et législatives. Elles font l'objet du titre II de la quatrième partie du code électorale de 1997. Cependant, les mesures d'applications prises sous forme de décret relatif au plafond à respecter et à la nature des dépenses électorales n'ont porté jusqu'à nos jours que sur les dépenses relatives aux élections législatives[30].

La règle du plafonnement des dépenses s'applique à deux niveaux différents:

- Elle limite d'une part le volume de l'argent à utiliser pendant la campagne électorale en fixant un plafond des dépenses, visant par là à assurer l'égalité entre les candidats ;
- Elle limite, d'autre part, les domaines où l'argent peut être dépensé, en ne retenant que les dépenses électorales stricto sensu, visant cette fois à moraliser la vie politique.

1. CONTENU DE LA RÈGLE DU PLAFONNEMENT

D'après l'article 289 du code électoral, les candidats aux élections générales communales et législatives sont tenus de respecter le plafonnement des dépenses fixé par décret, et ce afin d'éviter l'escalade et l'utilisation effrénée de l'argent, assurant ainsi l'équilibre des moyens déployés par les candidats, indépendamment de leur fortune personnelle.

Dans ce cadre le décret n° 2-11-607[31] du 19 octobre 2011 fixe le plafond du financement des campagnes électorales à 350.000 DH pour chaque candidat et candidate au lieu de 250.000 qui avait été fixé par le décret 2-97-234 du 22 octobre 1997.

---

[30] L'impact du plafonnement des frais des frais de campagne a infléchi la dangereuse spirale inflationniste des dépenses qui avait amené partis et candidats à recourir à tous les artifices, y compris les plus illégaux, pour se procurer les fonds nécessaires à la promotion de leurs idées ainsi qu'a leur succès électoral.

[31] L'article 3 dudit décret stipule que « chaque mandataire de liste de candidature ou chaque candidat, selon le cas, est tenu d'établir un état détaillé des sources de financement de sa campagne électorale et un état des dépenses engagées par lui lors de sa campagne électorale, accompagné de toutes les pièces justifiant lesdites dépenses ».

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 47-75

Il y'a lieu de préciser que le décret du 19 octobre 2011maintient les mêmes dispositions contenues dans le décret précité de 1997, notamment en matière de dépenses engagées au titre de l'impression des annonces et des documents électoraux, leur affichage et leur distribution ainsi que les frais des rassemblements électoraux, les rémunérations versées aux prestataires de services, les frais de déplacement et toutes autres les dépenses afférentes à ces rencontres[32].

Cette définition des dépenses comporte quelques ambigüités :

- Tout d'abord, elle laisse entendre que les dépenses électorales sont celles engagées pendant la durée légale de la campagne électorale, ce qui est difficilement applicable en pratique. À titre d'exemple, l'impression et l'acquisition des supports de propagande exigent beaucoup plus de temps, et il aurait été souhaitable de tenir compte de cette contrainte pour fixer la date du début des dépenses. Il aurait fallu aussi préciser si les dépenses électorales sont constituées uniquement par les dépenses engagées et réglées, ou bien également par les dépenses engagées, mais dont le paiement a été différé au-delà de la durée légale de la campagne électorale.
- Ensuite, la loi ne précise pas si les dépenses engagées au profit du candidat par d'autres personnes qui le soutiennent sont considérées comme faisant partie des dépenses électorales et donc soumises au plafond fixé.
- Par ailleurs, le problème juridique le plus important apparaît lorsqu'on examine la portée de la règle du plafonnement et de l'obligation de déposer l'état des dépenses et les pièces justificatives.

[32] Il est précisé que le financement accordé par le ministère de l'Intérieur n'est pas suffisant compte tenu notamment du dispositif de distribution adopté. En général, lors de la campagne; les partis politiques sont obligés de couvrir toute l'étendue de la circonscription électorale, de couvrir lors des élections tous les bureaux de vote...À ce titre, ils supportent les charges inhérentes à ces activités, ainsi que d'autres frais connexes supportés par le candidat. Sachant qu'une part importante des fonds est allouée à la confection des supports publicitaires et autres documents de campagne, et que le parti utilise de son côté une autre partie de ces fonds, le volet attribué au candidat se trouve réduit à une portion congrue.

2. PORTÉE DE LA RÈGLE DU PLAFONNEMENT : L'ABSENCE DE SANCTIONS

L'article 293 du code électoral marocain dispose que lorsque la commission de vérification constate que l'état des dépenses n'a pas été déposé dans le délai prescrit ou fait apparaître un dépassement du plafond fixé, elle en saisit la juridiction compétente. L'application de cette disposition pose problème.

En effet, bien que la règle du plafonnement des dépenses et celles du dépôt dans le délai fixé de l'état des dépenses et des pièces justificatives soient exprimées de manière impérative par le code électorale, ces deux règles ne sont pas d'ordre public puisqu'elles ne sont assorties d'aucune sanction déterminée, ni pécuniaire, ni électorale, ni pénale.

En conséquence, les termes de l'article 293 n'ont aucune portée juridique, puisque l'on voit mal comment un tribunal se déclarerait compétent et prononcerait une sanction non prévue par la loi. Il y a donc :

- absence de sanction pécuniaire, dans la mesure où les candidats astreints au dépôt de l'état des dépenses n'est pas tenu par exemple, dans le cas où un dépassement du plafond des dépenses a été constaté, de verser au trésor public une somme égale au montant de ce dépassement.
- absence de sanction électorale, dans la mesure où le candidat qui n'a pas déposé lesdits documents dans les conditions et délais prescrits où dont le dossier a été rejeté n'est pas déclaré, par exemple, inéligible pour une durée donnée.
- absence de sanction pénale, enfin, puisque le candidat qui aura dépassé le plafond des dépenses électorales fixé n'est puni ni d'une d'amende, ni d'un emprisonnement.

D'ailleurs, force est de constater que la violation des dispositions législatives en matière de plafonnement des dépenses électorale ne figure pas parmi les infractions prévues et sanctionnées par le titre V du code électoral. S'agit-il d'une simple omission volontaire ou involontaire du législateur? Dans les deux cas, le but recherché, celui de l'égalité et de la transparence de la vie politique, n'est pas atteint. Ce qui impose l'introduction de réformes législatives en la matière, à l'instar d'autres pays démocratiques, notamment la France qui a mis en place un dispositif très avancé d'aide financière aux partis politiques et de prise en charge des dépenses de campagne, en contrepartie du strict respect de la législation définie. Les manquements à cette législation exposent leurs

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 47-75

auteurs à une panoplie de sanctions très dissuasives : sanctions pénales[33] pour les donateurs illégaux et les bénéficiaires de ces dons, amendes et prison) ; sanctions financières[34] : perte du financement public ; retrait d'agrément pour le mandataire financier; rejet des comptes; sanctions électorales[35]-des peines d'inéligibilité qui ont pour effet d'évincer temporairement de la vie politique ceux qui prennent le risque de la fraude) ; ou annulation de l'élection.

3. LE PRINCIPE DU PLAFONNEMENT DES DÉPENSES ÉLECTORALES : POSITION DU CONSEIL

En matière de plafonnement des dépenses électorales, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer sur cette question, dans plusieurs de ses décisions notamment celles n°205-98, n°207-98 et n° 252-98 datées respectivement du 11 mai, 21 mai et 12 novembre 1998.

Appelé à se prononcer sur la contestation de la régularité de l'élection de certains membres de la chambre des représentants, le Conseil constitutionnel a statué par le rejet desdites contestations, en particulier le moyen tiré du dépassement du plafond des dépenses électorales. Pour arriver au rejet de ce moyen, le Conseil Constitutionnel a tout simplement souligné que la loi

[33] L'article L. 113-1 du code électoral prévoit une peine d'amende de 3 750 euros et/ou d'emprisonnement d'un an, à l'encontre du candidat qui aura recueilli des fonds sans l'intermédiaire d'un mandataire financier (article L. 52-4) ; ou celui qui a accepté des fonds en violation des dispositions de l'article L. 52-8.

[34] Si le juge de l'élection écarte parfois la sanction d'inéligibilité en raison de la bonne foi du candidat, il peut confirmer le rejet à bon droit du compte, conduisant ainsi de fait à l'application de sanctions financières. Ces sanctions se traduisent par le non-remboursement forfaitaire des dépenses aux candidats qui n'ont pas déposé leur compte à temps ou qui ont dépassé le plafond de dépenses ou dont le compte de campagne a été rejeté (art. L. 52-11-1). Si le juge de l'élection constate par une décision définitive un dépassement du plafond légal des dépenses, le candidat est tenu de verser au Trésor public, une somme égale au montant du dépassement (article L. 52-15, dernier alinéa).

[35] L'article L. 118-3 précise que le rôle du juge de l'élection « peut déclarer inéligible le candidat dont le compte de campagne, le cas échéant après réformation, fait apparaître un dépassement du plafond des dépenses électorales ». Si l'inéligibilité prononcée concerne un candidat élu, son élection est annulée, ou si l'élection n'a pas été contestée, il est déclaré démissionnaire d'office.

Ces dispositions sont issues de la loi interprétative n° 96-300 du 10 avril 1996 qui a introduit la possibilité par le juge de l'élection de retenir la bonne foi du candidat pour écarter la sanction électorale.

organique relative à la Chambre des Représentants ne prévoit dans aucune de ses dispositions le plafonnement des dépenses électorales.

Les décisions du Conseil constitutionnel marocain font fi des dispositions de l'article 289 du code électoral qui prévoit expressément que « les candidats aux élections générales communales et législatives sont tenus de respecter le plafonnement des dépenses électorales fixés par décret pris sur proposition du ministère de l'intérieur, du ministre de la justice et du ministre des finances ».

Il découle de cet article qu'un plafond peut être fixé. On se demande bien évidemment sur l'existence d'un décret promulgué à cette occasion et sur le pourquoi d'une attitude pareille envers ce grief. Le code électoral (loi ordinaire) reste alors sans effet juridique du moment où les lois organiques relatives aux deux chambres du Parlement ne fixent pas de plafond aux dépenses électorales dont le dépassement n'est pas de nature à entacher d'irrégularité d'une élection législative.

Une lecture constitutionnelle permet néanmoins de comprendre les raisons ayant conduit le Conseil à cette prise de position. La constitution de 2011 prévoit dans son article 37 (2e alinéa), à propos de la Chambre des représentants, la disposition suivante : « le nombre des représentants, le régime électoral, les conditions d'éligibilité, le régime des incompatibilités et l'organisation du contentieux électoral sont fixés par une loi organique ».

La position du Conseil constitutionnel, même si elle est justifiée selon nous d'un point de vue constitutionnel, suscite des interrogations d'ordre juridique. Elle induit ainsi certains effets préjudiciables à la cohérence et à l'applicabilité des dispositions législatives relatives aux élections. En effet, le Conseil n'a pas admis le principe de plafonnement des dépenses électorales au motif qu'il n'est pas prévu par le « régime électoral » de la Chambre des représentants et ne peut en conséquence figurer dans une loi ordinaire.

Il convient de s'interroger par ailleurs, avec un certain étonnement, sur le fait que le code électoral comporte en plus des dispositions relatives au plafonnement des dépenses électorales, d'autres dispositions qui rentrent dans le cadre du régime électoral de la Chambre des représentants, mais dont la constitutionnalité n'a jamais été remise en cause par le Conseil. Il s'agit de celles relatives aux listes électorales générales qui traitent des conditions d'inscription des citoyens sur les listes électorales et des incapacités

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 47-75

électorales. Ce même code prévoit des dispositions relatives à l'utilisation des moyens audiovisuels lors des campagnes électorales relatives à l'élection de la Chambre des représentants.

La position du Conseil constitutionnel a crée aussi un certain trouble juridique[36] car il n'a pas pris en compte le principe de plafonnement des dépenses électorales pour les candidats à la Chambre des représentants, alors que ce principe prévu dans le code électoral n'a jamais été déclaré explicitement anticonstitutionnel par le Conseil[37].

Etant donné que le code électoral n'a pas été soumis au Conseil pour en apprécier la constitutionnalité. Ce dernier, arguant que la loi ordinaire n'est pas habilitée à traiter de cette question qui relève du domaine de la loi organique, estime que le dépassement du plafond des dépenses électorales n'est pas un motif d'annulation de l'élection du député-élu. Cette logique a été largement critiquée par la doctrine qui appelle le Conseil à reconsidérer l'article 45 de la Constitution pour être en phase avec son esprit. En effet, cet article, en englobant le domaine de la loi ordinaire, traite du « régime électoral des assemblées et conseils des collectivités locales ».

En effet, le pouvoir discrétionnaire dont jouit le juge constitutionnel pour ne pas annuler une élection comportant des irrégularités entraine un sentiment de déception des électeurs et des partis politiques qui ont la légitimité de se réclamer lésés par des décisions inéquitables.

En somme, les trois décisions du Conseil constitutionnel marocain ont eu pour effet également de créer à posteriori une situation inégalitaire pour les candidats à la Chambre des représentants, alors que les candidats aux élections communales y sont tenus en vertu du code électoral. Cette situation crée un déséquilibre sur un plan de principe entre les deux types d'élections et une incohérence voire un désordre dans le dispositif législatif régissant les élections dans notre pays.

La position du Conseil constitutionnel a enfin pour effet de ne pas prendre en compte un principe fondamental adopté par le législateur qui permet de limiter l'influence de l'argent dans les élections et tend à assurer une égalité entre les candidats aux élections à la Chambre des représentants.

---

[36] Smouni, Khalid, *Le contrôle des élections législatives par le Conseil constitutionnel*, DAR Bouregrag, 2005, p 289 (arabe).

[37] Zejjari, Ahmed, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois », REMALD, n°7, p 54, 1995

En raison de l'importance de ces décisions et leur impact sur les élections législatives futures, il serait également opportun de soumettre le contrôle des dépenses des candidats au contrôle du Conseil constitutionnel tout en renforçant ses pouvoirs dans le contentieux électoral financier afin de limiter le développement exponentiel des dépenses électorales[38] et assainir le financement des activités politiques. L'intervention du législateur est hautement souhaitable à ce sujet pour corriger ce flou juridique et mettre un terme à l'imbroglio qui porte préjudice aux fondements démocratiques de la vie politique du pays.

Il serait également impérieux que notre droit constitutionnel marocain soit adapté au nouveau système de contrôle de la constitutionnalité des lois, à savoir le contrôle par voie d'exception. Ce nouveau contrôle a pour conséquence d'assainir notre arsenal juridique et de faire disparaître de notre droit des lois qui ne sont plus conformes aux exigences juridiques actuelles. De ce fait, le plafonnement des dépenses relatives aux élections législatives est mis en veilleuse, même si l'article 289 du code électoral n'a pas été expressément déclaré non conforme à la Constitution. Pour remédier à cette situation, les pouvoirs publics seront appelés à transposer les dispositions du code électoral relatives aux élections législatives (y compris la question du plafonnement des dépenses électorales), aux lois organiques relatives aux deux chambres du Parlement.

En revanche, si le Conseil constitutionnel n'a évoqué que l'article 289 du code électoral, il n'en demeure pas moins que le gel de cet article entraîne par voie de conséquence le gel d'une série de dispositions du code qui lui sont liées. D'où la nécessité de faire un "toilettage" du code électoral pour en éliminer les aspects relatifs à la Chambre des Représentants et à la Chambre des Conseillers. Les pouvoirs publics doivent profiter de la révision du code électoral pour se conformer à la décision du Conseil Constitutionnel, en présentant les textes qu'il faut dans le sens voulu par le Conseil.

Enfin, il faut souligner que le contexte actuel marqué par la nouvelle constitution et par la volonté des pouvoirs publics de réaliser des élections

[38] A cette fin, le législateur a fixé des plafonds aux dépenses électorales. Ces plafonds varient en fonction des élections et de la population de la circonscription. Voir à ce propos, la loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 sur le financement de la vie politique qui est devenu le socle de la législation sur le financement de la vie politique, dont le point d'aboutissement actuel est constitué par les importantes lois du 14 avril 2011.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 47-75

libres et transparentes (article 11 de la constitution) tout en luttant contre le pouvoir de l'argent dans la vie politique, permettra d'offrir au Conseil constitutionnel un terrain prolifique pour un contrôle effectif de la régularité du financement des campagnes électorales, en sanctionnant sévèrement toutes les dérives qui seraient constatées et en mettant fin a toute velléité de fraude en la matière.

L'adoption d'une législation innovante en matière de financement des partis politiques instaurant des critères équitables de répartition des contributions de l'État aux partis, des sources de financement claires, des comptes transparents et des règles strictes régissant les dons privés, sont à notre sens des conditions sine qua non pour garantir la transparence financière de la vie politique.

IV. VERS L'ADOPTION D'UNE LÉGISLATION NOVATRICE SUR LE FINANCEMENT DE LA VIE POLITIQUE

Le financement public doit être entendu dans une perspective large dépassant les allocations versées aux candidats et les dotations permanentes des partis politiques. Il doit déboucher sur un véritable système régulant en amont les ressources des partis politiques et en aval le contrôle des dépenses des partis afin d'aboutir à une moralisation véritable de la vie politique ainsi qu' à une transparence de la gestion des partis et, par ricochet, a une plus grande appropriation citoyenne des partis et à une plus grande implication des citoyens dans la vie politique du pays.

La nécessite d'une législation innovante s'avère de plus en plus pressante en l'état actuel du développement de notre démocratie pluraliste. Les réformes à introduire concernent à la fois l'amélioration des textes actuels, et l'édiction de dispositions relatives à des domaines non couverts par la loi. En effet, le principal défaut de la législation actuelle est qu'elle met l'accent sur le contrôle a posteriori des dépenses électorales, et néglige totalement la question des ressources autres que publiques.

Les mesures à adopter doivent concerner à la fois les dépenses et les recettes. A ce niveau, il y a lieu d'astreindre les partis politiques et les candidats à tenir une compatibilité de leur de leur campagne électorale d'une part, et de définir les conditions du financement privé des partis politiques d'autre part. En d'autres termes, la réglementation du financement de la vie politique

doit neutraliser les effets de l'utilisation abusive de l'argent dans la conquête et l'exercice du pouvoir. Candidats, formations politiques et élus et électeurs doivent être protégés contre toute tentative de corruption. Pour satisfaire cette finalité, la législation sur le financement des campagnes électorales doit remplir quatre objectifs : Circonscrire les dépenses électorales dans des limites définies de façon objective, garantir aux candidats un seuil minimum de moyens financiers publics pour mener leur campagne électorale , leur imposer une transparence rigoureuse en ce qui concerne leurs ressources et leurs dépenses et veiller au respect de cette législation en prévoyant un contrôle strict et des sanctions dissuasives.

1. LE CONTROLE DES COMPTES

En dehors du mécanisme prévu par la loi pour contrôler les dépenses de la subvention publique à l'occasion des campagnes électorales, les partis politiques doivent être obligés de tenir une compatibilité retraçant tous les comptes du parti ainsi que ceux de tous les organismes, sociétés ou entreprises dans lesquels le parti peut légalement investir et dont il détient la moitié au moins du capital, où y exerce un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion.

Ces comptes doivent être arrêtés chaque année, certifiés par un ou plusieurs commissaires aux comptes et déposés au début de l'année suivant celle de l'exercice auprès de la commission de vérification ou d'une autre commission qui sera créée à cet effet.

Cette nouvelle approche doit permettre de mettre fin aux dysfonctionnements et aux errements constatés ces dernières au niveau de la gestion et de la tenue d'une comptabilité interne des partis politiques. Le dispositif de contrôle doit être renforcé et étendu a l'ensemble des pièces justificatives des recettes et des dépenses surtout lorsque l'on sait la facilité avec laquelle des pièces justificatives peuvent être produites[39] (mémoires d'honoraires, factures ou bien en présence de factures non numérotées, non datées, non libellées au nom du candidat, ne faisant pas état des informations relatives au fournisseur, au mode de règlement, manque d'informations

[39] Il est à signalé selon le rapport de la Cour des comptes que vingt neuf (29) partis politiques ont bénéficié de la participation étatique au financement de leurs campagnes électorales. Parmi ces partis, dix huit (18) ont adressé à la Cour leurs pièces justificatives dans les délais réglementaires.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 47-75

détaillées sur les sources de financement des campagnes électorales des candidats…)

A cet égard, Il y a lieu d'appliquer fermement les dispositions de la nouvelle loi organique de 2011 régissant les partis politiques, qui a imposé à ces derniers la tenue annuelle de leur comptabilité certifiée par un expert comptable inscrit à l'ordre des experts-comptables et conservation des pièces comptables pendant dix ans[40]. Le contrôle pourrait être amélioré, en obligeant les partis politiques d'avoir par exemple des comptes de campagne spécifiques (compte bancaire), ce qui permettrait de mieux cerner l'origine des ressources et la nature des dépenses.

Ainsi, tout versement de sommes en numéraire supérieures ou égales à 10.000 dirhams pour le compte d'un parti politique doit se faire par chèque bancaire ou chèque postal. Toute dépense en numéraire dont le montant est supérieur ou égal à 10.000 dirhams effectuée pour le compte d'un parti politique doit se faire par chèque. La Cour des comptes contrôle la comptabilité des partis qui est obligatoirement envoyée au plus tard le 31 mars de chaque année[41]. Le contrôle de la Cour s'exerce sur la légalité des dépenses au titre de la subvention de l'État ainsi que de ses recettes et dépenses globales.

C'est dans cette optique que s'inscrit les recommandations de la Cour des comptes[42] qui propose l'adoption d'un modèle unifié de l'état des dépenses engagées par les candidats et de l'état détaillé de leurs sources de financement ; l'incitation des partis politiques et leurs candidats à respecter les lois et règlements en vigueur en ce qui concerne la production des déclarations ou la justification des dépenses (production des bons de livraison ou des

[40] Selon le rapport de la Cour des comptes susvisé, la vérification des comptes des partis politiques a permis de constater que seuls quatorze (14) partis ont produit lors des élections de 2011 des comptes certifiés par un expert comptable inscrit au tableau de l'ordre des experts comptables et ce conformément aux dispositions de l'article 42 de la loi organique n° 29-11 des partis politiques

[41] Selon le même rapport, parmi les trente cinq (35) partis légalement constitués, vingt et un (21) partis ont présenté leurs comptes à la Cour des comptes au titre de l'année 2011 : Huit (08) Partis ont produit leurs comptes dans les délais fixés par l'article 44 de la loi organique n° 29-11 relative aux partis politiques, treize(13) partis ont produits leurs comptes en dehors des délais prescrits et enfin quatorze(14) partis n'ont pas produit leurs comptes annuels à la Cour des comptes

[42] Voir à ce propos la synthèse des rapports relatifs aux partis politiques réalisés par la Cour des Comptes Octobre 2013

factures datées, numérotées au préalable et libellées au nom du candidat concerné et comportant toutes les informations nécessaires notamment le prix, les quantités et la nature des marchandises ou services, le prix unitaire, le montant de la TVA , l'identification fiscale du fournisseur, les montants versés ainsi que les justificatifs de l'acquit, le mode de règlement(numéro du chèque ou du virement bancaire) la date de paiement…etc.

Par ailleurs, le législateur organique a prévu des sanctions pénales, alors qu'il aurait dû également prescrire des sanctions administratives qui priveraient le parti politique condamné (en fait ses représentants) du bénéfice de nouvelles subventions pour une durée déterminée[43].

Un autre dysfonctionnement a trait au patrimoine des partis qui est parfois inscrit au nom du leader. L'opacité des textes de loi est accentuée ainsi par la culture politique des partis. D'où la nécessité impérieuse d'établir l'enregistrement du patrimoine du parti en son nom en tant que personne morale et d'intégrer comptablement ce patrimoine dans les avoirs propres du partis. Il faudrait également instaurer des règles claires de financement électoral, basées sur la séparation entre le financement du parti et le financement de la campagne électorale. Il est de même préconisé de fixer un plafond de dépenses pour chaque élection de mettre en place une autorité autonome chargée de suivre le financement des partis politiques et des campagnes électorales et de soumettre les données s'y rapportant au contrôle du juge constitutionnel électoral.

Dans le cadre de la reforme à venir, il faudra préciser si le plafond des dépenses de campagne concerne l'ensemble de la liste ou chaque candidat en particulier. Dans tous les cas, le compte de campagne doit retracer en recettes les apports personnels des candidats, et en dépenses les sommes consacrées directement au financement de leur campagne par le parti de rattachement. Ces deux éléments doivent nécessairement être comptabilisés pour vérifier le respect du plafond, sinon le principe d'égalité ne sera pas respecté. En dépenses, le compte des candidats doit retracer, selon leur nature, l'ensemble des dépenses électorales engagées ou réglées par eux-mêmes ou pour leur compte.

43 L'exemple de la France est un éloquent modèle à suivre à ce sujet

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 47-75

Quoi qu'il en soit, le dépôt des comptes et le délai du dépôt doivent devenir des règles impératives sanctionnées expressément par la loi[44]. Il faut prévoir comme indiqué auparavant, des sanctions spécifiques en cas de dépassement du plafond par les candidats. À cet égard, il serait judicieux de s'inspirer des expériences des grandes démocraties , notamment l'expérience française qui a prévu à ce sujet trois sanctions : premièrement, la sanction comptable à retentissement financier (le rejet du compte, la perte du droit au remboursement des dépenses) ; deuxièmement, des sanctions électorales à savoir une peine d'inéligibilité d'un an[45] ; l'annulation de son élection ou la démission d'office s'il a été élu); enfin le non respect de ces règles entraine une sanction financière spécifique : l'obligation de verser au Trésor public une somme égale au montant du dépassement du plafond, cette sanction étant applicable seulement dans l'hypothèse où ce dépassement serait de l'ordre de 8 % à 10 % du plafond des dépenses[46].

[44] On sait que l'article L. 52-4 du code électoral français fait obligation aux candidats de régler les dépenses de campagne qu'ils exposent en vue de l'élection par l'intermédiaire d'un mandataire financier qui peut être une personne physique ou une association de financement électoral(e). Il leur est donc interdit de procéder eux-mêmes directement au règlement de ces dépenses

[45] On peut souligner à cet égard que l'inéligibilité est modulable dans le temps. Le législateur de 2011 a incontestablement voulu que, quand il décide de déclarer un candidat inéligible, le juge de l'élection puisse « moduler » l'inéligibilité dans le temps, c'est-à-dire de la faire varier dans le temps, sans que le maximum de cette sanction dépasse, non pas un an, comme dans le dispositif jusqu'alors applicable, mais 3 ans. De telle sorte que, on peut le penser en tout cas, lorsqu'elle sera prononcée, la durée de l'inéligibilité dépendra selon toute vraisemblance de la gravité de la règle transgressée, d'une volonté de fraude de contourner la loi. Au 31 octobre 2012, ni le Conseil constitutionnel, ni le Conseil d'Etat n'ont rendu de décisions relatives à la modulation dans le temps des inéligibilités (voir B Maligner op cité).

[46] C'est de cette sanction qu'a, par exemple, été frappée une personnalité politique très connue, M. Jack Lang en 1993. Voir à ce propos la décision du Cons. const. 9 déc. 1993, nos 93-1328-1487, AN Loir-et-Cher, 1re circ.: JO 10 déc., p. 17197; AJDA 1994. 226, note Maligner : cas de M. Jack Lang et Cons. const. 24 nov. 1993, nos 93-1321-1498, AN Paris, 19e circ.: JO 27 nov., p. 16409; AJDA 1994. 224, note Maligner (17,79 %, taux révisé à la baisse et fixé à 12,71 % à la suite de l'admission d'un recours en rectification d'erreur matérielle par Cons. const. 17 déc. 1993, nos 93-1321-1498, AN Paris, 19e circ.: JO 23 déc., p. 17936), cas de M. Jean-Pierre Pierre-Bloch.

2. LE CONTRÔLE DU FINANCEMENT PRIVÉ DES PARTIS POLITIQUES

De façon générale, il est admis que la subvention accordée par l'État aux partis politiques pour financer leurs campagnes électorales a pour finalité d'assurer, autant que possible, leur indépendance à l'égard des groupes d'intérêts privé. C'est là un argument d'ordre politique qui doit être conforté par le droit.

Il convient de souligner que la loi organique n° 29-11 sur les partis politiques a réglementé le financement privé des partis politiques. Ce financement est constitué des cotisations des membres, des dons, legs et libéralités en numéraire ou en nature, qui ne peuvent dépasser toutefois pour chacun d'entre eux et par an les 100 000 dirhams. A cela s'ajoutent revenus liés aux activités sociales et culturelles du parti. On constate que la loi n'interdit pas les dons provenant du secteur privé: Sociétés commerciales, industrielles ou financières, contrairement à certains pays démocratiques comme la Belgique[47], la Pologne[48], la Bulgarie, la France, la Grèce, l'Ukraine, le Canada…) qui ont interdit ou appliquent des restrictions aux dons privés des entreprises, et ce afin de soustraire les partis à l'influence des sociétés commerciales ou financières.

En Espagne, rien n'interdit à une entreprise de faire des dons à un parti politique. Toutefois, la loi établit quelques limites à cette possibilité : les partis ne peuvent pas recevoir d'argent d'entreprises privées prestataires de service pour le compte de l'administration publique. Par ailleurs l'argent versé doit être inscrit dans un compte spécialement ouvert à cet effet. La somme maximum autorisée, tant pour les personnes physiques que morales, est de 100000 euros par an ~~et~~. Les dons anonymes sont interdits. Cette législation relativement souple, n'empêche cependant pas les scandales. Le financement occulte des partis est ainsi, depuis un an et demi, au cœur de l'actualité avec l'affaire« Gürtel[49] ». La Justice espagnole enquête sur un système complexe

[47] La Belgique a purement et simplement interdit les dons des sociétés privées.

[48] Dans le même ordre d'idée, dans un effort de limitation de l'influence du financement ploutocratique, la Pologne a récemment décidé d'interdire les dons des organisations, fondations et associations de la société civile.

[49] L'affaire Gürtel ou cas Gürtel est une affaire politico-financière faisant suite à l'enquête menée à partir de février 2009 par le juge de l'Audiencia Nacional d'Espagne Baltasar Garzón, toujours en cours d'instruction et qui implique un présumé réseau de corruption lié au Parti populaire espagnol (PP). De nombreuses entreprises bénéficiaient de contrats publics

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 47-75

de corruption destiné à financer illégalement le Parti populaire. En Grande Bretagne la législation électorale est très permissive en matière de financements des partis politiques. N'importe quel individu, entreprise, syndicat et même association caritative est autorisé à verser les sommes qu'il désire aux partis, sans aucun plafond[50].

Au Maroc et jusqu'à une date récente, les partis politiques se cachaient derrière le Dahir du 15 novembre 1958, présenté comme une épée de Damoclès qui interdisait aux partis d'avoir des biens ou des comptes bancaires enregistrés au nom du parti. Le patrimoine de chaque parti dépendait du bon vouloir de son leader, puisque enregistré en son nom[51].

Par ailleurs, l'article 38 de la loi organique n° 29-11 sur les partis politiques interdit à ces derniers de recevoir toute subvention directe ou indirecte des collectivités territoriales, des établissements publics, des personnes morales de droit public ou des sociétés dont le capital est détenu, en totalité ou en partie, par l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, des personnes morales de droit publics ». Toutefois, cet article ne précise pas si le délit de financement illicite d'un parti doit être considéré comme simple

---

contre des pots-de-vin aux édiles du PP, principal parti d'opposition. Un réseau occulte de financement illégal et organisé, baptisé réseau Gürtel, dont l'épicentre se situerait dans la région de Valence dirigée par Francisco Camps, actuellement dans la ligne de mire de la Justice, pour avoir personnellement perçu des « petits cadeaux » de la part d'entreprises. Dernier rebondissement : début juillet c'est l'antenne locale du PP à Alicante qui est, à son tour, suspectée d'avoir touché des pots de vin. Insuffisant toutefois pour faire sortir le chef de fil de la droite, Mariano Rajoy, de son mutisme obstiné. Le principal parti de droite n'est pas le seul à être soupçonné de tremper dans des affaires de financement occulte. C'est également le cas de la fédération de partis politiques catalans du centre et catalanistes (CiU), dont l'un des partis fondateurs pourrait avoir, lui aussi, reçu des commissions sur la concession de travaux publics.

[50] Malgré cette quasi absence de contrôle du financement des partis politiques, un énorme scandale a ébranlé la crédibilité du parti conservateur de David Cameron en mars dernier. Lord Ashcroft, le président adjoint du parti et également son principal donateur, avec plus de dix millions de livres sterling (à l'époque 15 millions d'euros) versés entre 2000 et 2009, a reconnu ne pas payer l'intégralité de ses impôts en Grande-Bretagne comme il l'avait promis en 2000. Une enquête a donc été lancée par la commission électorale sur la légalité de ses dons et ceux réalisés via l'une de ses sociétés. Elle a rapidement conclu que ceux-ci étaient légaux, même si éthiquement l'opinion publique en a jugé différemment.

[51] On se rappelle du chantage odieux exercé par Osman qui refusait d'abandonner le siège du RNI comme il a exigé d'avoir un quitus avant de lâcher les finances du parti.

infraction administrative ou s'il s'agit au contraire d'une infraction pénale qui relève de la compétence d'une juridiction répressive. Il existe, par ailleurs, une ambigüité quant à l'objectif poursuivi par le législateur. Deux points de vue s'opposent : soit il s'agit simplement d'inciter à la moralisation des rapports entre les partis politiques et l'argent public, soit il s'agit d'imposer l'assainissement des recettes des partis et d'interdire par conséquent toute subvention d'origine suspecte. Si tel est l'objectif poursuivi par le législateur à travers l'article 38 de la loi, il nous parait manifestement illusoire : les dons des personnes privées agissant en réalité comme des intermédiaires de personnes de droit public auraient dû être eux aussi interdits, surtout si les dons proviennent de sociétés qui exercent une activité lucrative liée aux commandes publiques.

Ainsi on peut avancer que les règles destinées à encadrer le financement des partis politiques semblent à priori inefficaces. L'éventualité d'un financement occulte n'a pas été envisagée par le législateur organique qui n'a accordé aucune attention aux connivences qui pourraient exister entre élus d'un parti et leurs pourvoyeurs de fonds illicites. Or, l'expérience de nombreux Etats[52] montre qu'il existe des allocations illicites de ressources financières qui excédent les limites du financement officiel des partis. C'est pourquoi le législateur organique aurait dû faire la distinction entre les dons désintéressés, motivés par la conviction ou la sympathie, et les dons fournis en échange d'un service ou d'un avantage lorsque les membres d'un parti détiennent un pouvoir de décision. Malheureusement, le Conseil constitutionnel n'a pas fait preuve de réactivité quant à l'interprétation des dispositions relatives au financement privé des partis politiques ou à leur gestion interne et organisation.

A l'examen du dispositif de la décision du Conseil, on constate que le « considérant- balai » est utilisé afin de déclarer que les dispositions non examinées dans la décision ne sont pas contraire à la constitution[53]. Or cette technique du « considérant- balai » nous parait particulièrement inadaptée

[52] La France a incité en revanche les pouvoirs de l'hexagone depuis la loi organique de 1988 a couper le pont entre l'argent des entreprises et les caisses politiques, en interdisant définitivement aux personnes morales -quelles qu'elles soient- de prendre part au financement de la vie politique, comme ils ont plafonné les dépenses électorales pour assurer notamment plus d'égalité entre les candidats, indépendamment de leur fortune personnelle

[53] « Déclare que les autres dispositions des articles de la loi organique n°29-11 relative aux partis politiques ne sont pas contraires à la constitution… »

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 47-75

pour l'examen des lois organiques. Selon la doctrine, l'idée que le contrôle de constitutionnalité puisse ne pas porter sur la loi dans son intégralité « comporte un risque important d'insécurité juridique, laissant dans l'ombre du contrôle certains articles de la loi » selon Guillaume DRAGO et Nicolas MOFLESSIS[54].

Quand le Conseil constitutionnel refuse d'examiner l'ensemble de la loi organique qui lui est soumise, il est permis de s'interroger sur l'existence d'un « déni de justice constitutionnelle ». Le fait que certaines dispositions de la nouvelle constitution soient ambigües et obscures doit au contraire inciter le Conseil constitutionnel à faire preuve de perspicacité et d'adopter des décisions plus subtiles et plus nuancées.

Il convient néanmoins de se féliciter de l'essor significatif du droit du financement des partis politiques. Cette matière autrefois marginale, apparait aujourd'hui incontournable. Cependant l'existence d'un cadre normatif minimum s'impose. Ce cadre inclut généralement une réglementation plus ou moins restrictive des contributions privées (plafonnement des dons, exclusion de certains donateurs, prohibition des dons anonymes) et des mesures de transparence (reddition des comptes, publicité). Le contrôle devrait s'exercer par le biais d'une autorité distincte des partis, telle que la commission administrative indépendante, après que les comptes eussent été vérifiés par des professionnels de la comptabilité (experts comptables, commissaires aux comptes). Enfin des sanctions – à l'efficacité certes très variable- viennent réprimer les manquements aux obligations légales de la part des partis ou des donateurs.

Pour l'avenir, les législations qu'elles soient relatives aux partis ou à la lutte contre la corruption- devront encore relever les défis d'un monde globalisé dans lequel, notamment, la complexification des circuits de la finance internationale rend toujours plus délicate la mise au jour d'opérations dissimulant les financements occultes des partis politiques[55].

---

[54] Chronique constitutionnelle, in revue « justice », Ed, Dalloz, 1996, p310.

[55] Le démantèlement difficile de filières financières liées au financement occulte d'activités criminelles ou terroristes démontre déjà la difficulté du défi à relever.

NOTES

CENTRALITÉ DU DROIT DANS LE DEVELOPPEMENT SOCIO-ECONOMIQUE

Nora SEDDIKI-EL HOUDAIGUI[1]

I. INTRODUCTION – II. LE SYSTEME JURIDIQUE COMME OUTIL STRATEGIQUE DE DEVELOPPEMENT DES ETATS – III. DROIT REVELE PAR SES « ATTRIBUTS-FONCTIONS ».

RÉSUMÉ : Le développement socio-économique soutenu ne peut être réalisé sans le cadrage du droit qui offre d'abord un positionnement juridique. Le système juridique de chaque Etat comporte un ordonnancement des normes qui détermine ce positionnement. Celui-ci donne un encrage ayant des effets sur le long terme. La spécificité des systèmes juridiques nationaux est à relever. Il est donc une question fondamentale qui est celle du rôle du droit pour orienter les politiques publiques et ce afin de servir la volonté collective de développement économique et social, facteur de paix sociale et d'amélioration des conditions de vie.

MOTS CLES : Développement socio-économique, Ordonnancement juridique des normes, « Attributs-fonctions » du droit, Réformes structurelles.

LA CENTRALIDAD DEL DERECHO EN EL DESARROLLO SOCIOECONÓMICO

RESUMEN: El desarrollo socio-económico sostenible no puede lograrse sin la elaboración de un marco regulatorio de derecho que proporciona un posicionamiento jurídico. El sistema jurídico de cada Estado contiene un ordenamiento de normas que determina este posicionamiento. Esto ofrece un entintado con efectos a largo plazo. La especificidad de los sistemas jurídicos nacionales es a destacar. Por lo tanto, el papel del derecho para orientar las políticas públicas es fundamental, que sirve la voluntad colectiva para lograr el desarrollo económico y social; factor de la paz social y la mejora de las condiciones de vida.

PALABRAS CLAVE: desarrollo socio-económico, el ordenamiento jurídico de normas, «Atributos-funciones» de Derecho, las Reformas estructurales.

CENTRALITY OF LAW IN SOCIOECONOMIC DEVELOPMENT

ABSTRACT: The socio-economic development support cannot be achieved without a legal framework which first provides a legal position. The legal system of each state has an ordering of rules that determines this position. This gives an inking with longterm effects. The specificity of national legal systems is to be considered. It is therefore a fundamental issue that is the role of law to guide public policy in order to serve the collective economic and social development will, factor of social peace and living conditions improvement.

KEYWORDS: Socio-Economic Development, Scheduling legal standards, "Attribute-function" of the law, Structural Reforms

---

[1] Professeure Habilité (Maitre de Conférences) (*Associate Professor*) de Droit Privé à l'Ecole Nationale de Commerce et de Gestion Tanger, Université Abdelmalek Essaâdi Tanger-Tétouan.

I. INTRODUCTION

L'interdépendance des Etats, en raison notamment d'une mondialisation non contestée, oriente les politiques en place à s'interroger sur le système juridique le plus apte à générer du développement économique et social.

L'une des difficultés les plus récurrentes a trait à la mise en place de normes devant participer à assurer un tel développement. Ce d'autant que la question du développement économique et social implique une durabilité, une certaine constance et une vision quant à la manière de faire.

Les actions à mener doivent s'appuyer sur un ensemble de normes devant satisfaire un double objectif :

- Le maintien et l'essor d'un tissu économique viable et en perpétuelle adaptation ;
- Le relèvement du niveau de vie de la population la plus vulnérable y compris l'effort constant d'éradication de la pauvreté.

L'orientation vers ce double objectif devrait aboutir à une plus grande prospérité économique et sociale, facteur de paix sociale et de mieux être. Mais cela implique une réflexion préalable sur les normes existantes et leur degré d'efficacité quant au respect de ces deux objectifs obligatoirement liés pour éviter que la focalisation sur l'un des deux ne fasse oublier l'autre.

Il s'avère donc judicieux d'éviter d'approcher la problématique des réformes structurelles à entreprendre sous l'angle unique de l'économie[2] en considérant que la défense du seul objectif de développement économique permettra par ricochet et aura pour effet de générer du développement social.

Non seulement chaque norme doit être appréciée par rapport à son efficacité mais aussi au regard de l'ordonnancement rigoureux des normes permettant d'orienter vers une direction donnée. Le système juridique comporte donc un ordonnancement des normes[3] qui détermine un positionnement juridique. Celui-ci donne un encrage ayant des effets sur le long terme. En outre les interactions entre les normes peuvent favoriser ou

---

[2] V. à ce sujet Frydman B., « Les nouveaux rapports entre droit et économie, trois hypothèses récurrentes », *Le droit dans l'action économique*, sous dir. T. Kirat et E. Serverin, Paris, CNRS éditions, 2000.

[3] Sur l'ordonnancement des normes voir Rigaux, F., « Kelsen et le droit international », revue belge de droit international, éd. Bruylant, 1996.2, p. 381et s.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 79-92

au contraire défavoriser le processus visant à progresser constamment dans le cadre unique du double objectif.

Les grands « attributs-fonctions» du droit participent à l'atteinte de ce double objectif. Il s'agit notamment de favoriser l'initiative privée et par là-même l'entreprenariat, mais également les capacités transactionnelles des entrepreneurs pour multiplier les contrats commerciaux et la production de biens et de services dans le respect de l'éthique des affaires sans omettre de protéger les personnes en situation de vulnérabilité et d'utiliser la sanction les cas échéants.

Cette réflexion vise à mettre en relief le rôle du système juridique dans le développement des Etats en tant qu'outil stratégique. De même qu'il est d'importance de considérer le droit et son efficacité au travers de ses trois «attributs-fonctions». A savoir que le droit doit être au service de l'action tout en confortant sont rôle de protection des personnes les plus vulnérables et celui d'outil de sanction.

II. LE SYSTEME JURIDIQUE COMME OUTIL STRATEGIQUE DE DEVELOPPEMENT DES ETATS

Chaque pays a son propre système juridique. Celui-ci est fait de normes et d'institutions relevant du droit et de sa pratique. Et d'ailleurs lorsqu'une réflexion est entreprise sur la base de la prise de connaissance d'un système juridique national, il est un préalable qui est celui d'approcher l'ordonnancement des sources du droit.

Cet agencement des sources du droit et la reconnaissance de la spécificité de chacune d'elles a pour conséquence de créer un positionnement juridique qui marque sur le long terme l'image du pays, de même d'ailleurs que le contenu normatif de ces mêmes sources.

1. L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE

Chaque Etat-nation dispose d'un système juridique spécifique. Cette spécificité provient à la fois du vécu des faits historiques et actuels d'ordre aussi bien politique, que socioculturel et économique[4]. Mais pour autant il existe deux orientations possibles : l'adoption du monisme juridique ou du

[4] Il est privilégié l'approche diachronique plutôt qu'exclusivement synchronique.

dualisme juridique[5] et tel ou tel autre pays dispose d'un système juridique dit moniste ou dualiste.

La différence principale réside dans le fait que le monisme juridique reconnait la norme internationale en tant que source directe du droit. De sorte que celle-ci intègre l'ordonnancement juridique en tant que source spécifique. On peut, à titre d'exemple se référer à la convention internationale. Celle-ci est donc reconnue en tant que norme à part entière dans le système juridique de l'Etat[6] alors même qu'elle a un caractère international. Cela amène alors en second lieu à poser la question de la place accordée à cette norme internationale dans l'ordre juridique du pays.

Un principe tend à s'imposer, c'est celui de devoir reconnaître et affirmer, de préférable constitutionnellement, que la norme internationale a une autorité supérieure à celle de la loi. De sorte que les pays qui ne s'y seraient pas prêtés offriraient alors un positionnement juridique douteux, générateur d'insécurité juridique susceptible de nuire à la bonne marche des affaires internationales.

Dans le monisme juridique il ne s'agit pas simplement de mots à contenu creux offrant un simple effet d'annonce lors de l'affirmation de la supériorité de la norme internationale sur la norme interne.

Cette affirmation et reconnaissance encre le positionnement juridique dans la réalité par les effets pratiques générés sur le long terme. Puisque la ratification de toute convention bilatérale ou multilatérale aura pour conséquence d'obliger l'Etat ayant adopté le monisme juridique à respecter ses engagements contractuels au nom du principe *pacta sunt servanda*[7].

Ainsi, la ratification de la convention internationale entraine immédiatement l'intégration de celle-ci dans l'ordre juridique de l'Etat, obligeant celui-ci à s'y référer. Dans ce cas toute personne ayant un intérêt peut alors invoquer à son profit l'application de la norme et les tribunaux chargés de l'affaire ne peuvent s'y soustraire.

---

[5] Parmi les pays monistes on peut relever la France, la Hollande, La Luxembourg, la Suisse, les pays du Maghreb et la plupart des pays d'Afrique. Tandis que dans le rang des pays dualistes on compte notamment le Royaume Unis, l'Allemagne, l'Italie, le Canada…

[6] L'Etat serait né 3 500 ans avant J.-C. dans les zones géographiques correspondant à l'Egypte, la Mésopotamie puis l'Inde et la Chine.

[7] Le principe *pacta sunt servanda* pose la règle selon laquelle les Etats doivent respecter les accords qu'ils ont conclus.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 79-92

La prudence veut, dans ce cas, qu'une réflexion préalable s'impose avant toute ratification de la norme internationale. Un diagnostic, le plus précis possible, doit être établi concernant l'impact d'une telle norme. Cet impact pourrait être à court terme à effet positif mais à long terme s'avérer à effet négatif et inversement.

Nous voyons donc par là que le monisme juridique amène les Etats à devoir se positionner clairement sur la place qu'ils entendent accorder à la norme internationale. Et ce positionnement, s'il est clair, doit pouvoir indiquer toute l'importance que l'on souhaite accorder à cette norme. Il sera précisé que celle-ci a une autorité supérieure à la loi, norme d'émanation exclusivement nationale et outil marqueur de souveraineté nationale. Toute invocation de la loi contre la norme internationale ne sera donc pas recevable, alors même que la loi est la meilleure courroie d'ajustement à la fois conjoncturelle et structurelle des politiques publiques. C'est par elle que sont initiées les réformes d'utilité publique.

On peut citer, à titre d'exemple, le cas des surprimes et de ses effets sur les populations victimes de ces contrats. L'Espagne a dû légiférer dans la précipitation pour stopper la série des saisies de biens immobiliers qui aboutissaient, dans la grande majorité des cas, à l'expulsion de ses occupants, à savoir des individus, voire des familles entières.

La convention internationale défend une certaine idée du rapport international, que celui-ci soit d'ordre public (entre les Etats ou entre Etats et Organisations internationales) ou privé (entre personnes privées) voire public et privé (rapport Etat et personne privée).

En reconnaissant à la convention internationale à la fois son caractère de norme et sa supériorité sur les autres normes d'émanation exclusivement nationale dans le cadre du monisme juridique cette conception du rapport international intègre le système juridique des pays monistes. Cette reconnaissance exprimée le plus souvent dans la Constitution, doit être alors effective[8], à défaut le positionnement juridique ne serait plus en adéquation

[8] Berramdane, A., *La hiérarchie des droits. Droits internes et droits européens et international*, Paris, éd. L'Harmattan, 2002, 272 p. Rares sont les Constitutions nationales assurant la supériorité du droit international sur l'ensemble du droit interne, et la Constitution des Pays-Bas fait à cet égard figure d'exception puisque son article 94 fait obligation au juge national de privilégier les normes internationales et d'écarter l'ensemble des normes internes contraires, y compris constitutionnelles.

avec les principes et règles régissant notamment les relations d'affaires internationales.

Tandis que le dualisme oriente la réflexion différemment puisque le principe de départ est qu'il existe, dans les pays dits dualistes, deux ordres juridiques distincts formant le système juridique national : l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international.

Théoriquement on ne mélange pas les deux ordres juridiques et ses deux ordres sont a priori considérés comme à égalité de valeur. Seulement, les pays dits dualistes n'intègrent pas la norme internationale en tant que telle dans le système juridique national. Le plus souvent il est un préalable pour intégrer l'ordre juridique international de l'Etat, c'est celui de transformer la norme internationale en norme nationale. Cela signifie d'abord que la convention internationale n'est pas reconnue en tant que source directe du droit et que pour obtenir la qualification de source de droit à caractère obligatoire faut-il qu'elle soit transformée en une autre source d'émanation nationale, à savoir, en loi par l'autorité nationale habilitée à y procéder, soit le Parlement national.

Cela signifie dans une première réflexion que la ratification ne suffit pas à engager juridiquement l'Etat et à accorder l'effectivité de la norme au niveau national. De plus l'Etat ne se trouve pas dans l'obligation d'agir dans un certain délai pour l'adoption de la loi. Il pourrait donc se passer des semaines, voire des mois entre le moment de la ratification de la convention internationale et le moment de l'adoption de la loi puisque rien ne l'interdit.

En outre, la transformation de la convention internationale en loi (même si celle-ci est qualifiée de loi internationale) lui hôte la reconnaissance du caractère de source spécifique du droit. Par là-même, logiquement, il est alors possible qu'une nouvelle loi exclusivement d'émanation nationale vienne contredire la loi internationale. D'autant que celles-ci se trouveraient être sur le même pied d'égalité en tant que source identique, à savoir la loi, et qu'il existe un principe juridique largement répandu qui veut que la loi nouvelle vienne remplacer automatiquement la loi ancienne qui traite du même sujet dès lors qu'elles se contredisent ou sont tout simplement différentes car l'une est actualisée, envisageant le présent et le futur tandis que l'autre ne l'est plus.

Cela signifie que les pays dits de dualisme juridique peuvent se décharger de l'obligation de positionnement juridique sur la base de la place accordée

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 79-92

à la convention internationale dans l'ordonnancement juridique interne par rapport à la loi.

2. POSITIONNEMENT JURIDIQUE ET CONTENU DES NORMES

La notion de positionnement n'est pas reconnue et développée par la doctrine du domaine juridique. Celle-ci est empruntée à la sphère du marketing.

Le positionnement juridique s'inscrit dans la construction d'une image perceptuelle destinée à l'environnement interne et externe d'un pays donné. Il relève de la stratégie juridique à adopter et à défendre avec un contenu normatif approprié.

Celui-ci peut présenter un niveau fort d'intervention étatique dans l'économie, dans le marché ou alors au contraire un retrait avéré de l'Etat. D'ailleurs les grands auteurs spécialistes reconnus en matière d'analyse des systèmes juridiques[9] dans le monde considèrent qu'au fond il existerait encore deux grands systèmes juridiques : celui à contenu rigide, sous entendu à niveau fort d'intervention étatique, et celui à contenu flexible, voire à faible contenu normatif.

Cette catégorisation à des effets éminemment pratiques puisque l'ordre mondial, établi depuis notamment les accords de Bretton Woods, défend la thèse du nécessaire retrait de l'Etat dans l'économie et le laisser-faire au profit des opérateurs économiques privés. Et ce sont finalement les crises économiques et sociales successives qui donnent un rappel à l'ordre et obligent à plus de lucidité. L'Etat est le défenseur privilégié de l'intérêt général ou de la communauté d'intérêts convergents. L'Etat apparait alors grâce au droit avec l'adoption d'une norme « forte » de part son impérativité pour imposer le respect de l'ordre public et de l'intérêt du plus grand nombre.

Aujourd'hui, le consensus sur le terme à choisir est quasiment fait au travers de celui « d'Etat-régulateur » venant remplacer la notion souvent critiquée « d'Etat-gendarme » ou celle « d'Etat-providence ». Mais au delà des discutions sur les termes il est un constat et une évidence, l'Etat doit marquer

[9] On peut citer notamment David, R., *le droit comparé : Droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982 ; David R. et Brierley, J.E.C., *Major Legal Systems in the World Today*, Stevens and Sons, 3e éd. 1985; Glendon, M.A., Carozza P. et Picker, C., *Comparative Legal Traditions*, O'Reilly, 3e éd. 2008, Glenn, P.; *Legal Traditions of the World : Sustainable Diversity in Law*, Oxford University, Press, 3e éd., 2007.

sa présence dans l'Economie et surtout son intervention en recourant à la norme à caractère impératif.

Ce recours concerne dans une large mesure les rapports contractuels, mais également, dans une aussi large mesure, les faits délictuels et criminels qui relèvent du droit pénal des affaires.

Ce retour plus marqué de l'Etat doit se faire pour plusieurs raisons :

- Atténuer l'expression d'un rapport de force souvent trop inégalitaire dans le cadre contractuel en raison de la vulnérabilité des personnes civiles (le consommateur, le salarié) et/ou de la faible puissance économique d'une des parties au contrat d'affaires (PME-PMI, entreprise mono-client, sous-traitant…) ;
- Renforcer les sanctions pénales pour les délits et les crimes d'ordre économique et financier qui entrainent des effets collatéraux négatifs : liquidation des sociétés, perte des emplois, difficultés financières des fournisseurs ;
- Repenser le corpus des règles relatif au droit de la concurrence dans une approche du droit systémique.

Ainsi, de ce qui précède nous pouvons tirer deux approches possibles mais qui n'on pas forcément le même degré d'efficacité :

- L'approche qui a pour point de départ la défense des valeurs à portée universelle : la défense de la justice, de l'équité, de la morale économique ;
- L'approche qui part de la recherche du nécessaire développement économique et social.

La première approche défend des valeurs qui peuvent apparaitre comme idéalistes, utopiques, tournées vers l'abstraction et cela amènerait alors au constat de l'impossibilité à réaliser. Tandis que la seconde approche, tournée vers l'action, oblige à fixer des objectifs précis, spécifiques, mesurables, accessibles, réalistes et temporels. Ainsi dans le second cas le pragmatisme s'impose.

Cela ne signifie pas l'abstention de la recherche de plus de justice, d'équité et de morale dans les affaires aussi bien économiques que publiques. La traduction de ces valeurs se fait par la protection des catégories de personne les plus vulnérables et par l'adoption de sanctions contre les crimes et délits attachés notamment au monde des affaires publiques (prévarication,

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 79-92

corruption…) et privées (détournement de fonds, banqueroute, fraude fiscale…).

C'est dans le sens de l'action et de l'efficacité que la norme sert les valeurs et oriente les politiques publiques de développement des territoires.

Il ne s'agit pas d'une orientation extrême des règles visant à assurer une surprotection ou des sanctions disproportionnées mais plutôt de soupeser la portée de chaque règle dans le cadre de son propre domaine mais également au regard d'autres branches du droit (exemples : droit du travail et droit de l'investissement, droit des contrats et droit de la consommation…) mais aussi de l'économie et des finances publiques. La tâche est loin d'être aisée, de sorte qu'elle est certainement soumise à une obligation de moyen plus que de résultat.

Il est donc une question fondamentale qui est celle du rôle du droit pour orienter les politiques publiques de développement. Pour tenter d'y répondre il est utile d'approcher les « attributs-fonctions » du droit. Celui-ci doit être au service de l'action et comme cela a été affirmé supra, être aussi dans un double rôle de protection et de sanction et ce afin de servir la volonté collective de développement économique et sociale.

III. DROIT REVELE PAR SES « ATTRIBUTS-FONCTIONS »

Afin d'atteindre le niveau d'efficacité le plus élevé possible des normes juridiques faut-il approcher le droit sous ses trois grands « attributs-fonctions ». La sphère économique a besoin des règles de droit pour impulser l'action. Mais aussi la norme juridique doit assurer la protection des individus, du tissu économique national, de l'entreprise tout en dispensant des sanctions appropriées.

1. LA NORME FAVORISE L'IMPULSION DE L'ACTION

Cela se traduit certainement d'abord par les facilités d'accès à la création d'entreprise. On doit sous entendre par là que les démarches et procédures administratives sont allégées en raison d'abord de l'existence d'un centre chargé de centraliser les formalités administratives. Mais également la documentation et les formulaires sont moins fournis et le temps de création est réduit à son strict minimum.

Un tel avantage lève l'obstacle psychologique du supposé labyrinthe procédural pour accéder au statut d'entrepreneur. L'avantage premier de la création d'entreprise réside dans le fait qu'elle densifie le tissu économique national et ce aussi bien en quantité qu'en qualité. En outre la structure des marchés est moins rigide, plus fonctionnelle car la concurrence ne se joue non pas entre oligopoles, peu nombreuses, mais entre entreprises de différentes tailles, de différentes puissances économiques et à encrage territorial. La compétition oblige à une mise à niveau et à un accroissement de la performance évitant la création et la persistance d'une économie de rente basée sur la conservation sans effort des avantages acquis.

Seulement cette concurrence doit d'abord être le fait d'entreprises implantées localement et pourvoyeuses d'emplois.

Il semble donc particulièrement nécessaire de favoriser l'initiative privée chez les jeunes en utilisant la règlementation, notamment pour modifier le contenu des programmes d'enseignement des établissements supérieurs publics et privés. Cela signifie qu'il faut réorienter le contenu des cours essentiellement théorique en intégrant l'apprentissage par l'action. De même qu'il s'avère porteur de décloisonner les disciplines en utilisant à bon escient à la fois les méthodes : analytique, systémique, inductive et déductive.

En outre la norme favorise l'action en imposant un certain niveau de qualité aux produits et services mis sur les marchés. L'obligation est donc faite aux entreprises de s'adapter, de remettre en question leurs acquis. L'amélioration permanente est de mise. A l'instar des PME-PMI allemandes qui cultivent le goût et le sens de l'amélioration continue des procédés et des produits. La littérature évoque le fait qu'elles orientent leur manière d'agir dans le sens de la « perfection du banal ». Cela signifie dans le jargon du management de la qualité que l'innovation incrémentale est favorisée sans pour autant rejeter l'innovation de rupture.

Pour une entreprise de petite et de moyenne taille l'innovation incrémentale est moins lourde en investissement et plus rapidement rentable que l'innovation de rupture. Alors que cette dernière est essentiellement l'apanage des grandes entreprises disposant d'un service Recherche et Développement de même que d'un personnel dédié exclusivement à la recherche de l'innovation.

La norme favorise également l'action en obligeant les entreprises à repenser les déchets nés de l'utilisation de leurs produits et notamment les emballages.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 79-92

Ainsi, en Allemagne également, une loi est en cours de préparation visant à imposer aux industriels la mise sur le marché uniquement des emballages qui sont réutilisables. Le recyclage ne suffit plus en raison notamment de son coût élevé pour la collectivité. L'objectif est de réduire les quantités de déchets car ils sont générateurs de coûts en matière d'environnement, de santé publique et de qualité de vie.

Ainsi en encourageant l'impulsion de l'action le développement économique ne dépend plus de quelques oligopoles mais d'entreprises viables venant densifier le tissu économique national. Celles-ci sont alors capables d'offrir aux consommateurs un nombre suffisant d'alternatives en termes de diversité des produits, de qualité et également en termes de prix et surtout cela participe de manière décisive à créer des activités génératrices de revenu autorisant le développement des territoires.

2. LE DROIT EN TANT QUE SOURCE DE PROTECTION ET DE SANCTION

Certaines catégories de personnes doivent être protégées car elles sont soumises à des pressions issues de rapports de force inégalitaires et le plus souvent implicites.

La question de la protection a d'abord concerné, en droit, les incapables mineurs et majeurs. La déclaration d'incapacité n'est pas une sanction à l'encontre des personnes concernées mais plutôt une garantie par le droit de leur protection. Ils sont protégés contre eux-mêmes, pour les actes qu'ils pourraient passer à l'encontre de leurs intérêts, et contre les personnes capables qui chercheraient à abuser de cette incapacité. Cet abus pourrait concerner les biens et droits de l'incapable entamant son patrimoine de manière injuste et inadmissible. Dans le même sens, faut-il se préoccuper du sort des mineurs incapables orphelins. Les Etats doivent légiférer pour renforcer leurs droits dans le cadre de la tutelle et mieux encore dans le cadre d'une réelle adoption.

Cette protection a également été accordée au salarié qui est soumis à un contrat dans lequel le rapport de force se trouve majoritairement au profit de l'employeur. C'est notamment pour cela qu'un code du travail est indispensable pour redéfinir ce rapport en intégrant l'Etat dans la relation contractuelle par le biais de la loi impérative produisant un ordre public social. Celui-ci permet donc de rééquilibrer la relation contractuelle grâce à l'intervention des pouvoirs publics et au nom du développement social des sociétés et des territoires.

D'autant que dans un marché de l'emploi où la demande est largement supérieure à l'offre les futures recrues ne se trouvent généralement pas en position de négocier et le rapport de force au profit de l'employeur en est accentué et il concerne quasiment tous les contrats individuels. Les jeunes diplômés, de plus en plus nombreux et en attentes de postes qualifiés, sont également concernés par cette réalité. Dès lors que pour un poste donné l'interchangeabilité des personnes peut se faire sans difficulté en raison notamment de l'absence d'exigences en termes d'aptitudes et de compétences rares, le rapport contractuel est fortement déséquilibré et dans ce cas généralement la partie la plus forte à tendance à en profiter.

L'intervention de la loi s'avère donc plus que nécessaire, elle est indispensable. L'avantage premier réside dans le fait que la future recrue n'a pas à négocier ce qui fait déjà partie du contrat de travail et s'impose alors même qu'aucune négociation sérieuse n'a été entreprise. C'est là une protection qui s'impose sans discussion.

A l'échelle d'un seul contrat le droit protège le salarié en tant qu'individu, mais à l'échelle de tous les contrats de travail c'est la cellule familiale qui est concernée et la société dans son entier qui est protégée participant à maintenir et à entretenir la paix sociale.

La difficulté pour l'Etat est de savoir si le contexte économique et social national d'abord, puis international ensuite, permet d'initier des réformes visant à actualiser le droit du travail dans le but d'un réel développement social.

Toute proposition ou projet de loi doit faire l'objet d'une réflexion poussée concernant les différents effets possibles sur l'investissement, aussi bien pour son attraction que pour son maintien.

Il ne s'agit pas d'orienter ces réformes dans le sens souhaité par le patronat ou les syndicats des salariés puisque chaque partie adopte une position ferme concernant les réformes en droit du travail au profit du salarié. Il s'agit donc d'établir une grille d'analyse aussi précise que possible pour orienter le choix des réformes à la fois pour gagner en paix sociale et pour un développement économique et social soutenu.

Pour y parvenir faut-il un consensus général sur le respect des normes sociales par les entreprises, ou tout au moins la soumission. Mais certaines sociétés commerciales n'hésitent pourtant pas à bafouer ne serait-ce que

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 79-92

les règles élémentaires de droit social. On pourrait considérer que c'est là l'apanage des petites et moyennes entreprises mais certaines grandes structures n'hésitent pas à profiter de la vulnérabilité des chercheurs d'emplois et de leurs salariés pour imposer leurs propres règles.

De sorte que si l'on souhaite assurer l'effectivité de la norme sociale est-il hautement souhaitable de revoir les sanctions pour les hisser à la hauteur des infractions et de leurs effets sur la population. A défaut, leur faible importance autorisera le non respect de la règle. La permissivité et l'impunité prévaudront et ce peu importe la taille de l'entreprise et la présence ou non d'une direction des ressources humaines.

Cela est également vrai pour la protection du consommateur. Celui-ci peut être protégé en amont ou de manière préventive ou en aval de façon punitive et réparatrice[10].

Dans le premier cas, l'entreprise doit se conformer à des standards de qualité. A défaut leurs produits ne peuvent être mis sur le marché[11].

Tandis que dans le second cas la loi laisse le marché fixer les règles de qualité. La liberté prévaut et autorise les entreprises à diminuer en qualité pour baisser les coûts de fabrication et en conséquence le prix de vente est plus compétitif. Sauf que le consommateur ne sait pas forcément quel est le niveau de qualité du produit et le prix de vente n'est pas toujours un indicateur. La santé et la sécurité des consommateurs peuvent être mis en danger et dans ce cas la sanction sera judiciaire mais le mal aura été fait et les dommages et intérêts ne réparent pas tout et ne compensent pas forcément le préjudice subi.

Il est certainement souhaitable que cette protection se fasse en amont pour diminuer en volume et en densité les préjudices subis en raison de l'utilisation ou de la consommation de produits dangereux, mais aussi pour diminuer le nombre de procès judiciaires relatifs à ces questions[12].

---

[10] Voir à ce sujet Alpa, G., « Réflexions sur le dommage contractuel : philologie, conceptualisme et problèmes d'harmonisation du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 4-2011, p. 759 et s.

[11] Voir par exemple la directive européenne 2009/48/CE relative à la sécurité des jouets qui est entrée en vigueur sur tout le territoire de l'Union européenne le 20 juillet 2011 et le 20 juillet 2013 pour les exigences spécifiques à la chimie.

[12] On notera l'accroissement des cas de contentieux judiciaire notamment pour les pays dits développés. De la Pradelle, G., « Juridicisation de la société et globalisation », *Le droit dans*

En conclusion, l'ensemble de ces développements démontre que l'Etat est le garant manifeste de l'évolution socio-économique des territoires par l'utilisation efficace du droit. Sa présence est manifestement utile pour le maintien de l'équilibre des relations qui se nouent entre les personnes publiques, privées, physiques et morales. La pratique économique et plus largement la sphère économique doit être subordonnée à la sphère du droit.

Le développement socio-économique soutenu ne peut se faire en donnant au marché le soin d'y veiller. L'Etat doit placer la justice au centre de ses préoccupations et utiliser les outils du droit qui permettent la mobilisation de l'action, la protection et la sanction auquel il est certainement nécessaire d'ajouter le contrôle visant à assurer l'effectivité du droit.

Cette soumission au droit n'est pas seulement le fait du marché et de la société mais aussi concerne-t-elle l'Etat, et ce, au nom de l'Etat de droit[13].

---

la mondialisation, sous la direction de Chemillier-Gendreau, M. et de Moulier-Boutang, Y., PUF, 2001, p.23.

[13] Le concept d' « Etat de droit » est apparu au XIXe siècle et proviendrait de la doctrine juridique allemande (*Rechtsstaat*). Il sera repris et transposé en France puis dans d'autres pays. Aujourd'hui, cette grande notion fait l'objet d'une considération qui ne cesse de croitre à l'échelle planétaire. Cependant, au-delà du concept faut-il s'attacher aux réalités des Etats et à l'effectivité du principe afin que « *l'exercice de la puissance se transforme en une compétence, instituée et encadrée par le droit* ». J. Chevallier, *L'Etat*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2e éd., 2011, p. 38. Du même auteur, « la mondialisation de l'Etat de droit », in *Droit et politique à la croisée des cultures,* Mélanges Philippe Ardant, LGDJ, 1999.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 79-92

SOME BRIEF REFLECTIONS CONCERNING THE MOBILITY PARTNERSHIP IN THE EU EXTERNAL MIGRATION POLICY

Teresa Russo[1]

I. INTRODUCTORY REMARKS CONCERNING THE PARTNERSHIP INSTRUMENT – II. THE EXTERNAL DIMENSION OF EU MIGRATION POLICY AND THE "PARTNERSHIP APPROACH" – III. THE MOBILITY PARTNERSHIP: LEGAL FORM AND CONTENTS – IV. THE PRIORITY GIVEN TO THE AFRICAN AND MEDITERRANEAN AREA – V. CONCLUSIONS: WHAT RESULTS?

ABSTRACT: The present work intends to highlight the most relevant aspects of the choices of the EU's external migration policy through the instrument of Mobility Partnership which was proposed as general framework for the management of migration flows from third countries. Its main aim was to take due account of the interests and objectives of EU, partner countries and migrants themselves. So, the partnership was included among the external migration policy's instruments with additional and different features than its earlier namesakes of the Union's external relations. Nevertheless, the need to contain the migratory pressure coming from Africa and the Mediterranean, an area in which the Union has recognized priority actions, affects the form and the content of the few partnerships concluded until now and has a negative impact on its results, as well as on the respect of fundamental rights of migrants.

KEY WORDS: EU external migration policy, Partnership, Mediterranean, Readmission Agreement.

ALGUNAS BREVES REFLEXIONES SOBRE LA ASOCIACIÓN DE MOVILIDAD EN LA POLITICA DE LA UE EN MATERIA DE MIGRACIÓN EXTERIOR

RESUMEN: Este trabajo se centra en los aspectos más relevantes de las decisiones de política exterior de migración de la UE, mediante la Asociación de Movilidad que se propone como marco general para la gestión de los flujos migratorios procedentes de terceros países. Su objetivo principal era tener debidamente en cuenta los intereses y objetivos de la UE, los países socios y los propios migrantes. Es así que la cooperación se incluyó entre los instrumentos de política de migración externa con características nuevas y diferentes de sus antecedentes dentro de las relaciones externas de la Unión Europea. Sin embargo, la necesidad de contener la presión migratoria procedente de África y del Mediterráneo, área en la cual la Unión ha reconocido acciones prioritarias, influye en la forma y el contenido de pocas asociaciones hasta ahora llevadas a cabo, y posee una repercusión negativa en sus resultados, tal como en el respeto de los derechos básicos de los migrantes.

PALABRAS CLAVE: Política exterior de migración de la UE, Asociaciones de Movilidad, Mediterráneo, Acuerdo de readmisión

[1] Associate Professor of Public International Law at the Department of Legal Science (School of Law), University of Salerno, via Giovanni Paolo II, 132 84084 FISCIANO (SA), ITALY.

QUELQUES BREFS REFLEXIONS SUR LE PARTENARIAT POUR LA MOBILITÉ DANS LA POLITIQUE MIGRATOIRE EXTÉRIEURE DE L'UE

RÉSUMÉ : Ce travail se concentre sur les aspects les plus pertinents des choix de la politique migratoire extérieure de l'UE à travers l'instrument de partenariat de mobilité qui a été proposé comme cadre général pour la gestion des flux migratoires en provenance des pays tiers. Son principal objectif était de tenir dûment compte des intérêts et des objectifs de l'UE, les pays partenaires et les migrants eux-mêmes. Ainsi, le partenariat a été inclus parmi les instruments de la politique de migration externe avec des fonctionnalités supplémentaires et différentes que ses homonymes antérieures de relations extérieures de l'Union. Néanmoins, la nécessité de contenir la pression migratoire en provenance d'Afrique et de la Méditerranée, un domaine dans lequel l'Union a reconnu les actions prioritaires, affecte la forme et le contenu des rares partenariats conclus jusqu'à présent et a un impact négatif sur ses résultats, ainsi que sur le respect des droits fondamentaux des migrants.

MOTS-CLÉS: Politique migratoire extérieure de l'UE, Partenariat, Méditerranée, Accord de réadmission.

I. INTRODUCTORY REMARKS CONCERNING THE PARTNERSHIP INSTRUMENT

For a long time now some scholars no longer believe that the production of international law is limited to classical sources. This is because of their pluralization process. In fact these sources are multiple and different from those perceived in the classical conception of international law because of the growing involvement in regulatory activity of more actors besides States[2]. This means, on the one hand, a recourse to informality in the production of international law and on the other hand, it causes a diversification of the means of production of its rules and, as a result, of their content.[3]

In such a context we can include partnerships which, although in many cases coincide with the classical international treaty, in other cases show different connotations not perfectly coincident with the first. Partnerships have therefore become a tool to foster cooperation and integration of third countries and their citizens in the European Union, namely a framework within

[2] See D'Aspremont, J., (ed.), *Participants in the International Legal System-Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Routledge, London, 2011. See also von Bogdandy, A., Wofrum, R., von Bernstorff, J., Dann, P., Goldmann, M. (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law,* Springer, Heidelberg, Dordrecht, London, New York, 2010, in particular pp. 3-32.

[3] In this perspective, see D'Aspremont, J., *Formalism and the sources of International Law – A theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press, Oxford, 2011, who considers also that: 'the idea that formal law-ascertainment has grown inappropriate to capture contemporary international norms has become even more prevalent', p. 3.

which to include a further set of binding and non-binding acts. They have also assumed a programmatic nature as part of some specific external actions of the Union[4]. Thus as part of the EU external migration policy, partnerships were introduced as an instrument of the so-called Global Approach for the regulation of international relationships between the EU institutions, Member States and third countries, specifically identified with reference to the migratory routes[5]. This instrument was also considered appropriate to embody a different approach aimed at involving all stakeholders, including migrants[6].

Accordingly, the present work precisely intends to highlight the most relevant aspects of the choices of the EU's external migration policy through the main instrument, the Mobility Partnership, which gives substance to the so-called "partnership approach"[7]. In any case, additional existing instruments in the Union's relations with third countries continue to "mingle" in order to contain the migratory pressure coming from Africa and the Mediterranean, an area in which the Union has recognized priority actions. As it will be seen, the Mobility Partnership is a non-binding instrument that reflects the choices of national policy of the Member States which decide to participate. It is also closely linked to the readmission agreements which are the main legal instruments to contain the migratory masses, at the expense of migrants' rights[8].

---

[4] For more in-depth considerations, let us to refer to Russo, T., "Partnership as an Instrument of Democratization in EU External Action: A Look at the Balkans", in *Law between Modernization and Tradition. Implications for the Legal, Political, Administrative and Public Order Organization,* Hamangin, Bucharest, 2015, pp. 677-688.

[5] See Urbano de Sousa, C., "Le partenariat pour le mobilité: un instrument de l'approche globale en matière d'immigration, in De Bruycker, P., Foblets, M.-C., Maes, M. (sous la direction), *Dimension Externes du Droit et de la Politique d'immigration et d'Asile de l'UE*, Bruylant, Brussels, 2011, pp. 343-358.

[6] See the critical considerations on the protection of migrants of Collyer, M., "Migrants as strategic actors in the European Union's Global Approach to Migration and Mobility", *Global Networks,* Vol. 12, No. 4, 2012, p. 505-524.

[7] So Kunz, R., "Governing International Migration through Partnership", *Third World Quarterly,* Vol. 34, No. 7, 2013, pp. 1227-1246.

[8] In a critical view, see Ippolito, F. and Trevisanut, S. (eds.), *Migration in the Mediterranean. Mechanism of International Cooperation,* Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

II. THE EXTERNAL DIMENSION OF EU MIGRATION POLICY AND THE "PARTNERSHIP APPROACH"

As it is known, the external dimension of EU migration policy[9] was developed only at a later time, that is when the abolition of internal borders between EU Member States leads as a corollary the strengthening of external borders, and therefore the need to create a common border management policy[10]. Similarly, the approach that is used by the Union is primarily directed to the externalization of the European area of freedom, security and justice with the adoption of measures to combat illegal immigration[11]. Although in fact already with the Tampere programme, the European Council was aware of the need to establish 'a comprehensive approach to migration addressing political, human rights and development issues in countries and regions of origin and transit' and considered the partnership with third countries 'a key element for the success of such a policy, with a view to promoting co-development'[12], it is only since 2005 that the so-called "partnership approach" begins to materialize. It is so defined because based on 'the belief

[9] According to Reslow, N., *Partnering for mobility? Three-level games in EU external migration policy,* Datawyse bv, Maastricht, 2013, 'External migration policy can be defined as a policy whereby third countries are drawn in to agreements, information exchanges, cooperation mechanisms or negotiations with the EU on migration issues', p. 21.

[10] This cooperation began in the Community area as early as 1985 when five of the ten countries that were at the time the Member States of the EEC signed the Schengen Agreement, integrated, five years later, by the implementing Convention. It is well known, then, how the Amsterdam Treaty and the subsequent implementing programmes since 1999 have materialized and developed this objective. On the evolution of the Union's policy on immigration, see for all, Condinanzi, M., Lang, A., Nascimbene, B., *Citizenship of the Union and free movement of persons,* Martinus Njihoff Publishers, Leiden-Boston, 2008, in part. p. 201 ff.

[11] From this moment, actions of the Union direct to the creation of an area of freedom, security and justice tend gradually to strengthen its external dimension. However, compulsory measures regard illegal or irregular migration. See Cardwell, P.J., "New Modes of Governance in the External Dimension of EU Migration Policy", *International Migration,* Vol. 51, No. 6, 2013, pp. 55-66, who considers that curiously the strengthening of the external dimension to FSJ in the Stockholm Programme was the provision of 'greater opportunities for EU citizens to work and do business with countries across the world', p. 56.

[12] See Tampere European Council, *A Common EU Asylum and Migration Policy*, 15-16 October 1999.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 93-109

that migration can be effectively managed in a spirit of cooperation between all affected countries to yield win-win (including countries of origin and destination) or win-win-win (also including migrants) solutions'[13].

It is true that, in general, the EU's migration policy has established itself with difficulty. The phenomenon in question was always considered a highly sensitive matter for national sovereignty[14] and, in any case, the subject of intergovernmental cooperation between States[15]. This explains how the same internal dimension has developed in small steps, starting as a sub-area of cooperation on justice and home affairs. It also explains how the external dimension[16] has taken shape thanks to the need for integrating migration issues in the relationships with third countries for the EU enlargement policy, the European neighborhood policy[17], or as a reflexion of the Union's internal competences[18].

[13] So, Kunz, R., "Governing International Migration", *cit*. p. 1233 who considers that partnership is not a mere political tool, but an essential element of the governance of international migration.

[14] See Reslow, A., "Deciding on EU External Migration Policy: The Member States and the Mobility Partnership", *Journal of European Integration,* Vol. 34, No. 3, 2012, pp. 223-239.

[15] An example is given by the Budapest Process that is a consultative forum of more than fifty governments (including Western Balkans, China, Bangladesh, Pakistan, Afghanistan, Iran, Iraq, Syria, Turkey and the countries of Central Asia) and various international organisations based on exchanging information and best practices on a wide range of migration issues. It started in 1991 as one of the longest standing cooperation framework on migration for Europe and its Eastern neighbours. Thanks to the Budapest Process, the Silk Route Partnership for Migration was established at the Ministerial Conference held in Istanbul on 19 April 2013 to improve cooperation in the area of migration between the countries of the Budapest Process and the Silk Route countries (Afghanistan, Bangladesh, Iran, Iraq and Pakistan).

[16] See Weinar, A., *EU Cooperation Challenges in External Migration Policy, EU-US Immigration Systems*, 2011/02, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole (FI): European University Institute, 2011, who considers the external dimension of migration policy 'a matrix of tension between priorities and competences at the supranational and national levels'.

[17] So, for example, thanks to migration and readmission clauses included in international agreements of association and cooperation. See Eisele, K., *The External Dimension of the EU's Migration Policy. Different Legal Positions of Third-Country Nationals in the EU: A Comparative Perspective*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2014.

[18] According to Reslow, N., "An Incompetent Actor? Assessing EU External Migration Policy", *European Foreign Affairs Review,* Vol. 20, No. 4, 2015, pp. 471-494, 'Legal competence

Even after the Lisbon Treaty, the Union's external competence in this field is conventionally limited to readmission agreements provided for in Article 79.3 TFEU, the visa agreements based on Article 77 TFEU, as well as to the 'partnership and cooperation with third countries for the purpose of managing inflows of people applying for asylum or subsidiary or temporary protection' (Article 78.2, letter. g). Furthermore Member States retain the right to determine volumes of admission of third countries' citizens on their territory in order to find work (Article 79.5 TFEU)[19]. However, there has been a radical change from the point of view of policy choices underlying

on external migration policy is, however, also derived from internal competences in the field of justice and home affairs', as well as she considers that the adoption of measures within the EU 'based on internal competence on migration can have significant external effects', in part. p. 478.

19 As well known, the EU migration policy should be governed by the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between the Member States (Article 80 TFEU). In the view of the achievement of the EU objectives provided in Article 79 TFEU (legal immigration, integration of migrants, fight against illegal immigration, fight against trafficking in human beings, etc.) a number of important directives relating to immigration and asylum have been adopted. According to Martenczuk, B., "Migration Policy and EU External Relations", in Azoulai, L. and De Vries, K. (eds.), *EU Migration Law. Legal Complexities and Political Rationales,* Oxford University Press, Oxford, 2014, the EU external migration policy consists of 'all policies affecting the movement of TCNs across the EU's external border', p. 69 ff. These are, for example, the *Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment* (OJ L 155, 18.6.2009, pp. 17–29); the *Directive 2011/98/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State* (OJ L 343, 23.12.2011, pp. 1–9)**;** *Directive 2014/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers* **(**OJ L 94, 28.3.2014, pp. 375–390); *Directive 2014/66/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the conditions of entry and residence of third-country nationals in the framework of an intra-corporate transfer* (OJ L 157, 27.5.2014, pp. 1–22, it is to be transposed by 29 November 2016), as well as the *Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the Right to Family Reunification* (OJ L. 251/12-251/18); *Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals* (OJ L. 348/98-348/107; 16.12.2008); *Directive 2009/52/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals*. For a comprehensive overview of the relevant EU legislation, see for all Hailbronner, K.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 93-109

the external dimension of migration[20]. As a result of the changing scenario of international migration, the European Union also expressed the need to change its approach to migration through the strategy on the *Global Approach to Migration* promoted by the European Council in December 2005, focusing on partnership and dialogue with non-EU countries[21]. This approach, which aimed at incorporating the opportunities of legal migration in the external policies of the Union, was then translated into a series of policy proposals of the Commission that since 2007 seeks to promote, at the occurrence of certain conditions, the opportunities of legal migration for the citizens of third countries in order to discourage illegal migrations[22]. Therefore in 2011 the Commission adopted a renewed Global Approach in the Communication on *Global Approach to Migration and Mobility* (GAMM)[23], which includes mobility as a much broader concept than migration[24].

This renewed approach establishes a general framework for the EU's relations with third countries in the field of migration, namely an overarching framework of EU external migration policy, complementary to EU foreign policy and development cooperation. Based on four pillars, (legal immigration and mobility, illegal immigration and trafficking in human beings, international protection and asylum policy, and maximising the impact of migration and mobility on development) it was implemented not only through the classic legal instruments previously mentioned, but also through a number of policy instruments, including the Mobility Partnership, already considered 'as the main strategic, comprehensive and long-term cooperation framework for

---

and Thym, D. (eds.), *EU immigration and asylum law*. Commentary, 2nd edition, C.H. Beck/Hart/Nomos, München, Oxford, Baden-Baden, 2016.

[20] See Nascimbene, B., "The Global Approach to Migration: European Union Policy in the Light of the Implementation of the Hague Programme", *ERA* Forum, Vol. 9, No. 2, 2008, pp. 291-300.

[21] See European Council *Global Approach to Migration: Priority actions focusing on Africa and the Mediterranean*, 13 December 2005, 15744/05. This was completed in its conclusions on the development of a *Comprehensive European Migration Policy* of December 2006, 16879/1/06 REV 1.

[22] See European Commission *On circular migration and mobility partnerships between the European Union and third countries,* 16 May 2007, COM(2007) 248 final.

[23] See 18 November 2011, COM(2011) 743 final.

[24] In a critical view, see Reslow, N., "An Incompetent Actor", *cit*., p. 482 ff.

migration management with third countries, adding value to existing bilateral frameworks'[25].

III. THE MOBILITY PARTNERSHIP: LEGAL FORM AND CONTENTS

The Mobility Partnership is the name that the Commission proposed to give to the mobility packages as a general framework for the management of migration flows from third countries while bringing together the 'possibilities offered by the Member States and the European Community, while fully respecting the division of competences as provided by the Treaty'[26]. This Partnership was born with many purposes: organizing a package of mutual commitments and offers of project initiatives covering mobility, migration and asylum issues, adapted to the specific requirements of EU Member States in terms of the labor market; seeking to secure easier access to EU territory for the citizens of third countries; facilitating circular and temporary migration in order to help the EU Member States to respond to the needs of their labor market and use the potential positive impact of migration for their development; responding to the needs of countries of origin with regard to skills transfer and mitigating the effects of brain drain. Therefore, its main aim was to take due account of the interests and objectives of EU, partner countries and migrants themselves[27]. In this sense, this instrument was deemed to be able to turn into responsible partners, not only the third States willing to cooperate with the Union to share common interests, mutual benefits and shared responsibility, but also the migrants themselves in as much as informed, assisted and encouraged to collaborate also for their repatriation[28].

As a result, the partnership was included among the external migration policy's instruments with additional and different features than its earlier

---

[25] European Council *The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting the citizens*, 2 December 2009, 17024/09, paragraph 6.1.1, p. 61.

[26] See European Commission *The Global Approach to Migration one year on: Towards a comprehensive European migration policy,* 30 November 2011, COM(2006) 735 final.

[27] The human rights of migrants are in fact a cross-cutting issue in this approach.

[28] So Kunz, R., "Governing International Migration", *cit.* p. 1240 who, in general, considers that thanks to the partnership approach also migrants are turned in partners, not only in development, but also in return policy making.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 93-109

namesakes of the Union's external relations. So much so that the Commission took care to define the legal nature, form and content, concluding that it is impossible to list all the components of a Mobility Partnership. It presents itself as a kind of policy coordination[29] that is characterized by its wide differentiation both as regards with the participating Member States and its contents. In fact, such contents are affected by other Union's external relations with third countries involved, as well as 'they are tailored to the specifics of each relevant third country, to the ambitions of the country concerned and of the EU, and to the level of commitments which the third country is ready to take on in terms of action against illegal migration and facilitating reintegration of returnees, including efforts to provide returnees with employment opportunities'[30]. Even more, these partnerships depend on Member States' national laws concerning the admission of third-country citizens, as well as their political constraints and priorities. However, they are constructed on the basis of a common element, the "joint responsibility" between partners.

For all these reasons, the mobility partnership is one of the flexible instruments[31] that lack a legal definition and it is alternative to those binding to achieve the objectives of the external governance of the Union's migration policy[32]. By express provision of the Commission[33], it has a complex legal nature. In fact it involves many elements, some of the Union's competence, others of the Member States' competence. It is namely a framework established by a 'joint political declaration between the EU and interested Member States, on the one hand, and the partner country on the other, based

[29] See Parker, R., "EU Mobility Partnership: A model of Policy Coordination?", *European Journal of Migration and Law,* Vol. 11, No. 4, pp. 327-345.

[30] See European Commission *On circular migration and mobility partnerships*, *cit.*, p. 4.

[31] There are several political instruments, such as bilateral and regional policy dialogues and action plans between countries of origin, transit and destination, according to specifically geographical priorities in line with the reality of migration trends, as well as migration profile, migration missions, etc.

[32] See Cardwell, P.J., "New Modes of Governance", *cit.*, p. 57.

[33] See *Mobility partnership as a tool of the Global Approach to Migration*, 18 September 2009, SEC(2009)1240 final, who considers the mobility partnership as 'the most innovative tool to date of the Global Approach to Migration and contribute significantly to its operationalization', paragraph 4.

on mutual commitments, but formally non-binding'[34]. More specifically, it takes 'the form of political statements (declarations of intention) signed by the Community, the Presidency of the EU, interested Member States and respective partner third country'. It is formulated in non-binding terms, to be adapted according to the current needs[35]. It is an umbrella under which partners can implement not only cooperation initiatives, but also can negotiate and conclude bilateral agreements, albeit mainly on readmission in the event of illegal immigration[36].

Certainly, in the face of numerous attempts to give a definition[37], it seems that the most significant features of the Mobility Partnership could be its non-binding nature, the will of the Member States to take part of it, as well as its purpose to compose or combine the interests of the institutions of the Union, of third countries and above all of the Member States. In other words, it seems to be a regulatory framework which has the purpose to ensure that movements of persons between the EU and a partner country are well-governed. Indeed, a Mobility Partnership should be presented once a certain level of progress has been achieved in the migration and mobility dialogues, also taking into consideration the broader economic, political and security context. Moreover, the mobility partnership offers visa facilitation based on a simultaneously negotiated readmission agreement. The composition of these interests, thought of as one of the main objectives of partnership, would have to minimize tensions in the EU's external migration policy. On the contrary, the existing diversities, in addition to affecting the form and the

[34] See Carrera, S., Hernández i Sagrera, R., "Mobility Partnerships 'Insecurity Partnership' for policy coherence and migrant workers' human rights in the EU", in Kunz, R., Lavenex, S., Panizzon, M. (eds.), *Multilayered Migration Governance. The promise of partnership,* Routledge, London and New York, 2011, p. 97 ff.

[35] It is a "living document" in the thought of Brocza, S. and Paulhart, K, "EU mobility partnerships: a smart instrument for the externalization of migration control", *Eur J Futures Res,* No. 3, 2015.

[36] See Wiesbrock, A., "Euro-Mediterranean Labour Migration: a mutually beneficial partnership?", in Ippolito, F., and Trevisanut, S. (eds.), *Migration in the Mediterranean*, cit., who considers that the Mobility Partnership with Morocco and Tunisia shows a clear emphasis on migration control, readmission and return and only minimally improved opportunities for legal migration and employment, p. 175.

[37] For a reconstruction on the topic of Mobility Partnership, see Reslow, N., "*Partnering for mobility?*", *cit*., p. 21 ff.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 93-109

content of the few partnerships concluded until now, have a negative impact on cooperation hindering, at least for the moment, the envisioned results.

IV. THE PRIORITY GIVEN TO AFRICA AND THE MEDITERRANEAN

The priorities to respond to migration-related challenges are, as it is known, identified by the Council[38] and, therefore, by the Commission[39] in its proposals to promote the management of migration flows of people from Africa and the Mediterranean. Notoriously, these areas are the scene of death for thousands of migrants/refugees in transit to reach the Union. Following the approach outlined above, the tools used were those of political dialogue, both at regional and multilateral levels since immediate Southern neighbours, and bilaterally with key countries of origin and transit of migration flows or, anyway, coming within the migratory routes. These are precisely the third States with which to conclude Mobility Partnerships. The two areas in question are interconnected and overlapping not only from a geographical point of view, but also in the context of the Union's policies. In fact, they are also the subject of the European neighbourhood policy and fall within the Euro-Mediterranean Partnership and the Union for the Mediterranean, that is to say other frameworks within which to manage both bilateral and regional relations[40].

[38] See European Council *Global approach to migration, cit.*, p. 3, where it states that 'Action must be taken to reduce illegal migration flows and the loss of lives, ensure safe return of illegal migrants, strengthen durable solutions for refugees, and build capacity to better manage migration, including through maximising the benefits to all partners of legal migration, while fully respecting human rights and the individual's right to seek asylum. The immediate actions set out below form part of a broader agenda for developing the EU's relationship with Africa and the Mediterranean countries through genuine partnership. The European Council also welcomes the complementary dialogue and cooperation being pursued by Member States in this area'.

[39] See European Commission *Priority actions for responding to the challenges of migration: first follow-up to Hampton Court,* 30 November 2005, COM(2005) 621 final.

[40] See European Commission *Strengthening the European Neighbourhood Policy,* 4 December 2016, COM(2006)726 final that considers that: 'these mobility partnerships would form part of the actions envisaged to strengthen the European Neighbourhood Policy'.

As a new initiative that is part of the highlighted "partnership approach", the EU-Africa Partnership on Migration, Mobility and Employment[41] is a continental Partnership between the EU and all African States which aims to provide comprehensive responses to migration, in the interest of all partners. The particular focus of this partnership is that of facilitating mobility and free movement of people in Africa and within the EU; better managing legal migration between the two continents, addressing the root causes of migration and refugee flows; ensuring fair treatment of all migrants under applicable international law; finding concrete solutions to problems posed by irregular migration flows and trafficking of human beings; ensuring that migration and mobility work for development[42]. At a sub-regional level, some examples are the Rabat process which consists of policy dialogues with countries along the Western migratory route[43], as well as the Khartoum Process that was launched at a Ministerial Conference in November 2014 in Rome to establish a long-standing dialogue on migration and mobility[44].

At a bilateral level, although the mobility partnership had started with several countries of the region, it has taken shape with only a few countries (Cape Verde, Morocco, Tunisia, Jordan). Instead with other countries (Ethiopia

[41] See Lavenex, S., "Interregionalism in the EU External Migration Policies", in Telò, M., Fawcett, L., Ponjaert, F. (eds.), *Interregionalism and the European Union. A Post-Revisionist Approach to Europe's Place in a Changing World,* Routledge, London and New York, 2015, pp. 159-174, in part. p. 169.

[42] It is informed by the Joint Africa-EU Strategy agreed in Lisbon in December 2007, as well as the Declaration of the 2006 Tripoli Ministerial Conference on Migration and Development, and the Ouagadougou EU-Africa Plan of Action on Trafficking in Human Beings, especially Women and Children.

[43] It was launched at the first Euro-African Ministerial Conference on Migration and Development in July 2006 in Rabat. It brings together governments of European and African countries from North, West and Central Africa, together with the European Commission and the Economic Community of West African States (ECOWAS). Its aims are: to enhance dialogue and cooperation on legal migration and mobility; prevention of irregular migration and measures to counteract it; migration and development; international protection.

[44] The Khartoum Process is led by a Steering Committee of five EU Member States (Italy, France, Germany, UK, Malta), five partner countries (Egypt, Eritrea, Ethiopia, South Sudan, Sudan) as well as the European Commission, the European External Action Service and the AU Commission.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 93-109

and Nigeria) the Common Agenda on Migration and Mobility tool (CAMM)[45] has been used. According to some scholars, the conditional link between mobility partnerships and cooperation on readmission[46] does not correspond to the main interest of the African countries. These, indeed, would be more interested in promoting their development and then the connection between migration and development[47]. Conversely, the debate concerning migration and development would be characterized by the 'overwhelming presence of the security rationale'[48]. As pointed out, cooperation on readmission has

[45] According to the Commission (see note 22), the Common Agenda is a political instrument 'for partner countries and for the EU and its Member States in cases where both sides want to establish an advanced level of cooperation, but where one side or the other is not ready to enter into the full set of obligations and commitments. Like the MP, the CAMM should set a number of common recommendations, targets and commitments for dialogue and cooperation and should include a package of specific support measures offered by the EU and interested Member States. If both parties agree, the Common Agenda could be upgraded to a Mobility Partnership at a later stage. It does not include the negotiation of visa facilitation and readmission agreements, and it should mainly be used for other third countries'.

[46] See Cassarino, J.P., *Readmission Policy in the European Union,* Bruxelles: European Parliament, 2010, who considers that: 'the EU's attempt to link mobility partnerships with cooperation on readmission reflects how this issue has become a central component of its immigration policy', p. 36.

[47] See Chou, M.-H., *EU and the Migration-Development Nexus: What Prospects for EU-Wide Policies?,* Working Paper, No. 37, University of Oxford, 2006.

[48] So Chou, M.-H., *European Migration Strategy towards West Africa: the Origin and Outlook of 'Mobility Partnership' with Cape Verde and Senegal,* 2009, available on <http://aei.pitt.edu/33039/1/chou._meng-hsuan.pdf>. The readmission agreements ask in fact their partners to readmit, not only their own citizens, even other States' citizens who passed through their territory to reach Europe. Furthermore, the connection between readmission and visa facilitation agreements is not an automatic connection. See Council of the EU, *Common approach on visa facilitation,* 16030/05, Brussel, 21 December 2005, who considers that: 'However, the existence of a readmission agreement, or the willingness of a third-country to negotiate one, does not automatically nor routinely lead to the opening of negotiations on a visa facilitation agreement. The EU shall consider making use of other instruments to achieve the conclusion and implementation of a readmission agreement, e.g. political, economic, commercial or development policy related'.

been perceived as succumbing to foreign influence, and not as a developing country's own policy [49].

It is true that in the Commission's view the establishment of a mobility partnership can take place 'once certain conditions have been met, such as cooperation on illegal migration and effective mechanisms for readmission'[50]. Both partnerships with Jordan and with Morocco provide, for example, in the section on implementation, that: 'The signatory parties take the view that the elements contained in the various components of this partnership will be implemented using a balanced overall approach and constitute a package, particularly the visa and readmission facilitation agreements, which shall be concluded simultaneously'[51]. Such a connection has been criticized, on the one hand, because it would continue to confirm the traditional conception of migration as insecurity [52]. On the other hand, because it entails the risk of violation of international obligations relating to fundamental rights[53], such as the right to non-refoulement or the right of every person to seek asylum and to leave their own country, as well as the risk of collective refoulements[54].

[49] So Weinar, A., "EU cooperation challenges", cit., p. 7. Sub-Saharan African countries are interested in the access to EU labour markets and North African countries consider transit migration an European issue the effects of which they have to put up with.

[50] See European Commission *The Global Approach to migration one year on,* mentioned above note 25.

[51] See the Joint declaration establishing a Mobility Partnership between the Hashemite Kingdom of Jordan and the European Union and its participating Member States, paragraph 33 e the Joint declaration establishing a Mobility Partnership between the Kingdom of Morocco and the European Union and its Member States, paragraph 39.

[52] See Carrera, S., *The EU's Dialogue on Migration, Mobility and Security with the Southern Mediterranean. Filling the Gaps in the Global Approach to Migration,* June 2011, available on <http://aei.pitt.edu/32071/1/No_41_Carrera_on_EU_Dialogue_with_SoMed_edited_final-1.pdf>, p. 5.

[53] See the Analysis of the Mobility Partnership signed between the Kindgom of Morocco, the European Union and nine Member States on 7 June 2013 edited by the Euro-Mediterranean Human Rights Network, February 2014, available on <http://euromedrights.org/wp-content/uploads/2015/03/PM-Morocco_Final-Version-EN.pdf>. See also the Focus of Asylum and migration into the EU in 2015 edited by the European Union Agency for Fundamental Rights, 2016.

[54] It is well known that the automatism in the refoulement of asylum-seekers without any assessment of the respect of fundamental rights was condemned by the European Court of Human Rights also with reference to the so-called Dublin system (on the reform proposal,

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 93-109

This fact undermines an approach centered on the respect of migrants' rights that is the basis of the very structure of the Mobility Partnership[55].

V. CONCLUSIONS: WHAT RESULTS?

In conclusion, it is clear that the success of the Union's migration policy depends on its external dimension, namely on the regulation of its relations with third countries of origin and transit of such migratory flows that in recent years have tried to reach Europe. However, it is equally clear that, in the context of a still "experimental" phase, the proposed new approach encounters several obstacles caused by the shared competence of Member States (Article 4.2, lett. j TFEU). These limit the power of initiative of the Commission and continue to propose individual projects demonstrating a preference for bilateral cooperation. Moreover, Member States are free to participate in the mobility partnership and take part only if it is in line with their national policy. Apart from France which is present in all the partnerships, in other cases the number of participating States is highly variable.

Furthermore, we cannot fail to mention the different approach followed by the two main institutions involved: the Council and the Commission. The former has shown a greater propensity to frame migration in the foreign policy, the latter more inclined to offer incentives to third countries with the aim of improving cooperation[56]. Even the choice of a typically non-binding

see Caggiano, G., "Prime riflessioni sulle proposte di riforma del sistema europeo comune d'asilo in materia di qualifiche, procedure e accoglienza", *SIDIBlog* of 3rd October 2016, available on http://www.sidiblog.org). See *ex multis* ECtHR, *Sharifi and Others v. Italy and Greece* (no. 16643/09), 21 October 2014. Similarly, any automatic provision on readmission included in agreements gives rise to doubts about their legitimacy, such as in the case of Agreement between the European Union and the Republic of Turkey on the readmission of persons residing without authorisation (OJ L 134, 7.5.2014, pp. 3–27) that was concluded by the Council Decision 2014/252/EU (OJ L134/17.05.2014) and entered into force on 1st October 2014. On 18 March 2016, the European Union and Turkey decided to end the irregular migration from Turkey to the EU, because of some debatable principles contained in the EU-Turkey statement of 7 March 2016. See Favilli, C., "La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?", *Diritti umani e diritto internazionale,* Vol. 10, No. 2, 2016, pp. 405-426.

[55] See Carrera, S., *The EU's Dialogue on Migration, Mobility and Security with the Southern Mediterranean*, *cit*.

[56] See Reslow, A., "Deciding on EU External Migration Policy", *cit*. p. 225.

instrument is relevant in this sense. It also makes marginal, if not non-existent, the role of the European Parliament and excludes the jurisdiction of the Court of Justice. For this reason some have affirmed the need to translate the mobility partnerships in international agreements, similar to those used in the context of readmission and asylum cooperation[57]. Apart from the fact that such a solution would lead to the change of the approach that was intended to usher in with this tool[58], it would have the effect of bargaining for the signature of the agreement with the addition of delays in the ratification process. Although outside of this context, one example is the readmission agreement with Turkey. The negotiations were very long because of the fact that Turkey requested as a precondition a road map for visa liberalization for its nationals.

Therefore, the results obtained can be evaluated both quantitatively and qualitatively. In the first sense, there has been a proliferation of policy documents which, perhaps for the need to explain this new approach of the EU external migration policy, have made its objectives too much overlapped and unclear. In the same perspective, the bilateral relations between the EU Member States and third countries continue to prevail quantitatively, thus belittling the "competence" of the Union in the field. Furthermore, the predominant role of the Council and the Member States "decreases" or diminishes the power of the Commission. Finally, in the implementation process of the Mobility Partnership 'the approach of restricting immigration and maximizing the efficiency of readmission' has prevailed[59]. From the second point of view, conversely, although the intention was to qualitatively improve the Union's external relations on migration issues, precisely in a spirit

[57] See Carrera, S., *The EU's Dialogue, cit.*, who recommends that: 'Despite comprising a central plank of the EU's response to events in the Southern Mediterranean, Mobility Partnerships reveal deficits when tested against principles of legal certainty, democratic accountability and international labour and human rights standards', p. 24. See also Carrera, S. and Hernández i Sagrera, R., "The externalisation of the EU's Labour Immigration Policy. Towards Mobility or Insecurity Partnership?", *CEPS Working Document,* No. 321, 2009.

[58] See Kunz, R., "Governing International Migration", *cit.* p. 1241 who considers that "partnership approach" creates new states and migrant subjectivities in a '(quasi-)contractual joint agreements of mutual commitments'.

[59] According to Maisenbacher, J., "The Political Economy of Mobility Partnership – Structural Power in the EU's External Migration Policy", *New Political Economy*, Vol. 20, No. 6, 2015, pp. 871-893, market forces influence EU external migration policy.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 93-109

of partnership with shared responsibilities, the balance seems to be skewed in favor of the needs of Member States with obvious risks for the respect of fundamental rights of migrants. In conclusion, the "ostensible" reduction of the registered migratory pressure[60] is more a result of the change of the selected migratory routes[61] or of all migrants left outside Europe that an outcome to be attributed to this new approach.

[60] See UNHCR data available on <http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php>.

[61] See *Europe/Mediterranean - Migration Crisis Response Situation Report* of the International Organization for Migration (IOM), 7 September 2016, available on <https://www.iom.int/sites/default/files/situation_reports/file/IOM-Med-Migration-Crisis-Response-Sitrep-07-September-2016.pdf>.

DOSSIER

Droit international privée.
Droit de Famille au Maroc et en Espagne

PRÉSENTATION

Ce travail collective, fruit du projet de recherche d'excellence de la *Junta de Andalucía* SEJ-4738, intitulé: «Analyse transversale de l'intégration des femmes et des mineurs, citoyens d'Etats tiers, dans la société andalouse. Problèmes dans le domaine familial », a pour objectif d'analyser les difficultés auxquelles font face, dans le domaine du droit de la famille et des successions, les familles résidant en Espagne et dont tous les membresl ou certains d'entre eux, sont des ressortissants marocains[1].

La plupart des chercheurs parties au dit projet, ont commencé leurs recherches en matière de droit des étrangers en 2000, par la rédaction de Commentaires sur la loi organique des droits et libertés des étrangers en Espagne, que j'ai eu l'honneur de diriger. Depuis, ces chercheurs ont constitué une partie importante de l'ensemble des professeurs du Master spécialisé en droit des étrangers à l'Université de Grenade, dans toutes ses éditions. Il y a quatre ans, convaincus de la nécessité de trouver une solution à ces problèmes, ces auteurs ont décidé de porter plus particulièrement leurs réflexions sur l'étude des problèmes pratiques que rencontrent, dans le domaine familial, les ressortissants d'Etats tiers qui résident sur le territoire espagnol, en vue d'un intégrationdans notre pays. L'objectif visé et sans aucun doute atteint grâce à ce livre- était de traiter ces questions en procédant en outre à une étude rigoureuse de droit comparé, à une analyse critique de la règlementation mise

[1] Nous tenons à remercier les éditionsTirant lo Blanc qui ont édité l'ouvrage original en espagnol et nous ont cédé les droits pour cette version en français.

en œuvre à partir du droit international privé, dans le but de trouver des solutions efficaces.

Nous avons choisi ce domaine car la famille est une institution fondamentale au sein de toute société. Elle a est à la base du développement de la personnalité de chacun des membres qui la composent. Elle est fondamentale pour les personnes qui vivent et travaillent en dehors de leur pays d'origine. La famille devient alors, pour divers motifs, une institution cruciale. Tout d'abord, parce que c'est l'axe autour duquel s'articulent la forme la cohésion sociale et l'intégration sociale des personnes étrangères dans la société d'accueil. Et cela est tout spécialement palpable en ce qui concerne le Maroc, en raison de l'importante migration de ses ressortissants vers l'Espagne. Deuxièmement, le droit de la famille est le domaine juridique où confluent le plus le droit marocain et le droit international privé espagnol, d'oùla nécessité d'une harmonisation entre les règles. Et troisièmement, parce que le contexte familial nous permet de découvrir les préjudices et les stéréotypes qui sont encore sous-jacents dans la culture nationale espagnole, marocaine et européenne. Il est essentiel d'identifier ces préjudices et ces stéréotypes pour lutter contre la discrimination, mais aussi pour pouvoir interpréter et appliquer correctement le droit international privé dans ce domaine.

Par ailleurs nous aborderons également le thème de la succession internationale, étant donné que la récente entrée en vigueur du Règlement sur les successions -et son entière applicabilité à partir du 17 août 2015- entraînera des changements très importants dans les relations successorales, non seulement intracommunautaires mais également extracommunautaires. La méconnaissance de l'ordre juridique marocain en matière de succession et sa faible applicabilité -pour des motifs d'ordre public ou par manque de preuve du droit étranger- ainsi que le besoin de connaître quelles sont les modifications que le nouveau Règlement va introduire, justifient amplement l'analyse des relations successorales hispano-marocaines.

L'un des objectifs du projet d'excellence qui rassemble toutes les études comprises dans cette publication a été de mettre en relief la dimension formelle, matérielle et institutionnelle du droit qui règlemente les relations familiales et les successions hispano-marocaines. Mais notre ambition à travers ce livre, était également d'apporter à cette analyse technique et critique

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 113-116

des solutions très concrètes aux questions que pose cette réalité (l'intégration des ressortissants marocains sur le territoire espagnol). Ce travail conséquent n'aurait jamais été possible sans la contribution des membres de cette équipe de recherche, qui ont su surmonter les carences que les analyses juridiques traditionnelles dans ce domaine présentaient, (analyses de caractère positiviste), pour s'insérer dans une vision qui est aujourd'hui connue comme herméneutique, caractérisée par une approche pratique et sociale du droit. Cette vision a permis de dépasser cette vision rigide et abstraite du droit international privé et de refléter son caractère essentiellement dynamique.

Pendant des décennies, l'Espagne et le Maroc ont développé un cadre théorique et pratique de collaboration juridique par divers accords bilatéraux, mais celui-ci s'avère, aujourd'hui insuffisant pour répondre au nouvel ordre géopolitique mondial. Il est nécessaire d'établir désormais un cadre juridique transnational pour réglementer les situations familiales et successorales. Dans ce nouveau contexte, la théorie et la pratique doivent s'éclairer mutuellement. La nécessité d'une collaboration, tant au niveau pratique que théorique, nous est apparue comme une évidence tout au long de ce travail de recherche. L'efficacité du changement sera fort réduite, voire nulle si, parallèlement aux changements de réglementation, les opérateurs juridiques n'acquièrent pas une formation adéquate pour utiliser les nouveaux instruments juridiques développés en matière d'égalité et de non-discrimination, ainsi que connaître les nouvelles valeurs qui seront à la base de l'interprétation et de l'application du droit international privé. Aujourd'hui les juristes, tant espagnols que marocains, doivent faire l'effort intellectuel de connaître le droit à partir de la complexité des sources juridiques desquelles il est formé. Il en va de même pour la réalité socio-économique complexe dans laquelle le juriste est impliqué pour éviter les abus de droit, les lacunes axiologiques et le manque d'équité. Ils doivent également s'efforcer de rechercher la meilleure solution possible, celle qui sera la plus juste et la plus adaptée à la nature du conflit à résoudre.

Nous ne devons pas oublier que, derrière ces règles juridiques ainsi que derrière les usages des professionnels, se cachent des conceptions morales, des préjudices, des stéréotypes qui conditionnent le sens et signifié du droit, son interprétation , et son application à la réalité. C'est pourquoi, la science juridique ne peut se limiter simplement se limiter à décrire le droit car elle

tombe alors dans un excès de méthode et de formalisme-, elle se doit aussi d'être une science normative qui apporte des propositions de changement. Voilà ce que les auteurs ont voulu proposer à travers cet ouvrage et j'espère sincèrement que la publication de ce livre, que je présente, pourra répondre aux attentes) que nos sociétés exigent et sont en droit d'exiger.

Mercedes Moya Escudero

Titulaire de la chaire de droit international privé de l'Université de Grenade (Espagne)

Chercheuse principale du projet de recherche d'excellence « Analyse transversale de l'intégration des femmes et des mineurs, citoyens d'Etats tiers, dans la société andalouse. Problèmes dans le domaine familial »

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

Andrés Rodríguez Benot[1]

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 LÉGARD DE L'ORDRE JURIDIQUE ESPAGNOL : OBSERVATIONS GÉNÉRALES ET PROPOSITIONS *DE LEGE FERENDA*

RÉSUMÉ : Pour réglementer le statut personnel des marocains qui résident dans 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 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 Etats d'accueil à se doter d'un cadre juridique transnational pour réglementer 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

---

[1] 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'Etats 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

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 117-136

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[2], 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[3]. 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*).

[2] Publiées par le ministère de l'Emploi et de la Sécurité Sociale, à travers le Secrétariat d'Etat à l'Immigration et l'Emigration.

[3] <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/201512/Residentes_Tablas_PR_31-12-2015.pdf

Comme C. Esplugues Mota l'explique[4], 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[5].
- 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[6]. 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»[7].
- 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

[4] «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.

[5] 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.

[6] Esplugues Mota, C., *op. cit*., p. 99.

[7] *Avis du Comité Économique et social de l'Union Européenne*, *cit*., titre 1.3.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 117-136

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[8]. Mais la réalité démontre encore que, dans certains groupes culturels, ces droits sont limités voire refusés aux plus faibles (surtout les femmes et enfants)[9].

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[10]. 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

[8] *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.

[9] 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.

[10] 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[11].

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 diffèrent 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

[11] 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, *cfr.*, 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.ª, «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, nº 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-aout), pp. 541 ss.; et Sánchez Lorenzo, S., «Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia», *Anuario del IHLADI*, nº 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[12].

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[13]. 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[14]. Par contre, le recours à

[12] 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, *cfr.* Aguilar Benítez de Lugo, M., «El estatuto personal», en aa.vv., *Lecciones de Derecho civil internacional*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2006, pp. 31-32.

[13] Pour une radiographie intéressante du rattachement à la nationalité du point de vue de l'éventuelle réforme du système de Droit international privé espagnol *cfr.* 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, *cfr.* 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)*, nº 69 (septembre-décembre 2006), pp. 293 ss.

[14] 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[15].

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, *cfr.* Álvarez González, S., «La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2002, nº 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*, nº 6238 (25 de avril 2005), pp. 1 ss.; *id.*, «La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles», en *Estudios de Deusto*, vol. 54, nº 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*, nº 1 (2001), pp. 483 ss.; Cuartero Rubio, V., «Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva», *Derecho privado y Constitución*, nº 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, nº 12 (18 à 24 mars), margs. 413 ss.; et Miralles Sangro, P.P. *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, Dyikinson, 2007, pp. 107-114.

[15] Sur cette question, *cfr.* 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, nº 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[16]:

> 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[17]:

> 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

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

[17] «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 *cfr.* Rauscher, T., «Heimatlos in Europa? - Gedanken gegen eine Aufgabe des Staastangehörigkeitsprinzip 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»[18] (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[19]. 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[20]. 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

[18] JO C 115, 4 mai 2010. Sur ce sujet, *cfr.* 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, nº 4, pp. 627 ss. et Wagner, R., «Die zivil(verfahrens-)rechtlichen Komponenten des Aktionsplans zum Stockholmer Programm», Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 2010, nº 5, 2010, pp. 483 ss.

[19] COM(2010) 171 final, 20 avril 2010.

[20] *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.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 117-136

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[21]. 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 »[22].

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.

---

[21] «The Clash of Civilisations?», *Foreign Affairs*, vol. 72 (1993), nº 3, pp. 22 ss.

[22] *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, *cfr.* Jayme, E., «Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1993, nº 2, pp. 295 ss.; Carlier, Y., et Verwilghen, M. (eds.), *Le statut personnel des musulmans: Droit comparé, Droit international privé*, Bruylant, Bruselas, 1992 (oeuvre avec plusiers 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[23].

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

[23] Comme caractère général, *cfr*. 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-iil.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 Maekelt*, CEDEP / ASADIP, Asunción, 2010, pp. 373 ss.; Ortega Martín, E., «La cláusula de orden público ante el fenómeno multicultural», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 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 : *cfr*. Cadet, F., *L'ordre public en Droit international de la famille. Etude comparée France/Espagne*, L'Harmattan, París, 2005, pp. 311-312.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 117-136

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[24]. 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 reconnaitre 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

[24] «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[25] (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[26], 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.

---

[25] BO nº 5184 du 5 février 2004 en arabe et nº 5358 du 6 octobre 2005 en français.

[26] Pour cela, *cfr.* entre autres, Benradi, M., Alami, M'Chchi, H., Ounnir, A., Mouaqit, 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*, nº 2, pp. 1078 ss.; *id.*, «Repercusiones de la nueva Mudawanna 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 Mudawwana 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, nº 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, nº 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, nº 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[27].

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[28]. Il s'agit de situations, comme on peut l'imaginer, qui ne pourront jamais être

[27] *Cfr.* Saïdi, K., «La réforme du Droit algérien de la famille: pérennité et rénovation», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2006, nº 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, nº 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, nº 2, pp. 321 ss..

[28] 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 nº 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 nº 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[29]).

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[30], 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 1er 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[31].

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)[32],

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).

[29] Conséquence de certains évènements historiques survenus au milieu des années cinquante du siècle dernier, la loi nº 58-27, du 4 mars 1958, sur la tutelle de l'état, tutelle officieuse 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 des détails *cfr*. Meziou, K., «Tunisie», *Juris-Classeur de Droit Comparé*, 1997, fasc. 1, nº 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.

[30] BOE nº 188, 08.08. 2005.

[31] 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.

[32] *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

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 117-136

serait considéré comme valide par l'ordre juridique espagnol, et accèderait 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)[33].

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.

[33] 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 réglementer 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

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 117-136

de la Conférence de La Haye de droit international privé, à laquelle le Maroc a fort heureusement pu participer ces dernières années[34].

– 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)[35]. 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

[34] *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, nº 1, pp. 451 ss.

[35] Pour une analyse de la situation, *cfr.* Blázquez Rodríguez, I, et Adam Muñoz, Mª.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, nº 3, pp. 491 ss.; Aldeeb Abu-Sahlieh, S.A, et Bonomi, A., *Le Droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux (Etude de Droit comparé sur les aspects de Droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angletèrre, 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, nº 1, pp. 21 ss.; Deprez, J., «La réception du statut personnel musulman en France», *Cahiers des Droits Maghrébins*, 1995, nº 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)[36].

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[37]. 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[38] quant au fond, la *kafala* ne correspond pas à l'adoption plénière[39].

---

[36] Sur cela, *cfr.* pour tous, Diago Diago, P., «La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español», *Aequalitas*, nº 6 (janvier-avril 2001), pp. 6 ss.

[37] Aranzadi-Westlaw, JUR 2006/4338.

[38] BOE nº 207, du 30.08.2006.

[39] Aranzadi-Westlaw, JUR 2009/154016.

DROIT À LA VIE DE FAMILLE. UN PARCOURS DIFFICILE DEPUIS LE MAROC

Mercedes Soto Moya[1]

I. INTRODUCTION: L'IMPACT DE LA LOI DANS LA RÈGLEMENTATION DES RELATIONS FAMILIALES – II PREUVE DE LA VALIDITÉ DU LIEN CONJUGAL: LES CONDITIONS INDISPENSABLES POUR L´OBTENTION DES DOCUMENTS DANS LE RÉGIME COMMUNAUTAIRE – III. REGROUPEMENT FAMILIAL DU CONJOINT OU DU/DE LA PARTENAIRE DE NATIONALITÉ MAROCAINE DANS LE RÉGIME DES ÉTRANGERS – IV.- CONCLUSIONS

RÉSUMÉ: Le droit à la vie en famille et à l'intimité familiale sont des facteurs clés dans toute politique migratoire, mais la « peur » du regroupement familial comme voie d'entrée et son effet potentiel multiplicateur a été et continue d'être une constante dans la gestion actuelle des migrations internationales. Cependant, il nous faut préciser que l'objet de ce travail ne consiste pas à analyser, en général, la régulation du regroupement familial dans le domaine international, ou communautaire, ni même espagnol. L'objectif est d'axer notre étude sur une question très concrète, dans le but que ce soit un guide pour les ressortissants marocains qui désirent venir en Espagne en tant que conjoint ou partenaire d'un/e espagnol/e, ou d'un/e autre ressortissant/e d'un Etat tiers. Nous verrons que le parcours est long et truffé d'obstacles. L'union avec un/e espagnol/e n'est plus synonyme d'entrée sûre et facile. Et ne parlons pas des cas où, si au lieu d'une union avec un espagnol, il s'agit d'un citoyen d'un Etat tiers ! Les obstacles sont multiples et le regroupement est un parcours plus que difficile.

MOTS CLÉS: Regroupement familial, libre circulation des personnes, Droit des étrangers, ressortissants marocains, conjoint et concubine.

DERECHO A LA VIDA EN FAMILIA. UN DIFÍCIL CAMINO DESDE MARRUECOS

RESUMEN: El derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar son claves en cualquier política migratoria, pero el "miedo" a la reagrupación familiar como vía de entrada y su potencial efecto multiplicador ha sido, y sigue siendo, una constante en la gestión contemporánea de las migraciones internacionales. No obstante, hay que precisar, que el objeto de este trabajo no es analizar, en general, la regulación de la reagrupación familiar en el ámbito internacional, o comunitario, ni siquiera en el español. El objetivo es centrar el estudio en una cuestión muy concreta, con la finalidad de que sea una guía para aquellos/as nacionales marroquíes que quieren venir a España como cónyuges o parejas de un/a español/a, u otro nacional de tercer Estado. El trayecto es largo, como se analizará, y está plagado de dificultades. La unión con un español/a ya no es sinónimo de entrada fácil y segura.

---

[1] Assistante de Droit International Privé à l'Université de Grenade, Espagne.

Cet article est partie intégrante du projet de recherched'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'Etats tiers, dans la société andalouse. Problèmes dans le domaine familial). *Traduction: Marie Lucas,* spécialiste en traduction juridique.

Y no digamos si en lugar de un español/a su unión es con otro nacional de tercer Estado. Las trabas son incesantes y la reagrupación harto complicada.

PALABRAS CLAVE: reagrupación familiar, libre circulación de personas, nacionales marroquíes, cónyuge y pareja de hecho.

THE RIGHT TO FAMILY LIFE. A DIFFICULT PATH FROM MOROCCO

ABSTRACT : The right to family life and family intimacy are key in any migration policy, but the «fear» of family reunification as gateway and their potential multiplier effect has been, and continues to be, a constant in contemporary international migration management. However, it should be noted, that the object of this work is not to analyze, in general, the regulation of the family reunification at international or european level even in the Spanish one. The aim is to focus the study on a very specific issue, with the purpose of being a guide for those Moroccans who want to come to Spain as spouses or partners of a Spanish or another nationals of thirds States. The journey is long, as it will be analyzed, and is fraught with difficulties. The marriage with a Spanish is no longer synonymous with safe and easy entry. And not to say if instead of a Spanish national your union is with other national of third State. The obstacles are incessant and reunification tired complicated.

KEY WORDS: Family reunification, free movement of persons, National Moroccan, spouses and partners.

I. INTRODUCTION: L'IMPACT DE LA LOI DANS LA RÈGLEMENTATION DES RELATIONS FAMILIALES

Les migrations dues au regroupement représentent un pourcentage élevé des arrivées annuelles d'étrangers dans la plupart des pays développés. Le droit à la vie de famille et à l'intimité familiale sont des facteurs clés dans toute politique migratoire, mais la « peur » du regroupement familial comme voie d'entrée facilitée sur un territoire, et son potentiel effet multiplicateur a été et continue d'être une préoccupation constante dans la gestion actuelle des migrations internationales. Il en résulte que les restrictions sont nombreuses, et que les limites imposées par les Etats sont de plus en plus abondantes.. L'objectif du regroupement est, théoriquement, de sauvegarder le droit inhérent à tout être humain d'avoir une vie de famille, et d'en faire, par ailleurs, un instrument primordial pour parvenir à l'intégration de l'étranger dans le pays d'accueil, en contribuant à la création de sa stabilité socioculturelle.[2]

[2] La Espina,E., « La transformación de la esfera familiar desde el Derecho de extranjería español, REDUR, 11 diciembre 2013, pp. 35ss., considère que «bien que le regroupement familial se présente comme un instrument réglementaire pour que les immigrants résidents sur le territoire national puissent faire valoir leur droit à la vie de famille, contribuant ainsi à leur intégration sociale et économique dans la société d'accueil, il s'agit en réalité d'un faux synonyme du droit à la vie de famille».

C'est pour cette raison que la procédure de regroupement familial devrait être relativement simple et ouverte aux différents modèles de familles existant dans le pays.

Dans le contexte communautaire, les deux instruments les plus importants dans ce domaine sont la Directive2004/38, relative au droit de la libre circulation des citoyens de l'Union européenne (relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres)[3], et la Directive 2003/86/CE du Conseil de l'UE, du 22 septembre 2003, relative au droit au regroupement familial des ressortissants d'Etats tiers[4]. La première a introduit d'importantes nouveautés en matière de libre circulation, en regroupant dans un même texte les diverses catégories de personnes n'exerçant pas d'activité professionnelle sur le territoire d'un autre Etat membre qui avait jusqu'alors une règlementation spécifique dans différentes règles de droit dérivé. La seconde constitue un objectif important pour la construction d'une politique communautaire d'immigration, puisque celle-ci est la première à traiter de l'« Intégration » des ressortissants d'Etats tiers en situation régulière. Et bien qu'il y ait très peu de règles obligatoires communautaires pour les Etats, cette dernière fixe, en la matière, des impératifs minimum pour toute l'UE. Néanmoins, la directive comporte une série de problèmes et de déficiences relatives à son application en Espagne, en arrivant même à empêcher le regroupement de certaines familles, soit par la fixation de conditions disproportionnées par rapport au but visé, soit parce qu'une grande partie des mesures prévues par la Directive ne servent pas efficacement l'objectif d'intégration. S'y ajoute également un manque d'harmonisation des règles dans tous les Etats membres, d'où l'initiative d'ouvrir un débat sur la base du Livre Vert concernant le droit au regroupement familial qui, théoriquement, engendrera une réforme de la Directive, voire la création d'une nouvelle norme[5].

---

[3] *Directive 2004/38/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 29.04.2004, relatif au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles à circuler et séjourner librement sur le territoire des Etats membres,* JO L 158, du 30.04.2004.

[4] *Directive 2003/86/CE du Conseil, du 22.09.2003, sur le droit au regroupement familial des ressortissants d'États tiers*, JO L251/12, du 03.10.

[5] *Livre Vert sur le droit à la réunification familiale des ressortissants d'Etats tiers qui résident dans l'Union européenne (Directive 2003/86/CE).* Commission européenne. Bruxelles, 15.11.2011. COM (2011). Pour un commentaire sur ce Livre Vert, cf. Espino García, S., « Respuestas a las

L'Espagne a transposé chacune de ces Directives dans son ordre interne avec plus ou moins de succès. En effet, la Directive sur la libre circulation des citoyens de l'Union européenne a été transposée au RD 240/2007[6], le 1er juin 2010, la Cour suprême espagnole a annulé certaines dispositions de cette règle, suite à un recours introduit par les associations « *Andalucía Acoge* » et « *Association proderechos de Andalucía* »[7].[8] Parmi celles-ci, une disposition relative aux couples enregistrés, une autre sur la séparation de corps des conjoints, une autre relative au travail des enfants de plus de 21 ans et des ascendants, etc. Quant à la Directive sur le regroupement familial, elle a été transposée dans la réglementation sur les étrangers, avec là aussi, un certain nombre de difficultés. le législateur espagnol s'est soumis à l'obligation européenne de la transposer dans le droit interne, et dans le règlement concernant les étrangers[9]. Toutefois, nous pourrions signaler certains points où ladite transposition n'a pas été bénéfique. Par exemple, le fait que la législation espagnole exclut du

cuestiones planteadas por el Libro Verde sobre el derecho a la reagrupación familiar: revisión de la Directiva 2003/86/ce del consejo, de 22.09.2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar de nacionales de terceros países residentes en la Unión Europea », *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm.26, 2013.

[6] *RD* [décret royal] 240/2007 sur l'entrée et le séjour en Espagne des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et autres Etats parties dans l'Espace économique européen (rédigé conformément au *RD* 1161/2009, à l'arrêt du Tribunal suprême du 01.06.20100, publié au *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 03.11.2010 et au *RD* 1710/2011, du 18.11, 2011 publié au *BOE* le 26.11.2011). Ce Décret royal transpose la *Directive 2004/38 du Parlement européen et du Conseil, relative au droit des citoyens de l'union et des membres de leurs familles à circuler et séjourner librement sur le territoire des Etats membres* (JO L 158, du 30.04.2004. Correc. d'err., Diario Oficial de CE (JO) L 229/35, du 29.06.2004).

[7] [Note de la traductrice (NdT)] : *Association pour les immigrants et pour les droits des personnes résidant en Andalousie.*

[8] Arrêt de la CS du 01.06.2010. Chambre des contentieux-administratifs, 5ème section. *BOE* du 03.11.2010 (*Tol 1919287*). Il faut tenir compte de l'Instruction DGI/SGRJ/03/2010 sur l'application de l'arrêt de la CS du 01.06.2010, relatif à l'annulation de plusieurs paragraphes du *RD* 240/2007, sur l'entrée et le séjour en Espagne de ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et autres Etats parties dans l'Espace économique européen, du 04.11.2010.

[9] LO 4/2000, du 11.01.2000, sur les droits et les libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale, modifiée par la Loi Organique 8/2000, du 22/12, par la LO 14/2003, du 20.11, par la LO 2/2009 du 13.12 et par la LO 10/2011, du 27.07.*RD* 557/2011, du 20.04, qui approuve le Règlement de la LO 4/2000, sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale, suite à la réforme par LO 2/2009.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 137-166

droit au regroupement familial les enfants mineurs qui sont mariés. Dans la Directive pourtant, cette limitation n'existe pas. Ou encore, la référence à la réglementation espagnole, indiquant que les conjoints ne peuvent- être séparés de fait ou de corps, alors que dans la Directive, il est simplement établi que le conjoint pourra opter pour le regroupement, sans autre précision (art. 4.1)[10].

Cependant, il nous faut préciser que l'objet de ce travail ne consiste pas à analyser, en général, la régulation du regroupement familial dans le domaine international, ou communautaire, ni même espagnol. L'objectif est d'axer notre étude sur une question très concrète, dans le but que cela devienne par la suite, un guide pour les ressortissants marocains désirant venir en Espagne en tant que conjoint ou partenaire d'un/e espagnol/e, ou d'un/e autre ressortissant/e d'un Etat tiers. Nous verrons que le parcours du regroupement est long et truffé d'obstacles. L'union avec un/e espagnol/e n'est plus synonyme d'une entrée sûre et facile sur le territoire. Les conditions ont été durcies, de telle manière que même le Défenseur du peuple (espagnol)[11] est intervenu sur ce sujet. Sans parler des cas où, si au lieu d'une union avec un espagnol, il s'agit d'un citoyen d'un Etat tiers ! Les obstacles sont multiples et le regroupement familial est un parcours plus que difficile, bien que ce droit découle de l'art. 16.3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui bénéficie d'une reconnaissance considérable dans la réglementation internationale[12].

L'individu, lorsqu'il circule d'un Etat à un autre, souhaite emmener les membres de sa famille avec lui. Ce que l'on entend par « membres de la famille » ne dépend pas du concept de famille qui existe dans un Etat ou un autre

[10] Il est à préciser que l'art. 16.3 de la Directive 2003/86 établit que les Etats membres pourront refuser une demande de séjour pour un regroupement familial, ou s'il y a lieu, de retirer le titre de séjour ou refuser son renouvellement quand le demandeur du regroupement et le ou les membre(s) de sa famille n'ont pas ou plus de vie familiale ou conjugale effective. Par conséquent, le conjoint doit être conjoint de fait et en droit, la transposition espagnole sur ce point pourrait donc être considérée comme adéquate.

[11] [Ndt] : Le *Defensor del Pueblo* [Défenseur du peuple]: C'est l'ombudsman espagnol. Il a pour principale mission de protéger et défendre les droits et libertés des citoyens espagnols par rapport aux abus que pourrait commettre l'administration de l'état. Toute personne physique ou morale peut y recourir.

[12] Pour une analyse des instruments internationaux relatifs au regroupement familial, cf. Fernández Sánchez, P.A., « El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros », *Derecho y conocimiento*, vol. I, 2001, pp. 375 ss.

mais du régime du « droits des étrangers » qui est appliqué à toute personne. En effet, bien qu'il s'agisse d'un droit fondamental qui représente l'élément clé pour l'intégration de l'étranger, le regroupement familial doit faire face à un certain nombre de limitations, qui varient en fonction de la nationalité que l'étranger possède. Si la personne à l'origine du regroupement est de nationalité espagnole, celui-ci sera régi par le Décret royal (RD) 240/2007. Si le/la regroupant/e est ressortissant/e d'un Etat tiers, la législation applicable sera la LO 4/2000, du 11 janvier, relative aux droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale (LOEx). Pour l'analyse que nous menons, il nous faudra faire une claire différence entre deux situations: a) les modalités pour l'entrée en Espagne du conjoint ou partenaire de nationalité marocaine, d'un/e espagnol/e; b) les modalités pour l'entrée en Espagne du conjoint ou partenaire de nationalité marocaine d'un autre ressortissant marocain qui réside en Espagne.

II.PREUVE DE LA VALIDITÉ DU LIEN CONJUGAL: LES CONDITIONS INDISPENSABLES POUR L'OBTENTION DES DOCUMENTS DANS LE RÉGIME COMMUNAUTAIRE

Le périple administratif pour entrer et séjourner en Espagne pour le conjoint ou le/la partenaire d'un/e espagnol/e peut être double : (visa et titre de séjour communautaire) ou simple (titre de séjour communautaire uniquement), en fonction du lieu de résidence du/de la ressortissant/e marocain/e.

Tout d'abord, si la personne réside au Maroc ou dans tout autre pays hors de l'UE, il lui faudra impérativement demander un visa d'entrée au Consulat d'Espagnedans le pays où elle réside[13]. En effet, les ressortissant/e/s marocain/e/s se trouvent parmi les citoyens des Etats tiers pour lesquels

[13] L'unique exception est le fait qu'ils résident dans un Etat de l'UE et qu'il leur soit déjà appliqué le régime communautaire. Dans ce cas, pour l'entrée en Espagne ils auront besoin du passeport et de la carte de résidence communautaire, valable et en vigueur, qu'ils auraient dû faire depuis qu'ils résident légalement avec leur famille dans un des pays mentionnés. Il est utile de souligner que cette carte sera uniquement valable pour l'entrée en Espagne. Une fois sur le territoire, et si l'étranger prétend séjourner plus de trois mois, il devra solliciter une autre carte conformément à ce qui est établi à l'art. 8 du *RD* 240/2007.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 137-166

un visa est requis afin de pouvoir franchir les frontières extérieures de l'UE[14]. Il est vrai qu'il s'agit d'un document gratuit dont la délivrance sera traitée en priorité sur tout autre dossier (art. 4 RD 240/2007) mais, pour le demander, il sera indispensable, entre autres, de prouver la validité du lien qui leur donne le droit d'être admis dans le régime communautaire.

Une fois arrivée en Espagne, si la personne désire y séjourner plus de trois mois, elle devra obtenir une carte de séjour communautaire (art. 8 RD 240/2007). Pour l'obtenir, il lui faudra démontrer de nouveau le lien familial existant et, de plus, prouver que l'espagnol/e possède les ressources suffisantes pour subvenir aux besoins de son conjoint, de sa/son partenaire, et ne pas dépendre de l'assistance sociale pendant la durée de son titre de séjour. Il sera également nécessaire de justifier qu'il/elle possède une assurance maladie couvrant tous les risques en Espagne. Conformément à ce qui est stipulé à l'article 7 RD 240/2007, pour démontrer que l'on possède des ressources économiques suffisantes, il faudra justifier d'un travail salarié ou indépendant en Espagne. Si ce n'est pas le cas, il sera nécessaire de faire preuve de sources de revenus réguliers, y compris des revenus du travail, ou d'autres types, ou encore la possession d'un patrimoine, à condition que cela puisse être prouvé légalement: titres de propriété, chèques certifiés, justificatifs de cartes de crédit, en fournissant également dans ce dernier cas une attestation bancaire actualisée qui fait état de la quantité d'avoirs disponibles sur le compte bancaire. L'évaluation des ressources suffisantes devra être effectuée de manière individualisée, et en tenant toujours compte de la situation personnelle et familiale du demandeur[15]. Pour l'accomplissement de cette condition, il sera suffisant de posséder des ressources supérieures au montant fixé chaque année par la loi des Budgets généraux de l'Etat pour

[14] *Règlement (CE) 539/2001, du 15.03, qui établit la liste des pays tiers dont les citoyens sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières et la liste des pays tiers dont les ressortissants sont exempts de ladite obligation* (JO L 081, du 2.03. 2001), modifié par le *Règlement 2414/2001, du 07.12.2001* (JO L 327, du 12.12.2001), par le *Règlement 453/2003 du 06.03.2003* (JO L 6, du 13.03.2003), par l'*Acte relatif aux conditions d'adhésion des Etats qui entrent dans l'UE le 01.05.2004* (JO L 236, du 23.09.2003) et par le Règlement 851/2005 (JO L 141, du 04.06.2005).

[15] Quoique cela doive être fait individuellement, il existe des organismes qui ont réalisé des estimations pouvant servir d'indicateurs. Ainsi l'Ordre des Travailleurs sociaux de Grenade a réalisé une estimation des revenus que l'espagnol/e devra justifier annuellement pour que son conjoint ou partenaire le rejoigne para. Ce montant a été fixé à 8.513 euros annuels.

avoir le droit de percevoir une prestation non contributive, en tenant compte de la situation personnelle et familiale de l'intéressé[16].

Deuxièmement, si le conjoint, le/la partenaire de nationalité marocaine réside dans un Etat de l'UE, et que le régime communautaire lui est déjà appliqué, il/elle n'a pas besoin d'un visa d'entrée, il lui suffit d'être titulaire d'un passeport et d'un titre de séjour communautaire valables et en vigueur, dont il/elle est en possession puisqu'il/elle séjourne légalement avec un proche parent dans un pays de l'UE. Il est important de préciser que ce titre sera uniquement valable pour l'entrée en Espagne. Une fois sur le territoire espagnol, et s'il/elle prétend y séjourner plus de trois mois, il faudra solliciter un autre titre conformément à ce qui a été expliqué ci-dessus.

Pour l'une ou l'autre des procédures (simple ou double), il faudra prouver que le /la ressortissant/e marocain/e est le conjoint d'un/une ressortissant/e espagnol/e, ou qu'ils sont enregistrés comme partenaires. Dans les deux cas, il sera nécessaire de fournir un document justificatif.

1.VALIDITÉ DU MARIAGE

Dans le cas où le/la ressortissant/e marocain/e est marié/e avec un/e espagnol/e, il faudra distinguer plusieurs situations : a) le mariage a été célébré devant l'autorité marocaine au Maroc ; b) le mariage a été contracté en Espagne ; c) le mariage a été contracté au consulat espagnol d'un Etat tiers.

Dans le premier cas, -mariage célébré devant une autorité marocaine au Maroc, aucune partie n'étant domiciliée en Espagne-, il est obligatoire, pour obtenir le visa d'entrée et le titre de séjour communautaire, de présenter le certificat de transcription du mariage au registre de l'état civil consulaire. On pourrait penser qu'il est plus simple de se marier directement au Consulat espagnol et que, de la sorte, on éviterait les démarches liées à l'inscription.

[16] Le besoin de justification de la part de l'espagnol/e de posséder des ressources économiques suffisantes pour vivre en Espagne avec les membres de sa famille (dans ce cas, son conjoint ou partenaire) a suscité un profond malaise social. Soledad Becerril, la Défenseure du peuple espagnol, en réponse à une plainte présentée par des représentants de l'Association andalouse *Andalucía Acoge* relative aux exigences pour l'obtention de la résidence de la part du conjoint d'un citoyen espagnol, a exigé au Secrétariat général de l'Immigration et Emigration qu'il fasse en sorte de «faire connaître les instructions opportunes afin d'éliminer, parmi les conditions requises pour l'obtention de la carte de résidence de parents de citoyens de l'Union, l'exigence de ressources économiques suffisantes et d'assurance maladie, aux conjoints de citoyens espagnols résidant en Espagne».

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 137-166

Toutefois, au Maroc, tout comme en Espagne, le mariage de l'un des citoyens ne peut être célébré, sur son territoire, dans un consulat étranger[17].

Si le mariage est contracté devant l'autorité marocaine au Maroc, mais que l'une des parties est domiciliée en Espagne, c'est le Registre central qui est compétent pour la transcription, bien que la DGRN ait insisté sur le fait qu'il soit également possible de réaliser celle-ci au registre consulaire en vertu du principe de l'aide à l'enregistrement. Il est préférable de choisir cette deuxième option, car les transcriptions au Registre central de l'état civil tardent environ 12 mois pour être enregistrées. La transcription au Registre correspondant dans chaque cas sera une preuve suffisante du lien familial pour la demande de visa.

Deuxièmement, si le mariage est célébré en Espagne, cela signifie que le/la ressortissante/e marocain/e se trouve déjà sur le territoire espagnol, par conséquent il/elle n'aura pas besoin de visa d'entrée. Dans ces cas-là, il/elle peut être en possession d'un visa touristique, d'un titre de séjour ou de travail, d'un titre de séjour pour études, etc. ou même se trouver en situation irrégulière en Espagne, En effet, ce dernier cas ne doit pas constituer un obstacle pour contracter un mariage. Il est évident que l'officier d'état civil réalisera un entretien préalable pour vérifier s'il s'agit ou non d'un mariage de complaisance. S'il ne le considère pas comme tel, le mariage pourra être célébré. Le ou la ressortissant/e marocain/e devra solliciter un titre de séjour communautaire, mais pas de visa d'entrée. Il/elle sera en situation régulière à partir de ce moment là.

Il faut également envisager la possibilité que le mariage célébré en Espagne soit contracté entre deux personnes de même sexe, bien que la réglementation marocaine n'admette pas ce cas de figure[18]. La question la plus problématique est alors de savoir si les autorités espagnoles peuvent autoriser un mariage entre personnes de même sexe qui n'ont pas la nationalité espagnole (ou du moins si l'une d'elles n'est pas espagnole). La réglementation juridique espagnole n'apporte pas de réponse concrète à cette question. En effet, la

[17] Cf. art. 6 de la Convention de Vienne sur les Relations consulaires, du 24.04.1963, dont les deux pays font partie.

[18] Pour une analyse plus détaillée sur cet aspect, cf. Soto Moya, M., *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

réforme réalisée n'a concerné aucune règle de droit international privé[19]. La réponse a été donnée par la DGRN moyennant une résolution-circulaire du 29 juillet 2005. Pour synthétiser, celle-ci affirme qu'en Espagne, les mariages entre personnes de même sexe peuvent être célébrés devant une autorité publique espagnole, sans que cela pose problème, notamment si l'un des deux contractants est ressortissant d'un pays dont le droit n'a pas réglementé les mariages entre personnes de même sexe, comme c'est le cas du Maroc. La DGRN, quoique consciente de la nullité du mariage ainsi conclu dans le pays d'origine de l'un des contractants, considère que l'officier d'état civil espagnol n'a pas pour fonction d'être le "gardien du système légal étranger. Par conséquent il ne doit pas refuser à des personnes de même sexe la possibilité de contracter un mariage en Espagne, pour la seule raison que, dans le pays des conjoints, ledit mariage ne produirait pas d'effet. Ce sont les autorités étrangères qui doivent décider ont par la suite si le mariage contracté en Espagne entre personnes de même sexe produira ou non des effets sur leur territoire dans ledit pays parce qu'il est considéré contraire à leur ordre public international[20].

Troisièmement, si le mariage entre marocain/e et espagnol/e est contracté dans un autre pays que le Maroc ou l'Espagne, il pourra être célébré directement au Consulat espagnol, et ce certificat suffira à prouver le lien familial existant et ainsi obtenir le visa d'entrée correspondant.

---

[19] Loi 13/2005 du 01.07 sur l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. *BOE* du 02.07. 2005.

[20] Cf. les commentaires qu'il y eut au moment de la publication de cette Résolution–Circulaire, Sánchez Lorenzo, S., « Nota a la Ley 13/2005 de 1 de julio », Anuario Español de Derecho Internacional Privado, tom.V, 2005, pp. 509 ss.; *id.* Nota a la RDGRN de 24 de enero de 2005, *Revue critique de droit international privé,* pp. 618-627; Álvarez González, s., "Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica*", La Ley,* núm.6629, 15 de enero de 2007;; Abarca Junco, P. & Gómez Vargas-Urrutia, m., "Nota sobre la Resolución–Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, *Revista Española de Derecho Internacional, núm. 1, 2006,* pp 309 ss.; Día Fraile, j. m.," Exégesis de la doctrina de la DGRN sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio", *La Ley ,*núms. 6449 y 6450 de 27 y 28 de marzo de 2006; Cobas M.E., "Cuestiones de Derecho internacional privado: la Resolución Circular, de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios civiles entre personas del mismo sexo", *Comentarios a las reformas de derecho de familia 2005*, De Verda & Beamonte (coords.), Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 109 ss.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 137-166

2. VALIDITÉ D'UN LIEN NON-MATRIMONIAL OU PARTENARIAT

Si c'est un partenariat, et non un mariage, qui a été conclu à l'étranger entre un/e espagnol/e et un/e marocain/e, pour obtenir le visa d'entrée et / ou la carte de résidence , il était nécessaire, jusqu'au 9 décembre 2015 de prouver que ladite union avait été enregistrée dans un registre public établi à cet effet dans l'un des Etats membres de l'UE, de l'EEE ou de la Suisse. Cette inscription au registre devait être constitutive, le consentement devait être donné devant une autorité publique, et il devait s'agir d'une union exclusive –à savoir que le mariage et le partenariat enregistrés était considérés comme incompatibles entre eux-. Ceci dit, si le certificat d'enregistrement qui était présenté à l'autorité consulaire réunissait toutes les conditions, et s'il était de plus traduit et légalisé (dans le cas où il s'agirait d'un registre espagnol), ce serait une preuve suffisante pour que soit octroyé le visa d'entrée et/ou le titre de séjour communautaire.

Les problèmes se posaient s'il n'y avait pas eu d'inscription sur un registre de l'Union européenne, de l'EEE ou de la Suisse, ou même s'il s'agissait simplement d'un couple stable qui n'avait pas été enregistré. Dans ces cas-là, le lien n'était pas suffisant pour pouvoir inclure ces couples dans le régime communautaire. Toutefois, le 9 décembre 2015, l'Espagne, suite à une injonction de la Commission européenne, a dû réformer sa réglementation pour l'adapter à celle de la jurisprudence de la Cour de Justice et élargir le concept de « famille » auquel ce régime communautaire est applicable[21]. La réforme a été effectuée en introduisant un nouvel article 2bis) au RD 240/2007, intégrant de la sorte, dans le régime communautaire, ce que l'on appelle « la famille élargie». On comprend par "famille élargie", d'une part, tous les membres de la famille non inclus à l'article 2 RD 240/2007 et, d'autre part, les membres d'un partenariat[22]. Pour ce dernier cas de figure, il est

[21] Conformément à la STJUE, du 8 novembre 2012, dans le cas *Lida* (c-40/11) et la STJUE du 5 septembre 2012, dictée dans l'affaire c-83/11, *Rahman*. La réforme a été introduite par le *Real Decreto* [arrêté royal] 987/2015, du 30 octobre, modifiant *le Real Decreto* 240/2007, du 16 février, sur l"entrée, la libre circulation et la résidence en Espagne de citoyens des Etats membres de l'Union européenne et d'autres États parties à l'Accord sur l'Espace Economique Européen (*BOE* nº 268, du 9 novembre 2015).

[22] Concernant les membres de la famille, ni le degré de parenté ni la consanguinité ou afinité ne sont spécifiés. Par conséquent, cela admet tout type de lien. Pour obtenir le titre de séjour communautaire, en plus de l'existence réelle du lien, il faut pouvoir justifier de l'une des

nécessaire de prouver l'existence d'une relation stable qui est définie comme "celle [la relation] justifiant de l'existence d'un lien durable. Dans tous les cas, selon le précepte, on considèrera que ce lien existe s'il est possible de justifier d'un temps de vie conjugale d'au mois un an ininterrompu, sauf si les partenaires ont des enfants en commun. Dans ce cas, il suffira de fournir un justificatif de vie en commun stable".

Cette réforme a corrigé les disfonctionnements qui existaient pour les couples stables qui n'étaient pas inscrits sur un registre de l'Union européenne. La solution apportée par les opérateurs juridiques jusqu'à présent applicable à ces couples était le régime des étrangers qui, pour ce cas de figure, s'avérait le plus favorable. Actuellement, l'art. 17.4 LOEx établit que la personne qui maintient avec l'étranger/e résident/e une relation affective analogue à une relation conjugale, sera considérée de la même manière que le conjoint à tous les effets prévus dans ce chapitre, pourvu que ladite relation soit dûment prouvée, et qu'elle réunisse les conditions requises pour produire des effets en Espagne (…)". L'art. 53 Règlement LOEx (RLOEx) a défini les cas où l'on peut considérer qu'il existe une relation analogue affective à la relation conjugale: ladite relation doit être enregistrée sur un registre public établi à cet effet, et cette transcription ne doit pas avoir été annulée par la suite. Il n'est plus exigé que le certificat du registre ait été délivré trois mois avant la date de dépôt de la demande d'autorisation de séjour pour regroupement familial, comme cela était demandé avant l'entrée en vigueur du RLOEx[23].

Deuxièmement, pour les couples qui n'ont pas de certificat *ad hoc*, le RLOEx exige que la relation date d'« avant le début de la période de séjour du/de la regroupant/e en Espagne ». A ces effets, sans préjudice de l'utilisation possible de tout type de preuve admis en droit, préférence sera donnée aux documents délivrés par une autorité publique. Dans ces cas, les couples seront obligés de justifier qu'il y a eu un temps déterminé de vie commune, des enfants issus de l'union, etc.

---

deux circonstances suivantes: a) Que, dans le pays d'origine, ces membres soient à la charge du résident communautaire ou vivent avec lui; b) Qu'en raison de graves motifs de santé ou de handicap, il soit absolument nécessaire que le citoyen de l'Union européenne prenne totalemente en charge ce membre de la famille.

[23] Pour cet aspect, sont d'application les Instructions de la Direction générale de l'Immigration du 02.06.2005 et 6/2008 (du 25.09), en matière d'apports de documents publics étrangers pour les formalités et procédure pour les étrangers et en matière d'immigration.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 137-166

De cette manière, et à la différence du RD 240/2007 qui exigeait un certificat du registre de l'Etat de l'UE, la LOEx permet que le ressortissant d'un Etat tiers demande le regroupement de sa/son partenaire en présentant un certificat de n'importe quel pays. Même sans fournir de certificat, il pourra demander le regroupement tant qu'il parvient à prouver que leur relation avait débuté avant leur installation en Espagne. Pour toutes les raisons énoncées ci-dessus, nous considérons que le régime des étrangers était plus avantageux que le régime communautaire, et que ce qui est établi à l'article 1.3 de la LOEx pouvait être appliqué sans problème. "Les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et ceux à qui le régime communautaire est applicable, seraient alors soumis à ces dernières règles, la présente loi étant d'application. Ils pourront ainsi bénéficier d'un régime plus favorable".

De plus, de même que pour les mariages, il est possible que le ou la ressortissant/e marocain/e se trouve déjà en Espagne (en situation régulière ou non) et qu'il/elle veuille enregistrer un partenariat conclu avec un/e espagnol/e dans ce pays. Dans ce cas, le visa d'entrée n'est pas nécessaire, l'inscription valable donnant lieu -si les conditions sont réunies- à la concession d'un titre de séjour communautaire. Cependant la difficulté en Espagne, c'est qu'il n'existe pas de registre unique ; il y en a autant que de Communautés autonomes [régions]. Pourtant, l'article 2 du RD 240/2007 établit parmi les conditions à remplir pour un couple qui souhaite être enregistré dans le régime communautaire, qu'il doit s'agir d'un registre qui empêche la possibilité de l'inscription de l'union dans deux registres simultanément et dans le même Etat ». Cela signifie que la règle espagnole considérerait uniquement comme couples susceptibles d'être admis dans le régime communautaire, ceux enregistrés dans un Etat membre qui ont établi un système de registre unique. Il n'y a pas en Espagne de registre de ce type, d'après cette législation. Chaque Communauté autonome ayant sa propre législation à ce sujet, ces couples ne pouvaient donc pas jouir du régime communautaire. C'est ce qu'ont souligné les Instructions DGI/SGRJ/03/2007[24]: «les différents Registres d'unions stables existant dans les diverses Communautés autonomes ou mairies espagnoles ne seront pas valables, puisque celles-ci ne prohibent pas la possibilité de deux registres simultanés en Espagne». Or, la Cour suprême,

[24] Instructions DGI/SGRJ/03/2007, relatives au *RD* 240/2007, du 16/02, sur l'entrée et le séjour en Espagne de citoyens des Etats membres de l'Union européenne et autres Etats parties dans l'Espace économique européen.

dans son arrêt du 1er juin 2010, a prononcé que ladite exigence excédait ce qui est établi dans la Directive 2004/38 qui, pour définir les «membres de la famille», se réfère uniquement au ou à la «partenaire avec qui le/la citoyen/ne de l'Union a enregistré un partenariat, conformément à la législation d'un Etat membre», sans aucune autre exigence, ce pourquoi il a annulé ladite formule[25]. La CS considère que, bien que la suppression de cette condition puisse donner lieu à des situations de multiplicité de registres, l'existence de cette multiplicité n'empêche pas qu'il puisse y avoir fraude en employant d'autres voies, le citoyen ayant fait enregistrer son couple ne pouvant en être tenu pour responsable. C'est l'administration compétente qui devra, au cas par cas, déterminer s'il y a eu fraude ou non[26]. Par conséquent, actuellement, le certificat du registre réalisé dans une Communauté autonome est totalement valable pour la délivrance du titre de séjour communautaire.

III.REGROUPEMENT FAMILIAL DU CONJOINT OU DU/DE LA PARTENAIRE DE NATIONALITÉ MAROCAINE DANS LE RÉGIME DES ÉTRANGERS

L'entrée en Espagne d'un ressortissant marocain en tant que conjoint ou partenaire d'un citoyen d'un Etat tiers résidant en Espagne, est plus complexe que le cas de figure antérieur. Dans cette situation, il ne jouira pas du droit de libre circulation à titre dérivé, il devra donc recourir à la procédure de regroupement familial réglé par la loi et le règlement des étrangers. L'exercice du droit au regroupement familial exige systématiquement deux procédures: une en Espagne, et une autre dans le pays de résidence du conjoint ou partenaire de nationalité marocaine. Dans les deux pays, il sera indispensable

---

[25] Arrêt de la Cour suprême du 01/06/2010. Arrêt de la Cour suprême du 01/06/2010, chambre des contentieux-administratifs, 5e Section. *BOE* du 03/11/2010 (*Tol1.919.287*). Il est nécessaire de tenir compte de l'instruction DGI/SGRJ/03/2010 sur l'application de l'arrêt de la Cour suprême du 01/06/2010, relatif à l'annulation de plusieurs paragraphes du RD 240/2007, sur l'entrée et le séjour en Espagne des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et des autres Etats parties de l'Espace économique européen, du 04/11/2010.

26 Cf. Marín Consarnau, D., "Las uniones no matrimoniales como familiares reagrupables: problemática específica en Cataluña,"*Revista de Dereho Migratorio y Extranjería,* nº 27, pp. 39-51ss.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 137-166

de prouver la validité du lien familial, ainsi que de réunir les conditions additionnelles requises de caractère "administratif"[27].

1.PREUVE DU LIEN CONJUGAL OU DU PARTENARIAT

De même que pour le régime communautaire, il s'avérera indispensable de prouver -moyennant la présentation de documents- le lien qui donne droit au regroupement, qu'il s'agisse d'un lien conjugal ou d'un partenariat. Comme nous l'avons souligné, la procédure administrative pour obtenir le regroupement familial du conjoint ou du/de la partenaire est double. Tout d'abord, le/la regroupant/e, en Espagne, doit demander une autorisation de séjour pour regroupement familial pour son conjoint ou sa/son partenaire. Ensuite, une fois cette autorisation obtenue, la personne bénéficiaire du regroupement devra obtenir un visa de séjour pour regroupement familial du Consulat d'Espagne dans le pays où elle réside. Il sera nécessaire, lors de ces deux étapes, d'apporter la preuve de la validité du lien existant.

A.CONTRÔLE EXHAUSTIF DU LIEN CONJUGAL NÉCESSAIRE À LA JOUISSANCE DE LA VIE DE FAMILLE

Dans ce cas, le conjoint aura besoin de fournir le certificat de mariage -dûment traduit et légalisé ou apostillé, selon qu'il ait été célébré à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Espagne devant une autorité étrangère. Outre ce certificat, l'art. 17 LOEx, établit une liste de faits qui devront être prouvés pour que le conjoint marocain puisse entrer sur le territoire espagnol par le biais du regroupement familial: a) qu'il n'existe pas de séparation de fait ou de corps; B) que le mariage ne soit pas un mariage de complaisance, c) que e/la regroupant/e ne vive pas en Espagne avec un autre conjoint; d) et s'il est marié en seconde noces (voire plus), il doit démontrer que le divorce a été prononcé par un organe juridictionnel qui a statué sur la situation du conjoint antérieur et celle des enfants.

---

27 Pour un commentaire des articles16-19 LOEx, cf. entre autres, Soto Moya, M., Reagrupación familiar", *Comentarios a la Ley de Extranjería y su Reglamento*, Thomson-Civitas, Madrid, 2012, pp.275-322; Lapiedra Alcamí, r.," Derecho de los extranjeros a la reagrupación familiar", *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, (coor. Isabel Reig Fabado), Tirant lo Blanch, pp. 139ss.; Arrese Irriondo, M.N., *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras,* Universidad del País Vasco, Bilbao, 2011*;* Vargas Gómez-Urrutia, V., *La reagrupación familiar de los extranjeros en España,* Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

Premièrement, l'art. 17 de la LOEx stipule qu'il seraseulement possible de demander le regroupement du conjoint s'il n'est pas séparé de fait ou de corps. Cela signifie qu'ils ne peuvent ni vivre séparément ni y avoir de jugement de séparation. À ce sujet, la majorité des difficultés surgissent lorsqu'il faut déterminer à partir de quel moment il est considéré que les conjoints ont cessé de faire vie commune, puisque, s'ils désirent un regroupement familial, c'est justement parce qu'ils ne sont plus ensemble. De plus, il est exigé du/de la regroupant/e une durée de résidence légale en Espagne d'un an avant qu'il/elle n'ait la possibilité de déposer la demande de regroupement. Cela signifie que le couple sera séparé de fait pendant ce laps de temps, et qu'ils auront, par conséquent, cessé toute vie conjugale effective. Il semble donc logique que cette exigence se réfère à la période pendant laquelle le/la regroupant/e ne s'est pas encore installé dans le pays d'accueil, c'est-à-dire que le regroupement sera impossible si le couple ne vivait pas ensemble dans le pays d'origine ou de provenance. Mais, quel type de preuve peut exiger l'administration sur ce point ? Une preuve testimoniale ? Un certificat de résidence -dans les pays où cela existe- prouvant que le couple vivait bien sous le même toit avant le départ de l'un des conjoints vers l'Espagne ? Une déclaration sur l'honneur du/de la regroupant/e ou de la personne bénéficiaire du regroupement ? Le Tribunal Supérieur de Justice de Madrid a déterminé par exemple que " la constatation d'une séparation de fait ne doit pas être basée sur la distance géographique, qui va de soi, mais sur des actes qui démontreraient raisonnablement que l'un des contractants a désiré dans la pratique suspendre le lien existant.»[28].

Une autre condition pour l'acceptation du regroupement familial, c'est que le mariage n'ait pas constitué une fraude au regard de la loi. Les mariages « blancs » ou mariage de complaisance, sont célébrés dans le but d'obtenir un certain avantage pour l'étranger, plus spécialement la résidence légale, voir même un accès rapide à la nationalité du pays d'accueil[29]. Le mariage de complaisance est un moyen, un instrument, pour des objectifs différents de ceux inhérents à l'institution du mariage. Certains effets secondaires, accessoires ou indirects du mariage (en matière de droit des étrangers et de nationalité) sont alors recherchés, ignorant son effet essentiel ou primordial.

[28] Décision judiciaire du TSJ de Madrid, du 01/10/2010 (*Tol1.989.243*)

[29] Il existe en Espagne un délai privilégié d'un an pour l'acquisition de la nationalité espagnole pour résidence pour les conjoints de un/e citoyen/ne espagnol/e (art. 22 CC). Cf. Lara, *Adquisición por mujeres marroquíes de la nacionalidad española por residencia,* pp. 365 s.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 137-166

La configuration du mariage en tant que cas réglementés par la législation de la nationalité et du droit des étrangers, a suscité une réaction de la part des législateurs nationaux et communautaires dans divers domaines : a) dans le domaine du droit des étrangers et sur le plan du DIPr., concrètement quant au contrôle d'enregistrement sur le registre pour les formalités d'autorisation du mariage et b) quand est sollicitée la transcription de mariages célébrés conformément à ce qui est disposé dans des ordres juridiques étrangers.

Dans le cadre de notre travail de recherche, c'est l'analyse du premier domaine qui nous intéresse plus particulièrement. Le contrôle de la fraude n'est pas réalisé par l'officier de l'état civil puisque le but n'est pas de transcrire le mariage (cela ne concerne pas un espagnol, et le mariage n'a pas non plus été célébré en Espagne)[30] , mais par la Sous-Délégation du gouvernement espagnol [31] (bureau des étrangers) et par l'autorité consulaire au moment de la délivrance du visa du bénéficiaire du regroupement (art.57.3 RLOEx). Avec la réglementation antérieure, la fraude à la loi était lié au manque de véracité du motif allégué pour solliciter le visa. Il était possible d'en arriver à cette conclusion quand, suite à un entretien avec l'intéressé, des indices suffisants pouvaient faire douter de l'authenticité du mariage; ce qui doit être motivé de manière adéquate dans la décision attaquée. Dans la réglementation actuelle, qui prévoit toujours la réalisation de l'entretien susmentionné, ce manque de véracité dans le motif allégué constituera une cause de refus (à relier avec le cas de formulation d'allégations inexactes de l'art. 57.3 du nouveau Règlement) au cas où l'administration serait arrivée à cette conclusion de manière indubitable. De nombreux dispositifs judiciaires qui résolvent des recours contentieux administratifs sur le refus par les consulats espagnols au Maroc de délivrance du visa pour regroupement familial, se basent sur cet entretien réalisé avec le conjoint ou le/la partenaire. Entre 2013 et 2014, -et rien qu'au Tribunal supérieur de Justice de Madrid- ont été jugés 14 recours

[30] *Cf.* pour une analyse du mariage blanc du point de vue du contrôle du registre quant à l'autorisation ou l'inscription, Blázquez Rodríguez, I., » La celebración del matrimonio con elemento extranjero. El caso de los ciudadanos marroquíes », cette revue.

[31] [Ndt] : Il existe une Sous-Délégation du gouvernement dans chaque province espagnole, équivalent fonctionnel de ce que peut être une Préfecture en France.

relatifs au refus de délivrance d'un visa pour regroupement familial au Maroc[32].

Ad exemplum, l'arrêt du TSJ de Madrid du 22 février 2013. Dans cette affaire, le refus de délivrance d'un visa de la part du Consulat général de l'Espagne à Tétouan (Maroc) se basait sur le fait que la demanderesse n'avait pas connaissance d'informations fondamentales sur son mariage, telle que la date de la célébration de celui-ci. De plus, les contractants s'étaient vus seulement à une occasion avant la célébration, par ailleurs, cousins. Le recours a été introduit parce que le bureau des étrangers avait cependant accordé l'autorisation pour regroupement familial. Celle-ci était toutefois provisoire et suspendue à la décision du consulat. Dans ce type de cas, où il y a divergence entre la Sous-Délégation du gouvernement et le consulat, la doctrine de la Cour suprême est très claire: une fois accordée, l'autorisation temporaire de séjour pour regroupement familial par l'organe compétent, le visa à délivrer par le consulat correspondant ne peut être refusé -sauf pour des motifs que ledit organe n'avait pas pris en compte-. En d'autres termes, cet organe compétent ne peut réexaminer ce qui a déjà décidé et résolu. Ceci dit, le bureau consulaire peut par contre découvrir, au cours de l'entretien avec l'intéressé, des données et des éléments nouveaux qui justifieraient le refus de délivrance du visa en fonction des faits énoncés dans l'entretien, s'il existe des indices suffisants pour douter de leur véracité[33].

Par conséquent, le refus de délivrance d'un visa au cas où le mariage serait considéré comme mariage de complaisance, devra être justifié par le fait que « des allégations inexactes ont été formulées, ou qu'ils [les conjoints] ont œuvré de mauvaise foi" (art. 57.3b RLOEx). Bien évidemment, la loi sur les étrangers ne prévoit pas la nullité du mariage, épuisant son efficacité dans le domaine administratif. Toutefois, il est difficilement admissible pour un ordre juridique que l'on puisse empêcher la vie commune des conjoints, si la validité du mariage est admise. En réalité, en cas de mariage frauduleux, la déclaration

[32] Tribunal supérieur de Justice de Madrid (Chambre des contentieux-administratifs). Décision nº. 367/2013 (*Tol 3859736*), Décision nº 255/2013 (*Tol 3537533*).

[33] Arrêts de la Cour suprême du 17.01.2012 (*Tol 2.400.679*), 15.06.2012 (*Tol 2.581.059*) et 27.12.2012 (*Tol 2.731.149*).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 137-166

de nullité du mariage devrait être l'antécédent logique de la limitation pour pouvoir résider en Espagne[34].

L'art. 17 de la LOEx prévoit par ailleurs une condition supplémentaire : Seul un conjoint pourra opter pour le regroupement, même si la loi personnelle de l'étranger admet la polygamie. Ce qui est stipulé, c'est que seul un conjoint pourra être bénéficiaire du regroupement, mais il n'est pas spécifié si cela doit être le conjoint du premier mariage. C'est l'homme qui choisira l'épouse pour laquelle il désire le regroupement, situation paradoxale puisque la polygamie n'est pas acceptée en Espagne est rejetée étant donné qu'elle porte atteinte à l'égalité entre l'homme et la femme[35].Au contraire, Ce pouvoir du mari de choisir entre ses épouses renforce la discrimination envers les femmes. La régulation de la LOEx repose sur un choix basé strictement sur une option de politique migratoire. L'option citée trouverait son fondement dans le désir de limiter la filière du regroupement, évitant que celui-ci devienne une voie trop facile pour l'entrée d'étrangers sur le territoire espagnol. Au Maroc, la polygamie est sous contrôle judiciaire, et a donc un caractère "qualifié et exceptionnel"[36]. L'art. 40 de la *Moudawana*, (Code de la famille marocaine) prohibe la polygamie lorsqu'elle peut donner lieu à une injustice entre les épouses, ainsi que par voie légale, lorsque "l'épouse aurait établi une clause en vertu de laquelle l'époux s'engage à ne pas prendre une autre femme pour épouse"[37].

En occident, la monogamie dans le mariage est une valeur protégée par l'ordre juridique et constitue un principe d'ordre public international. Aucun

[34] « La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia », *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del Prof,Rafael Arroyo Montero,* IPROLEX, 2003, pp. 247-275.

[35] Nous nous limiterons à la polygamie car la polyandrie n'est pas pratiquée au Maroc. De fait, elle est reconnue par très peu de territoires, comme dans les ethnies traditionnelles du Tibet, ou chez les *inuit,* ou encore dans l'ethnie matriarcale des *mosuo,* qui habitent les provinces chinoises de Yunnan et Sichuan.

[36] Suivant l'appréciation de Diago Diago, P.," La nueva *Mudanwana* marroquí y el Derecho internacional privadon", *Revista Española de Derecho Internacional*, LVI, (2) 2004, p. 1078 ss.

[37] *Cf.* Quiñones Escamez, A.,"La réception du nouveau Code la famille marocain (Moudawanna, 2000) en Europe",*Rivista Diritto internazionale privatto e oprocessuale*, núm. 3, 2004, p. 877 ss.; Zekri, H., « El nuevo Código de Familia Marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano marroquíes », *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 1, vol. LVI, pp. 201ss.

Etat de l'Union Européenne n'admet la célébration d'un mariage polygame. De plus, dans les Etats européens, le modèle familial est fondé sur le principe internationalement reconnu de l'égalité entre les conjoints. La non-discrimination basée sur le sexe ou la race, l'égalité des conjoints devant la loi, la propriété privée ou le droit à l'héritage, font partie du concept d'ordre public dans tous les Etats européens. On peut presque en dire autant du principe de la monogamie matrimoniale.[38] La polygamie est une institution qui viole les valeurs fondamentales en permettant au mari de contracter mariage avec plusieurs femmes, possibilité qui est par contre, interdite à la femme.

Néanmoins, le fait que la LOEx permette le regroupement de « tout » conjoint n'est pas surprenant, vu que la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) protège le respect à la « vie familiale ». L'existence ou non d'une vie de famille est essentiellement une question de fait qui dépend de l'existence réelle et effective de liens personnels intimes. Le CEDH considère que la famille polygamique est incluse dans cette définition. Il est vrai que la Convention ne rejette pas la polygamie, mais elle considère la préservation de la culture monogame dominante dans le pays comme une fin légitime, faisant partie de la protection de la morale et des droits et libertés de chacun. L'Etat peut, par conséquent, se limiter à accepter, sur son territoire, le mari accompagné d'une seule de ses épouses et de leurs enfants communs[39].

En effet, le problème se posera postérieurement à l'entrée sur le territoire, si le regroupement a été accepté pour un couple dont le mariage n'est peut-être pas valable dans l'Etat d'accueil (regroupement de la deuxième ou troisième épouse). Il est probable que ce couple désirera, à un moment donné, faire reconnaitre certains effets du mariage (aliments, successions etc.) validement mis en place à l'étranger, et auquel l'entrée et la résidence en Espagne a été permise. C'est à ce moment-là qu'apparaîtront la majorité des litiges[40].

---

[38] Voir en ce sens, Aldeeb & Bonomi*., Le droit musulman de la famille et des successions à l´épreuve des ordres juridiques occidentaux (Étude de droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l´immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse)* p. 101.

[39] Décision sur l'admissibilité 14501/89 *Alilouch El Abasse c/. Holanda*; Décision sur l'admissibilité 19628/92 *R. B. C/Reino Unido*, du 29.06.1992.

[40] *Cf.* pour exemple la décision du TSJ de Galice (chambre sociale), du 02.04.2002 (*Tol 210.853*).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 137-166

Pour contrôler cette situation, le ressortissant d'un Etat tiers qui désire le regroupement de son conjoint marocain devra fournir une déclaration assermentée indiquant qu'il ne vit pas en Espagne avec un autre conjoint. Et bien que cette déclaration puisse ne pas être prise en considération, les données contenues sur le certificat de résidence [délivré en Espagne par la mairie] fourni pour la demande de regroupement, seront vérifiées pour établir le rapport d'habitabilité et, s'il y a un doute quelconque, un autre type de pièce justificative peut être exigé afin de vérifier l'identité des épouses, comme par exemple, une copie certifiée de l'acte de naissance du demandeur du regroupement, si tous ses mariages sont inscrits dans la marge.

L'art. 17 de la LOEx exige également que le ressortissant de l'Etat tiers qui est divorcé et marié en deuxième noces ou qui a été marié ultérieurement et qui souhaite que sa deuxième épouse ou troisième épouse marocaine le rejoigne, prouve qu'il y a bien eu procédure judiciaire qui ait déterminé la situation de l'épouse antérieure et de leurs enfants. Le jugement étranger du divorce est le document qui est le plus demandé. Il faut toutefois tenir compte que l'art. 17 de la LOEx reflète un concept autonome, vu qu'en Espagne la dissolution du lien est toujours réalisée au moyen d'une procédure judiciaire. C'est pourquoi, il est nécessaire d'interpréter de manière flexible ce cas de figure qui nous mène à admettre toute procédure qui met fin au mariage, au-delà de l'activité judiciaire exclusive appliquée en Espagne. Cette flexibilité doit même en arriver à prendre en compte certains types de répudiation. En ce sens, citons, entre-autres, l'arrêt de la Cour suprême du 25 janvier 2006[41], où la Haute juridiction casse la décision du TSJ de Madrid et annule la résolution du consul d'Espagne de Tanger qui avait refusé à la deuxième épouse du demandeur la délivrance un visa de séjour pour un regroupement familial[42]. Après que la chambre a eu examiné les cas de séparation prévus dans l'ordre marocain, elle a décidé que la répudiation moyennant compensation économique

[41] Arrêt CS. Chambre des contentieux Section 5, du 25/01/2006 (*Tol 872.129*).

[42] Dans ce sens, cf. l'arrêt du TSJ de Madrid du 01.10.2010 (*Tol2.024.518*). Il s'agit d'un recours contre le refus de la demande de visa de résidence pour regroupement familial sollicité pour une ressortissante marocaine, épouse du demandeur. La chambre comprend que: «Il est évident que la répudiation rétribuée, comme c'est ici le cas (art. 61 et 114 de la *Moudawana*), est un divorce irrévocable qui entraîne la dissolution du mariage, (art. 71 de la *Moudawana)* dans laquelle intervient l'autorité judiciaire (le notaire judiciaire), qui homologue le divorce en plus des *adouls* et ou notaires qui souscrivent l'acte».

demandée par la première épouse avait un caractère irrévocable et suivait la règle imposée par l'art. 17.1 LO 4/2000 et que, par conséquent, il convenait de reconnaître le droit de la deuxième épouse au visa valant titre de séjour pour regroupement. Les divorces non judiciaires, célébrés, par exemple, par-devant notaire, organes administratifs, etc. pourraient également être admis. Ce qui n'est pas clair, par contre, c'est si le divorce privé ou contractuel, peut être compris dans le terme « procédure juridique » que la LOEx exige.

B.EXTENSION DU DROIT AU REGROUPEMENT DU/DE LA PARTENAIRE

Jusqu'à récemment, le regroupement était impossible pour les partenariats enregistrés des ressortissants des Etats tiers. la LOEx permettait seulement le regroupement du conjoint, sans faire référence au partenariat enregistré, ni à l'union libre. L'entrée et le séjour en Espagne à travers la procédure de regroupement du couple enregistré ou du fait d'un ressortissant d'un Etat tiers n'était pas envisageable.

Actuellement l'art. 17.4 LOEx établit que "la personne qui maintient avec l'étranger résident une relation affective analogue à une relation conjugale, sera traitée au même titre que le conjoint pour tous les effets prévus dans ce chapitre, pourvu que ladite relation soit dûment prouvée et qu'elle réunisse toutes les conditions requises pour produire des effets en Espagne (...) » Le législateur a fait un « ajout » dans l'article et n'a pas inclus le/la partenaire dans les membres de la famille regroupables énumérés au premier paragraphe du précepte. C'est la raison pour laquelle les prévisions relatives au regroupement du conjoint devront être « étendues » au/à la partenaire du résident étranger.

La loi a fait usage de la possibilité que lui offrait la Directive 2003/86, du 12 septembre 2002 sur le droit au regroupement familial et qui accordait dans son art. 4.3 que les partenariats de ressortissants d'Etats tiers pouvaient être regroupés si les Etats le considèraient comme opportun. Pour prouver l'existence de ces liens familiaux, dans les cas de couples non mariés, la Directive établit que les Etats membres doivent tenir compte d'éléments tels que les enfants issus de l'union, la cohabitation préalable, l'enregistrement du partenariat et tout autre moyen de preuve fiable (art. 5.2.2). De plus, dans le second paragraphe de ce même article, il est souligné que si cela est utile pour obtenir la preuve de l'existence de liens familiaux, les Etats membres pourront procéder à des entretiens avec le/la regroupant/e et les membres de sa famille, ou effectuer tout autre type d'enquête qu'ils jugeront nécessaire.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 137-166

Le RLOEx a défini à l'art. 53 quand il est considéré qu'il existe une relation affective analogue à la relation conjugale à l'art. 53, comme nous l'avons analysé ci-dessus. En premier lieu, quand ladite relation est transcrite dans un registre public établi à cet effet, et que cette inscription n'a pas été annulée. Il n'est plus exigé que le certificat d"enregistrement soit délivré trois mois au maximum avant la date de dépôt de la demande d'autorisation de séjour pour un regroupement familial. Le RLOEx exige, pour ces couples qui ne sont pas en possession du certificat *ad hoc,* que la relation ait été «constituée» avant le début de la résidence du/de la regroupant/e en Espagne[43]. À cet effet, sans préjudice de l'utilisation de tout moyen de preuve admis en droit, les documents délivrés par une autorité publique prévaudront. Dans ces cas-là, il sera nécessaire d'apporter la preuve de l'existence d'enfants communs, d'une certaine durée de vie commune, etc.

Dans le premier cas, c'est-à-dire dans le cas d'un enregistrement sur un registre public, il n'est pas exigé que celle-ci ait été réalisée *avant* l'arrivée en Espagne du/de la regroupant/e; il est donc possible que le couple se soit « formé » en Espagne. En l'espèce, tout comme dans le régime communautaire antérieur, le/la ressortissant/e marocain/e peut se trouver en Espagne en possession d'un visa touristique, un titre de séjour pour études, etc., ou même en situation irrégulière. Dans tous les cas, ils pourront le faire s'ils réunissent les conditions établies dans la législation de la Communauté autonome concrète où les partenaires pourront se faire enregistrer. Or, à la différence de ce qui arrive dans le régime communautaire, le registre ne transformera pas la situation en une situation régulière: il ne prolongera pas non plus le délai du visa touristique à plus de 90 jours, et ne transformera pas non plus directement le séjour pour études en un séjour pour regroupement familial. Dans le cas où l'enregistrement se produit en Espagne alors que le/la ressortissant/e marocain/e était en situation illégale, il/elle devra quitter l'Espagne et y entrer de nouveau s'il/elle désire, avec une autorisation de regroupement familial qui ne peut être obtenue que si la personne bénéficiaire se trouve en dehors du territoire espagnol[44].

[43] Pour cet aspect, sont d'application les Instructions de la Direction générale de l'Immigration du 02.06.2005 et 6/2008 (du 25.09), en matière d'apports de documents publics étrangers pour les formalités et procédure relative aux étrangers et en matière d'immigration.

[44] Il est important de souligner qu'il en serait exactement de même si, au lieu de constituer un partenariat, ils contractaient mariage.

2.DOUBLE PROCÉDURE ADMINISTRATIVE

Comme nous l'avons mentionné auparavant, l'exercice du droit au regroupement familial exige systématiquement le concours de deux procédures: l'une se déroulant en Espagne, qui permet d'obtenir une autorisation de séjour temporaire pour un regroupement familial provisoire, et l'autre, qui aura lieu dans le pays de résidence du conjoint ou du/dela partenaire de nationalité marocaine, qui devra obtenir un visa pour regroupement familial au consulat d'Espagne.

Tout d'abord, l'autorisation de séjour temporaire pour regroupement familial provisoire doit être sollicitée personnellement au bureau des étrangers par le ressortissant de l'Etat tiers ou résident légal en Espagne. Pour ce faire, il/elle doit réunir les conditions établies aux arts 18 et 18 bis LOEx; tout particulièrement, il est exigé a) que le/la regroupant/e ait résidé en Espagne pendant au moins un an, et qu'il ait une autorisation pour résider un an de plus; b) qu'il/elle justifie qu'il/elle dispose d'un logement adéquat; c) d'une assurance maladie et d) des ressources économiques suffisantes.

En ce qui concerne la première des conditions, le regroupement peut être demandé une fois que la personne aura résidé légalement en Espagne durant un an, et qu'elle sera en possession d'une autorisation pour séjournerau moins un an de plus. Pour accélérer les formalités, il n'est pas nécessaire d'attendre d'avoir obtenu le renouvellement de ladite autorisation, elle peut être demandée en même temps que le regroupement, quoique celle-ci soit uniquement valable si le renouvellement est effectivement accordé. Dans le cas contraire, l'administration interrompra la procédure de regroupement (art. 18 bis) 1. LOEx). Il n'est pas possible de solliciter le regroupement familial quand le demandeur se trouve en Espagne en situation irrégulière.

Ce délai d'un an de séjour légal n'est pas exigé dans deux situations: a) quand le demandeur possède un permis de séjour pour études. La personne qui se trouve en Espagne et qui possède un visa d'études pourra solliciter le visa correspondant de séjour pour que son conjoint ou son/sa partenaire (marocain/e) entre et séjourne légalement en Espagne pendant la durée de ses études ou recherches, de manière simultanée à la demande de visa. De cette façon, ils pourront entrer tous les deux en Espagne ou venir sans avoir à attendre la fin du délai d'un an (art. 41 RLOEx); b) les étrangers résidant en Espagne sur la base de leur condition préalable de résidents de longue durée-

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 137-166

UE dans un autre Etat membre de l'Union Européenne, titulaires d'une carte bleue-UE ou bénéficiaires du régime spécial de chercheurs, pourront déposer leur demande d'autorisation en faveur de leur conjoint ou partenaire sans être obligés d'avoir résidé légalement en Espagne, au préalable, pendant un an. De la sorte, la Directive de résident longue durée[45], pour les cas où le travailleur ressortissant d'un Etat tiers voudrait exercer son droit de résidence dans un second Etat membre et que la famille serait déjà installée dans le premier, permet qu'ils l'accompagnent ou le rejoignent s'ils peuvent, évidemment, en démontrant qu'ils disposent de ressources fixes et régulières, (art. 16 de la Directive). L'art. 15 de la Directive qui règle les conditions d'entrée et de séjour pour emplois hautement qualifiés, établit que le regroupement familial n'est pas subordonné à l'exigence que le demandeur ait une perspective raisonnable d'obtenir la résidence permanente, et qu'il n'ait pas non plus à justifier d'un séjour minimum[46]. Par ailleurs, en ce qui concerne les membres de la famille qui arrivent en Europe pour faire de la recherche scientifique, il est établi que la période de validité de l'autorisation ne peut dépendre de la condition d'une période minimum de résidence (art. 9)[47].

Deuxièmement, le/la regroupant/e doit fournir des documents justifiant qu'il/elle dispose d'un logement adéquat pour ses besoins et ceux de sa famille (dans ce cas de son conjoint, son/sa partenaire)[48]. Le concept de logement

[45] Directive 2003/109, du Conseil du 2./11.2003, relative au statut des ressortissants des pays tiers résidents de longue durée (JO L 16/44 du 23.01.2004).

[46] *Directive 2009/50, du Conseil du 25.05.2009, relative aux conditions d'entrée et du séjour de ressortissants de pays tiers pour un emploi hautement qualifié*, JO C 155, du 18.06.2009.

[47] *Directive 2005/71 du Conseil de 12.10.2005, relative à une procédure spécifique d'admission de ressortissants de pays tiers dans le but de recherche scientifique,* JO L 289, du 03.11.2005. Pour une analyse détaillée de cette directive et autres relatives au marché de l'emploi de l'Union européenne, *cf.* Moya Escudero, M., « La seguridad y el control: fundamento de las desigualdades en Europa *», Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 187s s.

[48] La condition d'un logement adéquat est également exigée par les autres Etats membres de l'UE, entre autres par l'Allemagne (Loi allemande d'immigration de 1990 (« Gesetzuber die Einreiseund den Aufenthalt von Ausländernim Bundesgebeit». BGBL. III 26-6). Art. 17); le Portugal, les Pays Bas et la France (Arrêté du 02.11.1945. Art. 29.2). Dans ce dernier arrêté, par exemple, les critères pour considérer un logement adéquat sont l'hygiène, le confort la salubrité, (il est préférable que la cuisine se trouve dans une pièce à part), et la superficie du logement selon le nombre de personnes *Circulaire du 01.03.2000 relative au regroupement familial des étrangers*, JO du 28.03.2000.

adéquat est un concept juridique non déterminé, et ce seront les organes compétents de la Communauté autonome du lieu de résidence du regroupant qui, suite à un rapport, détermineront si le logement est considéré "adéquat" ou non. Ce rapport pourra être émis par la Corporation locale[49] où l'étranger a son lieu de résidence quand la communauté autonome compétente l'a ainsi prévu. Il faudra cependant au préalable le communiquer au Secrétariat de l'Etat de l'Immigration et Emigration. Ce rapport émis par la Corporation locale devra ensuite être notifié à l'intéressé dans un délai de trente jours à partir de la date de la demande. Simultanément et par voie électronique, il faudra également le faire parvenir au Bureau des étrangers compétent. Ce rapport doit contenir les conditions de salubrité du logement, détailler le nombre de pièces, indiquer s'il y a l'eau courante ou non, l'électricité, etc. S'il n'est pas émis dans le délai de trente jours, il est possible de justifier cette condition par "tout moyen de preuve admis en droit".

Il s'agit d'une des nouveautés apportées par le RLOEx; auparavant il était uniquement possible de passer par-devant notaire, lequel dressait un procès-verbal notarié mixte de présence et de manifestations. Il est aussi possible de fournir le rapport d'un expert ou même d'admettre des plans, des photographies, etc. Le nouveau RLOEx exige que l'on démontre que la Communauté autonome ou la Corporation locale n'a pas respecté le délai d'émission du rapport (art. 55.3 RLOEx). Pour ce faire, le plus facile est de fournir la copie de la demande comprenant la date de celle-ci et le tampon d'entrée au registre. Avant que ces trente jours ne se soient écoulés, on ne peut faire valoir d'autres preuves. Le logement devra être un logement comparable à celui d'un famille similaire de la région et qui remplit les normes générales de sécurité et de salubrité en vigueur. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration dans ces cas d'espèce est large, mais cela ne doit pas être nécessairement un handicap vu que les conditions de vie de chaque localité peuvent être différentes. Ainsi, un logement considéré comme adéquat dans un petit village ne sera pas reconnu comme tel dans une grande ville.

En ce qui concerne la troisième condition, à savoir, disposer pour soi et pour sa famille d'une assurance maladie, autre que celle assurée par la Sécurité sociale, l'assurance doit couvrir tous les risques pour éviter que les personnes

[49] [Ndt] *: Corporación local* [Corporation locale]: il s'agit d'administrations telles que la *Diputación* [équivalent du Conseil général], les mairies ou autres entités locales.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 137-166

ne doivent être prises en charge par la Sécurité sociale de l'Etat membre d'accueil.

Quant à la quatrième condition prévue par l'art. 18 de la LOEx, l'étranger qui sollicite le titre de séjour pour le regroupement de son conjoint, de son/sa partenaire devra apporter, au moment de la présentation de la demande dudit titre, toutes les pièces justifiant qu'il possède les ressources suffisantes pour satisfaire aux besoins de sa famille.

Le Règlement actuel, dans son art. 54, fixe un critère commun pour toute l'Espagne, qui varie en fonction du nombre de personnes dont on demande le regroupement et qui tient compte, de plus, du nombre de membres de la famille vivant déjà à la charge du regroupant en Espagne. Pour notre étude, il importe de déterminer quels sont les moyens économiques à justifier pour demander le regroupement du conjoint ou du/de la partenaire. Dans le cas d'unité familiale qui inclut, en comptant le/la regroupant/e et la personne bénéficiaire à son arrivée en Espagne, soit deux membres, il sera exigé une somme représentant mensuellement 150% de l'IPREM[50]. Pour l'année 2014 l'IPREM mensuel est fixé à 531.51 euros. Par conséquent, le résident qui désire demander le regroupement de son conjoint, son/sa partenaire marocain/e, doit disposer d'une quantité mensuelle minimale de 798.765 euros.

De plus, les autorisations ne seront pas concédées s'il est incontestablement prouvé qu'il n'existe pas de perspective de maintien continu des ressources économiques pendant l'année postérieure à la date du dépôt de la demande. Dans cette évaluation, la prévision du maintien d'une source de revenus pendant l'année sera évaluée en tenant compte de l'évolution des ressources du demandeur du regroupement dans les six premiers mois préalables au dépôt de la demande. Pour ce faire, il sera demandé de présenter des extraits bancaires. Les revenus provenant de prestations sociales ne seront pas retenus

[50] L'IPREM (Indicateur public des revenus d'effets multiples) est un indice employé en Espagne comme référence pour la concession d'aides, de bourses, de subventions ou pour l'allocation chômage, entre autres. Cet indice a vu le jour en 2004 pour remplacer le salaire minimum interprofessionnel en tant que référence pour ces aides. Dans les cas d'unités familiales qui comprennent, quand la personne regroupée arrive en Espagne, plus de deux personnes : un montant représentant mensuellement 50% de l'IPREM pour chaque membre supplémentaire.

à cet effet mais, par contre, on tiendra compte des revenus du conjoint ou du/de la partenaire de l'étranger demandeur du regroupement[51].

Si la demande de regroupement familial sollicitée par le regroupant en Espagne est favorable, il obtiendra un titre de séjour temporaire pour regroupement familial provisoire. Pour que ce titre soit définitif, il faudra attendre que le/la ressortissant/e marocaine/e obtienne un visa pour regroupement familial au bureau diplomatique ou à la mission consulaire de l'Espagne du ressort de sa résidence. La demande de visa pour regroupement doit être faite en personne par le bénéficiaire. Néanmoins, exceptionnellement, la mission diplomatique ou bureau consulaire acceptera la présentation par un représentant légal accrédité lorsqu'il existe des motifs fondés qui empêchent le déplacement du demandeur, telle qu'une grande distance géographique de la mission ou du bureau, difficultés de transport qui rendent le voyage spécialement compliqué, des raisons médicales certifiées, ou une condition physique déficiente due à une mobilité réduite ne permettant pas le voyage.

Pour la demande de visa, il faudra fournir les pièces justificatives suivantes : a) passeport ordinaire ou titre de voyage, reconnu et validé par l'Espagne, d'une validité minimum de quatre mois ; b) l'extrait d'un casier judiciaire délivré par le pays ou les pays où la personne a résidé pendant les cinq dernières années et sur lequel ne doit pas figurer de condamnation pour délit existant dans l'ordre juridique espagnol (uniquement pour les adultes) ; c) copie du titre de séjour ou résidence délivré au regroupant ; d) document original prouvant les liens avec le regroupant (dûment légalisé ou apostillé et traduit) ; e) certificat médical indiquant que la personne ne présente aucune des maladies inscrites

[51] Les pièces que l'on peut fournir pour prouver la possession des ressources économiques requises sont (art. 54.5 RLOEx): a) En cas d'activités lucrative salariée: 1.º Copie du contrat de travail. 2.ºDéclaration, s'il y a lieu, de l'Impôt sur les revenus des personne physiques correspondant à l'année antérieure. Cette déclaration sera celle de l'avant dernière année si le délai pour présenter la déclaration correspondant à la dernière annuité n'a pas expiré. b) En cas d'activité indépendante: 1. Justificatif de l'activité réalisée. 2. Déclaration, s'il y a lieu, de l'impôt sur les revenus des personnes physiques correspondant à l'année antérieure. Cette déclaration sera celle de l'avant dernière année si le délai pour présenter la déclaration correspondant à la dernière annuité n'a pas expiré c) En cas d'aucune activité lucrative en Espagne: chèques certifiés, chèques de voyage ou cartes de paiement ou cartes de crédit, accompagnés d'un justificatif bancaire de la quantité disponible comme crédit de ladite carte ou attestation bancaire.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 137-166

au Règlement sanitaire international[52]. Le Bureau diplomatique ou Mission consulaire a deux mois pour la notification, et si le visa est accordé, celui-ci devra être retiré par le /la ressortissant/e marocain/e qui pourra alors entrer en Espagne. Dans le délai d'un mois après son entrée il/elle devra solliciter la carte d'identité des étrangers.

IV.CONCLUSIONS

Actuellement, l'entrée en Espagne pour les conjoints ou les couples non mariés marocains est loin d'être simple, quoique le niveau de complexité varie en fonction de la nationalité du/de la regroupant/e et de la personne qui désire rejoindre ce regroupant, comme nous l'avons mis en évidence. Dans les deux cas, il sera essentiel de prouver le lien matrimonial ou du partenariat qui l'unit au/à la regroupant/e et de posséder des ressources suffisantes, ainsi qu'une assistance sanitaire. Dans le Régime des étrangers, de plus, il faudra ajouter l'accomplissement d'une série de conditions telles que la possession d'un logement adéquat, un séjour légal minimum d'un an en Espagne, l'absence de vie commune avec un autre conjoint, etc.

Le processus de regroupement est, d'un point de vue économique, très coûteux. Il faudra faire traduire et légaliser ou apostiller certains documents, obtenir un extrait du casier judiciaire, un certificat médical, payer les taxes correspondantes, les honoraires d'avocat/e, justifier qu'aucun document ne soit caduc, sous peine de devoir les refaire, et les payer à nouveau, etc. A cela il faut ajouter les ressources économiques exigées du/ de la regroupant/e pour entretenir son conjoint, son/sa partenaire, qui seront obligatoires même s'il s'agit de citoyens espagnols, comme nous l'avons analysé plus haut. De plus, l'entrée sur le territoire espagnol n'est pas la fin de l'Odyssée car il sera encore nécessaire de renouveler les autorisations correspondantes, sans parler de l'éventualité où le couple viendrait à se séparer. Dans ce cas, le/la ressortissant/e marocain/e devra affronter de nouveaux problèmes provenant de l'éventuelle modification de ses papiers qui peuvent même en arriver à être en situation irrégulière.

À notre avis, la procédure de regroupement familial dans le régime des étrangers suppose un temps d'attente excessif pour pouvoir jouir d'un droit

[52] Les seules maladies que l'on doit actuellement notifier sont: le choléra, la peste, et la fièvre jaune. Cf. Règlement sanitaire international (2005), OMS, document A/58/55, du 23.05.2005.

à la vie de famille effectif. Le/la ressortissant/e marocain devra attendre, au minimum un an, pour rejoindre son conjoint ou son/ sa partenaire en Espagne, mais en général la durée sera même plus longue, puisque le regroupement est la conséquence de l'évaluation de deux demandes différentes : celle que dépose le demandeur du regroupement en Espagne et, une fois celle-ci obtenue, la demande de visa dans le pays de résidence de la personne bénéficiaire.

Connaître les méandres d'une réglementation en perpétuelle évolution, ainsi que les changements et la multiplicité des conditions qui sont exigées, pour que ces couples puissent jouir d'un droit aussi basique que le droit à la vie familiale, est d'une grande difficulté. Toutefois, pour être juste, il est essentiel de ne pas oublier que la réglementation espagnole, tant dans le régime communautaire que dans celui des étrangers, provient de deux directives communautaires qui établissent un cadre légal plus restrictif que celui de l'Espagne, ce qui signifie que les restrictions pour l'exercice de ce droit pourraient être encore plus strictes.

Les individus –qu'ils soient étrangers ou espagnols se trouvent dans l'impossibilité de définir eux-mêmes leurs relations familiales étant donné que ce sont les normes juridiques qui déterminent désormais quels sont les membres de la famille qui peuvent rejoindre le demandeur, et ceux qui ne le peuvent pas. L'excessive rigueur de cette réglementation des étrangers dans la sphère familiale s'ajoute aux difficultés sociales et politiques auxquelles sont confrontés certains étrangers pour accéder à un logement adéquat, la disponibilité des ressources économiques, l'accès au marché de l'emploi, etc.

Toute cette complexité entraîne une dernière conséquence : bien souvent les conjoints ou partenaires entrent sur le territoire espagnol avec un visa de séjour et, lorsque celui-ci arrive à expiration, ils restent en situation irrégulière dans l'attente de pouvoir réunir les conditions pour l'obtention d'une autorisation, sur la base de circonstances exceptionnelles, en raison de l'enracinement social.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 137-166

LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE AVEC UN RESSORTISSANT ÉTRANGER. LE CAS DES CITOYENS MAROCAINS

Irene Blázquez Rodríguez[1]

I. INTRODUCTION: LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, MARIAGE ET MULTICULTURALISME – II. BRÈVE APPROCHE AU DROIT MATÉRIEL MUSULMAN RELATIF À LA CÉLÉBRATION – III. MARIAGE RELIGIEUX EN ESPAGNE : RÉFÉRENCE SPÉCIALE AU MARIAGE CORANIQUE – IV. LA PRATIQUE ESPAGNOLE QUAND L'UN OU LES DEUX CONTRACTANTS SONT MAROCAINS – V. CONCLUSIONS

RÉSUMÉ: Le nombre de marriage quand l'un ou les deux contratants sont citoyens marocains a augmenté au cours des dernières années. L'objetif de cette étude était d'analyser les principaux problèmes pratiques identifiès actuellement en ce qui concerne la validité de la célébration du marriage civil ou selon le rite islamique –en Espagne ou en Maroc–, ansi que dans la reconnaissance et l'enregistrement à l'État Civil Espagnol de ces unions qui presentent un caractère d'extranéité.

MOTS-CLÉS: Célébration du mariage, rite islamique, droit international privé.

LA CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO CON ELEMENTO EXTRANJERO. eL CASO DE LOS CIUDADANOS MARROQUÍES

RESUMEN: En los últimos años se ha incrementado el número de matrimonios en España en los que uno o ambos contrayentes son ciudadanos marroquíes. El objetivo de este estudio ha sido analizar las principales dificultades hoy detectadas en la validez del matrimonio celebrado en forma civil o por el rito islámico –en España o en Marruecos–, así como en el reconocimiento y la consiguiente inscripción en el Registro Civil Español de estas uniones con elemento extranjero.

PALABRAS CLAVES: Celebración del matrimonio, rito islámico, Derecho internacional privado.

MARRIAGE VALIDITY WITH FOREIGN NATIONALS. THE CASE OF MOROCCAN CITIZENS

ABSTRACT: Over the past years the number of one or both prospective spouses are Moroccan citizens has increased in Spain. The aim of this paper is to analyse the main difficulties detected today in order to the validity of the marriage celebrated according to the civil or religious ceremony (Muslim rite) –in both Spain or Morocco–, as well as the legal recognition with the compulsory registration in the Spanish civil Registry.

KEYWORDS: Marriage celebration, Muslin rite, Private international law.

---

[1] Maître de Conférences (Profesora Titular) de Droit International Privé, Université de Cordoue, Espagne. Cette contribution est partie intégrante du projet de recherche d'excellence de la Junta de Andalucía (SEJ-4738) *Análisis transversal de la integración de mujeres y menores extranjeros nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza. Problemas en el ámbito de familia* (Analyse transversale de l'intégration des femmes et des mineurs, ressortissants d'Etats tiers, dans la société andalouse). Directrice: Mercedes Moya Escudero. Traduction: Marie Lucas, spécialiste en traduction juridique.

I. INTRODUCTION: LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, MARIAGE ET MULTICULTURALISME

De toutes les institutions familiales, le mariage est la plus sensible aux changements sociaux ainsi qu'aux croyances religieuses des contractants. Cette disparité de compréhension du mariage est constatée dans l'acte initial de l'union, c'est-à-dire dans la célébration en soi, ainsi que dans l'acte de l'état civil qui en découle. Quand nous nous référons au mariage avec un ressortissant étranger, et concrètement aux mariages où l'un ou les deux contractants sont de religion musulmane, l'interrelation entre le juridique et le culturel-religieux est encore plus évidente. Quoique le système espagnol de droit international privé consacre des formules spécifiques pour respecter cette diversité dans le domaine des institutions familiales, articuler le binôme mariage et multiculturalisme n'est pas toujours exempt de difficultés. En effet, bien des différences proviennent d'une conception musulmane de la famille qui défend une distinction de droits et de devoirs entre les conjoints selon leur sexe, contraire à celle existant dans le droit occidental de la famille.

Dans ce contexte, le droit international privé doit relever le défi d'articuler des voies visant à l'harmonie de deux systèmes juridiques comprenant de manière très différente la laïcité de l'Etat ou le rôle de la femme dans la famille et dans la société. L'objectif final de cette entente est axé sur la nécessité d'une intégration adéquate de l'immigré dans la société d'accueil, que le droit doit fonder sur deux prémisses[2]. Premièrement, en garantissant le respect de la vie familiale et, dans ce contexte, sont fondamentales la validité et la reconnaissance des mariages célébrés tant en Espagne qu'au Maroc -antérieurement ou postérieurement à l'établissement de la résidence en Espagne ainsi qu'à l'acquisition de la nationalité espagnole-. Deuxièmement, ladite intégration exige également que soit respectée leur identité culturelle comprise au sens large, en incluant des règles et traditions de la communauté d'origine présentes dans le droit de la famille et des successions. Le droit en tant que manifestation culturelle d'une société déterminée trouves on expression maximale dans les Etats confessionnels de type islamique et ce sont concrètement dans les matières relatives à la personne et la famille quele droit musulman conditionne le droit positif. C'est aussi précisément le

[2] *Vid. Amplius* JAYME, E., « Identité culturelle et intégration: le droit International privé postmoderne », *R. des C.*, 1995, vol. 251, p. 9 s.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 167-195

domaine que les individus ont le plus intérêt à préserver, en tant que partie fondamentale de leur identité[3].

Ainsi que le démontrera notre analyse, l'institution matrimoniale reflète très nettement que la reconnaissance desdites institutions, très souvent enracinées dans des convictions religieuses, n'est en rien pacifique puisqu'elle donne lieu à des mésententes et des frictions qui, en droit international privé, débouche sur l'«exception d'ordre public international». Si nous prenons ces difficultés en considération et puisque notre désir est effectivement d'apporter des solutions respectueuses de la diversité culturelle, notre analyse doit nécessairement partir d'une approche du mariage islamique en soi, en nous centrant tout particulièrement sur les spécificités concernant la célébration de celui-ci. Ensuite, et d'un point de vue éminemment pratique, nous approfondirons les principales difficultés actuellement détectées quant à la célébration, ainsi qu'à la reconnaissance par l'ordre juridique espagnol, de «mariages» dans lesquels l'un ou les deux contractants sont des ressortissants marocains. Pour ce faire, nous analyserons des questions qui surgissent quant à la capacité nuptiale, la prestation du consentement ou la forme en soi de la célébration.

Nous nous sommes spécialement penchés sur les difficultés qui surviennent une fois que le ressortissant marocain acquiert la nationalité espagnole, tout en conservant sa nationalité d'origine. Bien des questions qui font l'objet de notre analyse se posent également lors d'unions provenant de ou entre ressortissants originaires d'autres pays musulmans. Néanmoins, nous avons centré notre analyse sur les cas du Maroc étant donné que la présence importante de ses citoyens en Espagne[4], ainsi que la proximité géographique,

---

[3] Charfi, M. « L'influence de la religion dans le Droit international privé des pays musulmans », *R. des C.*, 1987, vol. 203, p. 321.

[4] Selon le dernier Bulletin élaboré par l'Observatoire permanent de l'immigration en Espagne au 30.06.2013, le nombre de ressortissants marocains s'élève à 888.937 personnes, constituant la seconde nationalité dont la présence est la plus importante en Espagne après celle des citoyens roumains (925.140) et suivies de loin ensuite par les équatoriens (390.034) et les colombiens (270.335). De plus, avec la crise économique, la présence de certaines nationalités en Espagne a diminué, mais il n'est est pas de même pour le collectif marocain qui a enregistré une hausse interannuelle de + 4,03%, au 30.06.2013. *Cf.* «Extranjeros residentes en España a 30.06.2013», Secrétariat général de l'Immigration et Emigration, date de publication 12.09.2013.

apportent à l'analyse une richesse spéciale, une grande utilité mais également une extrême complexité.

II. BRÈVE APPROCHE AU DROIT MATÉRIEL MUSULMAN RELATIF À LA CÉLÉBRATION

En règle générale, en droit musulman, le mariage ou *nikah*[5] peut être défini comme un contrat entre deux époux, conclu en présence du tuteur et de deux témoins[6]. Cette nature contractuelle est décrite dans la définition même du mariage réalisée à l'art. 4 du Code de la famille marocain comme «un pacte fondé sur le consentement mutuel en vue d›établir une union légale et durable, entre un homme et une femme […] »[7]. En termes de conditions formelles, le *nikah* comprend deux éléments basiques ; l'un étant l'offre et l'autre un accord fruit de cette nature contractuelle à laquelle nous avons fait référence. Ainsi, l'art. 10 du Code de la famille marocain établit que « Le mariage est contracté moyennant l'offre *(iyab*) de l'un des contractants et l'acceptation (*qubul/qabul*) de l'autre en utilisant la formule consacrée à cet effet et d'autres expressions de langage admis pour cet usage ».

Ces déclarations, qui doivent être prononcées au cours même de l'acte, sont réalisées par les parties elles-mêmes ou bien par le tuteur matrimonial (*wali)*[8]. L'un des éléments caractéristiques du mariage musulman est la

[5] Pour désigner le terme *nikah*, est également employé le terme *zawaj*.

[6] Quant à la nature contractuelle du mariage en droit musulman, cf. *inter alia,* Sudqi, D. *The Marriage Contract in Islamic Law*, London, 1999, p. 10 s.; Millot, L. & Blac, F.P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2e éd., Paris, p. 298.
Ad exemplum, les Codes syrien, iranien et jordanien, en leurs arts. 1, 3 et 2 respectivement, donnent une définition du mariage comme : «un contrat entre un homme et une femme dans l'objectif d'une vie commune et la procréation». Le Code algérien définit le mariage comme: «un contrat qui a lieu entre un homme et une femme en accord avec une forme légale, dont la finalité est, entre autres, la formation d'une famille, basée sur l'amour, la compassion, la coopération, la chasteté des deux époux et la préservation d'une lignée légitime» (art. 4). Au Soudan, il existe une définition quasi identique, mais qui insiste sur "une union pour toujours" (art. 11).

[7] *Dahir* nº 1-04-22 de *Hija* 1424 (03.02.2004) qui promulgue la loi nº 70.03 du Code de la famille, B.0. nº 5358 du 06.66.2005, p. 667. Le texte en langue arabe a été publié dans l'édition générale du Bulletin Officiel nº 5184 du 05.0.2004, p. 418.

[8] Le tuteur matrimonial doit être un homme, normalement parent proche de la femme. Au regard de l'école sunnite, les tuteurs matrimoniauxdoivent suivre l'ordre suivant: 1º. Les

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 167-195

présence du tuteur ou *wali* dont la fonction primordiale est de représenter la femme dans les négociations matrimoniales, à côtéde celle-ci au cours de la célébration[9]. Ce tuteur doit être un homme et conserve,généralement, avec la future épouse une relation de parenté suivant un ordre hiérarchique fixé par le droit. De plus, toutes les femmes ne sont pas représentées avec la même intensitépar le *wali* ; cela dépend en fait de la personne qui remplit cette fonctionainsi que du propre statut de la femme représentée. La « classique *sharia tenets* » distingue deux catégories de fonction du *wali* dans lemariage :a) le tuteur ayant capacité pour obliger intervient lorsque la personne n'a pas de capacité légale ou que celle-ci est limitée ; b) le tuteur sans capacité pour obliger intervient dans le cas où la femme possède pleine capacité légale, cependant celle-ci, suivant la tradition, délègue la conclusion du mariage à un tuteur. Quoique dans la pratique la figure du *wali* soit maintenue au Maroc, du point de vue légal sa présence n'est réellement nécessaire que lorsqu'il existe un manque de capacité de la future épouse (art.13.3 Code de la famille marocain).

En général, les futurs époux et le tuteur matrimonial sont accompagnés de deux témoins dont la présence est indispensable puisqu'il s'agit d'une exigence *ad solemnitatem* et non pas d'une simple question formelle[10]. Ces témoins doivent être des hommes musulmans, ou, éventuellement, un homme et deux femmes étant donné que le témoignage de celles-ci compte pour la moitié en droit musulman. Quant à la profession de foi des témoins, une

fils ou même les petits-fils; 2º. Les ascendants, le père, le grand père ou autres aïeuls; 3º les frères et leurs descendants masculins. La figure du tuteur peut aussi être représentée par une personne étrangère à la famille ; ce peut être l'Etat et principalement ses représentants, à savoir les juges, qui remplissent cette fonction (Nasir, J.J. *The Islamic Law of Personal Status,* The Hague, 2002, p. 53). Ces règles sont suivies par la majorité des Codes nationaux musulmans, *ad. ex.*celui de Jordanie (art. 9), de Tunisie (art. 8) ou de Syrie (art. 21), mais d'autres codes plus modernes, tels que celui du Maroc considère cela comme «un droit de la femme, qu'elle exerce à sa majorité, selon son choix et son intérêt» (art. 24).

[9] Benmelha G., *Éléments du droit algérien de la famille. Le mariage et sa dissolution*, vol. 1, Paris, p.79.

[10] En ce sens, Linant, Y., *Traité de Droit Musulman Comparé,* 2 vol., Paris, 1965, p. 99. Bien que cela soit la règle générale, il existe plusieurs écoles dans l'Islam ayant des pratiques diverses concernant les questions matrimoniales et, en général, de la famille. Ainsi, pour l'école Malikite, à la différence des écoles Hannafite, chaféite et Hanbalite, l'absence de témoins pour la célébration n'invalide pas le mariage (Riosalido Gambotti, J., *Compendio de Derecho Islámico. Ibn AbiZayd Al-Qay-rawàní*, Madrid, 1993, p. 190).

exception existe puisque si l'épouse n'est pas musulmane, ceux-ci peuvent également ne pas être musulmans, à condition qu'ils soient monothéistes. En effet, la présence de ces témoins s'impose car la célébration du mariage n'est pas toujours suivie de la délivrance d'un document écrit faisant foi de preuve. Ces derniers sont donc appelés à remplir ce rôle.

Un dernier élément clé pour que la célébration du mariage islamique soit valide, c'est que le fiancé, ou son père ou tuteur en son nom, remette la dot ou *sadac* à la famille de la fiancée dans le but que la proposition matrimoniale soit effective. La dot est l'élément consubstantiel du mariage islamique, ainsi que l'art.13 du Code de la famille marocain le préciseparmi les conditions requises pour le contrat du mariage, en spécifiant expressément que « l'on ne peut stipuler la suppression de la dot ». Il s'agit d'un droit de la femme qui consiste en une quantité d'argent, de biens et d'obligations que le mari s'engage à remettre en vertu du mariage.

Tel qu'on peut le déduire de l'art.13 du Code de la famille marocain, pour que le contrat du mariage soit conclu, il suffit que les époux aient pleine capacité, se soient accordés quant à la remise de la dot et sur la présence des personnes auparavant citées, à savoir, le tuteur matrimonial- lorsque cela est obligatoire- et la présence des deux témoins (*adouls*). En principe, pour la conclusion d'un mariage valide, la présence d'une autorité civile ou de toute autre personne en faisant office ne serait pas indispensable, contrairement à ce qui est exigé dans les ordres juridiques occidentaux. De sorte que dans les pays musulmans, ce sont les communautés religieuses, y compris les non musulmanes, qui s'attribuent la totalité des compétences en matière matrimoniale. Dans la plupart des pays musulmans, en pratique, le mariage est célébré par une autorité religieuse ou une autorité civile ayant des connotations religieuses. En somme, le *nikah* est sacralisé. Preuve en est que, normalement, la célébration de tout mariage islamique est accompagnée de la lecture du premier chapitre du Coran. Ainsi, le mariage a un double intérêt : « de par son caractère religieux et son rôle d'institution privée, ayant des répercussions tant dans le domaine strictement privé que dans le public ». Nous insistons sur le fait que cette double dimension entraînera, tant dans la forme de contracter mariage que dans les effets de celui-ci, une confluence des préceptes juridiques et religieux.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 167-195

III. MARIAGE RELIGIEUX EN ESPAGNE : RÉFÉRENCE SPÉCIALE AU MARIAGE CORANIQUE

Dans le secteur matrimonial, l'une des plus grandes réussites constitutionnelles fut l'instauration d'un mariage civil unique comprenant une pluralité de formes de célébration, terminant ainsi la longue période de confessionnalité pré-constitutionnelle incompatible avec les manifestations basiques d'uneliberté religieuse et de tolérance de culte. De cette façon, par les Accords signés avec le Saint Siège en 1979[11], l'Etat espagnol a conclu en 1992 avec les confessions religieuses les plus enracinées en Espagne -à savoir l'évangélique, la juive et la musulmane-, les accords respectifs qui ont vu le jour moyennant les lois 254/1992, 25/1992, et 26/12992 du 10 novembre[12]. Chacun des accords mentionnés, dûment signés, comprend un article 7 relatif à la célébration du mariage selon le rite spécifique de la confession. En particulier, cet article est inclus dans la loi 26/1992 qui approuve l'Accord de coopération de l'Etat d'Espagne (CIE) dont la teneur est la suivante :

> 1. Sont attribués des effets civils au mariage célébré en la forme religieuse établie dans la Loi islamique, à partir du moment même de la célébration, si les contractants réunissent les conditions de capacité exigées par le Code civil.
>
> Les contractants exprimeront leur consentement devant l'une des personnes stipulées au numéro 1 de l'article 3 et au moins devant deux témoins majeurs.
>
> L'inscription du mariage au Registre de l'état civil sera nécessaire aux fins de la pleine reconnaissance de ces effets.

[11] Les quatre Accords signés entre l'Etat espagnol et l'Eglise catholique romaine le 03.01.1979 sont les suivants: a) l'Accord d'Affaires juridiques où sont reconnues la personnalité, l'autonomie et la liberté de l'Eglise catholique, le système de mariage civil-canonique et les relations de coopération entre l'Etat et l'Eglise; b) l'Accord d'Enseignements et Affaires culturelles; c) l'Accord d'Affaires économiques; et d) l'Accord de l'assistance religieuse aux Forces armées et service militaire du clergé. Publiés dans le *BOE* du 04.12.1979.

[12] En plus de l'Accord avec la Commission islamique d'Espagne (CIE) approuvé par la loi 26/1992, du 10.11, ont été approuvés moyennant la loi 24/1992, du 10.11, l'Accord de coopération de l'Etat avec la Fédération des Entités religieuses évangéliques d'Espagne (FEREDE) et, moyennant la loi 25/1992, du 10.11, l'Accord de coopération del'Etat avec la Fédération des Communautés Israélites d'Espagne (FCIE), tous publiés dans le *BOE,* nº 272, du 12.11.1992 et en vigueur au lendemain de la publication. Il existe une bibliographie prolixe sur la question, pour tout ce sujet, voir Reyna & Felix, Acuerdos del Estado Español con confesiones religiosas minoritarias.

> 2. Les personnes qui désirent inscrire le mariage célébré en la forme prévue au numéro précédent, devront au préalable prouver leur capacité matrimoniale, en présentant un certificat du registre de l'état civilcorrespondant.(..) »

Quoiqu'il n'y ait pas lieu de faire ici l'exégèse détaillée de ce précepte, nous désirons cependant aborderdeux considérations dont nous devons tenir compte dans le contexte de notre étude. Premièrement, l'article 7 transcrit spécifie que « sont attribués des effets civils au mariage célébré *en la forme établie par la loi islamique* ». Il n'existe donc pas la moindre possibilité d'effets civils de réglementations confessionnelles substantives. Par conséquent, si l'islam contient bien des normes sur le mariage qui réglementent également des aspects substantifs de celui-ci tels que la capacité, le consentement, le contenu et l'extinction-ces unions n'étant que des mariages civils en la forme religieuse pour les aspects mentionnés- l'unique législation opérante sera la législation civile par le biais de la juridiction étatique[13]. Deuxièmement, dans le but qu'un mariage célébré selon la forme coranique, en vertu de l'Accord 26/1992, ait un effet au regard de l'ordre juridique,il nous faut garder à l'esprit que la célébration dudit mariage ainsi que sa validité s'articulent autour de trois étapes : a) l*a vérification de la capacité nuptiale* des conjoints moyennant le dossier préalable au mariage ; b) *la prestation du consentemen*t devant deux témoins et une autorité civile ou religieuse et ; c) *l'inscription du mariage* dans le registre de l'état civil compétent pour qu'il produise pleins effets.

IV. LA PRATIQUE ESPAGNOLE QUAND L'UN OU LES DEUX CONTRACTANTS SONT MAROCAINS

Dans les réponses que donne l'ordre juridique espagnol à la multiculturalité du pays, il ressort que la question matrimoniale se trouve tiraillée entre le *ius nubendi* et l'ordre public qui ont des forces contraires. En effet, dans bien des cas, les tribunaux espagnols se débattent entre, d'une part, la sauvegarde du principe *favor matrimonii* qui favorise l'application du droit étranger et, d'autre part, l'interposition de la clause d'ordre public international qui s'oppose à l'admission des situations heurtant les principes et valeurs inspirant la conception du mariage que l'on a en Espagne. Comme nous l'avons souligné, dans l'institution du mariage il y a évidemment tension entre plusieurs forces ou pouvoirs -civil, culturel, religieux- auxquels il faut ajouter le fait que, dans

[13] Titre IV du Livre I du Code civil.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 167-195

de nombreux aspects, la femme se trouve soumise à la tension suscitée par lesdits pouvoirs de par sa nationalité d'origine et son appartenance ou non à un credo ou foi religieuse. Tel que nous l'analyserons, cette dialectique se retrouve à divers moments et dans divers aspects autour de la « capacité nuptiale » des contractants, en relation au « consentement matrimonial », ainsi qu'à la validité de la « forme de la célébration du mariage ».

1. CAPACITÉ DES CONTRACTANTS POUR CÉLÉBRER LE MARIAGE

Pour les unions avec un ressortissant étranger, les futurs conjoints doivent avoir la « capacité matrimoniale », condition qui est réglementée par l'art. 9.1 CC en vertu de la loi nationale de chaque contractant au moment de la célébration du mariage. A ce sujet, la praxis espagnole fait faceà trois questions que nous abordons ci-dessous.

A. EMPÊCHEMENT DE DISPARITÉ DE CULTE

Ledroit de la famille marocain (même après la réforme de la *Moudawana* en 2004*)*, tout comme le reste des Codes de droit de la famille des pays islamiques, établit un empêchement à la capacité des contractants : l'empêchement de la disparité de culte[14]. Ainsi, l'art. 39.4 du Code de la famille marocain sous la rubrique « Des empêchements temporaires » inclut « le mariage d'une musulmane avec un non-musulman et le mariage d'un musulman avec une non-musulmane, sauf si elle appartient aux gens du Livre ». Comme on peut le remarquer, ledit empêchement est plus rigide encore lorsqu'il s'agit d'une femme qui,étan tmusulmane, ne pourra pas épouser un non musulman[15]. En effet, quand il s'agit d'un homme musulman, celui-ci pourra contracter mariage avec une femme non musulmane, à condition qu'elle soit juive ou chrétienne. Il s'agit d'un cas très courant dans la pratique. Vue la teneur du texte, la reconnaissance de cette norme juridique inspirée par la *sharia* islamique entre en contradiction avec des principes constitutionnels tels que la non-discrimination pour cause de religion. La *Dirección general de Registros y Notariado* (Direction générale des registres et du notariat, ci-après DGRN)

[14] Art. 39.4 Code de la famille marocain.

[15] La raison dudit empêchement est seulement impérative pour la femme parce qu'on se base sur le fait que les futurs enfants professent la religion du père et la religion de la mère importe donc beaucoup. Cf. Sourate II, verset 221: «Ne te marie pas avec une non croyante jusqu'à ce qu'elle ne croie», dans Mahoma, *Le Coran*.

s'est heurtée à cette question et a résolu, le 10 juillet 1999, la possibilité pour une femme marocaine musulmane, divorcée en Hollande, de contracter mariage en Espagne avec un Hollandais, tous deux résidant à Palma de Majorque. Etant donné qu'au moment des formalités pourle dossier préalable au mariage, les autorités judiciaires espagnoles doivent vérifier lacapacité des contractants, et vu que la femme était Marocaine, lesdites autorités ont consulté M. l'Ambassadeur du Maroc à Madrid. Celui-ci a allégué deux empêchements pour inhabiliter cette ressortissante à contracter mariage : premièrement, le futur conjoint doit nécessairement être musulman ou s'il ne l'est pas, il lui faut se convertir et, deuxièmement, la femme doit prouver, de façon fiable, son état civil en tant que divorcée par un document émis par les autorités arabes, celui des tribunaux hollandais n'étant pas reconnu. Face à cette allégation, la réponse des autorités espagnoles ne pouvait être plus claire :

> Même si la capacité matrimoniale des étrangers est régie par la loi nationale de l'intéressé(e) (art. 9.1 CC) cette loi ne devra pas être appliquée et, à défaut, la loi espagnole régira lorsque la loi étrangère, normalement applicable, est contraire à l'ordre public espagnol.

Les autorités espagnoles considèrent que cette règle marocaine suppose

> une limitation intolérable du *ius nubendi* de la femme (art. 32 Cst. ES), ainsi qu'une discrimination pour cause de religion (art. 14 Cst. ES) et une atteinte au principe constitutionnel de liberté religieuse (art. 16 Cst. ES). La règle indiquée est par conséquent manifestement contraire à l'ordre public espagnol qui doit permettre aux étrangers, de même qu'aux Espagnols, de pouvoir contracter un mariage civil en Espagne, sans enquête aucune sur leur religion,idéologie ou croyance.

Dans la pratique, et devant un tel empêchement, bien que le futur contractant ne puisse obtenir de son pays d'origine l'autorisation pour se marier puisque les autorités du pays considèrent qu'il ne possède pas la capacité nécessaire, celui-ci pourra célébrer son mariage en Espagne en application de la loi espagnole qui,bien évidemment, ne tient pas compte de la religion du contractant. Néanmoins, comme conséquence de cette diversité culturelle et légale sur les deux rives de la Méditerranée, nous assistons dans la pratique à une multitude d'unions qui, quoiqu'ayant totale validité et produisant des effets en Espagne, ne seront pas reconnues comme valables dans le pays de

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 167-195

provenance du contractant musulman –à savoir, en l'occurrence pour notre étude, en provenance du Maroc–.

B. EMPÊCHEMENT DE LIEN

Cet empêchement est compris comme le manque de capacité pour contracter un nouveau mariage car il existe un *lien* d'une union antérieure non dissoute légalement. On observe, dans la pratique, que cette question se présente non de manière « unique » mais qu'elle apparaît sous deux modalités. Premièrement les « mariages doubles » sont de plus en plus fréquents –en raison de la proximité des deux pays– ; les mêmes contractants contractent mariage plusieurs fois sous diverses formes et dans divers pays. Les conjoints se marient ainsi au Maroc –selon le rite coranique– et prétendent égalementcélébrer leur union enEspagne –la plupart des fois en la forme civile–. Au Maroc, les raisons d'une telle pratique sont doubles: sous ledésir de célébrer deux fois les noces –avec la famille d'origine et avec de nouveaux amis– ou parce que cette union n'est pas valable dans l'un des pays. Prenons, pour ce dernier cas, l'exemple d'une union célébrée au Maroc entre un ressortissant marocain et une citoyenne espagnole séparée et qui, après le divorce de cette dernière, essaient de célébrer leur mariage en Espagne, les autorités espagnoles considérant que le mariage ne peut être célébré par empêchement de *lien* du ressortissant marocain. Nous nous trouvons de même face à un empêchement de ce type quand est célébré en Espagne, devant les autorités consulaires, un mariage entre un/e ressortissant/e espagnol/e et un/e ressortissant/e marocain/e, puisque cette forme de célébration n'est pas valable pour les autorités vu que l'un des contractants est espagnol. Ainsi, quand les contractants essaient de célébrer leur mariage en Espagne selon la forme fixée comme valable pour les mariages mixtes, ils se heurtent au manque de capacité du conjoint marocain, valablement marié au regard de l'ordre juridique marocain.

Deuxièmement, nous aborderons la question du « mariage polygame ». Il s'agit d'une pratique typique du monde musulman puisque le Coran permet le mariage avec un maximum de quatre épouses, pourvu qu'« il y ait justice entre elles »[16]. Malgré cette admission par le droit musulman, il faut avouer que cette pratique est en baisse dans de nombreux pays islamiques et est même devenue interdite dans certains d'entre eux, comme c'est le cas de la

[16] *Coran* 4, 3.

Tunisie depuis 1956. Dans des pays comme le Maroc, cette pratique s'avère limitée (art. 40 du Code de la famille). En effet, la polygamie est prohibée non seulement quand il peut y avoir lieu à injustice entre les épouses mais également dans le cas où l'épouse aurait établi une clause en vertu de laquelle l'époux s'engage à ne pas prendre d'autre épouse. Nous pouvons affirmer que, depuis la Réforme de 2004, la polygamie est passée sous contrôle judiciaire, ce qui lui donne de ce fait un caractère « qualifié et exceptionnel »[17].

Actuellement, les organes juridictionnels espagnols se trouvent dans l'obligation de donner une réponse à l'institution de la polygamie qui, bien qu'elle possède un caractère culturel et religieux important pour les immigrants provenant de pays islamiques, n'est pas seulement une institution éloignée ou différente de celles existantes dans le système légal espagnol, mais elle heurte en outre directement les principes de base de celui-ci. Citons un texte qui exprime le refus de cette pratique. L'arrêt de la Cour suprême du 14 juillet 2009 a signalé que « la polygamie n'est pas simplement contraire à la législation espagnole, mais c'est quelque chose qui répugne à l'ordre public espagnol »[18]. En outre, s'il est vrai que la polygamie est une institution qui se trouve en net recul dans le monde islamique –vu le plus grand contrôle judiciaire, la possibilité de rejet préalable par la femme, le pourcentage des mariages par pays, etc.–, il n'en est pas moins vrai que les tribunaux espagnols, conséquence de la multiculturalité de notre société, se trouvent relativement fréquemment confrontés à cette institution et lui accordent différents traitements juridiques,selon les cas.

Concernant les unions polygamiques, nous devons distinguer deux types de questions auxquelles le droit international privé espagnol doit donner réponse. D'une part, les demandes d'autorisation de célébration se multiplient, de même que les sollicitations d'inscriptions de mariages alors qu'il existe des unions antérieures encore en vigueur, ces dernières ayant été célébrées, soit en Espagne, soit dans les pays d'origine. En ce sens, tel que le confirment les résolutions de la DGRN, la pratique espagnole n'admet pas de demi-mesures. Ainsi, quoique la RDGRN (Résolution de la Direction générale des registres et du notariat) du 14 mai 2013 semble insister sur

[17] Selon l'appréciation de Diago Diago P., «La nueva *Mudawwana* marroquí y el Derecho internacional privado», *REDI*, 2004, Vol. LVI (2), p. 1078 s.

[18] TOL1.577.605.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 167-195

le fait que l'inscription au Registre de l'état civil ne peut être admise parce que le ressortissant marocain, au moment de la célébration de sa seconde union, avait déjà acquis la nationalité espagnole, la pratique va donc plus loin en empêchant même l'inscription,si au moment de célébrer la seconde union le contractant ne possédait que la nationalité marocaine et qu'il avait un « divorce révocable » (RDGRN du 10 mai 2012). Dans les deux cas, la DGRN signale que « l'état civil des contractants est une donnée obligatoire pour l'inscription et, au registre de l'état civil espagnol, il n'est pas possible de procéder à une transcription où il serait annoté que l'un des contractants est déjà marié à la date de la célébration». En définitive, l'exception de l'ordre public international implique que la capacité matrimoniale de l'étranger soit régie par le droit matériel espagnol, puisqu'il est considéré que les unions polygames portent atteinte à « la dignité constitutionnelle de la femme à la conception espagnole du mariage ».

D'autre part, le droit est confronté à un autre problème dans lequel les personnes se trouvent immergées –concrètement, les deux femmes et les enfants de chacune d'elles–, à savoir, le problème de la reconnaissance de certains effets de ces unions qui,bien que contraires à l'ordre public espagnol, sont pleinement légales selon leur loi nationale. En effet, quoique ce type d'unions soit interdit dans toute l'Europe et dans les diverses lois sur les étrangers empêchant le regroupement de plus d'un conjoint, la réalité démontre qu'un certain nombre d'immigrés arrivent à cohabiter avec leurs deux épouses dans les sociétés européennes d'accueil. Si l'on tient compte de cette réalité, le recours à l'exception d'ordre public qui empêcherait la reconnaissance de tout effet pour la seconde épouseest remis en question par les tribunaux européens en tant que cela suppose une absence totale de protection de l'une des épouses[19].

[19] La Direction générale des registres et du notariat distingue cette double problématique de la reconnaissance d'une union polygame de la part de l'ordre espagnol et la reconnaissance de certains effets. La Résolution du 10 juillet 1996 s'est exprimée en ce sens: «Le fait que ce mariage ne puisse être transcrit sur le Registre de l'état civil pour les raisons mentionnées, ne doit pas empêcher, conformément aux arts. 61 et 79 du Code civil, que le mariage islamique doive produire, au moins, les effets du mariage putatif et partant, toujours le caractère de filiation matrimoniale de l'enfant, dont on prétend rectifier la transcription moyennant sa filiation, puisqu'il existe une apparence objective de célébration du mariage et autre conditions minimales requises qui doivent être exigées pour l'existence du mariage putatif». Dans cette même ligne, la DGRN, après avoir refusé la transcription d'une union polygame en Espagne

En très peu de temps, les tribunaux espagnols ont eu à faire face à plusieurs cas concernant l'existence et la portée des effets de ces mariages polygames. La ligne jurisprudentielle espagnole en ce sens n'est pas claire et se débat entre une reconnaissance d'effets de ces unions moyennant une application atténuée de l'ordre public et une autre plus rigide qui rejette non seulement les effets appelés nucléaires du mariage mais aussi ceux que nous pouvons appeler périphériques[20].

S'agissant de la reconnaissance de ces effets, il est nécessaire de mentionner plusieurs arrêts rendus par le Tribunal supérieur de Justice (ci-après,TSJ) de Galice, de Madrid et de l'Andalousie, entre autres[21]. Dans son arrêt du 2 avril 2002[22], le TSJ de Galice a abordé les effets que le mariage polygame pose en matière de pension de réversion pour les deux épouses et de pension d'orphelin pour les enfants correspondants issus du mariage d'un sénégalais résidant légalement en Espagne[23]. Concrètement, les deux mariages avaient été célébrés au Sénégal avant l'établissement du marisur le territoire espagnol, en accord avec la *lex loci celebrationis*. Devant de tels faits, les tribunaux ont reconnu le droit à la pension de réversion aux deux femmes et a réparti la quantité en deux parts égales. Lorsqu'il s'agit de citoyens marocains, il nous faut faire référence à l'art. 23 de la Convention hispano-marocaine de la

avertit expressément que par cela elle ne préjuge pas «les effets de différent type que ce second mariage puisse produire pour l'ordre espagnol» (RDGRN du 3 septembre1996). On peut consulter les RDGRN disponibles sous <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es>.

[20] D'après la nomenclature de Carrascosa González, J., «Matrimonio y Parejas de hecho», en Calvo Caravaca, A.L. et Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado,* Granada, 2013, p. 106.

[21] Le premier cas posé en Espagne a été résolu par la décision du 10 octobre 2001 du Juzgado de lo Social (« tribunal des affaires sociales ») nº 6 de Barcelone. Concrètement, ce tribunal décida de ratifier la décision de l'Institut national de la Santé [espagnol] qui reconnaissait, face à l'existence d'un mariage polygame célébré en Gambie, des effets en faveur des deux épouses de nationalité gambienne. *Cf.* Vargas, Matrimonio polígamo, orden público y extranjería: a propósito de la sentencia del Juzgado de los Social nº 6 de Barcelona de 10 de octubre de 2001, pp. 15 ss.

[22] *TOL 210.853*.

[23] Pour une analyse sur cette décision, Diago Diago, P., «La familia multicultural y el Derecho», en *Actas del I Congreso sobre La Familia en la Sociedad del siglo XXI*, Madrid, 2003, p. 283 s.; De Val, «Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la extensión del concepto beneficiario», *Actualidad Laboral* (2003), pp. 47 ss.

Sécurité sociale de 1979[24], qui établit que la pension de réversion est distribuée à parts égales entre les personnes qui, d'après la législation marocaine, s'en avèrent bénéficiaires. Suivant cette même ligne, le TSJ de l'Andalousie dans sa décision du 30 janvier 2003, a confirmé la décision prise par l'Institut national de la Sécurité sociale [espagnol] (INSS) visant à reconnaître l'effet relatif à la pension aux deux mariages et à répartir celle-ci à parts égales entre les deux épouses. La solution donnée par le TSJ de Madrid du 29 juillet 2002, semble plus paradoxale. Le tribunal s'est prononcé sur un recours introduit par l'une des veuves d'un travailleur marocain qui réclamait que le partage entre les épouses ne soit pas de 50% pour chacune[25]. Dans ce cas d'espèce, le ressortissant marocain s'était marié au Maroc en 1993 en premières noces et ultérieurement dans son pays en 1995 avec une seconde épouse dont il avait divorcé en 1996. Face à la décision de l'INSS qui avait partagé équitablement ladite pension entre les deux veuves, le TSJ de Madrid a décidé d'octroyer 82,25% de la pension à la première épouse et 14,75% du montant restant à la seconde, en prenant en considération le temps de vie maritale du défunt avec chacune d'elle. Par conséquent, le TSJ de Madrid a opté pour une application analogique de l'art.174 de la loi de la Sécurité sociale qui partage proportionnellement la pension entre les veuves dans les cas de successions de mariages. A notre avis, cette solution doit être critiquée, en ce sens qu'elle ne respecte pas la Convention hispano-marocaine. En effet, au regard de cette Convention, la titularité du droit serait déterminée selon le droit marocain (art. 23) et celui-ci ne reconnaît aucun droit à l'épouse divorcée[26].

Par ces décisions, les juges espagnols ont opté pour une pratique suivie depuis des années par le droit comparé, à savoir appliquer une solution

[24] Convention hispano-marocaine de la Sécurité sociale du 06.11.1979, *BOE* nº 245, du 13.10.1982.

[25] *TOL2.398.460*.

[26] *Cf.* en ce sens, Juárez Pérez, J., «Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?», *Revista electrónica de estudios internacionales,* 2012, nº 23, pp. 38 ss.; L'argument suivi par ce jugement est qualifié par Desdentado, comme «confus et suscitant certains doutes», en considérant qu'il s'agit d'un cas de polygamie historique, auquel n'est même pas applicable l'art. 23 de la Convention hispano-marocaine dont le but est de réguler le partage de la pension s'il existe plusieurs épouses légales au momento du décès, *in* Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de solución, pp. 24 ss.

flexible à la recherche d'une justice matérielle adaptée à chaque cas d'espèce[27]. En définitive, il est apporté une nuanceà la clause de l'ordre public en reconnaissant certains effets aux mariages polygames célébrés en accord avec la loi nationale des contractants.

En revanche, outre cette tendance jurisprudentielle qui, bien qu'elle ne reconnaisse pas les effets d'enregistrement du mariage, accorde des effets dans la juridiction sociale, il existe d'autres prononcés qui rejettent tout type d'effet y compris ceux que nous avons appelés périphériques. En ce sens, l'arrêt du TSJ de la communauté de Valence du 6 juin 2005[28], considère uniquement valable le premier mariage ainsi que ses effets légaux inhérents et refuse corrélativement la prestation à la seconde épouse puisque, pour le tribunal et selon l'article 12.3 CC, elle est contraire à l'ordre public international.

Ces dernières années la question de la polygamie, et plus particulièrement la transcription de ces unions, est apparue suite à l'accès à la nationalité espagnole des ressortissants étrangers. En général la juridiction espagnole refuse toute demande de nationalité sollicitée par des étrangers qui sont ou ont été polygames en alléguant « le manque d'intégration dans la société espagnole » en tant que condition requise pour acquérir ladite nationalité espagnole par résidence[29]. Toutefois il existe des cas qui a priori échappent à la connaissance des autorités espagnoles et qui se posent à l'heure de l'inscription au registre du mariage. Nous rencontrons en pratique de nombreux cas de citoyens marocains qui, étant naturalisés espagnols et suivant ce qui est établi dans l'art. 66 du RRC, sollicitent la transcription obligatoire dans le registre de l'état civil de leurs liens matrimoniaux préexistants. Dans ce cas, la réponse est identique à celle mentionnée auparavant, à savoir le refus de la transcription de la deuxième ou de l'union ultérieure du nouvel espagnol[30]. Devant cette

---

[27] Tel est le cas de la France, *cf.* Bourdelois B., *Mariage polygamique et droit français*, Paris, 1993.

[28] TOL 3.840.954.

[29] En particulier l'art. 22.4 Cc. exige que l'intéressé fasse preuve d'une «bonne conduite civique et d'un degré d'intégration suffisant dans la société espagnole»; dans ce même sens l'art. 221 RRC spécifie que «l'officier en charge, dans le dossier de concession de la nationalité pour résidence, entendra personnellement le requérant, spécialement pour vérifier le degré d'adaptation à la culture et au style de vie espagnols». *Ad exemplum*, résolutions qui allèguent le manque de ladite adaptation pour avoir contracté mariage polygame: SSAN du 08.05.2013 (TOL3.753.782), 17.12.2009 (*TOL1.761.499*) et 27.01. 2005 (*TOL719.142*).

[30] *Ad exemplum*, Résolutions de la DGRN du 10.12.2004 et du 26.10.2006.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 167-195

réponse claire de la part du registre de l'état civil dans ces cas d'espèce –qui concerne de même les secondes unions qui ont été dissoutes antérieurement à l'inscription de la première–, nous nous demandons s'il n'y aurait pas une possibilité de transcrire sur le registre ces étrangers nationalisés espagnols qui ont célébré une union polygame conformément à leur loi nationale antérieure. Dans les conditions actuelles, l'unique option réelle qui semble exister, c'est de «faire disparaître l'obstacle qui a motivé le refus»[31]; c'est-à-dire, célébrer de nouveau l'union sans l'existence d'un mariage préalable apparaît comme une solution possible pour qu'une nouvelle demande de transcription sur le registre de l'état civil soit admise.

C. MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE

Depuis l'entrée en vigueur de la loi 13/2005, du 1er juillet, modifiant le Code civil en matière de droit à contracter mariage, bien des questions se sont posées au droit international privé. Conscients des répercussions lorsque l'un des contractants est étranger, ou bien que le couple désire célébrer son mariage à l'étranger, la DGRN s'est empressée de rédiger la Résolution du 29 juillet 2005 sur les mariages civils entre personnes de même sexe[32]. Etant donné l'importance et l'autonomie de la question, cette étude n'est pas l'endroit adéquat pour traiter le sujet de manière détaillée[33], il est en revanche nécessaire de préciser certaines choses lorsque l'un ou les deux contractants sont Marocains. Le Code de la famille marocain dans son art. 4 définit le mariage comme «un pacte basé surle consentement mutuelet une union légaleet durable entre un homme et une femme», précepte qui s'étend à tous les Marocains, même s'ils possèdent une autre nationalité», ainsi qu'à «toute relation entre deux personnes lorsque l'une d'elle possède la nationalité

[31] En ce sens, Juárez Pérez, P., argumente que «[…] vu que le principe de chose jugée ne régit pas. En conséquence «il est possible de réitérer un dossier sur la question déjà décidée s'il y a de nouveaux faits qui n'ont pu être pris en compte», *Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?, cit. supra*, p. 18.

[32] BOE nº 188, du 08.08.2005.

[33] *Cf. inter alia*, Calvo Caravaca, A. L. et Carrascosa Gónzalez, J, «Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo», *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, 2005, nº 23, pp 11 ss.; Quiñones Escámez, A, «Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005, nº 4, pp.1172 ss.; Soto Moya, M., «Matrimonio, orientación sexual e integración del extranjero», in AA.VV., *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, pp. 685 ss.

marocaine»[34]. Il n'est pas utile de souligner à nouveau que le droit matériel marocain ne présente aucune faille quand il aborde la question des unions entre des personnes de même sexe, qu'elles soient matrimoniales ou non, puisque ce droit les considèrent contraires à son ordre public. Les autorités espagnoles, face à la demande de célébration d'un mariage quand l'un ou les deux conjoints sont étrangers et que leur loi nationale n'admet pas lesdites unions entre personnes de même sexe, autorisent la célébration si l'un d'eux réside en Espagne. Pour en arriver à cette décision, la DGRN moyennant sa Résolution du 29 juillet 2005 et la pratique qui en découle, semble se baser sur deux mécanismes. D'une part, elle considère que l'on se trouve face à une question de capacité nuptiale qui, quoique selon l'art. 9.1 soit régie par la loi nationale des contractants, doit être rejetée en vertu de l'exception de l'ordre public international, le droit matériel espagnol est donc applicable[35]. Et, d'autre part, en estimant que la différencede sexe ou non est une «condition consubstantielle de l'institution du mariage», et vu qu'il n'existe pas de règle de conflit à ce sujet, une telle question se régirait par la loi matérielle espagnole[36].

La célébration du mariage d'une citoyen marocain avec une espagnol a fait l'objet d'analyse moyennant la Consultation du 27 octobre 2005 au Consul, au sujet de la demande d'autorisationd'une procuration de la part d'un marocain pour célébrer son mariage en Espagne avec une personne du même sexe.Concrètement, la consultation a été suscitée par une demande d'information présentée par la citoyenne marocaine au Consulat général d'Espagne à Rabat -auquel elle est rattachée en raison de son lieu de résidence- relative à la possibilité d'octroyer un pouvoir notarial pour contracter mariage en Espagne avec une personne de même sexe. En ce cas, la DGRN comprend que,dans son art. 5.f), la Convention de Vienne du 24 avril 1963 relative aux Relations consulaires quant à leurs fonctions notariales, empêche que ceux-ci octroient des procurations pour « contracter mariage quand cela va à l'encontre des lois du Consul du pays requis, opposition qui existe dans la législation marocaine»[37].

[34] *Ex.* art. 2, nº 2 et 4 du Code de la famille du Maroc.

[35] *Cf.* Résolutions de la DGRN du 10.11.2006 (5ᵉ), du 23.11.2006 (5ᵉ) et du 29.11.2006 (7ᵉ).

[36] *Cf.* Résolutions de la DGRN du 07.04.2006 (4ᵉ) et du 23.11.2006 (5ᵉ).

[37] Ladite Consultation du 27.10.2005 insiste sur le fait que la Convention de Vienne du 24.04. 1963 sur les Relations consulaires empêche «que les fonctions consulaires soient exercées en allant à l'encontre des lois et règlements de l'Etat récepteur, ce qui soumet les

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 167-195

2.CONSENTEMENT MATRIMONIAL

Pour qu'il existe mariage, l'une des conditions requises- outre les conditions de capacité- se réfère à un consentement matrimonial valide. Etant donné le durcissement actuel des lois concernant les étrangers, les mariages « blancs » ou de complaisance prolifèrent. Si ce type de mariage a longtemps supposé une pratique qui semblait limitée aux unions entre espagnols et ressortissants provenant d'Amérique latine ou d'Europe de l'Est,on observe de plus en plus fréquemment que les citoyens marocains utilisent- ou au moins essaient d'utiliser ou dans certains cas cette situation en est l'indice pour les autorités- le mariage en tant que mécanisme de contournement des exigences imposées par la réglementation juridique concernant les étrangers[38].

Face à cette réalité, le contrôle du consentement matrimonial est réalisé en suivant les indications des Instructions de la DGRN du 9 janvier 1995, sur le dossier préalable au mariage quand l'un des contractants est domicilié à l'étranger et du 31 janvier 2006 sur les mariages de complaisance[39]. Au moyen des instructions susmentionnées, la DGRN articule ce que nous pouvons appeler la «tactique préventive», antérieure à la célébration du mariage, ou la «tactique répressive», postérieure à celui-ci, quand celui-ce mariag eest conclu à l'étranger. Si nous portons notre attention sur les cas où l'un des contractants est de nationalité marocaine, on observe dans bien des cas, à notre avis, un excès de zèle de la part de la juridiction espagnole quant au contrôle d'un consentement valide qui remet en question le *ius nubendi*, et même le droit de toute personne à constituer une famille[40], plus encore quand l'on considère

Représentations consulaires espagnole à l'étranger à un devoir de respect et de non atteinte à l'ordre juridique du pays d'accueil, les Consuls espagnols devant s'abstenir, par manque de compétence d'autoriser des mariages entre personnes de même sexe au cas où les lois de l'Etat récepteur s'y opposent».

[38] *Ad exemplum*, uniquement dans le Bulletin de la DGRN du mois d'avril, cf. Résolutions du 05.06.2013 (28e et 38e), du 25.06.2013 (37e, 40e et 42e), dans lequel l'un des contractants est de nationalité marocaine.

[39] Au niveau de la UE la Résolution du Conseil du 04.12.1997 sur les mesures qui devront être adoptées en matière de lutte contre les mariages frauduleux,où est également fixée une série de présomptions pour considérer qu'un mariage est frauduleux, JO C nº 382, du 16.12.1997.

[40] Sánchez Lorenzo, S., souligne avec justesse que la pratique actuelle a «altéré le propre droit de la famille, contaminé par les exigences de la politique d'immigration, altérant le sens du «consentement matrimonial» dans notre droit civil [*espagnol*], en l'objectivanten faisant assumer aux organes administratifs un rôle qui, dans un Etat de Droit qui correspond,

qu'il s'agit d'unions simulées de personnes qui cohabitent ensemble[41] ou qui ont même un enfant en commun[42].

Quand le contrôle de la validité du consentementest réalisé préalablement à la célébration du mariage, il est finalisé moyennant l'instruction du certificat de capacité nuptiale. Nous serions tout d'abord face à des unions entre un/e espagnol/e avec un/une étranger/e, devant une autorité civile ou religieuse espagnole. Et, deuxièmement, face à ce que l'on appelle les mariages mixtes à célébrer à l'étranger, dans notre cas d'un/e espagnol/e qui désire contracter mariage avec un/e marocain/e au Maroc. Dans ce dernier cas, par une procédure critiquable quant à sa modification[43], les autorités espagnoles emploient ledit certificat de capacité nuptiale pour contrôler l'absence du futur «consentement matrimonial»[44].

Quand le mariage a déjà été célébré à l'étranger en accord avec la *lex loci celebrationis*, le contrôle du consentementest réalisé par les autorités espagnoles au moment où la personne sollicite la transcription du mariage, que ce soit auprès du Registre consulaire ou du registre central de l'état civil. En principe, les autorités espagnoles pourraient vérifier l'authenticité du consentement lorsque l'un des contractants est espagnol, en effet d'après l'art. 9.1. la vérification du consentement se fera selon la loi substantive espagnole. Dans ce cas, et selon ce qui est appelé « économie conflictuelle», il suffirait d'en référer à la loi espagnole[45], indépendamment du contenu de la loi étrangère sur cet aspect; en l'absence d'un consentement valable, la consultation de l'autre conformément à sa loi personnelle n'a aucun intérêt. D'après ce même raisonnement, quand les deux contractants sont étrangers, la loi nationale de chacun des contractants régit la validité du consentement. Dans ces cas, l'action de la DGRN est contradictoire. D'un côté, en s'appuyant sur le fait

devrait correspondre à l'ordre juridictionnel moyennant des actions de nullité introduites par le Parquet». *Cf.* «La mujer marroquí ante el matrimonio de conveniencia», en IAM (ed.), *Situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, 2008, p. 182.

[41] Résolution du 05.06.2013 (28e).

[42] Rectifié ultérieurement par la RDGRN du 14.12.2005.

[43] Carrascosa Gónzalez, J., «Matrimonio y parejas de hecho», *cit. supra*, p. 122.

[44] RDGRN, 07.07.2001 (21e). Certificat de capacité matrimoniale et mariage à célébrer au Maroc.

[45] *Cf.* en ce sens la doctrine française, Brière, C., «Nullité du mariage pour défaut d'intention matrimoniale : note sous Civ. 1ère, 9 juillet 2008», *JDI Clunet*, 2009, p. 863 s.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 167-195

que la législation espagnole n'est pas applicable, la DGRN se limiteà autoriser le mariage sansfaire d'investigations sur l'intention matrimoniale des futurs époux[46]. D'un autre côté, et de plus en plus fréquemment ces dernières années, il ne manque pas de résolutions de la DGRN qui mènent à terme le contrôle sur le consentementbien que les deux contractants soient étrangers, appliquant le droit espagnol sur la base de ce qui a été appelé «ordre public international occulte»[47]. Ainsi pour les cas où l'un des contractants acquiert postérieurement la nationalité espagnole –nous insistons sur le fait qu'il s'agit d'un mariage célébré à l'étranger–, il a été considéré que le registre de l'état civil est plus que compétent pour la transcription du mariage (art. 15 LRC), -de même que pour la vérification du respect des conditions de fond et de forme-, en étendant par ailleurs ledit «contrôle» aux cas de mariage entre étrangers qui sollicitent une autorisation pour contracter mariage en Espagne. Ainsi du cas posé auprès de la DRGN le 5 juin 2013 (38e) d'un citoyen marocain qui prétend célébrer son mariage avec une ressortissante équatorienne, ledit organisme a considéré que la doctrine antérieure s'étend également à ces cas, en n'appliquant pas "toujours et dans tous les cas" le consentement à la loi personnelle –bien qu'il considère le cas comme une question incluse dans le statut personnel–, mais qui, en «exécution de la règle d'exception de l'ordre public international la règle étrangère, devra cesser d'être appliquée quand ils'avère que ladite application aboutirait à l'atteinte la violation de principes essentiels, basiques et auxquels notre ordre juridique ne peut renoncer»[48]. Dans ce cas d'espèce, nous assistons de nouveau à une interférence du contrôle exercé par les lois concernant les étrangers en matière matrimoniale; en effet, une des raisons qui sont présentées pour ne pas autoriser la célébration pour vice de consentement dudit mariage entre le ressortissant marocain et la ressortissante équatorienne, c'est que cette dernière «se trouve dans l'attente que très prochainement lui soit concédée la nationalité pour résidence».

[46] Ainsi RDGRN, 27 octobre 2004.

[47] Résolutions de la DGRN du 02.09.2005 ou du 28.01.2006 (entre deux marocains) ou du 07.07. 2005 (entre marocain/e et citoyen/ne UE).

[48] Pour justifier cette pratique, et tel que l'indique Sanchez Lorenzo, S., à juste titre, «on a recours au sophisme de l'«ordre public international occulte», qui est une manière de dire que l'officier de l'état civil espagnol applique le contrôle sur les étrangers aux contractants étrangers sans absolument tenir compte de l'article 9.1º du Code civil, *op. cit.,* p. 183.

3. FORME DE CÉLÉBRATION DU MARIAGE

Pour qu'un mariage avec un ressortissant étranger soit valable, celui-ci doit de plus observer la forme posée par la loi quant à la célébration du mariage. Comme nous le savons, cette question est établie aux arts 49 et 50 du CC, et l'on doit distinguer si l'union a été célébrée en Espagne ou à l'étranger.

A. MARIAGE CÉLÉBRÉ EN ESPAGNE

Selon les préceptes du Code civil, un citoyen espagnol contracte validement mariage avec un étranger en les mêmes formes qu'il le ferait avec tout autre Espagnol, c'est-à-dire, selon la loi du lieu de célébration du dit mariage. En particulier, les futurs époux pourront contracter mariage en la forme civile «devant le juge ou le fonctionnaire espagnol compétent» ou «en la forme religieuse légalement prévue» (art. 49. 1º et 2º CC). D'après que ce l'on constate dans la pratique, quand l'un des contractants est Marocain, vus les empêchements de disparité de culte fixés par le Code de la famille marocain cités auparavant, dans la plupart des cas les futurs contractants optent pour une union de type civil. On assiste également à un certain nombre de «tentatives» de célébration de ladite union devant un Consul étranger, malgré l'absence de validité pour le conjoint espagnol. C'est le cas de citoyens marocains qui célèbrent leur mariage avec un/e Espagnol/e (bien souvent ces derniers possèdent également la nationalité marocaine) devant un Consul du Maroc en Espagne ; ils ne pourront ultérieurement faire reconnaître leur union par l'ordre juridique espagnol. En ce sens, la DGRN moyennant sa résolution du 22 février 2012 a déclaré nul pour vice de forme –et par conséquent sans possibilité de transcription– le mariage célébré au Consulat du Maroc de Barcelone entre un Marocain et une Marocaine qui avaient acquis la nationalité espagnole avant la célébration du mariage qu'ils prétendaient faire enregistrer[49].

Si les deux contractants qui désirent célébrer leur mariage en Espagne sont étrangers, les possibilités sont considérablement plus larges. Outre les formes susmentionnées établies en droit espagnol, lesdits contractants pourront contracter mariage selon la forme prévue par «la loi personnelle de chacun d'eux» (art. 50 CC.). Cette option comprend tant le mariage célébré en la forme civile, c'est-à-dire celui contracté par devant un fonctionnaire

[49] *Cf.* en ce sens également la Résolution de la DGRN du 29.03.2007.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 167-195

diplomatique étranger, que celui conclu en la forme religieuse prévue par la loi personnelle de l'un des deux conjoints. De plus, dans ce dernier cas, ledit mariage religieux jouira de tous ses effets civils en Espagne pourvu que ceux-ci soient valablespar les lois personnelles mentionnées indépendamment du fait que cette confession soit l'une de celles qui sont reconnues à ces effets dans l'ordre juridique espagnol. En accord avec ce raisonnement, la DGRN a estimé dans sa Résolution du 31 mai 2007 qu'un mariage consulaire entre deux ressortissants marocains selon le rite islamique prévu par leur loi personnelle est valable en Espagne, même s'ils n'avaient pas réuni les exigences fixées à l'article 7 de la loi 26/1992, du 10 novembre. Concrètement la DGRN a considéré que l'absence d'un dirigeant religieux islamique, dans le sens dudit article 7 Loi 26/1992, n'est pas un obstacle pour sa validité si les exigences fixées par la législation marocaine par le rite coranique, -à savoir la présence de deux « *adouls* », en qualité de témoins légalement habilités, l'intervention prescrite du «*wali*» o tuteur matrimonial de l'épouse et le paiement de la dot- sont satisfaites. Nous devons insister sur le fait que, lorsqu'il s'agit d'un mariage mixte, entre Marocain/e et Espagnol/e -indépendamment de leur nationalité marocaine d'origine-, les possibilités se réduisent à celles permises au cas où les deux conjoints seraient espagnols, ainsi le mariage devant l'autorité consulaire n'est pas admis et il est nécessaire , pour que le mariage coranique jouisse d'effets civils, que celui-ci soit conforme aux conditions exposées à l'art. 7 de ladite loi 26/1992.

Tel que l'actuel système matrimonial espagnol de droit international privéest configuré, il s'avère paradoxal que les ressortissants étrangers puissent contracter un mariage valide en Espagne selon des rites religieux interdits aux propres citoyens espagnols[50]. A notre avis, il est indispensable de sauvegarder la loi personnelle en tant que régulatrice possible d'une institution aussi inhérente à la personne que l'est le mariage; ce qui ne semble pas cohérent, par contre, c'est que cette liberté quant au choix de la forme religieuse ne soit pas reconnue à tous les citoyens espagnols, indépendamment de la confession à laquelle ils appartiennent,sur la base d'une liberté religieuse et de culte proclamée par la Constitution depuis plus de 30 ans. Bien que ce ne soit pas le moment de se mettre à réfléchir sur le sens de ce droit fondamental, il nous faut pourtant rappeler que l'art.16 du texte fondamental espagnol garantit

[50] En ce sens, la RDGRN du 06.05.1982 qui a permis le mariage célébré en Espagne de deux citoyens suédois selon le rite luthérien.

ladite liberté religieuse et de culte tant aux individus qu'aux communautés «sans autre limitation, dans ses manifestations, que celle nécessaire au maintien de l'ordre public garanti par la loi».

B. MARIAGE CÉLÉBRÉ AU MAROC

De même que pour le mariage célébré sur le territoire espagnol, on doit distinguer deux cas de figure relatifs à la validité des unions célébrées à l'étranger: premièrement quand l'un des contractants est Espagnol et deuxièmement si les deux ressortissants sont des étrangers.

Dans tous les cas où au moins l'un des futurs conjoints est espagnol, si nous nous en tenonsà la lettre de l'art. 49 CC, ceux-ci pourront opter, quant à la célébration de leur mariage, pour la forme civile espagnole -soit pour le mariage consulaire à l'étranger devant un fonctionnaire diplomatique espagnol[51]-, ou pour toute forme religieuse légalement prévue dans le droit espagnol ou conformément à ce qui est établi par la *lex loci celebrationis*, qu'il s'agisse d'une union civile ou religieuse. Concernant lesdites «formes religieuses prévues dansle droit espagnol», il est important d'aborder deux considérations. En premier lieu, l'incompréhensible limitation imposée par la DGRN; ainsi, son Instruction du 10 février 1993 interdit la transcription sur le registre de l'état civil des mariages célébrés à l'étranger en les formes religieuses admises suite aux Accords de l'année 1992, si celles-ci ne sont pas à la foi valables selon la *lex loci celebrationis,* et ceci, sur la base d'un champ d'application territorial limité à l'Etat espagnol des Accords de coopération[52]. Cette interprétation de l'article 7 des différents Accords de coopération du 10 novembre 1992 a été amplement critiqué par la doctrine, tant en ce qui concerne la teneur du Code civil en lui-même qu'en raison de sa contradiction

[51] *Cf. amplius*, Arroyo Montera, R., «El matrimonio consular», 1991.

[52] En ce sens, l'Instruction de la Direction Générale du 10.02.1993 mentionne expressément «...il est évident que les articles 7 respectifs de ces Accords limitent leur champ d'application aux mariages en les formes religieuses qui sont célébrées en Espagne à partir de l'entrée en vigueur des lois mentionnées. Il reste, en dehors des prévisions légales, l'inscription des mariages selon les rites évangéliques, israélites ou islamiques qui sont célébrés en dehors du territoire espagnol». Dans cette Instruction, la DGRN ajoute de même «...que, si cela affecte un citoyen espagnol, ces mariages... pourront être transcrits sur le registre compétent, si avant ou tout comme actuellement, ces formes religieuses sont admises par la loi du lieu de la célébration...».

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 167-195

avec le reste de l'Instruction[53]. La situation est bien différente lorsque les contractants décident d'adapter la célébration du mariageà la forme canonique. En ce cas, ladite union produit tous ses effets civils en Espagne même si la loi du pays de célébration n'admet pas la validité de celle-ci ou d'aucune autre forme religieuse. Au demeurant, on n'admettrait pas un mariage selon le rite musulman célébré dans un Etat qui ne lui reconnaitrait pas d'effets civils, il n'existera donc pas d'empêchement de lien pour contracter de nouvelles noces en Espagne que ce soit par le rite civil ou religieux. On ne peut oublier qu'il existe de nombreux pays de la sphère européenne qui reconnaissent uniquement la validité du mariage civil, le mariage musulman n'étant alors pas valable et, par conséquent cette union n'existerait pas ; il serait alors possible de contracter une autre union ultérieure vu qu'il n'y aurait pas d'empêchement de lien.

La seconde question à laquelle nous devons faire allusion est la situationdes espagnols ayant la double nationalité *de facto,* qui célèbrent leur mariage à l'étranger, dans leur pays d'origine. Actuellement, de nombreux cas relatifs aux mariages célébrés au Maroc par des citoyens espagnols d'origine marocaine se posent, puisque selon le droit marocain ceux-ci ne perdent jamais leur nationalité, de sorte qu'ils célèbrent leur union comme s'ils étaient marocains. Pour le droit espagnol, dans ces cas de double nationalité *de facto*, d'un Espagnol qui possède également une autre nationalité non prévue par les lois espagnoles ou les traités internationaux, la loi espagnole prévaut en tant que loi rectrice des questions de statut personnel (voir art. 9.9 CC). Par ailleurs, l'art. 252 RRC détermine que «si les contractant sont manifesté leur désir de contracter mariage à l'étranger conformément à la forme établie par la loi du lieu de célébration et que cette loi exige la présentation d'un certificat de capacité matrimoniale, une fois que le dossier aura obtenu une décision favorable et définitive, l'instructeur délivrera ledit certificat aux futurs conjoints». Vue cette réalité -à laquelle s'ajoute l'exigence par la loi marocaine d'un certificat de capacité nuptiale de l'étranger- pourque ces

[53] Pérez Vera, E. *et al.*, *Derecho internacional privado. Vol. II,* UNED, 2001, p. 114, note nº 5. En particulier, Carrascosa González, (*Jurisprudencia civil comentada,* 2009, p. 531) considère que «Ce critère, opposé au système de l'art. 49 CC, est discriminatoire et manque de fondement légal, car le «caractère territorial des Accords célébrés avec d'autres confessions, -auxquelles la DGRN fait référence-, ne prive pas l'art. 49 CC de contenu, cet article situant toutes les formes religieuses sur le même pied d'égalité.

nouveaux citoyens espagnols (même s'ils possèdent la nationalité marocaine d'origine et que le mariage soit célébré au Maroc) célèbrent une union valide, il leur est indispensable de réunir les conditions exigées à tous les espagnols qui décident de contracter mariage à l'étranger, à savoir: la présentation du certificat de capacité matrimoniale, puisque dans le cas contraire le mariage n'est pas valable et ne peut pas non plus être transcrit. La DGRN spécifie que cette solution doit «être maintenue, tant si l'on considère que ledit art. 252 du Règlement constitue une règle matérielle d'extension inverse ou *ad intra* pour les cas internationaux qui y sont prévus, par l'effet de laquelle « sont intériorisées» les règles des ordres juridiques étrangers qui exigentle certificat de capacité matrimoniale, que si l'on s'aperçoit que, de par la condition d'espagnol du contractant, les exigences pour la célébration du mariage en la forme prévue par la *lexloci* n'ont pas été respectées »[54].

Les arts 49 et 50 du Code civil ne font pas spécifiquement référence au cas du mariage célébré par des étrangers en dehors de l'Espagne. Cependant, étant donné que ce cas présente un intérêt pour le droit international privé car la validation des mariages célébrés dans ces circonstances est ensuite demandée aux tribunaux espagnols, la doctrine coïncideà s'en référer analogiquement à l'art. 50 CC pour donner une solution à ces cas d'espèce. En conséquence, il faut considérer que ce type d'union sera valide si «le consentement a été prêté, soit selon la loi du lieu de célébration du mariage, soit en accord avec la loi personnelle de l'un deux». C'est ainsi quele mariage célébré par deux Marocains au Maroc selon le rite coranique sera en principe valide en Espagne puisque la *lex loci celebrationis* admet ce mariage religieux. Nous disons bien « en principe » car les difficultés dans bien des cas surgissent au moment d'essayer de faire transcrire ladite union sur le registre de l'état civil espagnol. En effet, ladite transcription n'est pas automatique une fois que l'officier de l'état civil a contrôlé l'authenticité de l'acte étranger (à savoir qu'il s'agit en effet d'un titre valide émis par une autorité compétente) et le contrôle de la réalité des faits (le mariage a été réellement célébré), car l'officier devra également vérifier si les conditions légales requises ont été remplies. Parmi celles-ci sont incluses la célébration selon l'une des lois fixées dans l'art. 50 CC, ainsi que les conditions de capacité nuptiale des contractants et l'existence d'un consentement valide.

[54] Résolutions de la DGRN du 03.11.2011 (2nde), du 10.10.2012 (21e), du 16.10.2012 (2e), du 22.11.2012 (1ere, 2e et 3e), du 31.01.2012 (5e, 6e et 7e), du 01.03.2013 (3e), du 22.04. 2013 (7e), du 14.05.2013 (8e), du 23.05.2013 (3e), du 05.06.2013 (3e), du 21.06.2013 (58e, 71eet 72e).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 167-195

En ce sens, dans la pratique on peut se retrouver confronté à deux types de refus au moment de la transcription. D'un côté, le refus d'accès au registre de l'état civil en raison de l'existence d'une union matrimoniale préalable au moment de la célébration du mariage que l'on prétend inscrire, dans la plupart des cas en raison d'un manque de dissolution adéquate de l'union antérieure –*ad ex*. moyennant répudiation–. D'une autre côté, ladite transcription est rejetée du fait de l'absence d'un consentement matrimonial valide, question qui n'est pas exempte de critiques car ce consentement est soumis non à la loi nationale des contractants mais à la loi espagnole (nous nous référons sur ce point à ce que nous avons développé dans l'épigraphe antérieur).

V. CONCLUSIONS

L'objectif de cette étude était, d'un point de vue éminemment pratique, d'analyser les principales difficultés détectées actuellement dans la célébration, ainsi que dans la reconnaissance par l'ordre juridique espagnol, de «mariages» où l'un ou les deux contractants sont ressortissants marocains. De même, nous avons prêté une attention toute spéciale aux difficultés qui surgissent une fois que le ressortissant marocain acquiert la nationalité espagnole, tout en conservant sa nationalité d'origine.

Dès lors, il est possible d'en tirer trois conclusions relatives au degré de difficultés dans le dessein de créer des ponts vers une reconnaissance des institutions matrimoniales telles qu'elles sont consacrées dans l'un et l'autre pays, et qui, en dépit de leurs divergences, sont appelées à cohabiter.

1º) Pour garantir le respect des conditions et caractères propres du mariage islamique de la part de l'ordre juridique espagnol, il est indispensable qu'il y ait un dénominateur commun minimum, qui n'est autre que la reconnaissance des droits de l'Homme et des droits fondamentaux, dans lesquels sont nécessairement incluses la dignité de la femme et l'égalité totale entre homme et femme ou la liberté religieuse. Malgré l'avancée observée suite à l'approbation du *Code de la famille marocain* (2004), ces violations des droits persistent et les autorités espagnoles sont confrontées à des dilemmes qui n'ont d'autre réponse que l'exception de l'ordre public. Il en est ainsi pour la demande d'autorisationpour célébrer ou pour enregistrer un mariage quand il existe déjà un lien matrimonial (donnant lieu de ce fait à un mariage polygame), ou bien un mariage musulman validement dissous au Maroc (par

répudiation), de même que pour les demandes d'autorisation pour célébrer un mariage civil en Espagne d'une femme musulmane avec un homme non musulman (empêchement de disparité de culte à partir de leur sa loi nationale). Face à de tels cas, une solution depuis le droit international privé différentede l'exception de l'ordre public pourrait s'articuler dans un double sens:d'un côté, dans le cas de la femme marocaine, en renforçant l'autonomie de la volonté quant à la loi applicable au statut personnel et, d'un autre côté, dans le cas de la femme espagnole –ou marocaine résidant en Espagne– en recourant au système des pactes qui existent dans le mariage musulman en écartant *abinitio* des cas de figure telles que la répudiation ou la polygamie, pour une protection en cas de saisine des tribunaux marocains.

2º) Outre la question antérieure qui suppose une manière différente de comprendre l'ordre public et dont l'avancée est, par conséquent, plus lente et difficile, apparaissent dans la pratique d'autres questions de «forme» qui pourraient être résoluesen flexibilisant bien davantage le système. Ainsi, il y a une multitude de refus de reconnaissance relatifs aux doubles nationaux *de facto*, qui possèdent à la fois la nationalité espagnole et la marocaine. Dans ces cas, une plus grande tolérance dans la pratique de la part de la DGRN est envisageable et nécessaire, qui n'exige plus à ces conjoints les mêmes conditions formelles (comme le dossier matrimonial préalable) qu'à un espagnol né en Espagne. En effet, ladite flexibilisation est une manière derespecter leur diversité culturelle et de comprendre en même temps de façon adéquate le principe d'égalité, tel qu'il a été mis en relief par la CJUE, le 2 octobre 2003 dans l'affaire García Avello en établissant que les personnes qui possèdent deux nationalités ont une situation différente, fruit d'une identité culturelle différente, qui exige une réponse différente de la part d'une règle ou d'une pratique administrative[55].

3º) Il nous apparaît également opportun de dénoncer également l'importante insécurité juridique qui existe dans divers aspects, tels que le mariage polygame, en insistant sur la nécessité d'une unification de la doctrine quant à la portée stricte ou atténuée de l'ordre public. On éviterait de la sorte la diversité des réponses émises actuellement par les tribunaux espagnols des affaires sociales face au déploiement de ce que l'on appelle les effets périphériques de ces unions polygames, à savoir la reconnaissance de la

[55] Arrêt de la CJUE du 02.10.2003, affaire C-143/2002, *Carlos Garcia Avelo c. Etat belge*, *Rec.*, 2003 I.11613, concrètement par. 62.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 167-195

pension de réversion en faveur de la seconde épouse ainsi que la modalité de partage lorsque celle-ci est concédée –à parts égales ou au prorata de la durée du mariage–. On observe également ce manque de sécurité juridique, de plus en plus fréquemment, dans les refus de la part des autorités espagnoles tant de célébration que de reconnaissance d'unions célébrées entre citoyens espagnols (d'origine ou naturalisés) et un citoyen marocain, en considérant ces unions comme une voie pour éviter les limites imposées par la réglementation relative aux étrangers, à savoir les mariages de complaisance. De l'analyse de ces cas –qui font montre d'un «excès » de zèle–, nous constatons que nous sommes face à un autre «instrument» de contrôle pour l'entrée de citoyens étrangers par la voie du regroupement familial. Face à des tels refus qui bafouent trop souvent le *favor matrimonii* et par conséquent le droit fondamental à une vie familiale, l'unique solution consiste à insister auprès des différentes instances pour la reconnaissance de ces unions, en ne se limitant pas à demander la transcription dans le registre consulaire mais également auprès de la DGRN.

PROBLÈMES ACTUELS DE RECONNAISSANCE DE LA KAFALA MAROCAINE AUPRÈS DES AUTORITÉS ESPAGNOLES

Nuria Marchal Escalona[1]

I.- INTRODUCTION – II.LA RECONNAISSANCE DE LA *KAFALA* PAR L'ORDRE JURIDIQUE ESPAGNOL – III. PRATIQUE ADMINISTRATIVE ET JUDICIAIRE ESPAGNOLE CONCERNANT LE TRAITEMENT DE LA *KAFALA* MAROCAINE – IV. RÉFLEXIONS FINALES

PROBLÈMES ACTUELS DE RECONNAISSANCE DE LA *KAFALA* MAROCAINE AUPRÈS DES AUTORITÉS ESPAGNOLES

RÉSUMÉ: La kafala est une institution qui possède un fort caractère religieux. Il ne s'agit pas seulement de maintenir et de prendre soin d'un mineur, mais aussi de l'élever dans la foi musulmane. L'inaccomplissement de cette obligation a provoqué la réaction du gouvernement marocain qui s'est opposé à ce que puisse être attribuée une kafala aux étrangers non-résidents au Maroc. Cependant, malgré cette interdiction, la kafala marocaine continue de poser des problèmes aux autorités espagnoles. L'objet du présent travail est d'analyser les difficultés suscitées.

MOTS CLÉS: *Kafala*, Droit de famille internationale, reconnaissance, mesures de protection du mineur.

PROBLEMAS ACTUALES DE RECONOCIMIENTO DE LA KAFALA MARROQUÍ ANTE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS

RESUMEN: La kafala es una institución que posee un fuerte carácter religioso. No solo se trata de cuidar y manterner a un menor sino de educarlo y criarlo en la fe musulmana.De hecho, el incumplimiento de esta obligación ha producido la reacción del Gobierno marroquí y ha dictado una Circular en la que se prohibe constituir kafalas a favor de extranjeros no residentes en Marruecos. No obstante, a pesar de esta prohibición la kafala marroquí todavía continua planteando problemas de reconocimiento a las autoridades españolas. El objeto del presente trabajo es analizar las dificultades suscitadas.

PALABRAS CLAVE: *Kafala*, Derecho de familia internacional, reconocimiento, medidas de protección del menor.

CURRENT PROBLEMS OF RECOGNITION OF MOROCCAN KAFALA TO THE SPA-

[1] Maître de Conférences (Profesor Titular) de Droit international privé à l'Université de Grenade.

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'Etats tiers, dans la société andalouse. Problèmes dans le domaine familial). Directrice: Mercedes Moya Escudero. Révision et mise à jour de l'article publié dans la *Revue critique droit international privé*, núm. 1, 2015, pp. 89-113. Traduction: Marie Lucas, spécialiste en traduction juridique.

NISH AUTHORITIES

ABSTRACT: Kafala is an institution with a significant religious component. This is not only a matter of care and maintenance a child, but also to educating him/her in the Muslim Religion. Failure to comply with this requirement has motivated the Moroccan Government reaction vetoing to foreign non resident in Morocco the possibility of setting a kafala. Despite this prohibition, the Moroccan kafala still poses problems to the Spanish authorities. The object of the present work is, so, to analyze such problems.

Key words: Kafala, International family Law, recognition, protection measures for minors.

I. INTRODUCTION

Les mineurs marocains sous le régime de la *kafala* continuent à affluer vers l'Espagne. Cette situation n'a en rien changé pour ces ressortissants, même après la signature de la Circulaire nº 40 S/2 du ministère de la Justice marocain, en vertu de laquelle il était instamment demandé aux autorités marocaines de refuser désormais la concession de *kafalas* aux demandeurs étrangers ayant une résidence habituelle située en dehors du territoire marocain[2]. Avant d'exposer et de pouvoir comprendre les raisons qui ont mené à la promulgation de cette circulaire, il est opportun de préciser que la *kafala*, reconnue à l'art. 20.3 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant, élaborée dans le cadre des Nations Unies, le 20 novembre 1989, constitue la mesure de protection maximale dont peut bénéficier un mineur au Maroc et dans les pays islamiques, où l'adoption est interdite[3]. Il s'agit d'une mesure qui a un fort caractère religieux et dont la typologie et les caractéristiques différent selon les Etats qui la pratiquent[4]. En dépit de cette diversité, la *kafala* peut être définie comme une institution en vertu de laquelle le *kafil (*titulaire de la

[2] Sur celle-ci, *cf.* <http://www.plataformamillennium.com/e-68-5-n%C2%BA-denegacion-de-constitucion-de-kafala-por-parte-de-extranjeros-que-no-residen-habitualmente-en-marruecos-circular-n%C2%BA-40-s-2-reino-de-marruecos>. Cette circulaire a été suivie d'une proposition législative de réforme de la *kafala* judiciaire au Maroc, dont nous méconnaissons l'état actuel. Celle-ci augmente les conditions requises pour la constitution d'une *kafala* de la part des étrangers. *Cf.* <http/www.lemag.ma/La_Kafala-sedurcit-a70623.html>.

[3] Cependant, il existe entre elles des concomitances idéniables, car la *kafala*, de même que l`adoption, doit être le dernier mécanisme auquel on doit recourrir pour protéger le mineur (príncipe de subsidiarité). Il existe toutefois d'importantes différences, étant donné que la *kafala*, à la différence de l'adoption (plénière ou simple), n'entraîne pas de liens familiaux.

[4] Diago Diago, P., « La *kafala* islámica », *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 2., 2010, p. 140.

kafala) s'engage volontairement à prendre en charge l'entretien, l'éducation et la protection du mineur (*makful*) de la même manière qu'un père le ferait pour son propre enfant.Toutefois le *kafil* ne s'engage pas uniquement à entretenir et à prendre en charge financièrement ce mineur mais aussi à l'éduquer dans la religion musulmane. Cette institution n'a donc pas seulement pour objectif de protéger le mineur mais également de garantir le respect de ses origines, son identité personnelle, sa nationalité, –et par conséquent son appartenance à ce qui est établi dans le Statut personnel marocain– ainsi que son éducation dans la religion musulmane. Le refus de la constitution d'une *kafala*, suite à une demande de la part de personnes résidant hors du Maroc, apparaît étroitement lié à la difficulté d'un suivi adéquat de la situation du mineur une fois que celui-ci aura traversé la frontière espagnole ou celle d'un autre Etat[5]. Dans les faits, quand le mineur sous le régime de la *kafala* arrive en Espagne, on essaie habituellement de régulariser cette « présumée adoption » auprès des tribunaux espagnols[6].

Suite à la promulgation de cette circulaire, le nombre de mineurs marocains qui sont venus en Espagne sous le régime de cette mesure de protection à considérablement diminué, mais ce n'est pas pour autant qu'ils aient cessé de traverser la frontière espagnole s, et ceci est dû à divers facteurs.Tout d'abord, il faut souligner que le Maroc ne connaît pas qu'un

[5] Et ceci, bien que l'art. 24 de la loi marocaine nº 15-01, relative à la *kafala* des mineurs abandonnés *(BORM* du Maroc nº 5036, du 05.08. 2002) oblige les services consulaires marocains du lieu de résidence du *kafil* à veiller à l'accomplissement desdites conditions.

[6] La jurisprudence espagnole est contradictoire sur cette possibilité. Il existe dans ce domaine une très grande discrétionnalité. [*Cf.* de Verda, y Beamonte, J.R., « Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico ("kafala") », *Diario La Ley*, 2010, p. 1]. L'analyse de cette jurisprudence nous a permis de constater que le fait qu'une adoption puisse être accordée ou non en Espagne, dépend parfois de la Communauté autonome [*région*], voire, au sein d'une même communauté de la ville auprès de laquelle est sollicitée la constitution de l'adoption. Les tribunaux espagnols, favorables à cette constitution, ne doutent pas que la loi espagnole doit être appliquée en ce sens. Par conséquent, toute limitation ou interdiction établie par le droit du pays de provenance du mineur n'empêche pas sa constitution valide en Espagne. Et ce, bien que l'application de la loi espagnole exige, selon les cas, d'obtenir le consentement des parents *e*x. art. 177 CC). Les autorités espagnoles sauvegardent généralement cette nécessité en recourant à des arguments aussi imaginatifs que variés (*ad ex*. Circulaire 8/11 de la *Fiscalía general del Estado* ("Parquet général de l'Etat"), Cf. à ce sujet, Marchal Escalona, N., "La *kafala* islámica: problemática y efectos", in AA.VV., *1 Congreso Internacional Retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, Comares, 2012, p. 244.

seule de *kafala*. Il en existe deux. Il y a, d'une part, la *kafala* intrafamiliale/notariale", appelée ainsi en raison du fait que l'entretien du mineur est confié directement par les parents biologiques à un membre de la famille ou à une tierce personne n'appartenant pas au cercle familial[7], quoique, à certaines occasions, la *kafala* soit octroyée entre père et mère ou vice versa. D'un point de vue formel, il s'agit d'un simple accord privé entre les parties (parent/s-*kafil/es)* qui peut être passé pardevant notaire pour officialiser cet accord, bien qu'il y ait parfois également une ratification ultérieure par l'autorité judiciaire compétente. Il faut distinguer et différencier ce type de *kafala* de celle qui est accordée pour un mineur préalablement abandonné. Dans ce cas, la tutelle dative ou la représentation légale du mineur est habituellement confiée au *kafil*[8]. Ceci dit, l'interdiction établie par la circulaire mentionnée ne porte que sur ce dernier type de cas d'espèce. ceci explique que des mineurs marocains sous le régime d'une *kafala* intrafamiliale/notariale continuent d'affluer, particulièrement à Melilla et Ceuta. Deuxièmement, il faut reconnaitre les efforts de la diplomatie espagnole ont porté leurs fruits et ont permis de débloquer certaines procédures judiciaires de *kafala*, initiées par des familles espagnoles il y a déjà un certain temps[9]. D'après nos sources, cela s'est avéré possible car le gouvernement espagnol s'est engagé à ne pas convertir en adoptions les *kafalas* de mineurs arrivés sur notre territoire[10], ainsi qu'à assurer le suivi de ceux-ci en Espagne[11]. Puis, le troisième et dernier

---

[7] Il s'agit d'une pratique ou d'une coutume qui n'a aucune base légale expresse. II existe uniquement une Circulaire du gouvernement marocain du 07.02.1996 visant à éviter que les mineurs pour lesquels aurait été rédigé ce type de *kafala* soient exposés à l'abandon. *Cf.* le texte en annexe in AA.VV. *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAPP, 2009, p.119.

8 Sur cette procédure de constitution, *cf.* Ouald & Saghir, "Acercamiento a la adopción en los países del Maghreb", in Esteban de la Rosa, G., (Coord.) *Regulación de la Adopción internacional*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007, p. 84.

[9] <http//www.sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/24/actualidad1372102229_408315>(Consulté le 04.11.2013).

10 Sur cette pratique, *cf.* Quiñones Escámez, A., "Protección del menor venido a España en *Kafala*: acogimiento con tutela dativa y, en su caso, adopción", en Unidad de ejecución Proyecto ADL (Coord.), *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAPP, 2009, p. 187.

[11] L'art. 19.4º de la Loi 54/2007 sur l'adoption espagnole *BOE*, nº 312, du 29.12.2007), modifiée par la Ley 26/2015, du 28 juillet, portant modification du système de protection de

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230

point à prendre en compte, c'est l'importante immigration marocaine qui existe sur le territoire espagnol. De fait, la population marocaine représente le plus grand volume de population étrangère résidant en Espagne. Il est donc possible que des ressortissants marocains qui aient constitué une *kafala* pour un mineur marocain, au Maroc changent de résidence et s'établissent avec lui en Espagne. A cela, il faut ajouter que bien des citoyens espagnols d'origine marocaine, résidant à Melilla ou Ceuta, ont été exemptés par les autorités marocaines de remplir certaines conditions exigées aux espagnols résidant sur la péninsule (*ad.ex:*agrément[12]). En effet, d'après nos sources, l'interdiction établie dans la circulaire mentionnée ne les concernait pas, et de fait, les autorités marocaines ont continué à conférer des *kafalas* de mineurs marocains en faveur d'espagnols d'origine marocaine résidant à Melilla et Ceuta.

Quoique ce nombre ait baissé, la présence en Espagne de mineurs marocains venus sous le régime de la *kafala* et le besoin de donner un traitement adéquat à leur "*status*" est source de nombreux problèmes. A notre avis, ceux-ci sont dus en grande partie à la méfiance que certaines autorités espagnoles ont vis-à-vis de la *kafala ,* ce qui se traduit notamment par des exigences précises concernant les documents légaux à présenter pour l'entrée de ces mineurs en Espagne, mais également à l'heure de procéder à la transcription de cette mesure de protection sur le registre de l'état civil, d'accorder la nationalité espagnole au mineur venu en Espagne ou même d'ouvrir des droits à une prestation sociale spécifique pour le mineur ou le *kafil*. Il existe donc diverses autorités espagnoles auprès desquelles l'efficacité d'une *kafala* marocaine peut être sollicitée en Espagne. L'objet du présent travail est, par conséquent, d'analyser concrètement la valeur et les effets que la *kafala* marocaine possède au sein de l'ordre juridique espagnol. Cette question, comme nous le verrons, dépend directement de l'autorité judiciaire ou administrative devant laquelle l'homologation de la *kafala* est demandée et de celle qui devra vérifier si les conditions exigées par le système espagnol de droit international privé (dorénavant, DIPr.) sont réunies. Ces conditions de reconnaissance dépendent du régime juridique qui est applicable. C'est

l'enfance et de l'adolescence (*BOE* nº 189 du 29.7.15) s'est prononcé dans la même direction.

[12] Sur la procédure pour l'obtention de l'agrément, *cf.* Caballero Ruiz, V., «Régimen jurídico de la *kafala* marroquí en el Derecho español», *Revista de humanidades y ciencias sociales*, vol. 11, 2012, p. 56.

pourquoi, avant d'analyser les effets produits par une *kafala* en Espagne, il est nécessaire de présenter le régime juridique espagnol en vigueur dans ce domaine. Par ailleurs, en plus du régime de source interne, coexistent une pluralité de régimes conventionnels qui –outre les difficultés de délimitation– requièrent des interprétations particulières.

II. LA RECONNAISSANCE DE LA KAFALA PAR L'ORDRE JURIDIQUE ESPAGNOL

1. INTRODUCTION

Comment reconnait-on en Espagne une *kafala* marocaine établie au Maroc? Quelle est la procédure à suivre pour en obtenir la reconnaissance? Quels sont les effets de celle-ci? Quelles conditions sont requises pour que les effets d'une *kafala* marocaine aient une valeur en Espagne? Toutes ces réponses dépendent du régime applicable pour décider de l'efficacité en Espagne de la *kalafa* en provenance du Maroc.

Dans le système espagnol, il existe une pluralité de sources –conventionnelles et étatiques– qui font de l'identification du régime de reconnaissance une question réellement complexe. Le régime juridique applicable à la reconnaissance d'une *kafala* marocaine dépend, à notre avis, de 5 facteurs: a) la date à laquelle la *kafala* a été accordée, étant donné qu'il faut toujours tenir compte du domaine d'application temporaire de la réglementation ; b) le type de *kafala* dont il s'agit, à savoir une *kafala* familiale/notariale ou une *kafala* extrafamiliale/judiciaire. Comme nous l'avons analysé, *la kafala* au Maroc est une institution qui présente plusieurs variantes. De même qu'il existe des classes de *kafala* (selon si le mineur est déclaré abandonné ou non), le mineur peut se trouver dans différentes situations. Tous les mineurs qui viennent en Espagne sous le régime de la *kafala* ne sont pas des mineurs abandonnés (*kafala* intra familiale/notariale), et les mineurs déclarés abandonnés et pour lesquels une *kafala* est accordée ne sont pas tous des mineurs sans famille. Il est par conséquent important de bien distinguer face à quel type de *kafala* nous nous trouvons ainsi que de savoir si la filiation du mineur est connue ou non, car, le régime d'efficacité et le traitement que l'institution reçoit en Espagne ne sont pas les mêmes; c) de l'autorité qui est intervenue pour sa constitution, qu'elle soit notariale ou judiciaire; d) de l'interprétation qui est donnée au terme «*décision de justice*» dans la Convention hispano-marocaine

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230

et e) de l'effet que l'on prétend obtenir par la reconnaissance de la *kafala* en Espagne (effet probatoire, constitutif ou d'inscription au registre).

Il est fondamental de distinguer entre les règles conventionnelles et les règles de source interne dans l'ensemble de la réglementation de l'ordre juridique espagnol concernant la reconnaissance de la *kafala* constituée au Maroc. Au niveau des traités multilatéraux, nous trouvons la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 relative à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants[13]. Au niveau bilatéral, il faut mentionner la Convention hispano-marocaine, relative à la coopération judiciaire en matière civile, commerciale et administrative, signée le 30 mai 1997 à Madrid[14]. La réglementation étatique est détaillée dans l'art. 34 de la loi 54/2007 relative à l'adoption internationale (dorénavant, L.A.[15]).

Cette pluralité de sources (conventionnelles et étatiques) oblige à identifier le régime applicable à la reconnaissance d'une *kafala* marocaine, question complexe, pour les raisons que nous verrons par la suite. En principe, vu le caractère préférentiel en Espagne des conventions internationales sur les réglementations étatiques (article 96.1º de la Constitution espagnole), l'art. 34 L.A. sera uniquement appliqué de façon résiduelle. Cependant il est important de tenir compte du champ d'application des réglementations conventionnelles qui, par exemple, n'envisagent pas les cas de *kafalas* délivrées par des documents publics notariés où ce sont les parents biologiques qui confient l'entretien du mineur *au/x kafil/s*. En effet, il nous faut rappeler que, d'après ce que considère le Rapport explicatif sur la Convention de la Haye de 1996, élaboré par P. Lagarde[16], ce texte fait uniquement référence à une *kafala* dictée

---

[13] *BOE* nº 291, du 02.12.2010. [Note de la traductice] *:* Le *BOE, Bulletin officiel espagnol* est l'équivalent en France du J.O.

[14] *BOE* nº 151 du 25.06.1997. Il est certain qu'entre l'Espagne et le Maroc il existe également la Convention bilatérale relative à l'assistance judiciaire, la reconnaissance et exécution de décisions judiciaires en matière de droit de garde et droit de visite et de retour de l'enfant, faîte à Madrid le 30.06 1997 (*BOE* nº 150, du 24.06.1997). Néanmoins, ladite convention n'est pas applicable aux cas de reconnaissance d'une *kafala* marocaine, étant donné qu'il s'agit d'une matière exclue de son domaine d'application matérielle.

[15] *BOE*, nº 312, du 29.12.2007.

16 *Cf.* <http://www.hcch.net/upload/expl34.pdf>.

par une autorité judiciaire pour des mineurs en situation d'abandon[17]. Par ailleurs, la Convention hispano-marocaine, dans son domaine d'application, inclut seulement les décisions judiciaires (arts 22-29) et les documents publics exécutoires (art. 30) et n'inclut pas les documents publics qui n'ont pas de force exécutoire. Selon ces idées, on peut aisément conclure que le régime de l'Etat relatif à la reconnaissance de la *kafala* sera applicable lorsque l'on désire faire reconnaître en Espagne des *kafalas* délivrées au Maroc pardevant notaire et qui ont fait l'objet d'un document public.

Toutefois, la délimitation réglementaire est une tâche qui peut s'avérer compliquée quand il s'agit de reconnaître une *kafala* judiciaire concernant un mineur déclaré préalablement en situation d'abandon. Quel est l'instrument réglementaire applicable dans ce cas? La Convention de La Haye ou la Convention hispano-marocaine? Pouvons-nous parler de conflit de réglementation entre ces deux instruments? Avant de répondre à ces questions, il faut prendre en compte le fait que, d'un point de vue procédural, cette décision de justice constitue un acte de juridiction gracieuse[18]. Par conséquent, il est important de savoir si la Convention hispano-marocaine est applicable pour la reconnaissance des décisions judiciaires rendues dans le cadre de procédures de juridiction gracieuse[19].

Il est vrai que, dans la Convention bilatérale hispano-marocaine, il existe une série de dispositions relatives à la reconnaissance et exécution des décisions judiciaires rendues par les organes juridictionnaux de l'un des deux Etats contractants, mais des doutes subsistent quant à l'interprétation que ladite Convention accorde au terme «*décision*». Il n'apparaît pas clairement si ce terme fait uniquement référence aux décisions judiciaires dictées dans le cadre de procédures contentieuses ou s'il comprend également celles prononcées

---

[17] De fait, il y est reflété l'active participation, au cours de sa négociation, de la délégation marocaine qui a informé sur la procédure de constitution de la kafala marocaine, réglementée par la loi marocaine du 10.09.1993. Ladite loi s'occupait de réguler –avant la réforme de 2012 (loi nº 15-01) – la kafala d'enfants abandonnés (kafala judiciaire).

[18] Rodriguez Benot, A., "Eficacia de la kafala ante el ordenamiento español", en AA.VV., Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes, Madrid, FIIAPP, 2009, p. 139.

19 Pour une partie de la jurisprudence espagnole, cette option est évidente, tel qu'on peut le déduire de la décision de l'Audiencia Provincial de Cadix (5e section) du 26.10.2010. À cette occasion l'exéquatur d'une kafala marocaine fut refusé parce qu'il ne réunissait pas les dispositions de la Convention (TOL. 3.639.046).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230

dans le cadre de procédures de juridiction gracieuse. La Convention hispano-marocaine, à la différence d'autres conventions bilatérales, n'énumère pas quelles sont les décisions judiciaires comprises dans son domaine d'application. Par conséquent, il est tout à fait loisible de penser qu'elle s'applique aux deux types de décisions, à savoir celles prononcées dans le cadre d'une procédure contentieuse, tout comme celles rendues dans le cadre d'une procédure gracieuse. Face à cette difficulté d'interprétation, il nous faut nous rappeler que ladite Convention établit, entre autres conditions de refus de reconnaissance des décisions étrangères, le contrôle des garanties procédurales du défendeur par défaut dans la procédure d'origine (article 23.2º). Ce précepte suppose, concrètement, que la reconnaissance de la décision soit refusée si "*les parties n'ont pas été légalement appelées à comparaître*". L'inclusion de cette clause de refus de reconnaissance pourrait laisser croire que la Convention s'applique uniquement à des décisions dictées dans de cadre de procédures contentieuses. De ce fait, l'idée que cette condition de refus n'est applicable qu'à ce type de procédure est très répandue. Toutefois, la jurisprudence du Tribunal constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme a consolidé la doctrine par laquelle les garanties procédurales peuvent également ne pas être respectées en procédures de juridiction gracieuse, comme l'a souligné P. de Miguel Asensio[20]. Voilà pourquoi cet argument n'est pas suffisant pour exclure du champ d'application de la Convention les décisions adoptées dans des procédures de juridiction gracieuse.

N'est pas non plus déterminant le fait que la Convention conditionne l'obtention de la reconnaissance au fait que la décision dont on prétend l'efficacité ait acquis autorité de la chose jugée conformément à ce qui est établi dans les lois de l'Etat où elle a été rendue (art. 23.3). S'il y a effectivement un élement qui caractérise et définit les actes de juridiction gracieuse, c'est bien l'absence de l'efficacité de chose jugée et de force exécutoire, vu que celles-ci peuvent être révocables ou modifiées dans une autre procédure. Précisons cependant que le fait qu'une décision de juridiction gracieuse puisse être révoquée ou modifiée n'est pas la conséquence d'un manque de caractère définitif mais de l'absence de chose jugée matérielle –caractéristique présente dans le domaine de la juridiction gracieuse–, c'est pourquoi cette condition devrait être considérée comme réunie, bien que la décision prononcée soit

[20] Id. Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, Madrid, Eurolex, 1997, paragraphes 117 s.

révisable ultérieurement. Il s'agit bien de décisions définitives, ledit concept doit tout simplement être interprété autrement, comme l'a souligné la doctrine majoritaire[21]. Conformément aux exigences de la Convention, seules seront susceptibles de reconnaissance les décisions de juridiction gracieuse qui sont définitives[22]. Cet argument n'a donc pas assez de poids pour exclure les actes de juridiction gracieuse du champ d'application de la Convention, de même qu'il est impossible fait que celui-ci prévoit l'exéquatur en tant que voie ordinaire d'attribution d'efficacité pour qu'une décision provenant du Maroc déploie des effets sur le territoire espagnol. En définitive, la procédure ainsi que les conditions de refus de reconnaissance incluses dans la convention sont pensées uniquement pour des décisions judiciaires rendues dans le cadre de procédures contentieuses, mais, est-ce un motif suffisant pour soutenir que la convention n'est pas applicable aux actes de juridictions gracieuse, plus encore lorsque la convention ne les exclut pas de son champ d'application ? La question est loin d'être tranchée et peut donner lieu à des interprétations divergentes.

Néanmoins, si l'on maintenait une interprétation plus large de ce terme « *décision* », il pourrait exister un conflit de réglementation entre ce que disposent la Convention de La Haye de 1996 et la Convention hispano-marocaine. Dans ce cas, il serait préférable d'appliquer la Convention de La Haye pour reconnaître une *kafala* accordée au Maroc. De fait, dans la mesure où la clause de compatibilité prévue dans la Convention de La Haye ne résout pas le problème de conflit de réglementation existant entre les deux instruments (art. 53) nous pourrions, pour le résoudre, nous en remettre au principe de *favor recognitionis*[23] qu'envisage ce secteur du DIPr. Il est évident que la Convention de la Haye constitue, à juste titre, un instrument plus adapté et plus avantageux que la Convention bilatérale, étant donné qu'elle ne permet pas seulement d'obtenir la reconnaissance automatique de la *kafala* (art. 3)

---

[21] Miguel Asensio, P. de, *Eficiacia de las resoluciones extranjeras… cit.*, paragraphe 94.

[22] L'art. de la loi 20/2011, du 20.07 du registre civil s'est prononcée en ce sens. Cf. à ce sujet Marchal Escalona, N., «El futuro régimen autónomo de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras con acceso al registro civil español», *Diario de la Ley Union Europea*, 13. 05.2013, p. 28.

[23] Fernández Rozas, J.C, Sánchez Lorenzo, S. *Derecho Internacional Privado*, 7E ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2013, p. 194.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230

mais elle comporte également des conditions plus spécifiques et concrètes pour que celle-ci soit reconnue[24].

Ce contexte nous permet de conclure que le régime normatif applicable à la reconnaissance d'une *kafala* marocaine dépend, en partie, de l'interprétation que l'on donne au terme *"décision"* contenu dans la Convention hispano-marocaine. Si l'on adopte une interprétation large, les *kafalas* accordées avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye (article 53[25]) devraient être reconnues, en principe, selon ce qui est établi dans la Convention bilatéral. Par conséquent, la procédure d'exéquatur devrait être engagée si l'effet prétendu est un effet constitutif/d'inscription sur le registre tandis que si l'on prétend obtenir un effet constitutif ou de chose jugée, il serait possible de demander la reconnaissance automatique de la décision (art. 24 *a sensu contrario*[26]). Par contre, si ce terme était interprété au sens strict, l'art. 34 L.A. aurait une application pratique bien plus large que ce qui est reconnu actuellement. De fait, cela s'appliquerait à la reconnaissance des *kafalas* établies avant le 1er janvier 2011, date d'entrée en vigueur pour l'Espagne de la Convention de la Haye de 1996, mais après l'entrée en vigueur de la loi sur l'adoption internationale. Au demeurant, si la *kafala* a été accordée ou rédigée avant cette date, le régime réglementaire dépendra du document judiciaire ou notarié qui est présenté pour la reconnaissance. S'il s'agit d'un document judiciaire, il faudra solliciter la procédure d'exéquatur prévue dans la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881* (arts 954 s.) [« Loi de procédure civile espagnole », dorénavant

[24] De fait, ce manque de respect de la procédure recueilli à l'art. 33 de la convention est l'un des motifs de refus de reconnaissance. Ce précepte dispose que : « 1. Lorsque l'autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 prévoit le placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement ou sa protection légale suite à une kafala ou par une institution analogue, et que cet accueil ou placement doit avoir lieu dans un autre Etat, on consultera au préalable l'autorité centrale ou toute autre autorité compétente de ce dernier Etat. À cet effet, on transmettra un rapport sur l'enfant et les motifs de la proposition relative à l'accueil ou le placement. 2. L'Eat requérant peut seulement adopter la décision quant au placement ou l'accueil si l'autorité centrale ou toute autre autorité compétente de l'Etat requis a approuvé ce placement ou cet accueil, en tenant compte de l'intérêt de l'enfant ».

[25] Pour l'Espagne, cette Convention est entrée en vigueur le 1er janvier 2011.

[26] *Cf.* Rueda Valdivia, R., «Las decisiones de divorcio y separación matrimonial en el tráfico jurídico entre España y Marruecos», in Sánchez Lorenzo, S. (éd.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009, p. 725.

citée LPCE 1881][27] sauf si l'effet prétendu est un effet probatoire car,dans ce cas, non seulement il ne sera pas obligatoire de solliciter cette procédure mais le contrôle d'une condition quelconque de reconnaissance ne sera pas non plus nécessaire. Il suffira que la décision judiciaire en question réunisse les conditions requises pour reconnaître son authenticité et que, de plus, celle-ci soit dûment traduite (arts 144 et 323.2º loi 1/2000, du 7 janvier, de procédure civile, dorénavant appelée LPCE 2000[28])[29]. En revanche, si le document présenté à l'autorité espagnole pour sa reconnaissance est un document passé pardevant un notaire marocain, il faudra alors distinguer si l'autorité "publique" ou l'*adoul* qui a rédigé la *kafala* a exercé des fonctions constitutives ou si cette autorité a simplement fait foi de ces dernières. Si l'*adoul* est intervenu dans cet acte en vérifiant des faits et des circonstances et en formulant des jugements de valeur, c'est-à-dire, en établissant la *kafala*, celle-ci devra obtenir l'exéquatur correspondant (reconnaissance procédurale), selon ce que dispose la LPCE 1881[30]. Par contre, s'il intervient pour faire foi, accomplissant alors une fonction réceptive, il suffira que le document soit présenté accompagné de la traduction correspondante (art. 144 LPCE 2000) et qu'il soit légalisé (art.323 LPCE 2000) –reconnaissance conflictuelle–.

Déterminer le régime juridique applicable à la reconnaissance en Espagne d'une *kafala* marocaine peut revêtir une difficulté supplémentaire dans ces cas d'espèce –qui ne sont pas si rares– lorsque la *kafala* notariale est ratifée, *a posteriori*, par une autorité judiciaire. Comme nous l'avons signalé précédemment, on ne sait pas exactement quelle fonction joue l'autorité judiciaire quand elle intervient et qu'elle ratifie ce type de *kafalas*. Il est évident, par contre, que lorsqu'elle le fait, le document où cette *kafala* est finalement accordée et que le *kafil* présente pour qu'elle soit reconnue en Espagne, est bien une décision judiciaire, en vertu de laquelle les parents biologiques confient la garde du mineur au *kafil*. Dans ces cas là, la Convention de La Haye de 1996 ne pourra être appliquée pour la reconnaissance, car elle ne prévoit que les reconnaissances des *kafalas* accordées pour des mineurs

[27] *Gaceta de Madrid* du 5-22.02.1881; corr.de err., *Gaceta de Madrid* du 05.03.1881.

[28] *BOE* nº 7, du 08.01.2000; corr.err. *BOE* nº 90, du 14.04. 2000 et *BOE* nº 180, du 28.07. 2001.

[29] Fernández Rozas, J.C. & Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional… cit.*, p. 247.

[30] *Cf.* à ce sujet Miguel Asensio, P. de, *Eficacia de las resoluciones extranjeras…, op.cit*, p. 89.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230

préalablement abandonnés ; il n'y aurait par contre aucune raison pour ne pas appliquer la Convention bilatérale hispano-marocaine, si l'on s'en tient à une interprétation large du terme «*décision de justice*».

Après avoir résumé brièvement le cadre juridique espagnol relatif à l'efficacité des décisions judiciaires ou des documents publics marocains où sont accordées ou rédigées les *kafalas*, il faut se demander si la primauté du régime conventionnel dans ce domaine est compatible avec l'application de la réglementation interne, marginalisant ainsi la réglementation conventionnelle, dans les cas où l'une est plus favorable que l'autre à la reconnaissance. Cette possibilité n'est pas insensée et semble être en accord avec le critère de *favor recognitionis*, caractéristique dans ce secteur de l'ordre juridique. De toute façon, il ne faut pas perdre de vue que l'intérêt pour faciliter la reconnaissance doit aller de pair avec l'obtention d'un autre objectif présent dans ce domaine, à savoir «l'intérêt du mineur». De cette manière, la *kafala* marocaine pourrait être efficace en Espagne grâce à cette règle qui serait la plus favorable à «l'intérêt du mineur». Cette décision peut paraître complexe car elle requiert une analyse comparée exhaustive des instruments juridiques, et non seulement des voies d'attribution d'efficacité que ceux-ci établissent (exéquatur, reconnaissance automatique) mais également des conditions de refus de reconnaissance que ceux-ci prévoient. Par exemple, il ne serait pas avantageux d'appliquer la Convention de La Haye de 1996 à la reconnaissance d'une *kafala* pour laquelle l'obligation de communication entre les autorités compétentes n'aurait pas été respectée alors qu'elle est exigée par l'art. 33 de ladite Convention[31].

En définitive, identifier le régime juridique applicable à la reconnaissance d'une *kafala* accordée ou rédigée au Maroc est loin d'être une question facile à résoudre, quoique, de notre point de vue, en dernière instance, ce doit être le principe du *favor minoris* qui doit être appliqué et permet de déterminer ce choix. De plus, ce principe doit guider, chaque fois que cela s'avère possible, le choix des effets juridiques que la *kafala* marocaine doit produire en Espagne. Ainsi, si la norme applicable à la reconnaissance d'une *kafala* marocaine permettait, comme le fait la réglementation espagnole (art. 34 L.A.) que celle-ci soit reconnue avec des effets différents, soit comme accueil familial ou comme tutelle, l'application dudit principe impliquerait qu'elle soit reconnue

[31] Sur ces théories, *cf.* Garau Sobrino, F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, 1992, p. 39.

avec les effets les plus favorables à l'intérêt du mineur (tutelle ou accueil). Ceci dit, ce qui n'est pas acceptable, ni même en invoquant cet intérêt, c'est que la *kafala* marocaine soit reconnue en Espagne avec des effets qui nedécoulet pas directement de sa nature -tel que nous aurons l'occasion de l'analyser- en droit marocain, droit conformément auquel cette mesure de protection a été accordée ou rédigée.

2. COMMENT UNE KAFALA MAROCAINE EST-ELLE RECONNUE EN ESPAGNE ET QUELS SONT SES EFFETS?

Savoir comment est reconnue une *kafala* marocaine en Espagne, c'est-à-dire, quelles conditions doivent être réunies, ainsi que la voie d'attribution de l'efficacité qui doit être utilisée (exéquatur/reconnaissance automatique) et les effets que cela peut produire en Espagne dépendent de deux facteurs: d'une part, de la régle applicable à la reconnaissance, (qui est identifiée selon les paramètres exposés auparavant) et, d'autre part, de l'effet désiré. Il n'est pas toujours nécessaire de solliciter une procédure d'exéquatur pour qu'une *kafala* marocaine produise des effets sur le territoire espagnol. Il est possible que celle-ci soit utilisée en Espagne avec une valeur simplement probatoire et, dans ce cas, elle sera traitée comme un simple document public. Il sera alors uniquement exigé qu'elle réunisse les conditions requises auxquelles les arts 144 et 323.2º LPCE 2000 conditionne l'efficacité probatoire d'un jugement rendu concernant des documents publics étrangers (concrètement, la traduction pour laquelle –conformément à l'art. 144 LPCE– il n'est pas exigé qu'il s'agisse d'un document assermenté, et la légalisation).

Quant à la procédure à suivre pour obtenir la reconnaissance en Espagne d'une *kafala* marocaine comprise dans le domaine d'application de la Convention de La Haye de 1996, il faut souligner que la reconnaissance automatique, de plein droit, sans qu'il y ait besoin de procédure spéciale est le critère général prévu (art. 23). Il convient de signaler que ladite reconnaissance n'équivaut pas à une efficacité *ipso iure* et inconditionnelle, car pour obtenir cette reconnaissance, il sera nécessaire de réunir toutes les conditions requises à l'art. 23.2º. Ceci dit, la Convention de La Haye de 1996 ne détermine aucunement les effets de reconnaissance d'une *kafala* marocaine en Espagne. Le Rapport de la Convention, élaboré par P. Lagarde n'apporte d'ailleurs aucune lumière sur ce sujet. En effet, on ne sait pas si la convention suit la

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230

théorie de l'extension, de l'équivalence des effets[32] ou si cette question dépend de ce qui est établi dans la loi (ou lois) à laquelle renvoie le droit international privé de chaque pays. Il est évident que si le législateur conventionnel avait eu l'intention de faire dépendre cette question des règles du DIPr en vigueur dans chaque Etat, il l'aurait expressément prévu, comme l'a fait la Convention du 29 mai 1993, relative à la protection des mineurs et à la coopération en matière d'adoption internationale, à La Haye[33]. Au contraire, il n'en a pas été ainsi. Appliquer la règle de conflit en vigueur dans chaque Etat pourrait mettre en danger la cohérence internationale du statut juridique du mineur vu que ce statut pourrait varier en fonction de l'Etat où la reconnaissance de la *kafala* serait sollicitée. Faute de réponse précise, il faut considérer que la Convention de La Haye de 1996 suit la théorie de l'extension des effets. De sorte que, une fois que cette mesure de protection serait reconnue en Espagne, celle-ci en viendrait à produire l'effet sollicité (qu'il s'agisse d'un effet d'inscription au registre, constitutif ou de chose jugée) avec le contenu fixé par le droit marocain. L'applicabilité, dans ce contexte, de l'art. 15.3º de la Convention de La Haye de 1996 relatif aux conditions d'application desdites mesures de protection déclarées dans l'Etat d'origine –et qui subsistent dans l'Etat lorsqu'il existe un changement de résidence du mineur– mérite une mention toute spéciale. D'après ce précepte, ces conditions seront régies, à partir du changement de résidence, par la loi de l'état de la nouvelle résidence habituelle du mineur. C'est ainsi que si la *kafala* marocaine attribue la représentation du mineur au *kafil*, ce sera la loi espagnole, en tant que loi de la nouvelle résidence du mineur, qui fixera les limites et les conditions de son exercice.

De son côté, la Convention hispano-marocaine inclut la reconnaissance automatique ainsi que l'exéquatur pour permettre à la *kafala* de déployer ses effets. Utiliser l'une ou l'autre des voies mentionnées dépend de l'effet qui est désiré par ladite reconnaissance. Si l'on souhaite un effet d'inscription au registre/constitutif, la décision judiciaire en vertu de laquelle la *kafala* a été constituée devra obtenir l'exéquatur correspondant (art. 25) alors que, si l'on aspire à un effet constitutif ou de chose jugée, on pourra l'obtenir

[32] *BOE* nº 182, du 01.08.1995.

[33] Ledit précepte stipule concrètement que *:* «En cas de changement de résidence habituelle de l'enfant vers un autre Etat contractant, la loi de cet autre Etat régit les conditions d'application des mesures adoptées dans l'Etat de l'antérieure résidence habituelle à partir du moment où la modification se produit».

moyennant la reconnaissance automatique. De toutes façons, une fois que la *kafala* marocaine aura été reconnue en Espagne parce qu'elle réunit les conditions requises par la Convention, celle-ci produira, ou au moins devrait produire, en Espagne, les mêmes effets que ceux attribués par le droit marocain (théorie de l'extension des effets) étant donné qu'il en est établi ainsi dans la Convention elle-même[34].

L'art. 34 L.A. réglemente non seulement les effets pour lesquels une *kafala* marocaine sera reconnue, mais il énumère de plus les conditions que celle-ci devra réunir pour qu'elle puisse être reconnue en Espagne. Concernant les effets, l'art. 34 L.A. dispose que « les institutions de protection des mineurs constituées par des autorités étrangères et qui, selon la loi de leur constitution, ne déterminent aucun lien de filiation [comme c'est le cas pour la *kafala* marocaine] auront une charge similaire à l'accueil familial ou, s'il y a lieu, à une tutelle, réglementés par le droit espagnol ». Deux aspects de ce précepte attirent l'attention. Le premier a un caractère négatif puisqu'il consacre légalement la doctrine créée par la Direction générale des Registres et du Notariat, (dorénavant nommée DGRN) sur la reconnaissance de la *kafala* en Espagne, qui a été recueillie par diverses résolutions et, fondamentalement, par la Résolution-Circulaire du 15 juillet 2006[35]. Selon cette Résolution, la *kafala* doit être reconnue comme équivalente à l'accueil familial, tel que le considère le droit espagnol[36]. Cette pratique «nationnalisante» doit faire

[34] Cependant, comme l'a signalé Rueda Valdivia, R., «Las decisiones….*cit.*», p. 720, introduit une limitation que l'on peut extraire de la lecture de l'art. 27 de la Convention vu qu'il exige que les effets que le jugement produit dans l'Etat d'origine soient également connus dans l'Etat de réception.

[35] *BOE* nº 207, du 30.08.2007

[36] Toutefois, en Espagne, il existe une tendance presque automatique à assimiler la *kafala* à l'accueil familial. Il est évident que la *kafala* présente des points de convergences avec l'accueil familial, tel qu'il est régulé dans l'ordre juridique espagnol, mais ils se différencient aussi en d'autres points. Ainsi, par exemple, une personne qui accueille n'aura jamais la tutelle du mineur, celle-ci correspond à l'entité publique correspondante. [*Cf.* à ce sujet, Pablo Yquierdo, P., «Instituciones de guarda y protección de menores (guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento familiar)», in AA.VV. *Tratado de Derecho de la familia. Vol. VI. Las relaciones paterno-filiales (1). La protección penal de la familia*. Yzquierdo Tolsada, M. & Cuena casas, M., (dirs), Navarra, Thomson Reuters, 2011, p. 399]: alors que dans la *kafala* marocaine, il y a des cas où les *kafils* ont par contre cette tutelle. Cependant il existe des prononcés dans lesquels *la kafala* a été assimilée à la tutelle [*ad ex.* la décision de *l'Audiencia Provincial* de Barcelone (18e section) du 28.03.2006]. Par conséquent la question qui se pose

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230

l'objet de critiques. Tout d'abord parce que l'équivalence d'institutions n'est pas –et ne peut pas être– totale vu la difficulté d'apparenter cette mesure de protection à toute autre mesure de protection prévue par le droit espagnol. La *kafala* marocaine entraîne des effets qui ne correspondent pleinement ni à l'adoption ni à la tutelle, ni à l'accueil familial, ni à toute autre mesure de protection reconnue par le droit de la famille espagnol. En deuxième lieu, comme vu précédemment, il n'y a pas, au Maroc, un seul et unique type *de kafala*, ce qui, sans nul doute, complique encore plus l'assimilation de la *kafala* à des institutions propres au droit espagnol. Par conséquent, à notre avis, il serait souhaitable que la *kafala* marocaine soit reconnue en Espagne avec les effets qui lui sont propres en droit marocain comme cela se fait déjà dans notre législation pour les adoptions simples (art. 30.1º L.A.). Toute autre proposition dénaturalise l'institution étrangère, et ne respecterait donc pas ce que le droit marocain a établi.

Cependant, l'art. 34 L.A., à la différence de la Résolution mentionnée auparavant, va au-delà de la vision de la *Dirección general de Registros y del Notariado* (Direction générale des registres et du notariat, ci-après, DGRN*)* sur *la kafala* puisque ladite Résolution permet que la *kafala* soit reconnue en Espagne non seulement comme un accueil mais aussi comme une tutelle. Ces mesures, dans certains cas, peuvent être plus avantageuses pour le mineur que la *kafala* elle-même. De fait, le *favor minoris* qui, comme il a été souligné, doit guider et inspirer cette matière, conseille que la *kafala* soit reconnue en Espagne comme la tutelle – pourvu que celle– ci soit avantageuse pour le

---

au plus vite est de déterminer si la *kafala* pourrait êre assimilée à la tutelle régie en droit espagnol. Il est certain qu'en Espagne, le tuteur est représentant du mineur ainsi que de ses biens, mais dans les obligations de tutelle qui affectent à la sphère personnelle, la cohabitation entre tuteur et enfant sous tutelle n'est pas exigée et cela n'est stipulé dans aucune règle espresse, à différence de ce qui est établi pour l'accueil familial en droit espagnol. Nous pourrions signaler d'autres différences mais celles que nous venons d'énumérer suffisent à illustrer que ni l'accueil familial ni la tutelle, tels qu'ils sont régulés dans l'ordre juridique espagnol –quoiqu'ils présentent des concomitances évidentes avec la *kafala,* ne sont en aucun cas des institutions équivalentes à cette dernière. En outre, comme nous l'avons vu, Au Maroc il n'y a pas un seul et unique type de *kafala*, ce qui sans aucun doute, complique réellement l'assimilation de la *kafala* aux institutions du droit espagnol. Pour une analyse de ces institutions auxquelles peut être assimilée *la kafala*, *cf*. Diago Diago, P., «*La kafala islámica…cit.*», p. 158.

mineur, et non comme l'accueil familial, car personne ne discute que la tutelle confère au tuteur «la représentation légale du mineur»[37].

Néanmoins, pour qu'une *kafala* marocaine soit reconnue en Espagne en tant que "tutelle ou accueil familial", les conditions établies à l'art. 34. L.A. doivent être réunies[38]. Tout d'abord, pour qu'une *kafala* marocaine soit reconnue, il est nécessaire que les effets substantiels de cette mesure de protection soient équivalents à ceux de l'accueil familial ou, s'il y a lieu, à ceux d'une tutelle, prévue par la loi espagnole. Le contrôle que ce précepte impose quant aux effets que la *kafala* marocaine doit réunir ne répond pas à des paramètres « d'identité absolue », mais « d'équivalence ». Par conséquent pour que la reconnaissance se produise, il suffira que celle-ci ait substantiellement les mêmes effets, même s'ils ne sont pas identiques. Voila pourquoi, pour qu'une *kafala* marocaine soit reconnue en Espagne en tant que tutelle ou accueil familial, il n'est pas indispensable que la correspondance des effets soit absolue ou totale, mais qu'il y ait une équivalence entre les deux. Cette exigence est en parfait accord avec la doctrine appliquée– et requise depuis des années– par la DGRN.

Ensuite, un contrôle de la compétence de l'autorité étrangère (judiciaire ou administrative) est également requis; ceci garantissant une connexion raisonnable relative à l'origine, aux antécédents familiaux ou d'autre type, comme le signale le deuxième paragraphe de l'art. 34.1º de la loi. D'après cette condition, seules seront reconnues les *kafalas* accordées par des autorités marocaines compétentes, excluant ainsi toute reconnaissance lorsque les autorités précédentes ont outrepassé leurs conpétences. La règle est, à prime abord, raisonnable. Par contre, le contrôle imposé par les fors de compétence prévus dans la loi d'origine est criticable. Si la *kafala* est considérée comme valable et efficace au Maroc, l'existence dudit contrôle n'a aucun sens[39]. Au lieu d'effectuer ce double contrôle des normes de compétences, les autorités espagnoles devraient donc uniquement vérifier si la compétence des autorités marocaines pour constituer la *kafala* répond ou non à un for exhorbitant, d'après les critères de proximité du système juridique espagnol. Cette opération

[37] Cette option semble claire pour une certaine jurisprudence espagnole, c'est ce que l'on déduit de la décision de *l'Audiencia Provincial* de Barcelone (18e section), du 28.03.2006.

[38] Pour une critique sur les conditions que ce précepte établit, *cf.* Fernández J.C. & Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional…cit.*, p. 386.

[39] *Cf.* à ce sujet, Fernández J.C. & Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional…cit.,* p. 387.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230

pourrait mener à refuser la reconnaissance des *kafalas* accordées au Maroc, car, dans la plupart des cas, l'ombre de la fraude plane sur leur constitution, étant donné que les *kafils* utilisent cette mesure de protection pour obtenir l'objectif auquel ils désirent aboutir, à savoir, une adoption.

La question est de savoir jusqu'à quel point cette fraude peut être considérée légitime ou, pour être plus claire, quand, malgré l'existence de cette fraude, il existe un argument de poids suffisant pour pouvoir reconnaître la *kafala* marocaine, dans ces cas d'espèce. Plusieurs raisons permettent de justifier l'idée que, même dans les cas où la fraude est évidente, on devrait procéder à la reconnaissance de la *kafala* marocaine, pourvu que celle-ci ait été valablement accordée au Maroc. Ainsi, «l'intérêt du mineur», la crainte de laisser les mineurs dans un *no mans land* si la *kafala* n'est pas reconnue, l'idée de ne pas convertir les mineurs en victimes des divergences existant entre les différents droits nationaux, ainsi que l'existence d'un droit des particuliers à la reconnaissance d'un statut familial acquis conformément à un droit étranger, formulé dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 20 janvier 2007 (affaire *Wagner et J.M.W.L c. Luxemburgo*, C-76240/01[40]), semblent être des raisons plus que suffisantes. Selon nous, il s'agit d'une position peu convaincante. Le binôme droits fondamentaux + «intérêt du mineur» ne peut pas toujours être utilisé pour accepter toute relation ou acte constitué par des autorités étrangères comme valide au sein de nos frontières[41].

[40] Dans cet arrêt, le Luxembourg a été condamné au pour avoir violé plusieurs droits établis dans la Convention européenne des droits de l'homme, en refusant de reconnaître une adoption plénière prononcée au Pérou d'une mineure péruvienne en raison du simple fait que l'adoptante luxembourgeoise était célibataire, ce qui, entre autres motifs, implique une ingérence illégitime dans la vie familiale. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 03.05.2011 (*Negropontis-giannisis c.Grecia*) applique une doctrine similaire quant aux restrictions de la législation grecque.

[41] De fait, la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 04.10.2012 *(*affaire*: Harroudj c. France*) reconnaît qu'une loi qui interdit l'adoption ne porte pas atteinte aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les faits qui ont donné lieu au présent arrêt font suite à la demande d'adoption, par le Tribunal français, d'un mineur algérien pour qui une *kafala* avait été accordée en Algérie. Cf. Un commentaire de cet arrêt dans Courneloup, P., *Revue critique de droit international privé,* p. 161. Pour une étude sur la portée de la loi étrangère qui prohibe l'adoption, d'une perspective comparée, en particulier, dans les sytèmes italien, français, anglais, allemand, suisse et belge, *cf.* Quiñones Escámez, A.,«Impedimentos matromoniales, leyes de policía e internacionalidad. Alcance de las prohibiciones propias (bigamia) y las ajenas (adopción del menor venido en *Kafala*)», in

Nous sommes conscients que le fait de refuser la reconnaissance d'une *kafala* peut nuire au mineur et le placer dans des limbes juridiques, mais il ne faut pas oublier qu'une relation existe déjà au Maroc et que les mineurs continueront à vivre en Espagne avec leur/s *kafils/s*, même si la *kafala* n'est pas reconnue en Espagne. Selon nous, reconnaître toute *kafala* valablement accordée ou délivrée à l'étranger peut signifier un retour en arrière en matière de protection des mineurs. La clé et la difficulté résident, bien évidemment, à savoir où ces limites doivent être placées[42].

Troisièmement, l'art. 34.1.3º L.A. requiert un contrôle de loi appliquée. Les autorités espagnoles, en application de ce précepte, devraient vérifier quelle a été la loi applicable à la *kafala* marocaine et, plus particulièrement, si celle-ci s'ajuste à la loi ou aux lois désignée(s) par les règles de conflit marocaines. Cette prévision, comme l'ont manifesté Fernandez Rosas & Sanchez Lorenzo s'avère tout aussi criticable car elle établit un besoin de contrôler que la loi applicable à la constitution de la *kafala* a été respectée, non pas conformément aux règles de conflit espagnoles –qui représenterait un contrôle typique de la loi applicable–, mais conformément aux règles de conflit du système marocain[43]. A notre avis, il n'est pas de la compétence des autorités espagnoles d'évaluer si l'autorité marocaine a correctement appliqué ou non sa réglementation conflictuelle. De même qu'en matière de compétence, ce qui importe c'est que la *kafala* ait été validement et efficacement accordée au Maroc.

Finalement, il est également exigé que le document faisant état de l'établissement de la *kafala* réunisse les conditions requises quant à la régularité formelle. Autrement dit, ce document devra être dûment légalisé, étant donné que le Maroc ne fait pas partie de la Convention de la Haye supprimant l'obligation de la légalisation des documents publics étrangers du 5 octobre 1961[44] et de leur traduction (art. 34.1.4º). Dans tous les cas, la reconnaissance n'aura pas lieu si elle produit des effets manifestement

Alvarez Gonzalez, S. (éd.), *Estudios de Derecho de Familia y Sucesiones,* , Santiago de Compostela 2009, p. 247 s., spéc. p. 272.

[42] Marchal Escalona, N., «Nota a las Resoluciones (34e) de 04.04.2012, (2e) de 11.07.2012 y (3e) de 11.07.2012 de la DGRN», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. XII, 2012, p. 1179.

[43] *Id., Derecho internacional... cit.* p.387.

[44] *BOE* nº 229, du 24.09.1978.

contraires à «l'ordre public espagnol» (art. 34.2º). Il est important de souligner que, la *kalafa* marocaine ne constitue en aucun cas une institution étrangère qui puisse susciter un problème d"ordre public international" en Espagne[45].

III. PRATIQUE ADMINISTRATIVE ET JUDICIAIRE ESPAGNOLE CONCERNANT LE TRAITEMENT DE LA *KAFALA* MAROCAINE

Outre ce que nous avons antérieurement souligné, l'analyse de la pratique administrative et judiciaire espagnole qui, en Espagne, doit reconnaître la validité de cette mesure de protection étrangère n'a pas permis, comme nous le verrons plus loin, de conclure, qu'en réalité la voie d'attribution de l'efficacité, les conditions de refus de reconnaissance ansi que les effets avec lesquels une *Kafala* marocaine est reconnue en Espagne n'est pas une question unanime, puiqu'elle dépend de l'autorité (administrative ou judiciaire) devant laquelle est sollicitée la reconnaissance de celle-ci, soit pour admettre l'entrée du mineur, soit pour obtenir la nationalité espagnole ou que soit concédée une prestation sociale déterminée. Voilà pourquoi nous exposerons ci-dessous comment les autorités espagnoles agissent dans les différents domaines de leurs interventions.

1. LE TRAITEMENT DE LA KAFALA MAROCAINE DANS LE DOMAINE DU DROIT RELATIF AUX ÉTRANGERS

Pour les autorités espagnoles, *la kafala* de mineurs marocains ne donne pas droit à l'attribution de la nationalité espagnole – d'origine–. La raison en est simple. La *kafala,* – qu'elle soit judiciaire ou notariale– ne peut être assimilée à une adoption et par conséquent, la situation du mineur ne peut être assimilée à celle du mineur adopté par un espagnol (art. 19 CC). Voilà pourquoi les questions relatives aux droits des étrangers ont un poids important en ce qui concerne la *kafala* marocaine.

Dans le *Derecho de Extranjería* [dorénavant appelé droit des étrangers], il n'existe pas de règles claires qui établissent les conditions requises pour l'entrée des mineurs en Espagne. Cette entrée se fera –conformément à ce qui est prévu

45 Quiñones Escámez, A., «Protección del menor… *cit.*», p. 161.

dans la loi relative aux étrangers[46] et dans le règlement de son application[47]- indépendamment du fait que la *kalafa* ait été accordée ou rédigée en faveur d'un citoyen d'un Etat membre de l'union européenne, d'un citoyen d'un Etat Partie de l'accord sur l'Espace économique européen ou d'un citoyen suisse en faveur d'un citoyen d'un Etat tiers[48]. De fait, l'absence de réglementation spécifique pour ces types de cas explique pourquoi la jurisprudence espagnole (tribunaux contentieux administratifs) n'a pas été unanime à l'heure de ratifier ou non les décisions adoptées par l'Administration ayant refusé la concession du visa de séjour nécessaire pour un regroupement familial ou son extension. Ces divergences justifient le fait que le Secrétariat général de l'Immigration et de l'Emigration du ministère de l'Emploi et de la Sécurité sociale ait dicté le

[46] *L.O.* 4/2000, du 11 janvier, sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale, réformée par la *L.O.* 8/2000, du 22 décembre, par la *L.O.* 11/2003, du 29 septembre, par la *L.O. 145/2003,* du 20 novembre, par la *L.O. 2/2009,* du 11 décembre et par la *L.O. 10/2011* du 27 juillet *(BOE* nº. 10, du 12.01.2000; corr.err. *BOE* nº. 20, du 24 janvier. *BOE* nº 307 du 23.12.2000; corr. err. *BOE* nº. 47, du 23.02.2001. *BOE* nº 234, du 30.11.2003. *BOE* nº 279 du 21.11.2003. *BOE* nº 299 du 12.12.2009. *BOE* nº 180, du 28 juillet 2011).

[47] *Real Decreto* [décret royal] 557/2011, du 20 avril, approuvant le Réglement de la *L.O.* 4/2000, quant aux droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale, après réforme par la *L.O.* 2/2009 (*BOE* nº 103, du 30 avril2011; corr.err. *BOE* nº 145, du 1806.2011).

[48] A notre avis, le régime communautaire devrait être appliqué à un mineur étranger sous le régime de *la kafala* dont la charge a été confiée à un *kafil* -titulaire de la libre circulation – pourvu que la *kafala* accordée à l'étranger soit assimilable à la tutelle dative, pour maintenir ainsi l'unité de la famille, à laquelle fait référence la directive communautaire. Concrètement, le regroupant devra présenter la documentation indiquée à l'art. 56 du Règlement concernant les étrangers, en prenant compte que la copie des documents contenus au paragraphe a) du paragraphe 3º dudit précepte – applicables si le regroupant n'est pas résident non communautaire– serait remplacé, selon l'Instruction GDI/SGRJ/07/2007, par la copie de la carte d'identité espagnole si le regroupant est citoyen espagnol, par la copie du passeport ou de la carte d'identité ainsi que de la copie du certificat d`enregistrement si le regroupant est résident communautaire, ou par la copie du titre de séjour en tant que parent d'un citoyen de l'U.E. si le regroupant est parent d'un citoyen de l'U.E. De plus, les espagnols et les étrangers résidant en Espagne devront obtenir un rapport préalable de la sous-Délégation du gouvernement les formalités du visa de séjour temporaire pour regroupement familial, qui sera ensuite présenté au consulat espagnol correspondant en vue de la délivrance du visa du mineur. Une fois que le mineur sera sur le territoire espagnol, *le kafil* devra solliciter, dans un délai d'un mois, le titre de séjour pour le mineur. Sur la documentation nécessaire pour l'obtention dudit visa, *cf.* Rodríguez Benot, A., «Eficacia de la *kafala*… *cit.*», pp. 123 s., spéc.. p. 137.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230

27 septembre 2007 (DGI/SGRJ/07/2007) une Instruction sur la *kafala*[49] – qui a remplacé celle datant du Ier décembre 2004– dans le dessein d'unifier les critères à l'heure de documenter légalement l'entrée sur le territoire espagnol du mineur venu en Espagne sous le régime de cette mesure de protection.

Selon cette Instruction, la documentation qui devra être délivrée au mineur dépendra du type de *kafala* qui aura été prononcée ou délivrée au Maroc. Ainsi, d'une part, cette Instruction distingue la *kafala* accordée par une autorité publique étrangère, soit parce que le mineur était orphelin, soit parce qu'il a été déclaré qu'il avait besoin de protection. Dans ces cas-là, la *kafala* n'établit aucun lien de filiation, mais elle génère par contre, selon cette Instruction, un régime juridique comparable à la tutelle dative. De ce fait, la personne ayant la constitution de la *kafala (*le *kafil),* sera considérée comme son représentant légal et, par conséquent, l'accueil du mineur sur le territoire espagnol aura un caractère permanent. Le mineur obtiendra le visa de séjour opportun pour regroupement familial, d'après ce qui est disposé dans l'art. 17.1º c) loi relative aux étrangers qui établit le droit au regroupement des mineurs ou des incapables, lorsque le résident étranger est son représentant légal. Par contre, s'il s'agit d'une *kafala* délivrée par les parents biologiques du mineur,- situation fréquente à Melilla et Ceuta-, indépendemment du fait qu'une autorité publique soit intervenue dans le processus de constitution, que cette autorité soit judiciaire ou administrative, selon l'Instruction DGI/SGRJ/01/2008 du 17 janvier 2008 concernant le regroupement familial de mineurs ou d'incapables sur lesquels le regroupant exerce la représentation légale, le fait que les parents biologiques cèdent ou délèguent l'autorité parentale à une tierce personne n'a aucune validité en Espagne. Cela ne concède pas la représentation légale du mineur et, par conséquent, cela ne donne pas lieu à la concession dudit visa de résidence pour regroupement familial (Jugement du Tribunal contentieux-administratif nº17 de Barcelone, du 5 juillet 2013[50]). Voilà pourquoi, dans ces cas-là, les mineurs pourront uniquement obtenir, conformément aux arts. 187-188 du Règlement relatif aux étrangers 557/2011, du 20 avril (*ex* art. 93 du Règlement d'Exécution de la loi relative aux Etrangers, approuvé par le Décret royal 2393/2004, du 30

[49] Consulter le texte sur la page web du ministère du Travail et des Affaires sociales, Inmigration et Emigration.

[50] *TOL* 4.107.963.

décembre[51]) le visa de séjour dans un but de scolarisation, traitement médical ou pour jouir de vacances, si les conditions légales exigées sont réunies[52].

De notre point de vue, l'application, pour ces mineurs, du régime d'entrée en Espagne prévu dans ces articles n'est pas judicieuse, car leur présence sur le territoire espagnol peut ne pas avoir le caractère temporaire que cette autorisation dispense. Preuve en est que parfois la constitution d'une adoption pour un mineur marocain pour lequel avait été accordée ou rédigée une *kafala* intrafamiliale a éte sollicitée aux autorités espagnoles. Mentionnons en ce sens l'arrêt de l'*Audiencia Provincial* de Barcelone (18e section) du 3 noviembre 2011[53]] ou d'une tutelle (décision de *l'Audiencia Provincial* de Barcelone du 17 mai 2011[54]). De même, la documentation d'entrée sur le territoire espagnol qui est délivrée à ces mineurs n'aide en rien à ce que le mineur puisse régulariser son «statut» en Espagne[55] et empêche même que ce derner puisse obtenir la nationalité espagnole en raison de sa résidence (art. 22 Code civil espagnol). Il est évident que la documentation délivrée au mineur marocain pour lequel a été constituée une *kafala* intrafamiliale influe sur les relations internationales de famille et également aussi sur le droit de la nationalité. À ce sujet, Il est indispendsable que le bon sens s'impose. Il faut en effet prendre en compte toutes les données du cas d'espèce, et tout spécialement «l'intérêt suprême du mineur». De sorte que, même si la *kafala* a été constituée pour un mineur qui n'a pas été déclaré abandonné au préalable, on devrait lui délivrer le visa de séjour pour regroupement familial dans les cas où cette mesure de protection impliquerait, selon la législation ou pratique marocaine, la concession au/

[51] *BOE* nº 6, du 07.01.2005.

[52] C'est ce qui retient la décision du *Tribunal Superior de Justicia* [dorénavant Tribunal supérieur de Justice] de Madrid du 11.09.2013 dans laquelle a été refusée la concession du visa de séjour à une mineure pour laquelle une *kafala* avait éte accordée, vu que les autorités espagnoles soupçonnaient de se trouver en réalité face à un probable «faux regroupement». Les autorités espagnoles doutaient de l'intention de la mineure d'abandonner le territoire espagnol avant l'expiration du terme du visa (*TOL* 3.9.55.928).

[53] *TOL* 3.635.637. Cet arrêt a confirmé le jugement prononcé en première instance qui refusait la constitution de l'adoption d'un mineur car les parents vivaient encore, n'avaient pas été privé de leur autorité parentale et il n'avait pas été déclaré pour le mineur de mesure de besoin de protection ou de situation d'abandon au Maroc.

[54] *TOL* 3.608.890.

[55] *Cf.* Marchal Escalona, N., «Nota a la Sent. del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2008». *Revista Española de Derecho internacional privado*, 2008, vol. 2, p. 606.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230

aux *kafil/s* de la «représentation légale du mineur»[56]. Néanmoins, il est actuellement impossible de maintenir cette position, et ceci suite à l'arrêt de la Cour suprême espagnole du 9 décembre 2011[57]. Dans cette décision, la C.S. soutient que si le mineur n'a pas été préalablement abandonné, le *kafil* ne peut être considéré comme «représentant légal du mineur». Du point de vue juridique, ce raisonnement est discutable, et donne lieu à un résultat non-désiré pour les mineurs à qui l'on refuse la possibilité d'avoir un futur et une vie meilleure en Espagne. Cette décision constitue sans aucun doute une véritable mesure de contrôle des flux migratoires, ce qui est tout à fait compréhensible, plus encore si l'on tient compte du fait que ces dernières années la constitution de *kafalas* frauduleuses, également appelées «*kafalas* blanches», est en train de proliférer[58]". Ce type de *kafala* a effectivement pour but principal de contourner la réglementation sur les étrangers en matière de regroupement familial évitant ainsi les voies normales d'entrée et de travail des étrangers[59].

Indépendamment du fait que cette pratique administrative –confirmée par la décision de la C.S.– puisse être ou non critiquée, ce qui est certain c'est que les autorités espagnoles qui reconnaissent la validité d'une *kafala* constituée au Maroc passent outre tout raisonnement provenant du DIPr. Nous pouvons affirmer que le contrôle que ces autorités réalisent est minime; de

[56] Comme il apparaît, à juste titre, dans les Fondements de droit (premier) de la décision judiciaire du Tribunal contentieux-administratif nº 3 de Bilbao (*TOL* 3.125.511) lorsqu'est affirmé que : «Il s'agit d'un membre de la famille 'regroupable' puisque la relation juridique existant entre Amanda et les requérants comprend tout ce qui est nécessaire pour prendre en charge son éducation, sa garde et kafala, ses études, l'entretenir comme il se doit, voyager avec elle en dehors du territoire national. Les deux conjoints susmentionnés reconnaissent avoir reçu la fille en question de ses parents susmentionnés et déclarent qu'ils considèrent la fille…comme leur propre fille et lui reconnaissent le droit à l'héritage de même qu'une fille légitime».

[57] *TOL* 2.298.890.

[58] Quiñones Escamez, A., «Protección del menor…*cit.*», p. 189.

[59] Nous trouvons des décisions judiciaires où le visa est refusé en raison de l'existence de fraude évidente. C'est ce qui s'est passé dans l'arrêt du Tribunal supérieur de Justice de Madrid du 11.06.2008, qui confirme le refus du visa en faveur d'un mineur en âge de travailler (17 ans), dont la *kafala* avait été confiée judiciairement au père, résidant en Espagne, les cinq autres frères et soeurs, mineurs, étant restés au Maroc, à la charge de leur mère. Dans ce même sens, mentionnons également la décision du Tribunal supérieur de Justice de Madrid du 20.09.2012 (*TOL* 3. 960.478).

fait elles contrôlent uniquement la régularité formelle du document présenté (traduction + légalisation). Cette pratique administrative est critiquable car, dans ce cas, il ne s'agit pas d'utiliser la décision judiciaire ou le document public étranger où la *kafala* est constituée comme moyen de preuve (effet probatoire), il est plutôt prétendu que ces documents aient un effet constitutif en Espagne. Et dans la mesure où la validité préalable de la *kafala* est exigée pour l'obtention de cet effet, le contrôle que ces autorités doivent effectuer devrait être plus rigoureux. Toutefois, il est également vrai que le but que les particuliers prétendent rechercher par la reconnaissance de la *kafala* dans le domaine du droit des étrangers (entrée et séjour du mineur), justifie –bien que cela ne soit pas correct en termes juridiques– la flexibilité avec laquelle ces autorités agissent à l'heure de reconnaître des *kafalas* constituées au Maroc, se limitant à un contrôle «*sui generis*», éloigné des conditions requises et des exigences imposées par la règlementation du DIPr.

Il est évident que, par ce procédé, les autorités manifestent un certain respect du droit des étrangers en reconnaissant les effets que cette institution déploie dans l'ordre juridique espagnol. Pour le Secrétariat général de l'Immigration et de l'Emigration, il n'y a pas de doute que la *kafala* judiciaire confère la tutelle dative au *kafil*, d'après ce que prévoit l'art. 17 de la loi nº 15/01, celui-ci peut donc être considéré comme représentant légal du mineur et, par conséquent, il lui permet d'obtenir le visa correspondant pour le regroupement familial. Néamnoins, ce n'est pas un principe absolu puisque, comme nous l'avons vu, une *kafala* intrafamiliale peut avoir des effets identiques à ceux d'une *kafala* extra-familiale mais, dans le domaine du droit des étrangers, le traitement légal n'est pas le même, bien que, comme il a été expliqué auparavant, il y ait des *kafalas* intrafamiliales où le *kafil* exerce la représentation légale du mineur.

Par ailleurs, il peut également arriver que le mineur marocain pour lequel est accordé une *kafala* se trouve déjà sur le territoire espagnol. Dans ce cas, et selon les termes de l'Instruction de la DGI/SGRJ/06/2007, une autorisation de séjour temporaire pourrait être sollicitée pour le mineur lorsque les conditions de l'art. 186 du Règlement concernant les étrangers sont réunies[60]. Et ce, indépendamment des éventuels cas où les conditions

[60] Selon lequel : « Les mineurs qui ne sont pas nés en Espagne, fils d'étrangers résidant en Espagne, ainsi que les mineurs légalement soumis à la tutelle d'un citoyen ou une institution espagnole ou d'un étranger résidant légalement en Espagne, pourront obtenir une autorisation de résidence lorsque la personne a vécu en Espagne pendant une durée

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230

légales et réglementaires ont été réunies pour pouvoir obtenir une autorisation de séjour temporaire en raison de circonstances exceptionnelles humanitaires (art. 126 Règlement des étrangers).

2. TRANSCRIPTION DE LA KAFALA MAROCAINE DANS LE REGISTRE DE L'ÉTAT CIVIL ESPAGNOL: LA DOCTRINE DE LA DGRN ET L'INCIDENCE DE CELLE-CI SUR L'ACQUISITION DE LA NATIONALITÉ ESPAGNOLE

Le traitement juridique que reçoit cette mesure de protection dans le domaine des registres est, de par sa similitude fonctionnelle, celui de l'accueil familial. Son accès au registre civil espagnol se produit par une annotation d'accueil puisqu'il s'agit de faits qui affectent à l'état civil des espagnols, à la demande du procureur ou de tout intéressé[61]. Il faur néanmoins respecter conditions établies par la résolution-circulaire de la DGRN de 2006: qu'elle ait été validement accordée par une autorité étrangère, qu'elle ne porte pas atteinte à l'ordre public international espagnol et que les documents où cet accueil est délivré soit dûment légalisés et traduits en espagnol (arts 144 et 323 LPCE 2000). Dans cette résolution, la DGRN ne tient pas compte du fait que les conditions que doit réunir une *kafala* marocaine en Espagne puissent être reconnues avec les effets qui lui sont propres au droit marocain (théorie de l'extension des effets). Cela arrive si la règle applicable à la reconnaissance de cette mesure de protection est, comme nous avons eu l'occasion de l'analyser, la Convention de la Haye de 1996 ou la Convention bilatérale hispano-marocaine. De notre point de vue, assimiler la *kafala* à une institution espagnole de protection du mineur, comme l'accueil familial, lorsque la règle applicable à sa reconnaissance est conventionnelle (Convention de La Haye ou Convention bilatérale) ne constitue pas seulement une pratique administrative erronée mais elle suppose aussi le non-respect des engagements internationaux de l'Espagne dans ce domaine. Néanmoins, le traitement que les autorités du registre espagnol donnent à la *kafala* trouve sa raison d'être dans la difficulté que suppose pour ces dernières le fait d'avoir à faire

minimum de deux ans est accréditée et que les parents ou tuteurs réunissent les conditions requises relatives aux ressources économiques et au logement exigées dans ce Règlement pour exercer le regroupement familial ».

[61] Lara Aguado, A.,«La adopción de menores extranjeros como vía de inmigración en Andalucía» in Sánchez Lorenzo, S., (éd), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009, p. 572.

face à une institution inconnue. Voilà pourquoi elle est assimilée à l'une des institutions contenues dans le droit espagnol. Le problème réside dans le fait que cette limitation de transcription sur le registre a contaminé, s'est étendue et même, comme nous l'avons vu, s'est vue reflétée dans le domaine législatif (*ex* art. 34 L.A.) avec des effets préjuidiciables évidents, comme c'est le cas dans le domaine du droit de la nationalité. En fait cette mesure de protection n'est pas indifférente à la règlementation de la nationalité espagnole. Pour la DGRN, les mineurs marocains pour qui une *kafala* a été constituée ne peuvent opter pour la nationalité espagnole au regard de ce qui est disposé à l'art. 20.1º a) du Code civil. Selon nous, cette position est erronée. Du fait que le fondement de la concession du droit à opter pour la nationalité espagnole prévu dans cette réglementation se trouve lié à l'autorité parentale exercée par un espagnol, on ne peut conclure, comme le souligne à juste titre A. Lara Aguado, que les relations d'autorité parentale dérivent uniquement d'une relation préalable de filiation naturelle ou adoptive, tel qu'il est prévu dans le droit matériel espagnol[62], mais qu'en revanche,il convient de déterminer jusqu'à quel point la *kafala* régulée en droit marocain est directement liée à l'exercice de l'autorité parentale du mineur par le *kafil*.

En Espagne, l'autorité parentale comprend une série d'obligations et de droits pour son/ses titulaires(s) (art. 154 CC) qui coïncide, non de manière absolue, mais par contre de façon substantielle avec les obligations que doit assumer *le kafil* lorsqu'une *kafala* est prononcée au Maroc. Dans ce cas, il n'y aurait pas de problème pour que le mineur puisse acquérir la nationalité espagnole, si la *kafala* réunit les conditions de validité requises pour sa reconnaissance en Espagne. Nous partageons l'opinion de A. Lara Aguado lorsqu'elle affirme que ce type de *kafala* pourrait recevoir le même traitement que les adoptions simples constituées dans les pays tels que le Brésil, l'Equateur, le Guatémala, certains Etats du Mexique, L'argentine, La Bolivie, Costa Rica, Honduras, La République dominicaine, le Paraguay, l'Uruguay et le Vénézuela. Ces adoptions ne supposent pas la rupture totale des liens avec la famille biologique[63]. Si cela n'est pas possible, il reste uniquement au mineur venu en *kafala* la possibilité d'opter pour la nationalité espagnole lorsqu'il est légalement assujetti à la tutelle, à la garde et à l'accueil d'un espagnol pendant

[62] *Id.* «La adopción de menores extranjeros… *cit.*», p. 553.

63 *Ibidem*, p. 553.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230

deux années consécutives pour une durée de séjour réduit à un an [art. 22.2º c) Code civil], ce qui oblige à déposer un dossier devant le juge délégué au registre de l'état civil correspondant au domicile, lequel sera remis à la DGRN pour que celle-ci apprécie si les conditions pour la concession sont réunies ou qu'elle refuse cette dernière s'il existe des motifs raisonnés d'ordre public et d'intérêt national.

3. LE TRAITEMENT DE LA KAFALA MAROCAINE DANS LE DOMAINE DE L'ACCÈS AUX PRESTATIONS DE LA SÉCURITÉ SOCIALE [ESPAGNOLE]

Un mineur marocain sous le régime d'une *kafala* a le droit, en Espagne, a une prestation pour orphelin, d'après ce que l'on déduit de la pratique judiciaire récente. Mentionnons, en ce sens, la décision du Tribunal supérieur de Justice de Madrid, du 31 janvier 2008[64], confirmé par l'arrêt prononcé par la Cour suprême du 10 février 2009[65]. Et cela, bien que l'art. 175 de la loi générale de la Sécurite sociale considère seulement comme bénéficiaire de ladite prestation "*les enfants du titulaire quelle que soit la nature légale de la filiation*". Dans ce type de décisions, il est clair que même s'il est vrai que l'adoption et la *kafala* ne sont pas, d'un point de vue formel, des institutions identiques, d'un point de vue matériel et téléologique, elles remplissent une fonction assistentielle identique. Sur la base de cette argumentation, ces décisions considèrent qu'il s'avère opportun d'assimiler la *kafala* à la filiation adoptive,

[64] *TOL* 1.301.714. Les faits qui ont donné lieu à cette décision judiciaire proviennent de la demande formulée par la Sécurité sociale espagnole par un ressortissant marocain marié avec une citoyenne également marocaine qui était décédée. Dans ladite demande il sollicitait une pension d'orphelin en faveur de deux mineurs légalement de nationlité marocaine, pour lesquels avait été prononcée une *kafala* judiciaire au Maroc par le Tribunal des tutelles correspondant. La défunte était titulaire d'un permis de travail et de résidence et était affiliée au régime spécial de la Sécurité sociale pour les femmes de ménages et avait satisfait toutes ses cotisations. La pension lui a été refusée, en application des arts. 16 de l'Ordre du 13.02.1967 et 175 de la loi générale de la Sécurité sociale, en s'appuyant sur le fait que les mineurs ne pouvaient être bénéficiaires puisqu'ils n'étaient pas « enfants de la de cujus quelle que soit la nature légale de la filiation ». Le jugement a révoqué la décision et a reconnu la pension d'orphelin en application du principe d'égalité vu que, « dans le cas contraire, il se produirait une discrimination indirecte en raison de l'impossibilté de pouvoir acquérir le caractère d'enfants adoptifs, selon la nationalité des gardiens (kafils) » (premier Fondement de droit).

65 *TOL* 3.333.836. De fait, García Cano, S., en *Revista Española de Derecho internacional privado*, vol. LX, 2008, p. 256, considère que la voie constitutionnelle est celle qui est adéquate pour résoudre ce problème.

régulée dans le droit espagnol, pour justifier la concession de ladite prestation. Cette position, selon nous, bien qu'elle soit évidemment motivée par l'intérêt du mineur, est criticable, du point de vue juridique, car la filiation (naturelle ou par adoption) et la *kafala* marocaine sont des institutions distinctes en nature, en constitution et quant à leurs effets. Il n'est pas logique qu'en Espagne une *kafala* marocaine soit reconnue avec des effets différents de ceux qui lui sont propres dans son Etat de constitution. Si dans le droit espagnol il est impossible de convertir légalement, par une procédure judiciaire, cette mesure de protection en adoption, comme c'est le cas pour les adoptions simples, il n'y a pas lieu d'accepter que celle-ci puisse avoir un effet automatique en reconnaissant à la *Kafala* les mêmes effets que la filiation adoptive, ni même pour une cause aussi louable que "l'intérêt du mineur". Une autre thèse qui peut être défendue, c'est que la législation actuelle espagnole dans ce domaine est criticable puisqu'elle confère ce droit uniquement aux enfants (naturels ou adoptifs). Nous insistons sur le fait que, si juste soit-il, il ne convient pas de créer par voie judiciaire de prestations contributives que seul le législateur est en droit de déterminer, de façon unilatérale ou bilatérale.

En revanche, si *kafil* exige qu'on lui reconnaisse le droit aux allocations pour maternité ou paternité, la situation change. D'après le Critère 77/2003-04, la *kafala* accordée par une autorité marocaine compétente, pour une période supérieure à un an, prouvée par des documents dûment légalisés et traduits en espagnol, peut s'apparenter à l'accueil familial du droit espagnol et permet donc de pouvoir obtenir ladite allocation. Cependant, pour que cela soit possible, il faudra demander à l'organe compétent de l'administration de l'Etat qu'il confirme ou indique que la *kafala* peut être reconnue ne tant que telle.

Par ailleurs, le *kafil* peut également être intéressé par l'obtention de la subvention ou aide économique attribuée pour la naissance ou l'adoption par les organes de l'Administration espagnole, comme ce fut le cas dans la décision du Tribunal supérieur de Justice de Castille-léon du 20 décembre 2013[66]. Les juges ont refusé l'attribution de la subvention correspondante à une naissance ou une adoption, convoquée par la Délégation de la Famille de la région de Castille-Léon, sollicitée par un *kafil* sur la base d'une *kafala* accordée au Maroc pour un mineur abandonné. Le Tribunal a jugé que la

[66] *TOL* 4.097.586. *Real decreto* [décret royal] législatif 1/1994 du 20.06. *(BOE* nº 154, 29.06.1994).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230

kafala marocaine ne peut être considérée comme adoption, ne produit pas non plus de liens de filiation, et n'est pas assimilée à une relation juridique paterno-filiale, mais qu'il s'agit plutôt d'une modalité d'acceuil d'un mineur remis aux soins d'une personne.

IV. RÉFLEXIONS FINALES

Cette étude a prétendu mettre l'accent sur le fait que l'efficacité en Espagne de la *kafala* marocaine, en tant qu'institution méconnue dans le droit espagnol, ne fait pas l'objet d'un traitement univoque de la part des différentes autorités espagnoles qui doivent attribuer des conséquences juridiques au fait qu'un mineur soit soumis à une *kafala* marocaine. En effet, d'une part, dans le domaine du droit des étrangers, cette mesure de protection est assimilée, dans certains cas, à la tutelle, et dans d'autres, elle est considérée comme l'équivalent d'une simple délégation de la responsabilité parentale, selon si l'on est en présence d'une *kafala* de type judiciaire ou notariale. De leur côté, les autorités d'enregistrement assimilent la *kafala* à un accueil familial, tel qu'il est réglementé en droit espagnol, alors qu'il est arrivé que dans certaines décisions judiciaires la *kafala* ait été assimilée à une tutelle ou même à une garde. Quant au domaine de la sécurité sociale, à l'effet de la concession de la pension d'orphelin, les autorités espagnoles considèrent que la *kafala* équivaut à la filiation adoptive. Cependant si l'on désire obtenir une reconnaissance des allocations pour maternité/paternité cette institution est assimilée à l'accueil familial. En définitive, il semble que la *kafala* marocaine soit reconnue en Espagne avec les effets que celle-ci déploie en droit marocain (droit des étrangers), ou avec les effets propres de l'institution espagnole dans laquelle ils sont nationalisés (domaine de l'enregistrement et droit de la nationalité ainsi que pour les congés maternité/paternité) ou encore, des effets qui sont inconnus et qui, de plus, sont interdits par le droit marocain (pension pour orphelin).

Cette assymétrie de traitement de *la kafala* marocaine de la part des autorités espagnoles trouve sa raison d'être dans le fait que celles-ci n'appliquent pas correctement les règles en vigueur dans l'ordre juridique espagnol (DIPr.) et que ce sont elles qui, en définitive, déterminent, comme nous avons eu l'occasion de le voir, quelle(s) voie(s) d'attribution des effets peut/vent être utilisée(s) pour reconnaître une *kafala* marocaine en Espagne, quelles sont les

conditions qui doivent être contrôlées, ainsi que les effets qui doivent être reconnus en Espagne pour cette mesure de protection. Les règles du DIPr. dont la correcte délimitation – comme nous l'avons démontré– constitue une opération qui revêt une certaine difficulté dans la mesure où il existe divers facteurs dont il faut tenir compte (date, type de *kafala*, etc..) bien que, à notre avis, ce soit le príncipe du" *favor minoris*" qui doit primer. Les conséquencs négatives de cette assymétrie sont évidents: l'inaccomplissement des obligations conventionnelles assumées par l'Espagne, d'une part, et il semble également que les particuliers, les citoyens paient aussi leur "péage", vu que la sécurité juridique diminue de façon drastique. Face à cette disparité d'interprétations, une solution transversale doit s'imposer, une solution unique et applicable par toutes les autorités espagnoles (enregistrement, judiciaire, et administrative).

La *kafala* marocaine doit être reconnue en Espagne avec les effets qui lui sont attribués par le droit marocain, tel que cela est prévu, dans la Convention de La Haye de 1996 de même que dans la Convention hispano-marocaine. Il est certain que cela impliquerait la réforme du droit international privé autonome (art. 34 L.A.) qui exige non seulement qu'il existe une équivalence de fonctions avec une mesure de protection espagnole pour que la *kafala* soit reconnue en Espagne, mais aussi que, lorsqu'il y a reconnaissance par l'autorité espagnole, celle- ci l'apparente, selon son critère, à l'accueil familial ou à la tutelle, tel qu'il est réglementé en droit espagnol. De notre point de vue, la *kafala* marocaine devrait être reconnue en Espagne comme une mesure de protection du mineur à caractère temporaire qui génère certaines obligations pour le *kafil* vis-à-vis du *makful* (protection, entretien et éducation): En effet celui-ci s'érige, en règle générale, comme son représentant légal, assumant la responsabilité civile des délits commis par le mineur accueilli en *kafala*, mais cela ne créé pas de lien de filiation et, par conséquent, ne génère non plus aucun droit de succession.Il est néanmoins également vrai que, en dernière instance, les effets qu'une *kafala* marocaine déploieront en Espagne dépend du type de *kafala* qui a été faite au Maroc (judiciaire/extrafamiliale ou notariale/intrafamiliale).

Après avoir étudié les effets qu'une *kafala* constituée au Maroc devrait déployer reconnue, la question se pose inmédiatement de savoir quels sont les droits ou les bénéfices que le *kafil* ou le *makful* pourra faire valoir comme

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230

conséquence de la reconnaissance des effet de la *kafala* en Espagne. Nous parlerions des droits ou des bénéfices, et non pas des effets, que les particuliers, comme conséquence de la constitution de cette mesure de protection au Maroc pourraient avoir en Espagne. C'est à dire, jusqu'à quel point un mineur venu en Espagne sous le régime de la *kafala* pourrait-il obtenir la nationalité espagnole, bénéficier des effets qui dérivent de l'accès de celle-ci au registre de l'état civil espagnol ou encore obtenir une prestation sociale spécifique? Il est vrai que ces aspects relèvent sur certains points du droit public, mais il est également vrai que l'existence de certains liens familiaux est la base et la condition pour l'obtention de ces bénéfices ou droits. En effet, la relation familiale apparaît comme la question préalable au droit de la nationalité pour ppu voir bénéficier de certaines prestations sociales ou pour accéder au registre de l'état civil espagnol. Et c'est justement là où les autorités espagnoles se retrouvent face au dilemme de concéder ou non le bénéfice, la prestation ou la demande déposée sur la base d'une *kafala* marocaine, une institution inconnue qui l'oblige à chercher dans le droit espagnol une institution équivalente. Cette recherche n'est pas aseptique, elle est plutôt prédéterminée par la relation familiale qui permet la concession dudit droit ou bénéfice, de ladite prestation ou demande. Il s'agit, évidemment, d'une institution régulée et admise dans le droit de la famille espagnol. Ainsi, si pour obtenir la prestation sociale pour maternité/paternité, selon l'art. 133 *bis et coites* de la loi générale espagnole de la sécurité sociale[67], la maternité/naissance d'un enfant, l'adoption et l'accueil familial sont considérés comme des situations protégées, il est évident que l'autorité espagnole devra assimiler cette mesure de protection à l'accueil familial ou à l'adoption espagnole, tandis que si l'on souhaite transcrire la *kafala* au registre de l´état civil, les paramètres de recherche de cette équivalence diffèrent. La seule chose qui ne sera jamais possible, ce sera, comme nous l'avons vu, d'apparenter la *kafala* à l'adoption. Ceci dit, s'il est par contre possible d'apparenter la *kafala* à diverses institutions espagnoles comme le stipule l'art. 34 L.A (accueil familial ou tutelle) cela doit se faire avec l'institution qui est la plus avantageuse pour le mineur *(favor minoris*). Dans tous les cas, cette équivalence, selon ce que nous avons maintenu, doit se faire sur la base des effets que la *kafala* marocaine est

[67] *Real decreto* [décret royal] législatif 1/1994 du 20.06. (*BOE* nº 154, 29.06.1994).

appelée à déployer en Espagne, une fois que celle-ci aura été reconnue et non de la fonction que celle-ci joue dans ledit Etat[68].

Le principe d'équivalence des effets, que nous défendons ici, se fait en deux étapes. Dans un premier temps, il sera nécessaire de reconnaître la *kafala* avec les effets que cette institution déploie au Maroc, pays de sa constitution, et pour ce faire, il faudra tenir compte du type de *kafala* délivrée ou accordée (intrafamiliale, extrafamiliale). Une fois que ces effets ont été définis, il faudra trouver l'institution espagnole correspondante qui les règlemente. Cette phase de décision est réalisée conformément à des catégories de l'ordre espagnol. Ce principe est celui qui se compare le mieux avec la nature de l'institution étrangère, constitue un instrument adéquat pour l'élimination de l'assymétrie, signalée ci-dessus, et se montre respectueux des règles conventionnelles en vigeur dans l'ordre juridique espagnol. Nous optons donc pour une méthode spéciale pour résoudre les problèmes de coordination de systèmes de et pour le secteur de la reconnaissance, éloigné des constructions classiques propres du secteur du droit applicable. Nous parlons du besoin d'une "adaptation" qui doit se faire dans le domaine de la reconnaissance de manière différente que dans le domaine du secteur du droit applicable, et qui est consacrée légalement dans l'art. 54 du Règlement (UE) numéro 1215/2012, relatif à la compétence judiciaire et à l'exécution de décisions judicaires en matière civile et commerciale[69]. Concrètement, ledit précepte prévoit que si une décision contient une mesure ou un ordre qui est inconnu dans l'ordre juridique de l'Etat membre requis, cette mesure ou cet ordre, de même que tout droit indiqué dans celle-ci, devra s'adapter, dans la mesure du possible, à une mesure qui, dans l'ordre dudit Etat membre, aurait des effets équivalents et poursuivrait un but similaire. Cette adaptation n'aurait d'autres effets que ceux disposés par le droit de l'Etat membre d'origine. Ce principe est garanti car les parties peuvent contester, auprès d'un organe juridictionnel une adaptation défectueuse de la part des autorités de l'Etat requis chargé de ladite tâche (art. 54.2º).

---

[68] Fernández Rozas, J.C., «Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, nº 25, 2009, p. 9.

[69] Publié le 20.12.2012. Ce Réglement remplacera le Règlement (UE) 44/2001 lorsqu'il entrera en vigueur le 10.01.2015 (art. 80 et 81).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230

MODIFICATION EN ESPAGNE DES JUGEMENTS RENDUS AU MAROC EN MATIÈRE D'ALIMENTS

Ricardo Rueda Valdivia[1]

I. INTRODUCTION –II.- APPROCHE DE LA RÉGLEMENTATION MAROCAINE EN MATIÈRE D'ALIMENTS – III. COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX ESPAGNOLS POUR MODIFIER LES DÉCISIONS JUDICIAIRES MAROCAINES RENDUES EN MATIÈRE D'ALIMENTS – IV. MODIFICABILITÉ ET CONDITIONS DE MODIFICABILITÉ – V. RECONNAISSANCE DU JUGEMENT MAROCAIN EN TANT QUE PRÉSUPPOSÉ POUR SA MODIFICATION – VI. LOI APPLICABLE À LA MODIFICATION PAR LES TRIBUNAUX ESPAGNOLS – VII. RECONNAISSANCE À L'ÉTRANGER DU JUGEMENT MODIFICATEUR PAR L'ESPAGNE – VIII. RECOURS À LA COOPÉRATION DES AUTORITÉS DANS LE CONTEXTE DE LA MODIFICATION EN ESPAGNE DES JUGEMENTS MAROCAINS – IX. INCIDENCE D'UNE ÉVENTUELLE RATIFICATION PAR LE MAROC DE LA CONVENTION DE LA HAYE DU 23 NOVEMBRE 2007 SUR LE RECOUVREMENT INTERNATIONAL DES ALIMENTS DESTINÉS AUX ENFANTS ET À D'AUTRES MEMBRES DE LA FAMILLE.

MODIFICATION EN ESPAGNE DES JUGEMENTS RENDUS AU MAROC EN MATIÈRE D'ALIMENTS

RÉSUMÉ: Les demandes de modification des décisions de justice marocaines en matière d'aliments présentées auprès des autorités judiciaires espagnoles par des ressortissants du Maroc résidant en Espagne ou à l´étranger posent une série de problèmes de Droit international privé (compétence judiciaire internationale, loi applicable, reconnaissance et exécution des décisions et coopération entre les autorités centrales) auxquels il est nécessaire d´apporter une solution adéquate.

MOTS CLÉS: Décisions en matière d´aliments, modification, compétence, loi applicable, reconnaissance et exécution, coopération des autorités, relations hispano-marocaines.

MODIFICACIÓN EN ESPAÑA DE RESOLUCIONES MARROQUÍES SOBRE ALIMENTOS

RESUMEN: Las demandas de modificación de resoluciones marroquíes sobre alimentos planteadas ante las autoridades judiciales españolas por parte de ciudadanos de aquel país residentes en España o en el extranjero suscitan un conjunto de problemas de Derecho internacional privado (competencia

[1] Maître de Conférences (*Profesor Titular*) de Droit International Privé à l'Université de Grenade, 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'Etats tiers, dans la société andalouse. Problèmes dans le domaine familial). Directrice: Mercedes Moya Escudero, Professeur de droit international privé à l'Université de Grenade, Espagne. Traduction: Naima Nilhami, spécialiste en traduction juridique.

judicial internacional, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones y cooperación de autoridades centrales) a los que es preciso dar una correcta solución.

PALABRAS CLAVE: Resoluciones sobre alimentos, modificación, competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución, cooperación de autoridades, relaciones hispano-marroquíes.

MODIFICATION IN SPAIN OF DECISIONS ON MAINTENANCE OBLIGATIONS GIVEN IN MOROCCO

ABSTRACT: The proceedings to modify Moroccan decisions on maintenance obligations brought before the Spanish judicial authorities by citizens of that countryresiding in Spain or abroad raises a set of Private International Law problems of (jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation of central authorities) that shouldreceive a correct solution.

KEYWORDS: Decisions on maintenance obligations, modification, jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement, cooperation between authorities, Spanish-Moroccan relationships.

I. INTRODUCTION

La grave crise économique que l'Espagne traverse depuis 2008,a obligé un certain nombre d'étrangers vivant en Espagne à rentrer dans leurs pays d'origine, ou à migrer vers des pays tiers à la recherche de nouvelles opportunités. Les immigrants marocains se sont bien évidemment vus affectés par cette réalité. Cependant cette communauté continue à représenter le deuxième groupe le plus important d'étrangers en Espagne, derrière les roumains[2].

De nombreux ressortissants marocains qui, à une certaine époque, avaient choisi l'Espagne pour leur projet d'immigration, ont réussi à faire venir leur famille –au sens strict ou élargi– sur le territoire espagnol par le biais du regroupement familial, ce qui a contribué à faire grossir les chiffres de l'immigration marocaine. D'autres immigrés, par contre, ont choisi de poursuivre seuls leur projet migratoire, en laissant les membres de leur famille

[2] Selon les recensements du ministère de l'Emploi et de la Sécurité sociale espagnol, le 30/6/2008 il y avait un total de 672.864 ressortissants marocains résidant en Espagne. Il est vrai que ce chiffre a continué d'augmenter au cours des années suivantes (748.953 le 30.06.2009; 758.900 le 30.06.2010; 822.997 le 30.06.2011; 854.501 le 30.06.2012), jusqu'à atteindre, au 30.06.2013, un total de 888.937 résidents. Cependant, en 2014 nous avons assisté à une baisse importante du nombre de la population immigrante marocaine (au 30.06.2014, les ressortissants marocains résidant en Espagne étaient de 774.395). Cette baisse a continué tout au long de l'année 2015 (au 30.06.2015 le nombre n'était plus que de 763.775 résidents). En revanche, il nous faut souligner qu'au 31.12.2015 -date des dernières données publiées- une légère hausse commençait à se faire sentir (766.622).

au Maroc. Dans ces deux cas de figure, nombre d'entre eux sont débiteurs ou créanciers d'une pension alimentaire en vertu d'un jugement rendu par un tribunal marocain. Cette décision judiciaire peut être antérieure ou postérieure à leur arrivée en Espagne. Il est effet assez courant que les citoyens marocains, résidant sur le territoire espagnol, profitent de leurs visites estivales au pays d´origine pour résoudre auprès des autorités marocaines leurs litiges en matière de famille. De telles décisions judiciaires exigent souvent une modification soit pour s'adapter à l'augmentation des besoins du créancier, soit pour faire face à la baisse des revenus du débiteur. Cette dernière est sans doute plus fréquente dernièrement en raison de la crise économique dans laquelle l'Espagne se trouve enlisée depuis plusieurs années. Par conséquent, il existe de plus en plus de cas dans lesquels des citoyens marocains (soit en qualité de débiteurs ou de créanciers d'aliments suite à un jugement marocain) finissent par saisir les autorités judiciaires espagnoles. Ils y recourent (concrètement lorsqu´ils sont débiteurs) afin d'obtenir l'extinction de l'obligation d'aliments sur laquelle les autorités judiciaires marocaines avaient statué auparavant par décision judiciaire.

Notre principal objectif dans cet article est précisément d'analyser la réglementation en droit international privé permettant aux autorités espagnoles de modifier les jugements rendus par les autorités judiciaires marocaines en matière d'aliments, ainsi que les moyens de reconnaissance de ces décisions par les autorités espagnoles, en dehors de leur territoire. Nous commencerons par présenter une brève approche de la règlementation marocaine en matière d'aliments, tout en la comparant à la législation espagnole en la matière. Cette approche nous permettra de connaître quelles sont les éventuels jugements marocains rendus en la matière dont la modification peut être demandée auprès des autorités judiciaires espagnoles. Nous pourrons ainsi identifier les éventuelles difficultés que les différences existant entre les deux systèmes juridiques peuvent susciter, dans le contexte de la modification, par les autorités espagnoles, des décisions provenant du Maroc. Par la suite, nous examinerons les critères de compétence internationale sur lesquels les juridictions espagnoles peuvent se baser pour connaitre les actions en modification dont elles sont saisies. Puis, nous identifierons quelles sont les conditions préalables pour que les autorités espagnoles compétentes puissent procéder à la modification. Il faudra donc prendre en compte, d'une

part, la modificabilité du jugement et les conditions de modifications, et d'autre part, la reconnaissance du jugement marocain dont la modification est sollicitée, tout en abordant également la question de la loi applicable à la modification. Nous continuerons notre étude par l'analyse de tout ce qui concerne la reconnaissance à l'étranger du jugement espagnol modificateur, reconnaissance qui sera essentielle aussi bien dans les cas où son exécution matérielle sera prétendue hors des frontières espagnoles, que dans ceux où décision espagnole entrée en force sera invoquée à l'étranger dans le but de paralyser les éventuelles procédures d'exécution du jugement marocain modifié. Ces deux derniers points, à savoir la modification en Espagne du jugement marocain et la reconnaissance à l'étranger de la décision espagnole ayant modifié le premier jugement, seront sans aucun doute facilités par le recours aux mécanismes de coopération internationale existant en la matière, mécanismes auxquels nous porterons une attention particulière. Nous achèverons ce chapitre finalement par une brève analyse de l'incidence que sur l'objet de notre étude pourrait avoir, après l´entrée en vigueur pour l´Espagne de la Convention de la Haye du 23 novembre 2007 en matière de recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille, une éventuelle ratification de ce dernier instrument par le Royaume du Maroc.

Dans tous les cas, et avant d'entrer dans le vif du sujet, il nous semble opportun de préciser deux choses. En premier lieu, il faut signaler que nous allons utiliser improprement le terme «modification de jugements», puisqu'il n'existe, ni en Espagne, ni dans la plupart des pays environnants action permettant la modification des jugements[3]. Lorsque, dans le cas d'un changement substantiel des circonstances, le créancier ou le débiteur d'une pension alimentaire fixée par un jugement rendu auparavant par un tribunal marocain, saisit la justice espagnole dans le but de modifier ledit prononcé, ce qu'il envisage en réalité c'est d'intenter une nouvelle action d'aliments, avec un nouvel objectif. Ceci est dû à la limitation temporelle que présente la chose jugée dans le prononcé d'aliments en tant que condamnation de futur. Par conséquent, la modification qu'une autorité judiciaire espagnole peut accorder à un jugement en matière d'aliments dicté par un tribunal marocain, ne constitue en aucun cas une atteinte à la souveraineté juridictionnelle de ce

[3] Une telle action peut, cependant, être observée dans la législation de certains pays, comme en Allemagne, par exemple.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

pays. Il ne devrait donc pas y avoir non plus d'empêchement -au regard des nouvelles circonstances- pour que la nouvelle décision en matière d'aliments rendue par les autorités espagnoles soit reconnue ultérieurement par les autorités marocaines.

D'autre part, il faut signaler que, même si nous partons d'une conception large de la notion «aliments», dans laquelle seraient incluses les obligations d'aliments entre les membres de la famille, y compris entre les conjoints, tout comme les prestations compensatoires dont le versement est imputé à un conjoint en faveur de l'autre dans les décisions rendues en cas de crises conjugale, le présent travail aborde uniquement la modification des jugements prononcés par les autorités marocaines en matière d'aliments en faveur des membres de la famille (enfants, parents et conjoints). La prestation compensatoire que la loi marocaine reconnaît en faveur de l'épouse dans la plupart des modalités de divorce (*Mout'â* ou don de consolation), ne sera pas abordée, parce qu'il s'agit, de plus, d'une quantité d'argent que l'époux doit verser, initialement, auprès de l'organe judiciaire compétent afin que celui-ci autorise le divorce (*Talaq* ou divorce sous contrôle judiciaire), ou qu'il prononce un jugement de divorce (*Tatliq* ou divorce judiciaire). Ladite prestation devant être réglée entièrement en une seule fois, sans possibilité d'échelonnement. Il ne sera donc pas possible de parler, à la différence du cas des prononcés d'aliments accordées aux membres de la famille -dont le versement est au contraire susceptible d'être échelonné- d'une modification desdites prestations suite à un changement substantiel de circonstances.

Finalement, en tant qu'étape également préalable à notre étude, il nous parait nécessaire d'identifier les différents scénarios auxquels l'autorité espagnole peut être confrontée lorsque son intervention est requise pour modifier un jugement dicté par les autorités marocaines en matière d'aliments. Ces scénarios varient fondamentalement en fonction de deux variables: d'un côté, le lieu de résidence du créancier et du débiteur, et de l'autre, le statut du demandeur (à savoir s'il c'est le créancier ou le débiteur qui va réclamer la modification correspondante aux autorités espagnoles). Ces distinctions s'avèrent fondamentales, puisque en fonction du cas d'espèce, il sera possible ou non de réclamer la compétence judiciaire internationale des organes juridictionnels espagnols pour connaitre de l'action de modification engagée, changeant ainsi la loi que les autorités espagnoles, si elles s'avèrent compétentes,

devront appliquer. La distinction entre ces situations est également utile pour l'analyse de deux autres points: la reconnaissance à l'étranger des décisions judiciaires espagnoles en modification, et la possibilité d'avoir recours aux mécanismes de coopération internationale des autorités existants pour faciliter aussi bien la modification en Espagne des prononcés marocains en matière d'aliments, que l'utilisation ultérieure du jugement modificateur espagnol en dehors des frontières de ce pays.

Plus précisément, en tenant compte des variantes susmentionnées, nous allons pouvoir distinguer jusqu'à dix scénarios ou situations différentes, à savoir:

Situation nº 1: le créancier a sa résidence au Maroc et le débiteur en Espagne; le créancier saisit les autorités espagnoles en vue de la modification du jugement marocain.

Situation nº 2: le créancier a sa résidence au Maroc et le débiteur en Espagne; le débiteur saisit les autorités espagnoles en vue de la modification du jugement marocain.

Situation nº 3: le débiteur a sa résidence au Maroc et le créancier en Espagne; le créancier saisit les autorités espagnoles en vue de la modification du jugement marocain.

Situation nº 4: le débiteur a sa résidence au Maroc et le créancier en Espagne; le débiteur saisit les autorités espagnoles en vue de la modification du jugement marocain.

Situation nº 5: le créancier ainsi que le débiteur ont leur résidence en Espagne; le créancier saisit les autorités espagnoles en vue de la modification du jugement marocain.

Situation nº 6: le créancier ainsi que le débiteur ont leurs résidences en Espagne; le débiteur saisit les autorités espagnoles en vue de la modification du jugement marocain.

Situation nº 7: le débiteur a sa résidence en Espagne alors que le créancier a sa résidence dans un pays tiers; le créancier saisit les autorités espagnoles en vue de la modification du jugement marocain.

Situation nº 8: le débiteur a sa résidence en Espagne alors que le créancier a sa résidence dans un pays tiers; le débiteur saisit les autorités espagnoles en vue de la modification du jugement marocain.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

Situation nº 9: le créancier a sa résidence en Espagne alors que le débiteur a sa résidence dans un pays tiers; le créancier saisit les autorités espagnoles en vue de la modification du jugement marocain.

Situation nº 10: le créancier a sa résidence en Espagne alors que le débiteur a sa résidence dans un pays tiers; le débiteur saisit les autorités espagnoles en vue de la modification du jugement marocain.

Aussi faut-il garder à l'esprit que la décision judicaire marocaine dont la modification est sollicitée en Espagne peut être, soit une décision se référant exclusivement à une question d'aliments, soit à un jugement de divorce ou de séparation des époux (principalement divorce) qui contient un prononcé sur une obligation d'aliments.

II. APPROCHE DE LA RÈGLEMENTATION MAROCAINE EN MATIÈRE D'ALIMENTS

Si nous partons de la constatation d'une réalité, à savoir que l'application de la part des autorités judicaires marocaines du droit de leur pays, dans tous les cas où leur intervention est requise pour statuer sur une réclamation d'aliments -qu'elle soit interne ou internationale- et qui se base sur ce qui est stipulé à l'art. 2 du Code de la famille marocain de 2004 ou nouvelle *Moudawana* (dorénavant, CFM)[4], il est indispensable de revoir brièvement la réglementation sur les aliments qu'offre ledit système juridique, et concrètement le CFM[5]. L'étude de ces règles nous permettra de comprendre la teneur des jugements marocains en lamatière, que les autorités espagnoles seront amenés à modifier, ainsi que d'identifier les dispositions du droit marocain pouvant susciter certaines

[4] Approuvé par le *Dahir* nº 1-04-22 du 03.02.2004 [*Bulletin officiel marocain* (*BO*) nº 5358, du 06.10.2005). Selon ledit précepte, «Les dispositions du présent Code s'appliquent: 1) à tous les marocains, même ceux possédant une autre nationalité; 2) aux réfugiés, y compris les apatrides conformément à la convention de Genève du 28.07.1951 relative au statut des réfugiés; 3) à toute relation entre deux personnes lorsque l'une d'elles est marocaine ; 4) à toute relation entre deux personnes de nationalités marocaines lorsque l'une d'elles est musulmane. Les marocains de confession juive sont soumis aux règles du statut personnel hébraïque marocain». Il ne faut pas oublier non plus que le *Dahir* en vigueur du 12.08.1913, portant sur la condition civile des français et des étrangers (*BO* nº 77, du 12.09.1913), ne contient aucune disposition concernant la loi applicable aux aliments.

[5] Faisons abstraction de ce qui est régi dans le Statut personnel des juifs marocains, puisque selon l'art. 2 CFM, ledit statut est applicable uniquement aux relations entre juifs marocains. Ce groupe est minoritaire au sein de la population marocaine, majoritairement de confession musulmane.

difficultés dans le contexte de la modification par les autorités espagnoles, des décisions provenant du Maroc.

Dans le CFM, le Titre III du Livre III est la source première consacrée à la règlementation des aliments (*Nafaqa*) (arts. 187-205), quoiqu'il existe également une disposition isolée en la matière dans une autre partie du Code (concrètement dans son art. 84, où une allusion est faite aux aliments dus à l'épouse durant l'*Idda* ou la période de continence légale).

Pour commencer, nous devons définir ce que l'on entend par «aliments» en droit marocain et en droit espagnol, car ce terme n'a pas le même champ d'application dans ces deux pays[6]. Conformément aux dispositions du 1er paragraphe de l'art. 189 CFM, ce terme comprend l'alimentation, l'habillement, les soins médicaux, l'instruction des enfants, et tout ce qui est habituellement considéré comme indispensable. Les frais se rapportant au logement ne sont cependant pas inclus, ceux-ci devront impérativement être versés à part (arts. 84 et 168 CFM). En droit espagnol, par contre, le terme «aliments» inclut les frais de logement ainsi que, le cas échéant, ceux de la grossesse et de l'accouchement (art. 142 Code civil espagnol –dorénavant CC–).

Selon les termes du CFM, le droit aux aliments est un droit reconnu pour l'épouse (arts. 194 s.), les enfants (arts. 198 s.), et les parents (arts. 203 s.), mais pas pour les frères et sœurs, contrairement à ce qui est prévu par le droit espagnol (art. 143 CC). Soulignons cependant que cette dernière différence ne devrait pas poser de problème en principe. Toutefois, il nous faut mettre l'accent sur deux aspects essentiels concernant le droit aux aliments reconnu aux enfants dans le CFM: en premier lieu, la reconnaissance de ce droit (imposé au père, comme nous le verrons) se limite exclusivement aux enfants légitimes, les enfants illégitimes étant exclus de ce droit (art. 148 CFM)[7]. Cette limitationqui, outre le fait qu'elle est inconnue du droit espagnol –ne fait aucune différence entre les enfants quant à leur droit aux aliments–, se

[6] Il ne faut pas oublier que dans le droit espagnol il n'existe pas de règlementation unique concernant les aliments entre les membres de la famille. En effet, outre le Code civil (arts. 142 s. et arts. 93, 110 et 154), que nous allons étudier ci-après, nous trouvons une règlementation en matière d'aliments dans certaines législations «forales» espagnoles (*Législations spécifiques à certaines Communautés autonomes [régions]*).

[7] Pour en savoir plus sur la distinction entre enfants légitimes et enfants illégitimes dans le droit marocain, consulter dans ce même volume le travail réalisé par Ruiz Sutil, C.,Les effets « pervers » de la paternité légitime marocaine en Espagne: une question à résoudre.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

heurte de manière flagrante à l'un des principes essentiels du système juridique espagnol, à savoir le principe de non-discrimination à raison de la naissance (art. 14 Constitution espagnole -dorénavant, Cst.ES-). D'autre part, il ne faut pas oublier que le droit aux aliments que le CFM reconnait aux enfants est maintenu, pour les garçons, jusqu'à leur majorité, ou jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 25 ans pour ceux qui poursuivent leurs études. Pour les filles, en revanche, le CFM prévoit qu'elles y ont droit jusqu'à ce qu'elles disposent de ressources propres pour s'assumer, ou qu'elles se marient (l'entretien est alors un devoir de l'époux). Dans tous les cas, ledit droit se maintient de manière illimitée quand il s'agit d'enfants handicapés ou incapables de se procurer des ressources. Nous observons dans ce cas une importantediscrimination entre l'homme et la femme en droit marocain. Cette discrimination va ouvertement à l'encontre de l'un des principes fondamentaux du système juridique espagnol, à savoir celui de non-discrimination à raison du sexe (art. 14 Cst.ES). C´est également contre ce principe que se heurte le CFM quand il reconnaît le droit à l'entretien seulement à l'épouse et non pas à l'époux.

Le principe de non-discrimination à raison du sexe est également violé en droit marocain en ce qui concerne les personnes obligées de fournir les aliments, car c'est à l'époux et au père que le CFM impose, dans tous les cas, le paiement des aliments à l'épouse et aux enfants (arts. 194 et 198)[8]. Le principe mentionné sera respecté uniquement quand il s'agit des aliments des parents, puisque leur paiement est imposé pour tous enfants, indépendamment de leur sexe (art. 203).

Finalement, la règle que le CFM prévoit en cas de pluralité de créanciers présente aussi une discrimination flagrante à raison du sexe. Le CFM établit en effet dans son art. 193 que dans les cas où le débiteur ne dispose pas de moyens suffisants pour s'acquitter de son obligation, il devra fournir des aliments selon un ordre de priorité: à l'épouse en premier lieu; puis aux enfants indépendamment de leur sexe quand ils sont mineurs; puis aux filles majeures; puis aux fils; viennent ensuite la mère et, enfin, le père. Cette différence de traitement à raison du sexe n'existe pas dans la règlementation

[8] Il ne faut pas oublier, toutefois, ce qui est prévu par l'art. 199 qui dispose, quant aux aliments destinés aux enfants, que «Lorsque le père est, totalement ou partiellement, incapable de subvenir à l'entretien de ses enfants et que la mère est aisée, celle-ci doit assumer la pension alimentaire au prorata du montant que le père est dans l'incapacité d'assurer».

espagnole (arts. 144 et 145 CC) dans des situations identiques ou en cas de pluralité de débiteurs.

Une fois constatée l'existence de dispositions qui portant clairement atteinte à certains principes essentiels du système juridique espagnol en ce qui concerne la règlementation en matière de créanciers et débiteurs des aliments dans le droit marocain, nous pouvons en déduire que l'intervention de l'ordre public international espagnol s'avère indispensable face à de telles dispositions. Le respect de cet ordre public international conduira les autorités espagnoles, soit à exclure l'application du droit marocain en cas de conflits concernant une pension alimentaire, lorsque celui-ci porte atteinte à l'ordre public, soit à refuser la reconnaissance en Espagne d'une décision marocaine comportant une solution impliquant une discrimination à raison de la naissance ou du sexe.

En ce qui concerne le montant de la pension alimentaire, les critères fixés conformément à l'art. 189 CFM sont assez similaires à ceux prévus par le droit espagnol (art. 146 CC). Plus précisément, le 2d paragraphe de l'art. 189 CFM fait référence aux revenus du débiteur, à la situation du créancier, au coût de la vie, et aux us et coutumes dans le milieu social où vit le créancier, critères auxquels, en cas de divorce -et en ce qui concerne les enfants-, il faut ajouter, conformément à l'art. 85 CFM -auquel fait référence l'art. 90-, la situation scolaire des enfants avant la dissolution du mariage. Toutefois, nous ne devons pas perdre de vue ce qui est prévu à l'art. 188 CFM. D'après ledit précepte, nul n'est obligé de subvenir aux besoins d'autrui que dans la mesure où il peut subvenir à ses propres besoins, Cela signifie que jusqu'à preuve du contraire, une personne ne sera soumise à une obligation d'entretien que si elle est solvable. Puisqu'aucune réserve n'est faite à ce sujet dans le cadre légal, rien n'empêche que cette règlementation puisse être appliquée également lorsqu'il s'agit d'enfants mineurs. Un père de famille pourra donc être exempté de verser des aliments à ses enfants mineurs si sa situation économique ne le lui permet pas. Toutefois, cette possibilité est rejetée d'emblée par le système juridique espagnol qui, conformément au mandat constitutionnel de l'art. 39.3 Cst.ES, impose aux parents (mère et père) l'obligation de fournir assistance en tout genre à leurs enfants mineurs, et les contraint à entretenir ces derniers, quelle que soit leur situation économique. La situation financière

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

des parents est uniquement prise en considération pour le cas des enfants majeurs et autres proches ayant droit aux aliments.

En dernier lieu, nous devons traiter de l'exigibilité des aliments, et notamment de la possibilité de réclamer leur versement rétroactivement. À ce sujet, le droit marocain établit un régime différent selon que les aliments sont dus à l'épouse ou aux enfants (arts. 195 et 200 CFM), ou encore lorsqu'il s'agit d'aliments pour les parents (art. 204 CFM). Ainsi, pour les épouses ou les enfants, la *Moudawana* prévoit que les aliments, une fois fixés par un jugement, devront être payés à partir du moment où l'époux, ou le père a cessé de pourvoir à l'obligation d'entretien qui lui incombe envers sa famille. Pour les parents, en revanche, les aliments devront être payés à partir de la date de l'introduction de la demande en justice. Nous apprécions donc une différence importante par rapport au droit espagnol dans lequel, bien qu'il soit établi que les aliments soient exigibles depuis le moment où l'obligation de les fournir est créée indépendamment du statut du créancier, leur paiement est dû à partir du moment où l'action est introduite en justice (art. 144 CC). Toutefois, malgré les différences observées sur ce point entre les deux systèmes juridiques, celles-ci ne font en aucun cas obstacle à l'application par les autorités espagnoles -quand cela est exigé par la réglementation de droit international privé- de ce qui est établi en droit marocain. Il n'y a pas non plus de difficultés à ce qu'une décision judicaire marocaine prononcée selon les termes prévus par le droit marocain produise tous ses effets en Espagne.

III. COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX ESPAGNOLS POUR MODIFIER LES DÉCISIONS JUDICIAIRES MAROCAINES RENDUES EN MATIÈRE D'ALIMENTS

La réglementation espagnole concernant la compétence judiciaire internationale en matière d'aliments, applicable pour fonder la compétence des tribunaux espagnols visant à connaître des actions en modification de jugements étrangers en matière d'aliments, est contenue dans le chapitre II du Règlement (CE) nº 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et à la coopération en matière d'obligations alimentaires[9], connue aussi sous le nom de Règlement de Bruxelles III (ci-après dénommé RB-III).

[9] *DO* nº L 7, du 01.01.2009. Corr.err. *DO* nº L 131, du 01.05.2011.

Conformément aux dispositions de l'art. 3 dudit Règlement, les tribunaux espagnols sont compétents pour statuer sur les demandes en matière d'aliments quand apparaît en Espagne l´une des circonstances suivantes: a) le défendeur y a sa résidence habituelle; b) la résidence habituelle du créancier d'aliments s'y trouve; c) la demande des aliments est accessoire à une action concernant l'état des personnes, les tribunaux espagnols étant compétents pour traiter d'affaires relatives à l'état civil d'une personne ou d) la demande des aliments est accessoire à une action relative à la responsabilité parentale, les tribunaux espagnols étant compétents pour connaître des actions en matière de responsabilité parentale. Toutefois, des quatre critères mentionnés, seuls les deux premiers pourront servir de base pour que les tribunaux puissent traiter d'une éventuelle demande en modification d'un jugement étranger en matière de pension alimentaire, qu'il s'agisse d'un jugement portant exclusivement sur une affaire d'aliments ou portant sur l'état civil, ou surresponsabilité parentale, lorsque ces décisions contiennent également une partie sur les aliments.

Il peut aussi arriver que la juridiction espagnole soit compétente sur la base d'un éventuel accord entre le créancier et le débiteur d'aliments. Cette possibilité trouve sa source à l'art. 4 RB-III.

À la lumière de cette disposition, l'accord désignant expressément la compétence des tribunaux espagnols doit nécessairement être effectué en la forme écrite -sans oublier que toute transmission par voie électronique permettant de consigner durablement la convention sera considérée comme respectant cette exigence-et peut être conclu à tout moment avant l'introduction de la demande, ou au moment même de l'introduction de celle-ci.

En outre, les parties peuvent décider de la compétence exclusive des tribunaux espagnols qui connaissent d'une demande d'aliments dans la mesure où l'une des conditions suivantes a lieu en Espagne: a) l'une des parties litigantes y a sa résidence habituelle (créancier ou débiteur); b) l'une des parties au litige possède la nationalité espagnole. Par ailleurs, les parties pourront également saisir les tribunaux espagnols, dans des cas particuliers de demandes d'aliments entre époux tout comme entre ex-époux, si les tribunaux espagnols sont compétents pour connaitre des différends en matière matrimoniale, ou si l'Espagne a été le pays de la dernière résidence habituelle commune des deux époux pendant au moins un an.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

La compétence attribuée aux tribunaux espagnols par convention entre les parties, selon la forme mentionnée aura un caractère exclusif et, par conséquent, dérogera la compétence qu'un autre tribunal étatique pourrait avoir, sauf si les parties en disposent autrement.

Dans tous les cas, il convient de garder à l'esprit que la recevabilité des clauses d'élection de for n'est pas applicable dans les cas où l'obligation alimentaire objet de la demande, concerne un enfant de moins de 18 ans.

Outre la soumission expresse, le RB-III met sur un même pied d'égalité, dans son art. 5, la soumission tacite des parties en matière d'élection de for. Ce critère permettra aux tribunaux espagnols de connaitre d'une demande d'aliments dans tous les cas où, une fois que ladite demande est introduite devant ces tribunaux, le défendeur comparait et conteste.

En plus des critères de compétence exposés ci-dessus, le RB-III en ajoute deux autres qui élargissent la gamme déjà large des situations dans lesquelles les autorités judiciaires espagnoles pourront connaitre des demandes portant sur les obligations alimentaires. Cependant, nous ne devons pas oublier qu'il s'agit de critères résiduels, puisqu'ils permettent aux autorités espagnoles de connaitre des litiges uniquement lorsqu'aucun des critères antérieurs n'attribuerait la compétence aux tribunaux d'un autre État membre du RB-III, et qu'il n'y ait pas non plus lieu à attribuer cette compétence aux tribunaux d'un autre État membre de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale[10] (ci-après dénommée CL), qui n'est pas partie au RB-III[11].

Le premier critère permet aux tribunaux espagnols de connaitre d'une réclamation d'aliments dans les cas où le créancier et le débiteur possèdent la nationalité espagnole (art. 6). Le deuxième critère, quant à lui, ne s'applique qu'en l'absence du critère antérieur, et permet donc aux tribunaux espagnols, à titre exceptionnel, de connaître d'un litige en matière d'aliments dans les cas où la procédure d'aliments dont il s'agit ne peut raisonnablement être

[10] *DO* nº L 147, du 10.06.2009.

[11] Il convient de souligner que la CL est toujours applicable après l'entrée en vigueur du RB-III, même si cette application est limitée aux cas où le créancier et le débiteur s'accordent sur la désignation de compétence d'un tribunal d'un pays partie à la Convention mais non pas au RB-III. L'accord n'est pas applicable quand la réclamation des aliments fait référence à des enfants de moins de 18 ans (art. 4.4 RB-III).

introduite, ou s'avère impossible à conduire dans un État tiers avec lequel le litige a un lien étroit, si le litige en question a un lien quelconque avec l'Espagne -*forum necessitatis*- (art. 7).

Il est nécessaire de souligner que les critères énoncés aux arts. 3 à 7 RB-III ne sont pas seulement appelés à agir en tant que critères de compétence judiciaire internationale, mais aussi en tant que critères de compétence territoriale interne, se substituant ainsi -dans les cas où la réclamation d'aliments introduite devant les tribunaux espagnols aurait un caractère international- aux critères de compétence territoriale prévus aux arts. 769 et 775de la Loi 1/2000, du 7 janvier, de procédure civile[12] (dénommée ci-après LPCE).

Centrons-nous à présent sur le sujet de notre travail, à savoir la modification, en Espagne, des jugements marocains en matière d'aliments. Si l'on tient compte de la diversité des situations que nous pouvons rencontrer, nous devons tout d'abord identifier le ou les critères de compétence qui serviront, dans chaque cas d´espèce, de base aux autorités judiciaires espagnoles pour connaître d'une éventuelle demande en modification d'un jugement marocain. Cette analyse nous permettra de déterminer dans quelles situations la compétence des autorités espagnoles n'est pas suffisamment garantie.

Situations nº 1 et 7

La compétence des tribunaux espagnols est assurée par le lieu de la résidence habituelle du défendeur [art. 3 a) RB-III]. En outre, il est possible que les parties (le créancier et le débiteur) aient convenu -sauf dans le cas où le jugement dont la modification est demandée concerne un enfant de moins de 18 ans- en vertu de l'art. 4 RB-III, que ce soit les tribunaux espagnols qui s'occupent de la modification en tant que tribunaux de l'État dans lequel l'une des parties (dans les deux cas, le débiteur) a sa résidence habituelle.

Situations nº 2 et 8

Une fois que la compétence des tribunaux espagnols est rejetée sur la base des deux critères énoncés à l'art. 3 RB-III, puisque ni la résidence habituelle du défendeur, ni celle du créancier de l'obligation ne se trouvent en Espagne, il sera uniquement possible de fonder leur compétence sur un éventuel accord de soumission entre les parties en vertu de l'art. 4 RB-III (soumission possible si la résidence habituelle de l'une des parties au litige –le débiteur–

[12] *BOE* nº 7, du 08.01.2000. Corr.err. *BOE* nº 90, du 14.04.2000 et *BOE* nº 180, du 28.07.2001.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

se trouve en Espagne, quoique seulement dans la mesure où le jugement à modifier ne concerne pas un enfant de moins de 18 ans) ou sur une possible soumission tacite (art. 5 RB-III). Ce n›est qu›exceptionnellement, dans le cas où le créancier et le débiteur auraient acquis la nationalité espagnole, qu'il serait possible de fonder la compétence des tribunaux espagnols, en l›absence des critères exposés ci-dessus, sur le for de la nationalité commune des parties. Le forum *necessitatis* de l'art. 7 sera inapplicable dans la mesure où les autorités judiciaires marocaines, en vertu des dispositions de l'art. 28 du Code de procédure civile marocain[13] (dorénavant, CPCM), seront compétentes pour connaitre d'une éventuelle modification d›une décision rendue par un tribunal marocain.

Situations nº 3 et 9

La compétence des tribunaux espagnols est également assurée dans ce troisième cas à raison du for de la résidence habituelle du créancier des aliments [art. 3 b) RB-III]. De plus, dans ce cas, les parties gardent la possibilité de convenir, en vertu de l'art. 4 RB-III -tant que le jugement en matière d'aliments dont la modification est demandée ne concerne pas des enfants de moins de 18 ans- que les tribunaux espagnols soient compétents pour connaître de ladite modification, ceux-ci étant les tribunaux de l'État où l'une des parties (dans ces deux cas, le créancier) a sa résidence habituelle.

Situations nº 4, 5, 6 et 10

Les tribunaux espagnols sont compétents dans ce cas à la fois à raison du for de la résidence habituelle du défendeur [art. 3 a)], ainsi que du for de la résidence habituelle du créancier d'aliments [art. 3 b)]. Les parties, en vertu de l'art. 4 RB-III, auront également la possibilité de convenir -tant que le jugement en matière d'aliments dont la modification est demandée ne concerne pas des enfants de moins de 18 ans- que les tribunaux espagnols soient compétents pour connaitre ladite modification, ceux-ci étant les tribunaux de l'État où l'une des parties au litige (ou bien le créancier ou le débiteur) a sa résidence habituelle.

La conclusion à tirer de cette analyse est claire: si la réglementation en vigueur en Espagne relative à la compétence judiciaire internationale en matière d'aliments garantit, dans la plupart des cas, la compétence des tribunaux espagnols pour connaitre des demandes en modification des décisions

[13] Code approuvé par le *Dahir* n° 1-74-447 du 28.09.1974 (*BO* nº 3230 bis, du 30.09.1974) et modifié par le *Dahir* nº 1-91-225 du 10.09.1993 (*BO* n° 4227, du 03.11.1993).

judiciaires marocaines en la matière, cela pose cependant des problèmes pour fonder la compétence des tribunaux espagnols dans certaines situations: celles où le débiteur saisit les tribunaux espagnols pour solliciter la modification de la décision judiciaire marocaine, quand il a sa résidence habituelle en Espagne et que le créancier réside à l'étranger (soit au Maroc ou dans un pays tiers). Dans de tels cas, comme nous l'avons expliqué antérieurement, aucun des fors prévus à l'art. 3 RB-III (for de la résidence habituelle du défendeur et de la résidence habituelle du créancier), ne pourront être opérationnels. Le RB-III, il est vrai, prévoit également d'autres fors qui pourraient, dans ces cas d'espèce, servir de fondement à la compétence des tribunaux espagnols, tels que la soumission expresse des parties (art. 4) –exclue uniquement dans le cas où le jugement en question se réfèrerait à un enfant de moins de 18 ans– et la soumission tacite (art. 5). Il pourrait arriver de même que, en cas de non concours d'aucun des fors prévus dans les arts. 3-5, aucun tribunal appartenant à un État membre au RB-III ou du CL ne soit désigné compétent. Dans ce cas, si les deux parties au litige possèdent la nationalité espagnole, cela permettra d'invoquer le for subsidiaire de la nationalité commune. Toutefois, que se passerait-il dans les cas où il n'y aurait ni soumission expresse ni soumission tacite en faveur des tribunaux espagnols et qu'il ne soit pas non plus possible d'invoquer le for de la nationalité commune? Le problème, à notre avis, pourrait se résoudre facilement en remplaçant, dans la première catégorie de fors prévus par l'art. 3, le terme «défendeur» par «débiteur», ou bien en changeant, dans la seconde catégorie, le terme «créancier» par «demandeur». De cette façon, la compétence des tribunaux serait garantie d'une manière définitive pour connaître des actions de modifications aussi dans ce genre de situations, sans que pour autant celle-ci soit subordonnée à l'existence d'un accord, explicite ou tacite, entre les parties au litige, ou à une plus qu'improbable nationalité commune espagnole des deux parties.

IV. MODIFICABILITÉ ET CONDITIONS DE MODIFICABILITÉ

Une fois que la compétence des autorités espagnoles pour connaitre d'une éventuelle action en modification d'un jugement marocain en matière d'aliments est établie, il faut souligner que ces autorités devront commencer par vérifier deux éléments: d'une part, la modificabilité dans l'abstrait des

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

jugements de cette nature, et d'autre part, le respect, dans ce cas, de ce que nous pouvons qualifier comme conditions de modificabilité.

Étant donné que la quasi-totalité des systèmes juridiques nationaux –dont le droit espagnol (art. 147 CC) et marocain (art. 191.2 CFM)– reconnaissent la possibilité de modifier, pour leur condition de condamnation de futur, les prononcés judiciaires en matière d'aliments, nous pouvons ainsi affirmer que la détermination du droit national applicable à cette modificabilité devient insignifiante. De plus, tout droit étranger prohibant hypothétiquement une telle possibilité, violerait l'ordre public international espagnol et son application serait par conséquent exclue. Pour ce cas de figure, c'estle droit espagnol, où les demandes de modifications des jugements en matière d'aliments sont recevables, qui devra être appliqué.

La question relative aux conditions nécessaires pour qu'un jugement en matière d'aliments puisse être modifié est bien différente, puisqu'il est inévitable d'avoir recours à deux lois distinctes.Premièrement, il faut tenir compte des dispositions de la loi du for, ou ce qui revient au même, du droit espagnol, qui prévoit que la modification d'un prononcé en matière d'aliments est recevable uniquement lorsque des faits nouveaux provoquant une altération substantielle des circonstances décisives pour la fixation du montant de la prestation surviennent[14]. Pour déterminer le caractère nouveau des événements juridiques pertinents qui seront allégués dans la nouvelle procédure conduite en Espagne et, par conséquent, le changement substantiel des circonstances par rapport à celles qui avaient été prises en considération par les autorités marocaines pour établir le montant de la pension alimentaire fixé dans son jugement, il s'avère nécessaire de déterminer un moment temporel précis. La fixation dudit momentcorrespond évidemment au droit marocain, en tant que loi de l'État de provenance du jugement à modifier. Selon le droit marocain (comme on peut le déduire de l'art. 3 CPCM), ce moment n'est autre que la date où le tribunal a été saisi.

[14] En vertu de l'art. 147 CC, «Les aliments seront réduits ou augmentés d'une manière proportionnelle à l'augmentation ou la diminution des besoins de celui qui les reçoit et à la fortune de celui qui les fournit». En ce qui concerne les jugements rendus dans le cadre des procédures portant sur les affaires matrimoniales et les mineurs, l'art. 775.1 LPCE établit de son côté que: «Le ministère public, dans le cas où il y a des enfants mineurs ou incapables et, dans tous les cas, les époux pourront solliciter du tribunal la modification des mesures convenues par les époux où celles adoptées en l'absence d'accord, si les circonstances prises en considération pour les approuver ou les accorder ont substantiellement changé».

Une fois cette date fixée selon le droit marocain, tous les faits ultérieurs allégués au cours de la procédure initiée feront l'objet d'une autre procédure, étant donné que l'objet est différent de celui de la procédure engagée au Maroc et conclue par le jugement dont la modification est demandée en Espagne. Ce changement de circonstancesfacilitera, en plus, la limitation de l'autorité de la chose jugée du jugement marocain, puisque celui-ci exclut l'effet le plus important de celle-ci -à savoir l'impossibilité d'introduire une nouvelle procédure- et ouvre la voie à un nouveau prononcé relatif aux éléments affectés par le changement de circonstances, à savoir le montant de la pension alimentaire, ou la continuité ou non du droit à la percevoir. En tout cas, n'oublions pas qu'un autre effet important de la chose jugée sera maintenu: l'effet contraignant du jugement, ce qui empêchera les parties de prétendre réviser dans la nouvelle procédure, ce qui a déjà été statué dans la procédure antérieure.

Tenant compte de ce qui vient d'être exposé, nous pouvons en conclure que l'autorité judiciaire espagnole ne pourra en aucun cas accepter, sur demande du créancier, de revoir à la hausse la pension fixée dans une décision rendue par la justice marocaine pour la simple raison que le montant de cette pension pourra sembler trop bas par rapport aux standards espagnols. Cette situation sera maintenue jusqu'à ce qu'un changement substantiel des circonstances prises en considération par les autorités marocaines pour fixer la pension justifie cette modification. Par conséquent, face à une éventuelle demande de ce genre, l'autorité judicaire espagnole, à condition que le jugement marocain dont la modification est sollicitée soit susceptible d'être reconnu (une reconnaissance qui, soit à la demande du débiteur -quand il y a opposition à la hausse de la pension de la part de ce dernier-, soit d›office, devra être menée telle que nous le verrons dans le prochain paragraphe), n'aura d'autre alternative que de rejeter les prétentions du demandeur. Ce rejet devra obligatoirement être fondé sur la force de la chose jugée que la décision marocaine en question va déployer en Espagne après avoir été reconnue.

Il en va autrement si le créancier, dans le cas d'une décision marocaine fixant une pension alimentaire qui est, d'un point de vue espagnol, considérée dérisoire, engage une nouvelle procédure dans le but d'obtenir une hausse de cette pensiondevant les autorités espagnoles sans faire référence aucune à l'existence de la décision marocaine précédente. Cependant, il ne faut

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

pas oublier que, dans ce cas, il revient au débiteur défendeur de contrer la prétention du créancier demandeur, en prouvant l'autorité de la chose jugée de la décision judiciaire marocaine préexistante. La demande du créancier ne saurait prospérer que dans le cas où la décision marocaine en question ne pourrait être reconnue, comme c'est le cas -comme nous le verrons dans la section suivante- lorsque, soit le prononcé en matière d'aliments, soit la décision englobant le prononcé en question, porte atteinte à l'un des principes fondamentaux du droit espagnol et, par conséquent, la reconnaissance doit être rejetée par l'ordre publicespagnol. Dans tous les cas, gardons à l'esprit que, lorsque cette situation se produit, la décision que les autorités judicaires espagnoles finiront par rendre dans la nouvelle procédure en matière d'aliments formulée devant elles ne produira ses effets qu'en Espagne, et pas au Maroc où, en raison de l'existence d'une décision préalable portant sur le même sujet, la reconnaissance de la nouvelle décision judiciaire espagnole sera impossible. Par conséquent, la situation décrite ci-dessus par le créancier n'a réellement de sens que dans les cas où le débiteur possède des biens en Espagne lui permettant de faire face au paiement de la nouvelle pension alimentaire que le jugement rendu par les autorités judiciaires espagnoles finira par fixer.

V. RECONNAISSANCE DU JUGEMENT MAROCAIN EN TANT QUE PRÉSUPPOSÉ POUR SA MODIFICATION

Pour que les autorités judiciaires espagnoles puissent décider de la modification d'un jugement marocain en matière d'aliments, il s'avère nécessaire que celles-ci aient au préalable reconnu ce jugement. Cette reconnaissance devra être faite conformément aux dispositions de la Convention de coopération judiciaire en matière civile, commerciale et administrative entre le Royaume de l'Espagne et le Royaume du Maroc, signée à Madrid le 30 mai 1997 (dorénavant, CHM)[15], et plus spécifiquement le Titre III, consacré à la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires, décisions arbitrales et des actes authentiques.

Si nous prenons en considération que l'effet dérivant de la décision marocaine, dans les situations qui nous concernent ici, n'est autre que la

[15] *BOE* nº 151, du 25.06.1997. La Convention a été approuvée au Maroc par le *Dahir* nº 1-98-150, du 13.05.1999 (*BO* nº 4700, du 17.06.1999).

chose jugée, et qu'à la lumière de l'art. 24 CHM pour l'obtention dudit effet, il n'est pas nécessaire de mettre en marche une procédure d'exequatur –celle-ci étant uniquement nécessaire pour l'exécution du jugement, ainsi que pour l'inscription de celui-ci dans un Registre public–, la reconnaissance du jugement marocain concernant les aliments, dont la modification est demandée, devra être faite de manière incidente par le même tribunal espagnol devant lequel l'action judiciaire en modification a été introduite.

Une fois que le tribunal concerné a constaté la présentation de la documentation requise selon l'art. 28 CHM[16], celui-ci devra contrôler que les conditions requises par l'art. 23 du texte conventionnel sont réunies. Ces conditions sont les suivantes:

a. Que la décision ait été rendue par un tribunal en accord avec la règlementation marocaine en matière de compétence judiciaire.

[16] Selon ce dernier précepte, le sujet qui saisit les autorités espagnoles en vue de modifier la décision marocaine portant sur les aliments devra fournir les documents suivants : a) une copie du jugement qui réunit toutes les conditions d'authenticité nécessaires; b) l'original de la notification de la décision judiciaire ; c) un certificat du greffier attestant que la décision n'a fait l'objet d'aucun recours et d) une copie certifiée conforme de la citation réalisée à la partie condamnée en défaillance. Cette documentation officielle ne requiert aucune légalisation, puisqu'elle en est exonérée en vertu de l'art. 40 du texte conventionnel. La seule exigence à cet égard est que, sur les documents fournis, soient apposés la signature et le sceau de l'autorité les ayant délivrés. En tout état de cause, ils doivent être établis matériellement de manière à ce que leur authenticité soit évidente. En cas d'existence de doute sérieux sur l'authenticité des documents, une vérification sera effectuée par l'intermédiaire des autorités centrales désignées dans l'art. 4 CHM. Par ailleurs, dans le cas de copies, celles-ci devront être certifiées conforme à l'original par la même autorité marocaine l'ayant délivrée. La CHM ne dit rien expressément quant à l'exigence de traduction des documents fournis, quoique l'on puisse déduire de l'art. 43.1, où il est établi que les traductions seront légalisées par l'autorité compétente des deux États. D'après cette disposition, il est même possible de déduire le genre de traduction -des documents requis- qui devra être apportée, et même d´affirmer que ladite traduction doit être officielle puisque l'exigence de légalisation est uniquement demandée dans le cas de documents publics. Par ailleurs, il faut garder à l'esprit que, parmi les documents qui doivent être apportés selon l'art. 28, deux d'entre eux (l'original du document de notification de la décision et la copie certifiée conforme de la citation adressée à la partie qui a été condamnée par défaut) sont des documents qui devront avoir étés notifiés et, conformément à ce qui est établi dans l'art. 42 en relation avec ce genre de documents (dans le cas, bien sûr, où la notification aurait été faite entre le Maroc et l'Espagne), lesdits documents devront être rédigés en espagnol ou accompagnés d'une traduction en langue française.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

Ladite règlementation devrait être différente selon que le cas sur lequel l'autorité marocaine s'est prononcée –dans le jugement dont la reconnaissance est demandée– soit un cas purement interne ou un cas à caractère international. Dans le premier cas, il s'avère nécessaire de consulter la règlementation en matière de compétence territoriale interne et, dans le deuxième, de contrôler ce qui est établi dans la règlementation en matière de compétence judiciaire internationale. Toutefois, il ne faut pas oublier qu'au Maroc la première et la deuxième règlementation coïncident, puisque, faute d'une réglementation spécifique en matière de compétence judiciaire internationale, les critères de compétence qui s'appliquent sont ceux établis dans le CPCM en matière de compétence territoriale interne. Concrètement, en vertu de l'art. 28 CPCM, le tribunal appartenant à la juridiction du domicile ou de la résidence du défendeur, aussi bien que celui du domicile ou de la résidence du demandeur, seront compétents pour connaître de la réclamation en matière d'aliments, selon le choix du demandeur en tout cas.

b. Que les parties aient été légalement citées à comparaître, représentées ou déclarées défaillantes. Le contrôle de cette dernière circonstance doit être mené conformément aux dispositions de la législation marocaine. Plus précisément, en ce qui concerne le contrôle de la légalité de la comparution et la déclaration de défaillance des parties, il faudra suivre, selon que la notification est interne ou internationale, les dispositions du CPCM, ou bien ce qui est établi dans la Convention internationale qui aurait éventuellement été appliquée. Lorsque la notification internationale est faite entre le Maroc et l'Espagne, ladite règlementation conventionnelle peut être constituée aussi bien par le CHM même, que par la Convention de la Haye du 1er novembre 1965 relative à la signification et la notification à l´étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, à laquelle les deux pays sont parties[17] .

c. Que la décision ait acquis l'autorité de la chose jugée, et qu'elle est soit exécutoire conformément au droit marocain.

[17] *BOE* nº 203, du 25.08.1987. Corr.err. *BOE* nº 88, du 13.04.1989. La Convention a été publiée au Maroc par le *Dahir* nº 1-04-34, du 02.08.2011 (*BO* n° 5988, du 20.10.2011).

d. Que la décision marocaine ne contienne pas de dispositions contraires à l'ordre public espagnol, ce dernier étant entendu comme ordre public international qui, de ce fait, est limité aux principes et valeurs essentielles du système juridique espagnol. C'est précisément sur ce point-là qu'il faut souligner la difficulté à laquelle l'autorité judiciaire espagnole –devant laquelle l'action de modification est introduite– fera face dans les cas où le prononcé concernant les aliments dont la modification est sollicitée a été rendu en vertu d'une disposition du CFM qui, comme nous l'avons vu dans le point consacré à la règlementation en matière d'aliments en droit marocain, porte atteinte à l'un des principes de la Constitution espagnole. En effet, dans ces cas d´espèce, la décision marocaine ne pourra être reconnue et, par conséquent, il ne pourra y avoir lieu à modification. De prime abord, on pourrait penser que c'est également la situation qui se poserait dans tous les cas où le prononcé sur les aliments dont la modification est demandée, est contenu dans un jugement marocain relatif à un divorce sur requête de l'époux, qui devrait être considéré comme contraire à l'ordre public international. C'est le cas du divorce dénommé divorce sous contrôle judiciaire, ou «*Talaq*» (arts. 78-93 CFM), qui constitue une prérogative de l'homme, puisque son exercice est réservé à celui-ci (sauf dans les cas où, en vertu du contrat de mariage, l'exercice de ce droit a été conféré par l'époux à son épouse), ceci impliquant une violation évidente du principe de non-discrimination à raison de sexe. Il est vrai que lesdites modalités de divorce, traditionnellement désignées par le terme «répudiation», ont subi des modifications importantes dans le CFM. Citons, entre autres, la mise en place de certaines garanties en faveur de la femme répudiée, assorties d'un contrôle judiciaire, en exigeant, outre l'autorisation préalable par le juge de la formalisation de l'acte de répudiation par deux *adouls*, l'homologation de l'acte de répudiation par le juge notarial et le prononcé du jugement correspondant.Toutefois, cela n›empêche pas l›autorité judiciaire espagnole, qui doit reconnaître la décision marocaine de divorce comprenant le prononcé portant sur les aliments dont la modification est sollicitée, de considérer que la reconnaissance de ladite décision judiciaire heurte l'ordre public

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

espagnol, en particulier en tenant compte du fait que le droit de révocation prévu dans les cas desdites modalités de divorce continue à être réservé exclusivement aux hommes[18]. Rappelons également la possibilité que, dans de telles occasions, l'ordre public peut arriver à en être atténué. C'est précisément ce qui se passe si c'est la femme répudiée elle-même qui sollicite la reconnaissance de la décision marocaine de divorce. Au demeurant, nous ne pouvons ignorer que le prononcé sur des aliments en faveur des enfants contenu dans une décision de divorce constitue en soi un prononcé indépendant du prononcé principal, et qu'il peut parfaitement exister en marge de ce dernier. Il ne devrait donc pas y avoir de problème à ce que celui-ci puisse faire l'objet d'une reconnaissance (si les conditions requises sont réunies), même si ce n'est pas le cas pour le prononcé principal relatif à la cause matrimoniale (divorce), considéré comme contraire à l'ordre public.

e. Que la décision marocaine ne soit contraire à aucune décision espagnole ayant acquis l'autorité de la chose jugée.

f. Qu'il n'y ait pas eu de procédure pendante entre les mêmes parties et sur le même objet devant un autre tribunal espagnol avant l'introduction au Maroc de l'action ayant donné lieu à la décision dont la reconnaissance est sollicitée[19].

---

[18] Cf. Rueda Valdivia, R., «Las decisiones de divorcio y separación matrimonial en el tráfico jurídico entre España y Marruecos», Sánchez Lorenzo, S. (ed.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Junta de Andalucía, Atelier, Universidad de Granada, Granada, 2009, pp. 754 s., tout comme Zekri, H., «La disolución del vínculo matrimonial en las relaciones bilaterales hispano-marroquíes», Rueda Valdivia, R. & Ruiz Sutil, C. (eds.), *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, IAM, Sevilla, 2008, pp. 260 s.

[19] En vue d'une analyse plus approfondie des conditions de reconnaissance prévues dans la CHM, cf., Rueda Valdivia, R., «Las decisiones de divorcio y separación matrimonial… *cit.*», pp. 721 s.; Fontán Silva, E.J., «El exequátur de las decisiones dictadas por los Tribunales de Marruecos», *AC,* 1998, nº 4, pp. 36 s.; Garau Sobrino, F., «La normativa convencional hispano-marroquí sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales, documentos públicos con fuerza ejecutiva y laudos arbitrales en materia civil, mercantil y administrativa», *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo, Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, 1997, BOE, Madrid, 1999, pp. 167 s. et Ruiz Sutil, C., *Filiación hispano-marroquí*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 382 s.

Une fois que les conditions détaillées auparavant sont réunies, l'autorité judiciaire espagnole reconnaitra la décision judiciaire marocaine en lui attribuant l'effet désiré, qui n'est autre que –comme il a été déjà signalé– l'effet de la chose jugée matérielle. Et ce, bien que cela puisse paraitre paradoxal –comme nous l'avons déjà signalé dans le paragraphe antérieur–, c'est précisément pour limiter l'effet le plus significatif de la chose jugée, consistant en l'impossibilité d'introduire une nouvelle procédure, tout en maintenant, toutefois, l'efficacité contraignante de la décision. Cette efficacité contraignante évitera que l'une des parties prétende que ce qui a déjà été objet de litige dans la procédure antérieure au Maroc puisse être débattu de nouveau dans la procédure qui est initiée en Espagne.

Dans le cas où la décision marocaine ne remplirait pas l'une des conditions exposées auparavant, la reconnaissance serait refusée, et par conséquent le juge ne pourrait pas donner suite à la modification sollicitée par la partie demanderesse. Dans de telles situations, il est vrai que rien n'empêcherait que la prétention initiale en modification puisse faire l'objet d'une nouvelle procédure, ignorant l'existence de la décision marocaine. La décision n'ayant pas été reconnue, celle-ci ne produit aucun effet contraignant, et par conséquent, les autorités judiciaires espagnoles se verraient obligées de traiter de nouveau les différentes questions sur lesquelles les autorités marocaines auraient déjà statuédans de la procédure engagée dans leur pays. Ce qui est évident c'est que, si le demandeur choisit cette voie, la décision judiciaire que les autorités espagnoles pourraient finalement rendre dans la nouvelle procédure engagée devant elles, trouverait des obstacles sérieux pour sa reconnaissance au Maroc. L'une des conditions requises à cet effet par l'art. 23 CHM, telle que l'inexistence dans le for d'une décision ayant autorité de chose jugée, ne sera pas remplie. Et cela sans oublier que l'autorité marocaine reconnaitra difficilement une décision espagnole rendue précisément à partir du rejet de la reconnaissance d'une décision marocaine.

VI. LOI APPLICABLE À LA MODIFICATION PAR LES TRIBUNAUX ESPAGNOLS

La détermination de la loi applicable à la modification d'une décision étrangère en matière d'aliments constitue un problème sur lequel la doctrine espagnole est divisée. Une partie de la doctrine[20] considère que la loi

[20] Virgós Soriano, M. & Garcimartin Alférez, F., *Derecho Procesal Civil Internacional*, Civitas, Madrid, 2000, marg. 707.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

applicable ne peut être autre que celle qui aurait été appliquée par le juge ayant dicté la décision à modifier, faisant valoir à ce sujet le principe d'harmonie internationale des solutions. Une autre partie de la doctrine[21], dont nous partageons le point de vue, défend l'application pour la modification de la loi désignée à cet effet par les règles de conflits espagnoles en matière d'aliments, justifiant une telle approche par le fait que la modification consiste en une nouvelle procédure ayant une nouvelle prétention.

Une fois que le changement substantiel de circonstances, exigé par la loi espagnole -loi du for- comme condition de modificabilité, est démontré par le requérant -qui l'aurait allégué en tant que fondement pour sa prétention de modification-, les autorités judiciaires espagnoles devront identifier la loi qui, dans ce cas d'espèce, devra être appliquée à la modification. Elles se baseront sur la règlementation conflictuelle espagnole en matière d'aliments, constituée par le Protocole de la Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires[22] (dorénavant, PLH 2007), auquel l'art. 15 RB-III renvoie. Il serait fondamental à cet effet de savoir, en outre, qui est reconnu comme créancier des aliments par la décision marocaine dont la modification est sollicitée en Espagne, puisque la norme de conflit concrète dont il faut tenir compte pour déterminer la loi applicable à la modification dépendra en dernier lieu de cette circonstance. Plus précisément, en tenant compte des prononcés éventuels d'aliments que, en appliquant le droit marocain, les autorités de cet État pourraient rendre et dont la modification pourrait être réclamée devant les autorités espagnoles, trois situations peuvent se présenter: a) le prononcé sur les aliments fait référence aux enfants du débiteur; b) le prononcé sur les aliments fait référence à l'épouse du débiteur et c) le prononcé sur les aliments fait référence aux parents du débiteurs.

Dans le premier cas, aussi bien que dans le dernier, la loi applicable est déterminée conformément aux dispositions de l'art. 4 PLH 2007. Selon cet article, la loi qui doit, en principe, être appliquée, c'est la loi de l'Etat où le créancier a sa résidence habituelle (celle-là étant la solution générale prévue

[21] Carballo Piñeiro, L., «Competencia judicial internacional y modificación de prestaciones de ejecución continuada: más allá de la STC 61/2000», *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 480-481; Michinel Álvarez, M.A., «La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias (con especial referencia a la condena de prestación periódica de alimentos)», *REDI*, 2002-2, vol. LIV, pp. 663-664.

[22] *DO* nº L 331, du 16.12.2009.

dans l'art. 3 PLH 2007). Dans les cas où le créancier ne peut pas obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi mentionnée, c'est la loi du for qui doit être appliquée (art. 4.2). Dans le cas où ladite loi ne fournit pas d'aliments au créancier, ce sont les dispositions de la loi nationale commune du créancier et du débiteur (art. 4.4), si elle existe, qui seront appliquées. Or, il faut garder à l'esprit que, dans le cas où les autorités judiciaires espagnoles seraient saisies puisque ce sont les autorités de l'État où le débiteur a sa résidence habituelle, l'ordre des critères de rattachement dont il faut tenir compte pour la détermination de la loi applicable sera modifié. Ainsi, la loi applicable sera celle du for. La loi de l'État de la résidence habituelle du créancier sera appliquée uniquement dans les cas où la loi du for n'accorde pas d'aliments au créancier (art. 4.3). De même, dans ce genre de situations, et en dernier recours, il est possible d'appliquer la loi nationale commune -si elle existe- du créancier et du débiteur (art. 4.4).

Si la pension imposée par la décision judiciaire marocaine dont la modification est sollicitée, est une pension alimentaire en faveur de l'épouse, la détermination de la loi qu'il faut appliquer à la modification doit être faite en tenant compte des dispositions des arts. 3 et 5. Plus précisément, selon l'art. 3, les obligations alimentaires entre époux sont régies, en principe, par la loi de l'État de résidence habituelle du créancier, même si l'art. 5 laisse la possibilité au débiteur de s'opposer à l'application de la ladite loi en invoquant l'existence d'une autre loi ayant un lien plus étroit avec les époux, telle que, par exemple, la loi de l'État de leur dernière résidence habituelle commune. Dans ces cas-là, cette dernière loi sera applicable et non pas celle de l'État de résidence habituelle du créancier.

Il ne faut pas oublier la possibilité que le PLH 2007 reconnaît aux parties de désigner la loi applicable aux obligations alimentaires, en rappelant toutefois que la liberté de choix de la règlementation applicable que le Protocole consacre, présente un champ d'application différent selon que la procédure en question concerne seulement les aliments, ou qu'il s'agisse d'une demande d'aliments au sein d'une procédure d'une autre nature. Ainsi, alors que dans le premier cas les parties au litige (créancier et débiteur) peuvent uniquement éviter l'application de la loi objectivement applicable par le biais de la désignation de la loi du for (dans notre cas, la loi espagnole) (art. 7.1), dans le deuxième, la liberté de désignation de la loi est plus étendue,

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

puisque l'on reconnait aux parties la possibilité de choisir entre plusieurs lois applicables: a) la loi nationale de l'une des deux parties au moment du choix; b) la loi de l'État de résidence habituelle de l'une des deux parties au moment de l'élection, et c) la loi régissant les relations patrimoniales s'il s'agit d'une demande d'entretien entre époux(art. 8.1). Dans un cas comme dans l'autre, le Protocole exige que ladite désignation doit faire l'objet d'un accord par écrit ou soit consigné sur un support dont le contenu est accessible pour pouvoir être consulté ultérieurement, et doit en plus être signé par les deux parties (arts. 7.2 et 8.2). Quant au premier cas, le Protocole exige, en plus, que la désignation soit effectuée avant l'introduction de l'instance.

La désignation de la loi applicable est cependant exclue dans les cas d'obligation alimentaire concernant une personne âgée de moins de 18 ans ou un adulte qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de ses facultés personnelles, n'est pas en mesure de protéger ses intérêts. Il est vrai que le PLH 2007 prévoit cette exclusion uniquement quand il fait référence aux cas où la demande d'aliments fait partie d'une procédure particulière (art. 8), et non pas dans les cas où la demande d'aliments constitue l'objet d'une procédure exclusive (art. 7). Toutefois, compte tenu du motif d'exclusion (protection des intérêts du mineur ou de celui dont les facultés personnelles sont diminuées), cette éviction doit également être maintenue dans ces derniers cas.

Les parties ayant la possibilité de choisir la loi applicable à l'obligation alimentaire, peu importe que celle-ci fasse l'objet d'une procédure spécifique ou soit réclamée dans le cadre d'une procédure d'une autre nature, nous pouvons certainement nous demander dans quelle mesure une telle possibilité peut s'avérer aussi défendable dans les cas où l'action introduite serait une action en modification d'un jugement portant sur des aliments. Et la réponse est claire: l'admissibilité dans ces cas d´une désignation éventuelle de la loi applicable s'avère également incontestable et ce, car le PLH 2007 ne fait pas de distinction entre les actions en réclamation d'aliments et les actions en modification. Toutefois, il faut garder à l´esprit que, étant donné que la modification fait l'objet d'une procédure spécifique-même dans les cas où le prononcé concernant les aliments visé par la modification aurait été adopté au sein d'une procédure d'une autre nature, faisant par conséquent partie d'un jugement ayant d'autres prononcés, ilfaudra nécessairement respecter

les dispositions de l'art. 7 PLH 2007, qui, comme nous l'avons déjà indiqué, reconnait aux parties du litige la possibilité de convenir uniquement de l'application de la loi du for.

L'application du régime conflictuel prévu au PLH 2007 pour les différentes situations, qui, comme nous l'avons déjà souligné dans l'introduction, peuvent se présenter en matière de modification en Espagne de prononcés marocains d'aliments, conduira l'autorité espagnole, selon les circonstances spécifiques réunies dans chaque cas, à assujettir la modification de la décision judiciaire marocaine à des lois différentes:

Situation nº 1.

Si le prononcé marocain en matière d'aliments dont la modification est sollicitée concerne l'obligation d'un père à l'égard de son enfant, ou d'un enfant à l'égard de son père, il faut s'en tenir, en principe, à ce qui est établi dans la loi espagnole, conformément à ce qui est prévu à l'art. 4.3 PLH 2007. Cependant, si le prononcé sur les aliments concerne des époux, on s'en remettra à la loi marocaine, en application des dispositions de l'art. 3 PLH 2007, même si la possibilité reste ouverte pour que le débiteur puisse s'opposer à l'application de ladite loi en invoquant l'existence d'une autre loi ayant un lien plus étroit avec les époux, telle que, par exemple, la loi de l'État de leur dernière résidence habituelle commune. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que, dans ce dernier cas, tout comme dans celui dans lequel la décision dont la modification est sollicitée fait référence aux obligations alimentaires d'un père à l'égard de son enfant, ou d'un enfant de plus de 18 ans à l'égard de son père, les parties au litige ont la possibilité de convenir de l'application de la loi espagnole pour la modification, conformément à l'art. 7 PLH 2007.

Situation nº 2.

Dans ce deuxième cas, la modification du prononcé marocain en matière d'aliments, indépendamment du fait qu'il fait référence à une obligation entre parents et enfants, ou à une obligation entre époux, sera régie par le droit marocain, en application des dispositions de l'art. 3 PLH 2007. Toutefois, dans le cas où il s'agit d'un prononcé d'aliments entre époux, la possibilité reste ouverte pour le débiteur, puisse s'opposer à l'application de ladite loi en invoquant l'existence d'une règlementation ayant un lien plus étroit avec les époux, telle que, par exemple, la loi de l'État de leur dernière résidence habituelle commune. Ceci dit, il ne faut pas oublier que, sauf si le prononcé

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

à modifier fait référence à une obligation d'aliments d'un père à l'égard d'un enfant de moins de 18 ans, cette possibilité reste aussi ouverte pour que les parties au litige puissent s'accorder sur l'application de la loi espagnole à ladite modification, selon ce qui est disposé à l'art. 7 PLH 2007.

Situations nº 3, 4, 5, 6, 7 et 8.

La modification des prononcés marocains concernant les aliments entre parents et enfants sera régie dans ces situations par la loi espagnole, bien que fondée sur les dispositions de l'art. 3 PLH 2007 (dans le cas nº 5, en outre, conformément à ce qui est établi à l'art. 4.3). De même, ce sera la loi espagnole, conformément à l'art. 3 PLH 2007, qui sera appliquée à la modification des prononcés en matière d'aliments entre époux, laissant ouverte dans ces cas, la possibilité pour le débiteur de s'opposer à l'application de cette loi en invoquant l'existence d'une autre loi ayant un lien plus étroit avec les époux, telle que la loi de l'État de leur dernière résidence commune, par exemple. La voie que l'art. 7 PLH 2007 laisse ouverte aux parties au litige quant à la possibilité de désignation de la loi applicable perd son sens dans ces cas, puisque seule la loi du for est permise, celle-ci étant en espèce la loi espagnole.

Situation nº 9

La modification du prononcé marocain en matière d'obligations alimentaires quand, celui-ci fait référence à l'obligation d´un parent à l'égard d'un enfant, ou d'un enfant à l'égard d'un parent, devra être régie dans ce cas par la loi espagnole en vertu de l'art. 4.3 PLH 2007. Toutefois, si le prononcé d'aliments fait référence aux époux, ce sera la loi de l'État tiers où le créancier a sa résidence habituelle qui devra être appliquée pour la modification, tel qu'il est disposé à l'art. 3 PLH 2007. Mais cette possibilité reste aussi ouverte pour le débiteur qui désire s'opposer à l'application de ladite loi en invoquant l'existence d'une autre règlementation ayant un lien plus étroit avec les époux, telle que, par exemple, la loi de l'État de leur dernière résidence commune. Dans ce dernier cas, en outre, et en application de ce qui est prévu à l'art. 7 PLH 2007, la possibilité s'étendra également pour les parties au litige souhaitant s'accorder sur l'application de la loi espagnole, en tant que loi du for.

Situation nº 10

La modification du prononcé marocain en matière d'aliments, qu'il s'agisse d'une obligation entre parents et enfants, ou d'une obligation entre

époux, devra être effectuée, conformément à l'art. 3 PLH 2007, en appliquant ce qui est établi par la loi du pays tiers où le créancier a sa résidence habituelle. Toutefois, dans le premier cas, si la loi de ce pays tiers ne concède pas d'aliments, la possibilité d'avoir recours à la loi espagnole, en tant que loi du for (art. 4.2), reste ouverte. Dans le deuxième cas, la possibilité de s'opposer à l'application de la loi du pays tiers est reconnue au débiteur, en invoquant pour cela l'existence d'une autre loi ayant un lien plus étroit avec les époux, telle que la loi de l'État de leur dernière résidence habituelle commune, par exemple (art. 5). De plus, il ne faut pas oublier que, aussi bien dans un cas que dans l'autre -sauf dans les cas où le prononcé judiciaire marocain concerne une obligation d'aliments d'un parent à l'égard d'un enfant de moins de 18 ans-, les parties auront la possibilité de convenir de l'application pour la modification d'une loi différente de celle réclamée en principe, si bien que ladite loi, conformément à l'art. 7 PLH 2007, ne pourra être autre que la loi espagnole.

La loi applicable à la modificationque nous venons d'évoquer sera chargée de déterminer:

a) la recevabilité ou non de la modification sollicitée, après avoir évalué à la lumière de ladite loi la substantialité du changement de circonstances exigée par la loi du for comme conditionde modificabilité. Concrètement, si la loi espagnole s'avère applicable, il faut avoir recours à ce qui est stipulé dans les arts. 147 du CC et 775.1 LPCE, même s'il est vrai que ces préceptes se limitent sans plus à conditionner la modification de la pension accordée initialement à l'existence d'un changement substantiel de circonstances. Par conséquent, il faut prendre en considération ce que la jurisprudence établit pour décider quand un changement de circonstances est suffisamment substantiel. Il en va de même dans les cas où c'est la loi marocaine qui devrait être appliquée. Dans de tels cas, l'application des dispositions de l'art. 192 CFM s'impose. Ledit article, après avoir stipulé la non-recevabilité d'une demande relative à l'augmentation ou à la diminution de la pension alimentaire convenue ou décidée judiciairement avant l'écoulement du délai d'un an, déclare que ledit délai ne pourra pas être retenu lorsque des circonstances exceptionnelles sont survenues, considérant parmi celles-ci la modification significative de certaines

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

circonstances. Afin de déterminer si l'on est en présence d'une modification significative, il est, par conséquent, nécessaire d'avoir recours à ce qui est établi dans la jurisprudence marocaine;

b) le nouveau montant de la pension alimentaire auquel le créancier aurait droit, et auquel le débiteur serait astreint, lorsqu'il est demandé une modification destinée à augmenter ou baisser le montant de la pension fixée par la décision marocaine;

c) le champ d'application dans le temps de la modification, à savoir son caractère rétroactif ou non-rétroactif. Il faut de même garder à l'esprit que, si la loi s'avérant applicable établit la rétroactivité de la modification, cette rétroactivité ne pourra pas s'étendre au-delà du moment où le changement de circonstances justifiant la modification s'est produit. En ce point, comme nous l'avions déjà signalé dans la rubrique consacrée à la règlementation sur les aliments en droit marocain, il convient de noter l'existence de différences significatives entre le droit espagnol et le droit marocain. Concrètement, en droit espagnol, l'art. 148 CC établit que, même si l'obligation alimentaire est exigible dès le moment où le besoin s'est produit, les aliments ne seront versés qu'à compter de la date de l'introduction de la demande en justice. Toutefois, les critères établis en droit marocain sont différents. En ce qui concerne les aliments accordés à l'épouse et aux enfants, les arts. 195 et 200 CFM disposent que, une fois la pension alimentaire fixée par jugement, celle-ci prend effet à partir de la date où le père, ou époux, a cessé de pourvoir à l'obligation d'entretien qui lui incombe. Par contre, quant aux aliments dus aux parents, l'art. 204 CFM dispose que la pension fixée par jugement devra être versée à compter de la date d'introduction de la demande en justice.

VII. RECONNAISSANCE À L'ÉTRANGER DU JUGEMENT MODIFICATEUR ESPAGNOL

Une fois que le jugement statuant sur la modification du prononcé en matière d'aliments (adopté auparavant par les autorités marocaines) est rendu en Espagne, celui-ci est susceptible d'être utilisé en dehors des frontières espagnoles.

Plus précisément, il est possible de penser que, si le jugement espagnol n'est pas exécuté de manière volontaire par le débiteur des aliments, ledit

jugement peut être déclaré exécutoire dans le pays où le recouvrement de ladite pension doit être réalisé, qu'il s'agisse du pays où le débiteur a sa résidence, ou simplement de celui où il dispose de biens, ce pays pouvant être le Maroc même ou un autre État. La personne intéressée par ladite exécution sera normalement le créancier de la prestation alimentaire fixée par le jugement espagnol. Cependant, il faut garder à l'esprit qu'il est possible que ce soit un organisme public –concrètement, «*El Fondo Español de Garantía del Pago de Alimentos*» (Fonds espagnol d'assurance du recouvrement des aliments)– qui soit l'instigateur de l'exécution du jugement espagnol en dehors des frontières du pays. C'est ce qui arrivera, par exemple, dans les cas où les circonstances exigées à cet effet par l'art. 4 du Décret Royal espagnol 1618/2007, du 7 décembre, sur l'organisation et fonctionnement du Fonds espagnol d'assurance du recouvrement des aliments[23], seraient réunies, et que le créancier de la prestation alimentaire fixée dans le jugement espagnol aurait obtenu une avance dudit Fonds, et que ce dernier demande le remboursement de la prestation fournie au créancier en sollicitant l'exécution du prononcé d'aliments inclus dans le jugement espagnol en faveur du créancier.

Il faut également envisager la possibilité que le jugement espagnol puisse, sur demande du débiteur, être effectivement invoqué au Maroc –pays de provenance du prononcé en matière d'aliments modifié– ainsi que dans tout autre pays, afin de suspendre la procédure d'exécution ayant pu être suscitée dans ledit pays par le créancier du prononcé marocain modifié, ou dans le but d'exclure, définitivement, toute possibilité que ladite procédure d'exécution puisse être sollicitée dans le futur.

De ce fait, il est nécessaire de distinguer deux scénarios possibles: 1) la reconnaissance du jugement espagnol au Maroc et 2) la reconnaissance du jugement espagnol dans un pays tiers, la règlementation applicable dans un cas ou dans l'autre étant différente.

1. RECONNAISSANCE DU JUGEMENT ESPAGNOL AU MAROC

La règlementation applicable dans ce cas sera le CHM mentionné auparavant et, concrètement, ce qui est établi dans son Titre III. Toutefois, il est nécessaire, à ce niveau-là, de savoir si la prétention est l'exécution du jugement espagnol ou simplement la reconnaissance de l'autorité de la chose jugée, puisque les démarches à suivre sont différentes.

[23] *BOE* nº 299, du 14.12.2007.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

Dans le premier cas, conformément à ce qui est établi dans l'art. 24 CHM, il est obligatoire de suivre une procédure d'exéquatur devant les autorités judicaires marocaines. Cette procédure, en vertu de ce qui est stipulé à l'art. 25 CHM, relèvera de la compétence du tribunal de première instance. L´art. 340.1 CPCM attribue, plus précisément, cette compétence au tribunal de première instance du lieu où le défendeur a son domicile ou sa résidence ou, à défaut, le lieu d'exécution du jugement.

La procédure à suivre par l'autorité judiciaire marocaine sera, conformément à l'art. 25.2 CHM, celle qui est établie dans la législation procédurale de ce pays (arts. 430 et 431 CPCM). Dans cette procédure, ladite autorité judiciaire devra vérifier si le jugement espagnol en question réunit les conditions de reconnaissance prévues à l'art. 23 et auxquelles nous avons déjà fait allusion antérieurement.

Par contre, dans le deuxième cas (le débiteur prétend la reconnaissance au Maroc de l'autorité de chose jugée du jugement espagnol), la procédure d'exéquatur n'est pas toujours nécessaire. En effet, l'exéquatur n'est pas obligatoire dans les cas où le jugement espagnol modificateur est invoqué devant les autorités judiciaires marocaines saisies par le créancier pour exécuter le prononcé marocain d'aliments modifié. Dans de telles occasions, l'autorité judiciaire marocaine effectuera une reconnaissance incidente du jugement espagnol, se limitant à contrôler le respect par ce dernier des conditions établies à l'art. 23 CHM. Cependant, dans les cas où la prétention du débiteur serait la reconnaissance définitive au Maroc du jugement espagnol afin d'éviter que le créancier puisse, dans l'avenir, demander l'exécution du prononcé marocain d'aliments modifié en Espagne, il est nécessaire de présenter une procédure d'exéquatur selon les conditions mentionnées antérieurement.

2. RECONNAISSANCE DU JUGEMENT ESPAGNOL DANS UN PAYS TIERS

Dans ce cas, la règlementation applicable à la reconnaissance du jugement espagnol dépendra du pays où l'on prétend l'utiliser. De plus, afin de déterminer le régime applicable, il sera nécessaire de préciser quel est l'effet prétendu dudit jugement.

Compte tenu de la large gamme de textes réglementaires en vigueur en Espagne susceptibles d'être appliqués pour la reconnaissance des jugements relatifs aux aliments, ainsi que leurs différents domaines d'application matérielle, il faut distinguer les situations suivantes:

a) Reconnaissance du jugement espagnol dans un Etat membre de l'UE

Lorsque la décision espagnole est invoquée dans l'un des 27 États membres de l'UE restants, il faut s'en tenir à ce qui est établi dans la Section 1ere du Chapitre IV du RB-III[24]. Conformément à l'art. 17 RB-III, le jugement espagnol sera reconnu dans les autres pays membres de l'UE sans qu'il soit pour autant nécessaire d'avoir recours à une procédure, et sans qu'il y ait possibilité de s'opposer à sa reconnaissance. Ledit jugement pourra aussi être exécuté sans avoir à recourir à une procédure d´exequatur pour l´attribution de la force exécutoire.

Toutefois, le RB-III reconnait au défendeur, dans certains cas de non comparution, le droit à solliciter de l'organe juridictionnel espagnol qui a rendu le jugement, que celui-ci soit réexaminé. Il s'agit, en particulier, des cas suivants: 1) lorsque la non-comparution du défendeur est due au fait que l'acte introductif d'instance, ou un acte équivalent ne lui ait pas été signifié ou notifié en temps utile et de telle manière qu'il ait pu se défendre, ou 2) lorsqu'il s'est trouvé dans l'impossibilité de contester la créance alimentaire pour des cas de force majeure ou en raison de circonstances extraordinaires, sans qu'il y ait eu faute de sa part. Cela ne sera cependant pas le cas si le défendeur pouvait exercer un recours contre la décision et qu'il ne l'ait pas fait. Ce nouvel examen devra en tout cas être sollicité dans un délai de 45 jours –sans possibilité de prorogation– à compter de la date où le défendeur a eu connaissance du contenu du jugement et qu'il aurait été à même d'agir et, au plus tard**,** à compter du jour de la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre ses biens indisponibles en tout ou en partie (art. 19).

[24] Les États parties au RB-III restent également liés par la CL, même si cette dernière n'est pas applicable aux relations entre lesdits États, conformément aux dispositions de l'art. 64.1 et 2 c) CL. Rappelons également que certains des États parties au RB-III sont, comme c'est le cas de l'Espagne, membres d'autres instruments conventionnels multilatéraux, tels que la Convention de la Haye du 15.04.1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière d'obligations alimentaires destinées aux enfants (Autriche, Belgique et Hongrie) ou la Convention de la Haye du 02.10.1973 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière d'obligations alimentaires destinées aux enfants (Allemagne, Danemark, Slovaquie, Slovénie, Estonie, Finlande, France, Grèce, Italie, Lituanie, Luxembourg, Pays Bas, Pologne, Portugal, Royaume Uni, République Tchèque et Suède). L'application de ces textes est exclue, conformément à ce qui est prévu dans l'art. 69.2 RB-III, quant aux relations entre les États qui sont des Etats parties au RB-III.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

Quant aux cas visant l'exécution totale ou partielle de la décision judicaire espagnole, le RB-III, après avoir fait référence aux documents que le défendeur devra fournir à l'autorité compétente chargée de l'exécution (art.20), prévoit la possibilité que cette autorité refuse ou suspende l'exécution sollicitée. Le refus, en particulier, aura lieu, à la demande du débiteur: 1) lorsque le droit d'obtenir l'exécution de la décision espagnole de modification serait prescrite, soit en vertu du droit espagnol –en tant que droit de l'État membre de provenance–, soit conformément au droit de l'État membre d'exécution, si celui-ci établit un délai d'exécution plus long, ou 2) lorsque la décision judiciaire espagnole serait incompatible avec une décision rendue dans l'État membre de l'exécution ou dans tout autre État, quand cette dernière décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre d'exécution. Il faut cependant retenir qu'une telle incompatibilité ne pourra en aucun cas être alléguée en ce qui concerne la décision marocaine modifiée (art. 21.1). Par ailleurs, la suspension intégrale ou partielle de l'exécution est recevable, à la demande également du débiteur: a) si la juridiction espagnole est saisie d'une demande de réexamen de la décision espagnole de modification conformément à l'art. 19, ou b) si la force exécutoire de la décision est suspendue en Espagne (art. 21.3).

b) Reconnaissance du jugement espagnol en Islande, en Norvège ou en Suisse

La règlementation qui, dans ce cas, régit la reconnaissance de la décision judiciaire espagnole en modification est constituée par la CL et, en particulier, par les dispositions de son Titre III. Lesdites dispositions nous mèneront nécessairement à déterminer l'effet prétendu de la décision espagnole (exécutif ou de chose jugée). Plus précisément dans les cas où il est demandé l'exécution de la décision judiciaire, la CL exige l'exequatur (Section 2), en confiant au tribunal indiqué dans la liste figurant dans l'Annexe II de la Convention le déroulement d'une telle procédure. Le tribunal à saisir est celui qui correspond au lieu du domicile de la partie contre laquelle l'exécution est sollicitée ou, à défaut, au lieu d'exécution (art. 39).

Une fois que la demande d'exequatur -accompagnée des documents visé à l'art. 53- est présentée, le tribunal compétent rendra immédiatement la déclaration constatant le caractère exécutoire de la décision espagnole, sans effectuer de contrôle des conditions, et sans que la partie contre laquelle

l'exécution est demandée puisse formuler aucun type d'observations (art. 41). Si la partie contre laquelle l´exécution a été sollicitée n'est pas d'accord avec la décision adoptée, elle aura la possibilité de former un recours contre la décision devant le tribunal compétent selon l'Annexe III CL, dans un délai d'un mois ou deux au plus -selon si sa résidence se trouve ou non dans l'État d'exécution- à compter de la date de signification de la décision. Ledit recours devra suivre son cours selon les règles de la procédure contradictoire (art. 43). La décision résultant du recours pourra, à son tour, faire l'objet dans l'État d'exécution des recours prévus dans l'Annexe IV (art. 44). Dans tous les cas, et tel qu'il est disposé à l'art. 45 CL, le tribunal compétent pour connaître desdits recours devra se prononcer en tenant compte de l'existence ou non d'une des causes de refus de la reconnaissance prévues à l'art. 34, à savoir: a) que la décision porte manifestement atteinte à l'ordre public de l'État requis; b) que la décision n´ait pas été signifiée ou notifiée au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse organiser sa défense, et que le défendeur n'ait pas pu présenter de recours contre la décision le déclarant défaillant; c) que la décision s'avère inconciliable avec une autre décision rendue dans un litige entre les mêmes parties dans l'État requis et d) que la décision s´avère inconciliable avec une décision rendue auparavant dans un autre État membre de la CL ou dans un État tiers entre les mêmes parties à un litige portant sur le même objet et la même cause, quand ladite décision remplit les conditions nécessaires pour sa reconnaissance dans l'État requis.

Dès lors que l'effet prétendu de la décision espagnole est acquiert l'autorité de chose la jugée, et à la lumière de ce que dispose l'art. 33 CL, l'exéquatur n'est pas exigé, sauf s'il y a opposition. Il suffira que le tribunal devant lequel la décision est invoquée à cet effet procède à la reconnaissance incidente suite au contrôle des conditions prévues à l'art. 34.

Il est de notoriété que la Norvège, ainsi que la Suisse, sont liées à l'Espagne par la Convention de la Haye du 2 octobre 1973concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires portant sur les obligations alimentaires[25] (ci-après, CLH 1973). Par ailleurs, il est également impossible d'ignorer l'existence du Traité bilatéral entre l´Espagne et la Suisse concernant l'exécution des décisions judicaires en matière civile du

[25] *BOE* nº 192, du 12.08.1987. Correc.err., *BOE* nº 282, du 25.11.1987.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

19 novembre 1896[26]. Toutefois, si nous prenons en considération les règles de concours des conventions prévues dans les instruments susmentionnés, ainsi que dans le CL lui-même, nous pouvons en déduire que, dès lors qu'il s'agit de reconnaître une décision judiciaire espagnole en matière d'aliments, les autorités norvégiennes et suisses finissent par appliquer, intégralement ou partiellement, les préceptes de la CL. Plus précisément, l'application de la CL au lieu du Traité bilatérale est fondée sur les dispositions de l'art. 65 CL. En revanche, en ce qui concerne la relation entre la CL et la CLH 1973, et à la lumière des dispositions de l'art. 67.1 et art. 5 CL, d'une part, et de l'art. 23 CLH 1973, d'autre part, deux possibilités se présentent: 1) soit que l'autorité judiciaire norvégienne ou suisse applique en totalité (la procédure à suivre aussi bien que les conditions à contrôler) ce qui est établi dans la CL; 2) soit qu´elle applique la CL pour ce qui relève de la procédure et le CLH 1973 en ce qui concerne les conditions (ces dernières seront abordées plus loin).

c) Reconnaissance du jugement espagnol en Albanie, à Andorre, en Australie, en Turquie ou en Ukraine

La reconnaissance dans ces cas de la décision espagnole en modification reste soumise aux dispositions de la CLH 1973 sur la reconnaissance et l'exécution des résolutions portant sur les obligations alimentaires, convention qui fait dépendre l'efficacité de la décision, quel que soit l'effet prétendu de celle-ci, de la conduite préalable d'une procédure d'exequatur dans l'État requis. Dans la procédure, qui devra être suscitée en fournissant les documents prévus à l'art. 17, le tribunal compétent à la lumière de la législation de l'État requis doit procéder au contrôle des conditions de reconnaissance prévues dans les arts. 4-8, à savoir: a) la compétence des autorités espagnoles selon les critères prévus dans les articles 7 et 8; b) le caractère définitif de la décision espagnole; c) l'incompatibilité manifeste de la reconnaissance de la décision espagnole avec l'ordre public de l'État requis; d) l'obtention d'une décision qui ne résulte pas d´une fraude commise dans la procédure; e) l'inexistence dans l'État requis d'une procédure -entre les mêmes parties et portant sur le même objet- introduite à une date antérieure à celle qui aurait donné lieu à la décision dont la reconnaissance est demandée; f) l'inexistence d'une décision judiciaire entre les mêmes parties portant sur le même objet incompatible avec la décision qu'il faut reconnaitre, soit dans l'État requis ou dans un État tiers,

[26] *Gaceta de Madrid* nº 190, du 09.07.1898.

mais susceptible dans ce dernier cas d'être reconnue dans l'État requis, et g) que, dans le cas où la décision aurait été rendue par défaut, l´acte introductif d´instance contenant les éléments essentiels de la demande ait été notifié ou signifié à la partie défaillante selon le droit de l´Etat d´origine et que cette partie ait disposé d´un délai suffisant pour présenter sa défense.

d) Reconnaissance du jugement espagnol dans les territoires qui formaient les Antilles néerlandaises (Aruba, Bonaire, Curaçao, Saba, Saint-Eustache et Saint-Martin), dans les Départements et Territoire d'outre-mer français où le RB-III n'est pas applicable (la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française, le Wallis-et-Futuna, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy)[27], au Liechtenstein ou au Suriname.

Dans ces cas, selon la personne qui est bénéficaire dela pension alimentaire modifiée par la décision judiciaire espagnole, la reconnaissance de cette dernière sera régie soit par les dispositions de la Convention de La Haye du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants[28], soit par les règles sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers prévues dans le droit interne de l'État requis. La Convention de La Haye de 1958 sera concrètement applicable si l'obligation alimentaire modifiée concerne un enfant légitime, illégitime ou adopté, qui n'est pas marié et qui est âgé de moins de 21 ans. Dans tous les autres cas, les règles étatiques devront être appliquées.

Si nous portons notre attention sur la règlementation conventionnelle, celle-ci subordonne l'obtention de tout effet du jugement espagnol à la conduite, dans l'État requis, d'une procédure d'exequatur. Dans ladite procédure –qui doit être intentée en fournissant les documents prévus dans l'art. 4, devant le tribunal qui, au regard de la législation de l'État requis, s'avère compétent, et qui doit être conduite conformément aux dispositions de ladite législation (art. 6)–, il faut procéder au contrôle des conditions de reconnaissance prévues dans les arts. 2-3, à savoir: a) la compétence des autorités espagnoles à la lumière des critères prévus à l'art. 3; b) que la partie défenderesse ait été régulièrement citée ou représentée conformément à la loi espagnole, en tant que loi de l'État de provenance de la décision

[27] En tant que régions ultrapériphériques de l'UE, en Guadeloupe, Guyane française, Martinique, à Mayotte et à la Réunion, le RB-III est applicable.

[28] *BOE* nº 271, du 12.11.1973.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

de modification, même s'il est prévu que, en cas de jugement par défaut, la reconnaissance et l'exécution pourront être refusées si, au vu des circonstances, l'autorité d'exécution estime que la partie défaillante n'est pas responsable de l'absence de connaissance de l'existence d'une procédure, ou qu'elle n´a pas pu se défendre; c) que la décision espagnole ait acquit en Espagne l'autorité de la chose jugée, même s'il est prévu que les décisions exécutoires par provision et les mesures provisionnelles, quoique susceptibles de recours, pourront être déclarées exécutoires par l´autorité d´exécution si pareilles décisions peuvent être rendues et exécutées dans l´Etat dont relève cette autorité; d) que la décision espagnole ne soit pas contraire à une décision rendue sur le même objet et entre les mêmes parties dans l'État requis. La reconnaissance et l'exécution pouvant toutefois être refusées si, avant le prononcé de la décision espagnole, il y a eu exception de litispendance dans ce dernier État, et e) que la décision espagnole ne soit pas manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis.

e) Reconnaissance du jugement espagnol en Algérie, au Brésil, en Colombie, en Chine, en Israël, en Mauritanie, au Salvador, dans la Fédération Russe, en Tunisie ou en Uruguay

Dans ces cas, la reconnaissance du jugement espagnol devra s'en tenir aux dispositions des conventions bilatérales de reconnaissance signées par l'Espagne avec lesdits pays, à savoir : Convention entre l'Espagne et l'Algérie du 24 février 2007[29]; Convention entre l'Espagne et le Brésil du 13 avril 1989[30]; Convention entre l'Espagne et la Colombie du 30 mai 1908[31]; Convention entre l'Espagne et la République Populaire de Chine du 2 mai 1992[32]; Convention entre l'Espagne et LeSalvador du 7 novembre 2000[33]; Convention entre l'Espagne et Israël du 30 mai 1989[34]; Convention entre l'Espagne et la Mauritanie du 12 septembre 2006[35]; Convention entre l'Espagne et la Tunisie du 24 septembre 2001; Convention entre l'Espagne et lURSS du 26 octobre

[29] *BOE* nº 103, du 01.05.2006.

[30] *BOE* nº 164, du 10.07.1991. Corr.err., *BOE* nº 193, du 13.08.1991.

[31] *Gaceta de Madrid* nº 108, du 18.04.1909.

[32] *BOE* nº 26, du 31.01.1994. Corr.err., *BOE* nº 60, du 11.03.1994.

[33] *BOE* nº 256, du 25.10.2001.

[34] *BOE* nº 3, du 03.01.1991. Corr.err., *BOE* nº 20 du 23.01.1991.

[35] *BOE* nº 267, du 08.11.2006.

1990[36] et Conventions entre l'Espagne et la République de l'Uruguay du 4 novembre 1987 en matière de coopération juridique[37] et sur les conflits des lois en matière d'aliments pour les mineurs et reconnaissance et exécution des décisions et transactions judiciaires relatives aux aliments[38].

Néanmoins, il faut retenir que, parmi les instruments décrits, la Convention entre l'Espagne et le Brésil est applicable uniquement à la reconnaissance des décisions espagnoles portant sur les aliments, à condition que ceux-ci ne concernent pas des mineurs (art. 16 b). La reconnaissance des décisions espagnoles concernant des mineurs sera soumise, à ce qui est établi dans la règlementation brésilienne en matière de reconnaissance de décisions judiciaires étrangères. En outre, il faut délimiter le champ d'application des deux instruments conventionnels susceptibles d'être appliqués à la reconnaissance des décisions espagnoles en Uruguay. De fait, alors que la Convention bilatérale en matière d´aliments est applicable uniquement dans les cas où la décision judiciaire espagnole fait référence aux aliments qui sont dus aux enfants mineurs, dans le reste des cas, l'instrument à appliquer est la Convention bilatérale générale (sans oublier, en tout cas, que l'art. 9 du premier instrument contient un renvoi aux règles portant sur la reconnaissance prévue dans la Convention générale).

Les instruments conventionnels mentionnés, hormis trois d'entre eux (Conventions entre l'Espagne et la République du Salvador, la Fédération Russe et la Tunisie), conditionnent, en tout cas, l'efficacité de la décision espagnole -que la prétention vise son exécution dans l'État requis ou l'obtention de l'effet de chose jugée sans plus-à la conduite d'une procédure d'exequatur. Ledit exequatur doit être formulé -à la demande de l'intéressé et sur présentation des documents prévus dans chaque convention- devant l'autorité judiciaire compétente du pays destinataire (autorité qui, sauf dans les cas où la désignation est spécifiée dans la convention, est celle que désigne la loi de l'Etat requis). Ladite autorité doit effectuer, dans le cadre de la procédure fixée par la législation procédurale de l'État requis -à laquelle

[36] *BOE* nº 151, du 25.06.1997. Depuis la disparition de l'URSS, la Convention est considérée comme étant conclue avec la Fédération Russe.

[37] *BOE* nº 103, du 30.04.1998.

[38] *BOE* nº 31, du 05.02.1992.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

renvoi la règle conventionnelle dans ce cas-, le contrôle des conditions de reconnaissance prévues dans la convention applicable.

L'exception, comme nous l'avons signalé, se trouve dans les conventions bilatérales souscrites par l'Espagne avec la République du Salvador, la Fédération Russe et la Tunisie. En effet, d'après ce que nous pouvons déduire de la lecture de ces préceptes portant sur la reconnaissance, la conduite d'une procédure d'exequatur sera exigible uniquement dans les cas où la décision espagnole en matière d'aliments est invoquée sur le territoire de tels États pour son exécution (art. 10 Convention avec Le Salvador; art. 24 Convention avec la Fédération Russe; art. 20 Convention avec la Tunisie). Cependant, il n'en va pas de même quand celle-ci est invoquée dans ces pays en tant qu'autorité de la chose jugée dans le cadre d'une nouvelle procédure introduite sur les aliments. Dans ces cas d'espèce, la possibilité d'une reconnaissance incidente est admise, l'autorité judiciaire connaissant de la nouvelle procédure judiciaire devant simplement effectuer un contrôle des conditions de reconnaissance prévues dans la Convention (art. 11 Convention avec Le Salvador; arts. 18-20 Convention avec la Fédération Russe; arts. 17-19 Convention avec la Tunisie). Dans ces cas, le demandeur devra toujours fournir la même documentation avec sa demande (art. 19 Convention avec Le Salvador; art. 23 Convention avec la Fédération Russe; art. 24 Convention avec la Tunisie).

f) Reconnaissance du jugement espagnol dans tout autre pays

Lorsque le jugement espagnol est invoqué dans un pays autre que ceux déjà mentionnés, la reconnaissance dudit jugement doit être réalisée au regard de la règlementation étatique portant sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères en vigueur dans ledit pays. Bien souvent, cette règlementation conditionne l'efficacité du jugement espagnol à la conduite préalable d'une procédure d'exequatur devant les autorités judiciaires qui sont compétentes dans le pays en question. Toutefois, il est possible que la législation de l'État requis exempte le défendeur de cette exigence dès lors que l'effet prétendu du jugement est un effet d'autorité de la chose jugée. Elle prévoit à sa place une reconnaissance incidente, tel qu'il est prévu, comme nous l'avons vu, dans certains des instruments conventionnels multilatéraux ou bilatéraux en vigueur en Espagne.

VIII. RECOURS À LA COOPÉRATION DES AUTORITÉS DANS LE CONTEXTE DE LA MODIFICATION EN ESPAGNE DES JUGEMENTS MAROCAINS

Le recours aux mécanismes de coopération internationale des autorités qui existent actuellement en matière d'aliments, tels que ceux prévus dans la Convention de New York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger (dorénavant, CNY 1956), d'une part, et dans le Chapitre VII du RB-III, d'autre part, s'avèrent sans aucun doute, extrêmement utiles dans le contexte de la problématique de notre étude. En effet, ce recours contribue à faciliter, tant l'exercice en Espagne des actions en modifications des décisions judiciaires marocaines portant sur les aliments, que la reconnaissance à l'étranger des décisions judiciaires espagnoles en modification. Cependant, l'utilisation de ces mécanismes ne sera pas toujours possible. Et ce, non seulement parce que l'application de ces instruments exige que la demande de coopération vienne de, ou soit orientée vers un État membre, mais aussi parce que la possibilité d'avoir recours au système de coopération qu´y est établi n'est pas envisagé avec la même ampleur dans les deux instruments. Le but des pages qui suivent est justement d'identifier les cas dans lesquels le recours à la coopération internationale des autorités -dans le contexte particulier de la modification en Espagne des jugements marocains concernant les obligations en matière d'aliments- est réalisable. La possibilité d'utiliser ce recours, comme nous aurons l'occasion de le constater, dépendra en fin de compte de l'instrument qui, en fonction du pays de provenance et du pays destinataire de la demande de coopération, sera applicable.

La coopération internationale des autorités centrales dans ce contexte, d'un point de vue théorique, pourrait certainement être envisagée dans plusieurs situations. Elle pourrait effectivement être utile afin de faciliter l'exercice en Espagne des actions en modification portant sur des décisions marocaines en matière d'aliments. Il pourrait arriver que lesdites actions soient engagées sur demande du créancier ou du débiteur, et que ceux-ci, quand ils sollicitent la coopération internationale, se trouvent au Maroc ou dans un pays tiers. Le recours à la coopération internationale des autorités pourrait également être envisagé dans le but de faciliter la reconnaissance ou la reconnaissance et l´exécution des jugements espagnols en modification en dehors de ce pays. Dans ce dernier cas, il faudrait distinguer les situations de recours selon qu'ils proviennent du débiteur ou du créancier (ou du Fonds

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

espagnol d'assurance du recouvrement des aliments, dans le cas où ce dernier aurait fourni une avance au créancier), et aussi selon le pays où l'efficacité de la décision espagnole est demandée, que ce soit le Maroc ou un pays tiers.

Dans les cas où la demande de coopération des autorités est dirigée depuis le Maroc vers l'Espagne afin de faciliter l'exercice devant les autorités judiciaires espagnoles d'une action en modification concernant une décision marocaine portant sur desaliments, comme dans ceux où la demande de coopération est dirigée de l'Espagne vers le Maroc afin de faciliter la reconnaissance ou la reconnaissance et l'exécution par les autorités marocaines de la décision de modification du jugement espagnol, il faut nécessairement s'en tenir aux règles prévues dans la CNY 1956, dont les deux pays font partie[39]. Cependant, ne perdons pas de vue que le recours au mécanisme de coopération énoncé dans cet instrument, d'après ce que nous pouvons déduire de la lecture de ses arts. 1 et 8, ne sera pas toujours envisageable. Celui-ci sera en effet applicable uniquement dans les cas où les actions seraient formulées dans l'intérêt du créancier, tout en excluant son utilisation dans les cas où il s'agirait de sauvegarder l'intérêt du débiteur. En d'autres termes, le mécanisme conventionnel de coopération pourra être mis en place uniquement sur requête du créancier et jamais sur celle du débiteur. Par ailleurs, il faut garder à l'esprit que le système de coopération des autorités prévu dans la Convention pourra être utilisé uniquement dans le but de faciliter l'introduction en Espagne d'une action en modification se référant à une décision judiciaire marocaine, ou dans le but d'obtenir au Maroc la reconnaissance et l´exécution d'une décision judicaire espagnole en modification. Son utilisation est exclue dans les cas où la prétention porte sur la reconnaissance au Maroc d'une décision judicaire espagnole en modification à des fins autres que celle de son exécution, comme par exemple l'autorité de la chose jugée. Finalement, il faut relever que, même si la CNY 1956 ne précise rien de spécifique à ce sujet, il n'y a en principe aucune objection à ce que le mécanisme conventionnel de coopération des autorités puisse être invoqué, vu qu'il est inclus dans le terme «créancier», par le Fonds espagnol d´assurance du recouvrement des aliments dans les cas où, conformément aux préceptes de l'art. 4 Décret royal 1618/2007, et après que la décision judiciaire espagnole en modification a été rendue, celui-ci aurait accordé au

[39] *BOE* nº 281, du 24.11.1966. La Convention a été publiée au Maroc dans le *Dahir* nº 1-59-338, du 3.10.1959 (*BO* nº 2467, du 05.02.1960).

créancier des aliments une avance et chercherait à se faire rembourser par le biais de la reconnaissance et l´exécution au Maroc de ladite décision.

La situation est cependant différente dès lors que la demande de coopération, visant la modification en Espagne d'un jugement marocain, provient d'un pays tiers, ou que la demande de coopération visant à faciliter l'attribution d'effets dans un pays tiers à une décision espagnole de modification parte de l'Espagne vers ledit pays tiers. Dans ces cas, il est effectivement nécessaire de distinguer la demande en fonction du pays tiers de provenance ou de destination de celle-ci.Ainsi donc, s'il s'agit d'un État membre de l'UE (à l'exception du Danemark), il faudra appliquer le RB-III et le mécanisme de coopération des autorités qu´il prévoit (Chapitre VII). Par contre, s'il s'agit d'un autre État, la coopération des autorités sera uniquement possible dans la mesure où le pays en question fait partie, tout comme l'Espagne, de la CNY 1956, et la coopération devra dans ce cas s'en tenir aux dispositions visées dans cet instrument.

Dans le premier cas (une demande de coopération provient de, ou est adressée à un État membre de l'UE –à l'exception du Danemark-), et conformément aux dispositions de l'art. 56 RB-III [plus précisément dans les lettres a), b) et f) du paragraphe 1, aussi bien que dans les lettres a) et c) du paragraphe 2], la possibilité d'avoir recours au mécanisme de coopération des autorités reste ouverte autant pour les sollicitudes introduites par le créancier que pour celles du débiteur. À ceci il faut ajouter le fait que la coopération des autorités pourra aussi être demandée non seulement pour la modification en Espagne d'une décision judiciaire marocaine[40], mais encore pour l'obtention, dans tout autre pays de l'UE, de tout effet de la décision judicaire espagnole en modification, y compris l'autorité de la chose jugée. Ce dernier effet sera précisément celui que le débiteur prétendra obtenir de la décision espagnole en modification qu'il aura obtenu quand il l'aura fait valoir dans un autre État membre de l'UE dans le but d'obtenir la suspension ou la limitation de l'exécution du jugement marocain de modification dans l'État membre requis. Cet effet est expressément prévu dans l'art. 56.2 a) RB-III. D'autre part, il convient de retenir que, pour l´obtention de l'effet exécutif de la décision en modification espagnole dans tout autre pays du RB-III, ce dernier instrument reconnaît d'une manière expresse la possibilité d'avoir recours au

[40] Soulignons que le RB III ne limite en aucun cas l'utilisation du mécanisme de coopération des autorités qui y est prévu à la modification de jugements dictés dans un Etat membre.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

mécanisme institutionnel de coopération des autorités, à l'organisme public espagnol (Fonds espagnol d'assurance du recouvrement des aliments), en tant que créancier, auquel est dû le remboursement pour prestations fournies à titre d'aliments (art. 64.1 y 3 b).

Dans le deuxième cas la demande de coopération provient de, ou est dirigée vers un État ne faisant pas partie de l'UE -y compris le Danemark, qui n'est pas lié par le Chapitre IV RB-III-, et dans la mesure où l´État requérant ou requis est un État faisant partie de la CNY 1956 (condition que le Danemark précisément possède), celle-ci devra donner effet au régime de coopération des autorités prévu dans ce dernier instrument, avec les limitations que, comme il a déjà été exposé, celui-ci présente.

IX. INCIDENCE D'UNE ÉVENTUELLE RATIFICATION PAR LE MAROC DE LA CONVENTION DE LA HAYE DU 23 NOVEMBRE 2007 SUR LE RECOUVREMENT INTERNATIONAL DES ALIMENTS DESTINÉS AUX ENFANTS ET À D'AUTRES MEMBRES DE LA FAMILLE

La Convention de la Haye sur le recouvrement des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille, conclue le 23 novembre 2007 (CLH 2007), est entrée en vigueur le 1er janvier 2013. A partir de cette date, cette convention est devenue opérationnelledans quatre États: l'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, la Norvège et l'Ukraine. Conformément aux dispositions de l'art. 59 du texte conventionnel, l'UE, en tant qu'Organisation régionale d'intégration économique constituée par des États souverains, est compétente pour les matières qui sont régulées dans ledit texte. Elle a procédé à la signature dudit instrument le 6 avril 2011 et à son approbation le 9 avril 2014[41]. Par conséquent, ces règles, sur la base de ce que les articles 59.3 et 60.2.a) de la Convention même disposent, sont également en vigueur depuis le 1er août 2014 dans tous les États membres de l'UE qui ont transféré à cette dernière leurs compétences en matière d´aliments (c'est-à-dire, dans tous les pays -y compris l'Espagne-, à l'exception du Danemark). Notre objectif dans cette section, n'est autre que d'évaluer l'impact qu'aurait, dans le cadre de notre étude (à savoir la modification en Espagne des jugements marocains en matière d´aliments), le fait que ledit instrument conventionnel finisse par engager, en plus de l'Espagne, le Royaume du Maroc (Etat également partie

[41] *DO* nº L 113, du 16.04.2014.

à la Conférence de la Haye du droit international privé), si celui-ci décide d'adhérer à la Convention, malgré les difficultés existantes.

Le CLH 2007, outre le fait de concevoir un système de coopération des autorités (Chapitres II et III), limite la compétence pour l'engagement d'une procédure en modification des décisions portant sur les aliments (Chapitre IV), régit la reconnaissance et l'exécution des décisions en la matière (Chapitre V), et établit un ensemble de dispositions visant à faciliter l'exécution dans l'État requis (Chapitre VI). Toutefois, il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit d'un instrument ayant un domaine d'application subjectif très restreint. En effet, selon l'art. 2, ladite Convention est appelée à être appliquée aux obligations alimentaires en faveur des enfants âgés de moins de 21 ans[42], tout comme aux obligations alimentaires entre conjoints et ex-conjoints, quoique le champ d'application ne couvre pas la totalité de ces dernières obligations. Plus précisément, ces obligations alimentaires ne seront pas soumises à l'application des dispositions sur la coopération des autorités prévues dans les Chapitres II et III, sauf dans un cas: quand le recours au système de coopération des autorités vise à faciliter la reconnaissance et l'exécution ou l'exécution d'une décision portant sur les obligations alimentaires entre époux et ex-époux, et que ladite demande est présentée conjointement avec une autre portant sur les aliments en faveur des enfants de moins de 21 ans. L'application de la CLH 2007 à toute autre forme d'obligations alimentaires reste en principe exclue, mais il faut garder en mémoire la possibilité que l'art. 2.3 du texte conventionnel offre aux États contractants d'étendre, par le biais d'une déclaration -conformément à ce qui est prévu dans l'art. 63- l'application de la totalité ou d'une partie de la Convention à d'autres obligations alimentaires découlant d'une relation familiale, tel qu'un lien de filiation, matrimoniale ou d'alliance[43]. L'UE a fait usage de cette possibilité lors de l'approbation de la CLH 2007, en étendant l'application de toutes

[42] Il ne faut pas oublier que l'art. 2.2 CLH 2007 prévoit la possibilité que les États se réservent, conformément aux dispositions de l'art. 62, le droit de limiter l'application de la Convention aux personnes qui n'ont pas encore atteint l'âge de 18 ans. L'État contractant qui fait une telle réserve ne sera pas fondé à demander l'application de la Convention aux personnes exclues par sa réserve du fait de leur âge.

[43] Une telle déclaration, il faut le souligner, pourra créer des obligations uniquement entre deux États contractants dans la mesure où leurs déclarations incluent les mêmes obligations alimentaires et les mêmes parties à la Convention.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

ses normes, y compris celle de coopération des autorités, aux obligations alimentaires entre époux et ex-époux[44].

En partant de cette précision initiale, nous pouvons affirmer qu'une ratification éventuelle de la CLH 2007 par le Maroc pourrait considérablement élargir les situations où, dans ce contexte (la modification en Espagne des jugements marocains en matière d´aliments), il serait possible d'avoir recours à la coopération des autorités entre les deux pays en ce qui concerne les situations pour lesquelles (comme nous l'avons vu) ladite coopération est actuellement admise dans le cadre de la CNY 1956 -même si nous ne devons pas oublier que cela se réfèrerait uniquement aux situations incluses dans le domaine d'application des deux instruments, qui, comme l'art. 49 CLH 2007 le déclare, sont les seules où cette dernière convention remplace la CNY 1956-. Et ce, parce que le mécanisme de coopération des autorités prévu dans la CLH 2007 reste ouvert, tout comme celui établi dans le RB-III, aussi bien aux demandes formulées par le créancier que par le débiteur. Le créancier, en particulier, pourrait avoir recours au nouveau système conventionnel de coopération pour solliciter la modification en Espagne des décisions portant sur les pensions alimentaires rendues au Maroc [art. 10.1 f)], pour obtenir la reconnaissance au Maroc ou la reconnaissance et l'exécution des décisions en modification adoptées en Espagne [art. 10.1 a)], tout comme pour demander l'exécution de la décision de modification rendue ou reconnue dans l'État requis [art. 10.1 b)]. Ceci, sans oublier que, pour ces deux derniers effets, la CLH 2007, de même que le fait le RB-III, inclut dans le terme «créancier», l'organisme public qui réclame le remboursement des avances fournies à titre d'aliments [art. 36.1 et 3 b)].

De son côté, le débiteur pourra faire usage du mécanisme de coopération, aussi bien pour demander aux autorités espagnoles la modification d'une décision judiciaire marocaine portant sur les aliments [art. 10.2 c)], que pour obtenir au Maroc la reconnaissance (où procédure équivalente) de la décision en modification espagnole visant à suspendre ou à limiter l'exécution par les

[44] Dans sa déclaration, l'UE va même plus loin, quand elle indique que dans un délai de 7 ans, et à la lumière de l'expérience acquise et des déclarations possibles d'extension effectuées par d'autres États contractants, elle examinera la possibilité d'étendre l'application de la Convention entière à toutes les obligations alimentaires découlant d'un lien de famille, de parenté, matrimonial ou d'alliance.

autorités de ce pays de la décision rendue initialement au Maroc et modifiée en Espagne [art. 10.2 a)].

La ratification par le Maroc de la CLH 2007 introduirait, par ailleurs, une limitation significative pour les cas où l'intervention des autorités espagnoles pour modifier une décision judiciaire marocaine en matière d'aliments est actuellement admise. Et ce conformément à ce qui est établi dans le Chapitre IV, et plus précisément dans sa disposition unique (art. 18), où il est déclaré que lorsqu´une décision a été rendue dans un Etat contractant où le créancier a sa résidence habituelle, des procédures pour modifier la décision, ou obtenir une nouvelle décision ne pourront être introduites par le débiteur dans un autre Etat contractant, tant que le créancier continue à résider habituellement dans l´Etat où la décision a été rendue. En tout état de cause, rappelons que, selon le précepte cité, une telle limitation ne sera pas applicable: a) lorsque, dans un litige portant sur une obligation alimentaire envers une personne autre qu'un enfant, les parties ont accordé par écrit la compétence de cet autre État contractant; b) lorsque le créancier se soumet à la compétence de cet autre État contractant, soit expressément, soit en se défendant sur le fond de l'affaire sans contester la compétence lorsque l'occasion lui en est offerte pour la première fois; c) lorsque l'autorité compétente de l'État d'origine ne peut ou refuse d'exercer sa compétence pour modifier la décision ou rendre une nouvelle décision, ou d) lorsque la décision rendue dans l'État d'origine ne peut être reconnue ou déclarée exécutoire dans l'État contractant dans lequel des procédures tendant à la modification de la décision ou à l'obtention d'une nouvelle décision sont envisagées.

Finalement, il convient d'insister sur l'impact que l'application du nouveau règlement conventionnel pourrait avoir quant à l'efficacité au Maroc des décisions judiciaires espagnoles en modification et, concrètement, quant à leur efficacité exécutoire. Ceci sans oublier l'impact que la nouvelle règlementation aurait également sur la possibilité de faire exécuter les décisions espagnoles en modification dans le reste des pays (non membres de l'UE)[45] qui sont actuellement liés par ledit instrument, tout comme dans ceux qui pourraient l'être dans l'avenir, même dans les cas où l'Espagne se trouve déjà liée à ces pays par d'autres instruments conventionnels. Ces conventions pourraient finir par céder face aunouvel instrument, soit sur la base des dispositions

[45] Conformément aux dispositions de l'art. 69.2 RB-III, ainsi que l'art. 51.4 CLH 2007, les États membres de l'UE devront appliquer entre eux les dispositions du Chapitre IV RB-III.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

visées dans leurs clauses de concurrence respectives[46], soit en application de la règle de l'efficacité maximale prévue à l'art. 52 CLH 2007.

En régulant, dans son Chapitre V, la procédure d'exéquatur qui doit être introduite à cet effet, la CLH 2007 penche dans son art. 23 pour une procédure non contradictoire en effectué aucun contrôle des conditions de reconnaissance n'est effectué (conditions dont le texte conventionnel fait état dans ses arts. 20 et 22 sous les titres «Bases de reconnaissance et exécution» et «Motifs de refus de reconnaissance et d'exécution»[47]). Ledit contrôle est reporté à une seconde instance (dans cette instance, la partie requérante pourra

[46] Quant aux conflits entre la CLH 2007 et les autres instruments sur la reconnaissance des jugements concernant les aliments de la Conférence de la Haye (tel que ce sera le cas du conflit qui pourra être suscité, à partir du 01.08.2014, avec la CLH 1973, à laquelle l'Albanie, la Norvège et l'Ukraine sont parties tout comme l'Espagne), la prééminence de la première est claire, puisque, selon les dispositions de l'art. 48, celle-là va se substituer au reste des instruments de la Conférence de la Haye en ce qui concerne les relations entre les États contractants et pour les situations où leurs domaines d'application respectifs coïncident. Un autre conflit apparaîtra entre la CLH 2007 et la CL (conflit qui naîtra dans les relations avec la Norvège, pays partie comme l'Espagne à ce dernier instrument), qu´il faudra résoudre en s'appuyant sur les dispositions des arts. 51.1 CLH 2007 et 67.1 et 4 CL. À la lumière desdits préceptes, il sera possible de parler d'une application conjointe des deux instruments. Il correspondra à la CL de régir tout ce qui relève de la procédure, et à la CLH 2007 d'établir les bases ou conditions de reconnaissance.

[47] L'art. 20, spécifiquement, impose le contrôle de la compétence du tribunal de provenance tout en fixant les cas où ce dernier sera estimé compétent. De son côté, l'art. 22 énonce les raisons pour lesquelles il serait possible de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère, et les établit comme suit: a) que la reconnaissance et l'exécution de la décision soient manifestement incompatibles avec l'ordre public de l'État requis; b) que la décision ait résulté d´une fraude commise dans la procédure; c) qu'un litige entre les mêmes parties et ayant le même objet se trouve pendant devant une autorité de l'Etat requis et que ledit litige ait été initié en premier; d) que la décision soit incompatible avec une décision rendue entre les mêmes parties et ayant le même objet, soit dans l'État requis, soit dans un autre État lorsque la dernière décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance et à son exécution dans l'État requis; e) dans le cas où le défendeur n'ait ni comparu, ni ait été représenté dans les procédures dans l'État d'origine: i) lorsque la loi de l'État d'origine prévoit une notification de la procédure, que le défendeur n'ait pas été dûment assigné et n'ait pas eu l'opportunité d'être entendu, ou ii) quand la loi de l'État d'origine ne prévoit pas de notification de la procédure, si la décision n'a pas été dûment signifiée au défendeur et qu'il n'a eu la possibilité de la contester ou de former un appel en fait et en droit, ou f) si la décision a été rendue en enfreignant la limite de compétence prévue à l'art. 18 de la Convention.

aussi déployer l'argument de la satisfaction de la dette si la reconnaissance et l'exécution font référence à des paiements dus). Par ailleurs, il faut garder en mémoire que le paragraphe 11 dudit précepte finit par imposer à l'autorité qui est compétente dans l'État requis l'obligation d'agir rapidement pour adopter une décision concernant la reconnaissance et l'exécution, y compris tout type de recours. Ainsi donc, nous pouvons conclure que l'application dudit régime à la modification en Espagne des jugements marocains concernant la pension alimentaire pourrait simplifier considérablement l'obtention au Maroc de l'effet exécutoire des décisions espagnoles de modification, puisque cela permettrait l'obtention dudit effet par le biais de l'engagement d'une procédure d'exequatur plus rapide que celle qui doit actuellement être suivie conformément aux dispositions de la législation marocaine, dont l'application est impérative en vertu de l'article 25 CLH 2007, et qui prévoit l'engagement d'une procédure d'exéquatur contradictoire, avec un contrôle des conditions en première instance.Il est vrai que l'entrée en vigueur de la CLH 2007 pour l´Espagne et le Maroc pourrait générer un conflit évident entre conventions, puisqu'elle serait en concours avec la CHM déjà en vigueur. Cependant, il ne semble pas y avoir de doute que ledit conflit, eut égard au silence que la CHM garde face à d'éventuelles situations de concours de conventions, et en tenant compte des règles de concours prévues dans la CLH 2007 (art. 51.1, et en particulier, l'art. 52.1, où la règle de l'efficacité maximale est proclamée), devra, en tout cas, être réglé en faveur de l'application de ce dernier instrument.

Dans tous les cas, nous ne devons pas perdre de vue la possibilité que la CLH 2007 reconnaît aux États qui le désirent, d'opter, par déclaration, pour une procédure d'exequatur alternative (art. 24). Cette procédure se caractérise précisément par sa nature contradictoire, et par le fait qu'elle implique un contrôle des conditions en première instance. C'est la procédure que les États, ayant effectué une telle déclaration, doivent finir par appliquer aux décisions portant sur les aliments provenant de tout autre État partie à la Convention, que ce dernier ait effectué ladite déclaration ou non. Evidemment, si le Maroc optait pour cette procédure alternative d'exequatur, l'entrée en vigueur de la CLH 2007 cesserait d'avoir un quelconque intérêt au niveau de la reconnaissance et l'exécution des décisions, puisque cela n'apporteraitpratiquement aucun changement par rapport au régime existant actuellement.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 231-281

Après avoir constaté l'utilité d'une ratification par le Maroc de la CLH 2007, nous aimerions profiter de l'occasion pour plaider-sur la base de ce document- en faveur de la ratification dudit instrument par les autorités marocaines, comme elles l'ont fait dans le cas d'autres instruments de la Conférence de la Haye de droit international privé, tels que la Convention de la Haye du 10 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants[48]. Cependant, il nous faut êtreréalistes, et nous devons admettre que, tant que la législation interne marocaine continuera de distinguer entre enfants légitimes et illégitimes, limitant ainsi le droit aux aliments fournis par le père seulement aux premiers, la ratification par le Maroc de la CLH 2007 n'aura pas lieu. La raison est claire: l'art. 2.4 dudit instrument établit que les dispositions de la Convention sont applicables aux enfants indépendamment de la situation conjugale de leurs parents, rejetant par conséquent toute discrimination en raison de la naissance.

[48] *BO* nº 5108, du 15.05.2003.

RELATIONS HISPANO-MAROCAINES EN MATIÈRE DE SUCCESSIONS

Ángeles Lara Aguado[1]

I. INTRODUCTION – II. LE DROIT SUCCESSORAL MAROCAIN – III. DEPUIS QUAND LE RÈGLEMENT (UE) 650/2012 AFFECTE LES RELATIONS HISPANO-MAROCAINES EN MATIÈRE DE SUCCESSIONS ? – IV. CONCLUSIONS.

RÉSUMÉ: L'entrée en vigueur du règlement (UE) 650/2012 sur les successions a conduit à des changements significatifs dans la succession des relations hispano-marocaines, qui jusqu'à présent étaient régies par l'application du droit national du défunt. Les *de cuius* devront désormais prendre ne compte cette nouvelle règlementation pour organiser leur succession.

MOT CLÉS: Succession, Relations hispano-marocaines, Règlement (UE) 650/2012.

RELACIONES SUCESORIAS HISPANO-MARROQUÍES

RESUMEN: La entrada en vigor del Reglamento (UE) 650/2012 sobre sucesiones ha provocado cambios importantes en las relaciones sucesorias hispano-marroquíes, que hasta ahora se regían por la aplicación de la ley nacional del *de cuius*. Los causantes deberán tener esta nueva reglamentación en cuenta a la hora de organizar su sucesión.

PALABRAS CLAVES: Sucesión, relaciones hispano-marroquíes, Reglamento (UE) 650/2012.

SPANISH-MOROCCAN INHERITANCE RELATIONSHIPS

ABSTRACT: The entry into force of Regulation (EU) 650/2012 about inheritance has led to significant changes in Spanish-Moroccan relationship on succession, which until now were governed by the application of national law of the deceased. The deceased must take the new regulation into account in order to organize their succession.

KEYWORDS : succession, Spanish-Moroccan relationships, Regulation (EU) 650/2012.

---

[1] Maître de Conférences (*Profesora Titular*) de Droit International Privé à l'Université de Grenade, 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'Etats tiers, dans la société andalouse. Problèmes dans le domaine familial.Directrice: Mercedes Moya Escudero). Cet article est partie intégrante du projet de recherche I+D+I Orientado a los Retos de la Sociedad intitulé DER2014-57244-R: *Carencias y alternativas jurídico-políticas al tratamiento de la violencia de género: formación e investigación en Derecho antidiscriminatori*, du Ministère de l'Economie et de la Compétitivité (Espagne). Directrice: Juana María Ruiz Gil.(«Lacunes et alternatives juridico-politiques pour le traitement de la violence de genre: la formation et la recherche en droit anti-discrimination»).*Traduction: Marie Lucas,* spécialiste en traduction juridique.

I. INTRODUCTION

Le nombre de citoyens marocains titulaires, en Espagne, titulaires d'un titre de séjour valable, étaient au nombre de 849.946 en juin 2013[2]. L'intégration au sein de la société espagnole étant l'une des volontés premières de cette population, il y a de grandes chances pour que cette migration ait pour conséquence le développement d'un grand nombre de relations hispano-marocaines sur le plan successoral. Pourtant, les décisions judiciaires espagnoles en matière de succession dans les relations internationales privées hispano-marocaines, sont très rares. Aujourd'hui encore, la mentalité conformiste de la société marocaine laisse effectivement peu de place aux conflits successoraux, les héritiers marocains acceptant généralement les règles de partage établies par le testateur, ou celles directement déterminées par la loi[3].

L'ordre juridique espagnol et marocain reconnaissent tout deux le principe d'unité de la succession, c'est-à-dire le principe que tout l'héritage soit réglé par une seule et unique loi se basant sur la personnalité du *de cujus* et sa nationalité[4]. En ce qui concerne l'Espagne, ce principe a été applicable jusqu'au 17 août 2015, date à partir de laquelle le Règlement 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions *mortis causa*

---

[2] Cf. les données publiées par le Secrétariat général de l'Immigration et de l'Emigration du Ministère de L'emploi et de la Sécurité sociale [espagnol] le 21 octobre 2013 disponible sous <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/index.html>.

3 C'est aussi ce que souligne Khan, H.,*The Islamic Law of Inheritance. A Comparative Study of Recent Reforms in Muslim Countries*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p.173, qui affirme que les litiges en matière successorale sont moins fréquents que dans d'autres branches du droit dans le monde islamique, ce qui démontre que les règles successorales islamiques ne génèrent aucun problème dans les pays musulmans et que, jusqu'à présent, il n'y ait eu aucun mouvement significatif dans les pays musulmans pour que le schéma successoral de la loi islamique soit abandonné.

[4] Ce qui met en évidence le lien entre la succession et le statut personnel: Deprez, J., «Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologique. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel», *Rec. des Cours*, 1998, t. 211, p. 146.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

et à la création d'un certificat successoral européen[5] (dorénavant nommé Règlement sur les Successions) est devenu applicable. En ce qui concerne le Maroc, l'art. 18 du *Dahir* du 12 août 1913 sur la condition civile des Français et des étrangers dans le protectorat français au Maroc[6] (dorénavant, DCC) renvoie à la loi nationale de l'étranger pour régir sa succession. L'Espagne, pays qui a traditionnellement été et est de nouveau pays d'émigration, connait bien cette norme à travers l'art. 9.8º CC qui renvoie à la loi nationale du *de cujus*. Que ce soient les autorités marocaines ou espagnoles qui connaissent de la succession, la solution devrait passer, conformément à ces règles de conflit, par l'application de la loi nationale du *de cujus*[7]. Partir de ces principes communs justifierait que le *de cujus* et les héritiers comptent sur le fait que les autorités de chaque pays vont arriver à une harmonie internationale de décisions et que la solution dans ces deux systèmes variera seulement si le droit étranger réclamé par la règle de conflit n'est pas appliqué correctement. Mais la réalité est bien différente, en effet les autorités espagnoles n'appliqueront pas systématiquement le droit marocain pour régler la succession d'un citoyen marocain et autorités marocaines n'appliqueront pas non plus systématiquement le droit espagnol pour régler la succession d'un espagnol. La règle complexe de délimitation du domaine d'application du CFM altère, dans de nombreux cas, le schéma d'application de la loi nationale de l'étranger à sa succession et mène à l'application du droit marocain même si le *de cujus* a la nationalité espagnole (art.2). À cela il faut ajouter la naturalisation espagnole des marocains et les effets de la renonciation à la nationalité marocaine sur les deux ordres juridiques. De plus, malgré l'apparence de points communs sur le plan de la résolution des conflits en matière successorale, certaines différences inconciliables entre les deux systèmes juridiques entraînent des inconvénients pour les particuliers, que ce soient pour les testateurs –qui ne peuvent configurer leur statut successoral comme ils le désirent, car leur

[5] JO nº L 201, du 27.07.2012.

[6] *Bulletin offiziel*, du 12 septembre 1913, nº 46, p. 77, disponible sous <http://www.sgg.gov.ma>.

[7] Cf. Sur la préférence pour la loi nationale: Pérez Milla, J.,*Conflictos internos de leyes españolas, en la frontera*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2010, p. 173; Revillard, m., *Droit international privé et communautaire. Pratique notariale*, Défrenois Paris, 2006, p. 302. *Cf.* Également l'information disponible sous <www.successions-europe.eu>.

volonté ne serait pas respectée-, ou les héritiers qui, bien des fois, ne peuvent faire valoir leurs droits héréditaires dans le pays où se trouvent les biens du *de cujus*. L'absence de conventions internationales entre l'Espagne et le Maroc réglant la question de la compétence judiciaire internationale, ou de la loi applicable en matière e successions, favorise la multiplicité de solutions pour un même problème dans les deux systèmes juridiques, puisque chaque pays règle la succession *mortis causa* ce qui donne fréquemment lieu à des résultats différents de ceux souhaités par le *de cujus*, ou encore contraires aux intérêts de ses héritiers.

En dépit de la proximité géographique des deux pays, la méconnaissance des deux systèmes juridiques est abyssale, en partie à cause de la barrière de la langue, et de l'inaccessibilité des sources du droit marocain. L'inconnue que suppose le manque de pratique judiciaire espagnole sur l'application du droit successoral marocain justifierait, à elle seule, l'étude détaillée du régime juridique des relations hispano-marocaines en la matière, Mais, de surcroît, à partir du 17 août 2015, se sont produit d'importants changements qui ont affecté les relations hispano-marocaines en matière de successions. Ceci en raison de l'application obligatoire, en Espagne et dans le reste des Etats membres de l'UE (sauf le Danemark, l'Irlande et le Royaume Uni), du Règlement sur les successions. La nouvelle réglementation contient des nouveautés qui touchent les domaines de la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution, et le caractère probatoire des décisions dans le domaine successoral. Toutes ces nouveautés peuvent avoir une incidence sur les relations hispano-marocaines en matière de successions. D'où l'intérêt de savoir si les changements introduits par le Règlement dans le domaine du droit applicable à la succession affecteront les relations hispano-marocaines en matière de successions et si, la continuité de ces relations sera possible, autrement dit si le Règlement favorisera ou facilitera la possibilité d'arriver à des solutions harmonieuses entre les deux pays.

II. LE DROIT SUCCESSORAL MAROCAIN

1. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DES SUCCESSIONS AU MAROC

Le droit international privé marocain est peu développé, et sa source se trouve essentiellement dans la jurisprudence. Malgré cela, les autorités

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

espagnoles doivent tenir compte de ces règles afin d'éviter un usage incorrect du renvoi, pour les cas non-prévus par le droit marocain.

L'art.18 du *Dahir* du 12 août 1913 (DCC) traite des conflits en matière successorale. Il y est effectivement prévu que la transmission successorale des biens meubles et immeubles situés dans le protectorat français du Maroc, est soumise à la loi nationale du défunt en ce qui concerne la désignation de ses héritiers, l'ordre successoral des bénéficiaires, les parts qui leur sont attribuées, la quotité disponible, les rapports et la réserve héréditaire. La même règle est appliquée à la validité intrinsèque et aux effets des dispositions testamentaires. Ceci dit, il s'agit d'une règle prévue pour être appliquée aux étrangers et qui détermine uniquement l'application de la loi nationale de ces derniers pour réglementer leurs successions[8]. Cet article du *Dahir* susmentionné constitue donc une règle de conflit unilatéral à l'inverse, puisqu'il stipule uniquement lorsqu'on doit appliquer le droit étranger, et non pas le droit marocain. Par ailleurs, cette règle de conflit ne peut être considérée de manière isolée, car elle doit tenir compte des modulations que l'art.2 CFM introduit.

En fait, l'application du droit marocain dans les relations successorales s'avère complexe. Conformément à l'art.2 CFM, la *Moudawana* est appliquée à tous les citoyens marocains -même s'ils ont une autre nationalité- et également aux relations entre deux marocains lorsque l'un d'eux est musulman ou encore entre deux personnes lorsque l'une d'elle est marocaine. La *Moudawana* est également appliquée aux réfugiés. En ce qui concerne les ressortissants marocains de confession juive, ils sont soumis aux règles du statut personnel hébraïque[9].

Par conséquent, on peut déduire des règles de l'art. 2 CFM, que la *Moudawana* étend son domaine d'application bien au-delà des relations purement internes : le CFM est appliqué quand un marocain est impliqué dans une relation successorale de même que lorsque la relation concerne

[8] Belmir,S., «Ser juez en Marruecos y en España. Derecho de familia en Marruecos y en España. El Derecho de familia en Marruecos», Fundación CIDOB, p. 102, disponible sous <http://www.fmyv.es/ci/es/Familia/5.pdf>.

[9] Nous avons suivi la traduction du CFM réalisée par Esteban de la rosa, G.,*Código marroquí de la familia*, Blanca Impresores S.L., Jaén, 2009. *Cf.*Decroux,P., «Le droit international privé marocain et son évolution de 1956-1981», *Revue Juridique, Politique et Economique du Maroc*, 1981, núm. 10, pp. 153-170 ;Ruiz sutil,C., *Filiación hispano-marroquí. La situación del nacido en España de progenitor marroquí*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 182.

deux marocains et que l'un d'eux est musulman. Ceci dit, si la relation successorale a lieu entre marocains et que l'un d'eux est musulman et l'autre juif, ce sont les règles de la *Moudawana* qui prévaudront. Ceci mène donc à une discrimination en raison de la religion, car, si le marocain musulman peut réclamer l'application du droit marocain musulman (*Moudawana),* le marocain de confession juive, lui, ne peut le faire si l'autre partie de la relation successorale est un marocain musulman, étant donné que la *Moudawana* lui sera imposée.

Cela implique-t-il que l'art.2 de la *Moudawana* remplace ou corrige ce qui est disposé à l'art. 18 du *Dahir* de 1913 ? Peut-on interpréter que la succession d'un étranger ne soit pas toujours réglementée par sa loi nationale, tel que semble le laisser entendre l'art. 18 du *Dahir*, mais qu'il faille d'abord savoir si un Marocain est impliqué dans la relation successorale, en quel cas, la loi applicable ne sera pas celle de la loi nationale du défunt mais bien la *Moudawana*, même si le *de cujus* n'est pas Marocain ? En effet, si la relation successorale concerne exclusivement des étrangers, la *Moudawana* n'est pas appliquée. Dans ce cas, c'est la loi nationale du *de cujus* qui prévaut, conformément à l'art.18 du *Dahir* qui mène à l'application d'un droit étranger. En revanche, lorsqu'un marocain est impliqué dans la relation successorale, le CFM contient une exception à la règle de conflit de l'article 18 *Dahir,* empêchant l'application du droit étranger exigé par ladite règle de conflit, pour appliquer le droit marocain, plus concrètement la *Moudawana.* Par conséquent, la règle de conflit est applicable si les parties à la relation successorale sont des étrangers et qu'aucun d'entre eux n'est musulman. Au cas où l'un d'entre eux serait marocain ou, même si les parties sont marocaines et que l'une d'elles est de confession musulmane, la règle de conflit n'entrera pas en jeu et est alors substituée par l'application du droit matériel marocain.

La délimitation du champ d'application personnel du CFM ne se base pas uniquement sur la religion que les personnes professent. Il existe à ce sujet, un amalgame entre la condition de national et de religion musulmane des personnes, sans cohérence aucune. Il est exigé dans certaines occasions la qualité de national et, dans d'autres, la qualité de pratiquant de la religion musulmane. De plus, ce précepte entraîne des discriminations entre les marocains eux-mêmes, puisque seuls les marocains musulmans et les marocains non-musulmans qui ne sont pas de confession juive peuvent

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

bénéficier du privilège de nationalité. Par contre, un marocain de religion juive ne peut invoquer le privilège de nationalité pour que lui soient appliquées les dispositions correspondantes à son statut personnel hébraïque marocain au détriment de la loi personnelle étrangère de l'autre sujet intervenant dans la relation successorale, étant donné que la *Moudawana,* et par conséquent la règle qui consacre le privilège de nationalité, n'est pas appliquée aux marocains juifs[10]. De fait, la Cour suprême marocaine, dans un litige successoral, a refusé l'application des règles successorales hébraïques marocaines à un demandeur marocain qui professait la religion juive, face à des défendeurs de nationalité tunisienne -également juifs- puisque, selon la règle de conflit, le droit tunisien est applicable à la succession d'un étranger[11].

Le privilège de religion a été introduit par la jurisprudence en 1974, lorsque la Cour suprême marocaine a appliqué le CFM à une demande d'ouverture au Maroc d'une succession d'un testateur musulman de nationalité française, décédé, ayant laissé des biens au Maroc[12]. Au lieu d'appliquer la loi nationale du testateur, (droit français) à laquelle renvoyait l'art. 18 du DCC, la Cour suprême a appliqué le droit marocain, et a désigné l'Etat marocain comme unique héritier, en considérant comme nul le testament en faveur d'un héritier non-musulman puisque les héritiers non musulmans n'ont pas droit à l'héritage selon le droit musulman marocain applicable à la succession. La Cour suprême a étoffé ses arguments en précisant que la conversion à l'islam impliquait l'acceptation des règles de droit musulman en ce qui concerne le statut personnel et les relations successorales d'une personne. Pour cela, ladite conversion doit s'être produite de bonne foi et dans le respect des dispositions légales. Le fait de pouvoir invoquer la religion comme critère d'application de la loi, est un avantage réservé aux musulmans et aux étrangers convertis à l'islam. Cette particularité implique donc un champ d'application plus restreint de la règle de conflit. Ce privilège est fréquemment appliqué par la jurisprudence marocaine, qui ne permet pas l'application du droit étranger prévue par la règle de conflit lorsqu'une partie dans la relation est musulmane,

[10] Loukili, M., «L´ordre public en droit international privé marocain de la famille», en. bernard-maugiron, N. y Dupret, B., (dir.) : Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Áfrique du Nord, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 140-141.

[11] Arrêt nº 69 du 24.01.2007, *Revue de jurisprudence et des lois*, nº 155, p. 237.

[12] Voir l'arrêt nº 250 du 05.07.1974 de la *Cour Suprême*, *Revue Juridique, Politique et Économique du Maroc*, 1983, nº. 13-14, p. 132-136.

et que le droit étranger ne désigne pas la loi musulmane comme étant celle applicable (pour le cas d'espèce)[13].

Les privilèges de nationalité et de religion permettent de conclure qu'il existe deux régimes distincts en matière de succession au Maroc, contraires au principe d'égalité : le régime de la *Moudawana* applicable aux ressortissants marocains et aux étrangers de confession musulmane ayant des relations avec des étrangers, et le régime du *Dahir* applicable aux relations entre étrangers non-musulmans. Les autorités espagnoles devront donc être prudentes dans l'application du droit : lorsqu'il s'agit d'utiliser le mécanisme du renvoi, elles devront justifier pourquoi elles écartent l'application de l'art. 2 CFM, que module l'application de l'art. 18 du DCC.

2. RÈGLES MATÉRIELLES EN MATIÈRE DE SUCCESSIONS AU MAROC

A. FONDEMENTS DU DROIT SUCCESSORAL MAROCAIN

Les questions relatives aux testaments et aux successions trouvent leur source, au Maroc, dans les Livres V et VI de la *Moudawana* ou Code de la Famille marocain (CFM)[14], dont la dernière modification est entrée en vigueur le 5 février 2004. Ces livres s'inspirent en grande partie de la *Charia* ou Loi islamique, dont les dispositions d'ordre public précisent, de façon très détaillée, les parts d'héritage qui reviennent à chaque membre de la famille. C'est pourquoi, bien que les Codes de la famille des divers pays du Maghreb aient des règles différentes selon l'école islamique à laquelle ils sont rattachés[15], leurs lignes générales sont similaires et les réformes élaborées ces

---

[13] Deprez, J., «Bilan de vingt-cinq années de droit international privé au Maroc», *Revue Juridique, politique et économique du Maroc*, 1981, nº 10, p. 143.

[14] Cf. la version française réalisée par le ministère de la Justice marocaine et son commentaire dans le *Guide pratique du Code de la famille*, ADJJ, 1ère éd., Ministerio de Justicia, Rabat, 2005 et la traduction espagnole réalisée par Esteban de la Rosa, g., *Traducción anotada del Código de Familia de Marruecos (2004)*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, 2009.

[15] À la Mort du prophète Mahomet, ses fidèles se sont divisés en fonction du soutien qu'ils apportaient à tel ou tel de ses successeurs. Cela a donné lieu à la naissance de plusieurs courants qui différaient dans leur interprétation des sources du droit islamique, à savoir : a) le Coran ou livre sacré, contenant ce qu'Allah avait révélé ; b) la Sunna ou tradition, constituée par les recommandations ou actes du prophète Mahomet ; C) L'*Ijmâ'*, qui représente le consensus initial des compagnons du prophète, puis des deux générations suivantes ou, plus largement le consensus de tous les théologiens et juristes musulmans ayant vécu à une certaine période depuis l'ère de la révélation du prophète ; et d) les opinions personnelles ou

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

dernières années ont entraîné fort peu de modifications. Le droit marocain suit de manière prédominante la tradition Malikite, bien qu'il y ait des zones où l'on suit d'autres écoles et qui ont reçu l'influence de l'école *Abadis*[16].

Une grande partie des règles du droit des successions marocain, bien qu'elles diffèrent sur certains points du droit espagnol, ne posent pas de difficultés quant à leur application en Espagne. Le droit marocain, de même que le doit espagnol (droit commun) ne reconnaît pas une liberté absolue de tester, étant donné que le *de cujus* peut seulement laisser 1/3 de ses biens en faveur de personnes déterminées (art. 227 CFM). Ainsi, les 2/3 de l'héritage sont destinés à la famille au sens large du testateur, et aux personnes qu'il a instituées comme héritières par assimilation (*tanzil*). Plus encore, on pourrait affirmer que, dans la pratique, le recours au testament n'est pas fréquent. On

---

qiyâs qui se baseraient sur le raisonnement logique inféré de cas qui trouvent une règle dans le Coran ou dans la *Sunna*. Cf. à ce sujet, entre autres, García rodríguez, I., «La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)», Consejo General del Poder Judicial: *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº VIII, Madrid, 2002, p. 163 s.; Khan, H., *The Islamic Law of Inheritance…op.cit.*, p. 4 s.

[16] Parmi les trois principaux courants islamiques, le courant *sunnite* (traditionnalistes ou musulmans orthodoxes) est le plus important. C'est à ce courant qu'appartiennent les écoles *hanafite* (la plus ancienne et libérale), prédominante en Afghanistan, Albanie, Bangladesh, Egypte, Inde, Pakistan, Syrie, Turquie), *malikite (*amplement suivie dans la partie centrale et est de l'Arabie saoudite, l'Egypte, le Soudan et nord et ouest de l'Afrique), *chaféite* (étendue dans l'est de l'Afrique, l'Egypte, les Philippines, l'Indonésie, la Jordanie, le Liban, la Malaisie, la Palestine, Singapour, la Syrie, la Thaïlande, le Yémen) et *hanbalite (*plus rigide et intolérante, doctrine officielle de l'Arabie saoudite). Du courant *Chiite* (qui défend la position que l'Islam est autant une discipline religieuse qu'un système politique, prédominante en Iran) ont surgi les écoles *Zaïdite* (qui interdit à un musulman et à une femme juive ou chrétienne de se marier, se concentre au Yémen), *Ithna-Ashariste* (qui permet à un musulman d'hériter d'un non musulman mais pas à l'inverse, suivie en Afghanistan, Irak, Iran, Liban, Pakistan, Syrie) et *Ismaélite* (qui croit en la réincarnation successive de Dieu et la transmigration des âmes; elle est en vigueur au Pakistan et dans l'est et le sud de l'Afrique). Un autre courant est le *Kharidjisme* et l'*Asbasi*, variante de ce premier (plus modéré et proche du courant *Sunnite* ; il est suivi en Algérie, Tunisie et sur la côte est de l'Afrique et a inspiré les reformes des lois d'Alger, Egypte, Irak, Jordanie, Koweït, Maroc, Syrie et Tunisie). Cf. Khan, H., *The Islamic Law of Inheritance… cit.*, p. 10 s.; Montilla , A., & Lorenzo, P., *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, ed. Colex, Madrid, 2002, pp. 30-31; Nasirr, J.J., *The Islamic Law of Personal Statuts*, 2º ed., Londres, 1990, pp. 11-14; Pearl., D. &Menski, W., *Muslim Family Law*, 3ª ed., Londres, 1998, p. 17.

y a recours uniquement pour déterminer les legs (art. 315 CFM et ss.), pour nommer un tuteur testamentaire (arts. 69 et ss. CFM), ainsi que pour désigner l'exécuteur testamentaire (art. 98 CFM)[17]. Un testament ne peut être établi en faveur d'un héritier, sans la permission des autres héritiers (art. 280 CFM).

Une différence importante entre le droit successoral marocain et espagnol se situe dans le fait que le droit espagnol exige l'acceptation de l'héritage pour pouvoir attribuer la condition d'hériter la personne désignée comme telle, ce qui donne lieu par la suite à une confusion de patrimoines, sauf s'il y a acceptation sous bénéfice d'inventaire. Au contraire, le droit marocain ne prévoit ni acceptation, ni renonciation à l'héritage. L'héritage s'acquiert de façon automatique[18], sans que cela produise de subrogation de l'héritier au lieu et place du *de cujus*. L'héritier acquiert alors les biens mais ne devient pas débiteur du défunt. Les dettes sont en effet strictement personnelles, raison pour laquelle il ne peut exister d'acceptation sous bénéfice d'inventaire. L'héritier devient le liquidateur forcé de l'héritage (*musafi a-tarika*) et doit procéder à déterminer les biens et les créances de l'héritage, ainsi que payer les dettes et frais funéraires en rapport avec les biens successoraux, dans l'ordre de priorité établi par la loi (art. 22 CFM). Les héritiers n'acquièrent la condition d'héritier, qu'une fois que les droits des créanciers et les frais funéraires ont été liquidés. Par conséquent, l'intervention d'une autorité pour transmettre le patrimoine du *de cujus* n'est pas une nécessité pour l'ouverture de la succession.

Par ailleurs, de même que pour le droit des successions espagnol, le doit marocain dispose d'un ordre de succession et de pourcentages de l'héritage qui correspondent aux héritiers, bien que les règles de partage soient très différentes au Maroc. En droit marocain, il doit y avoir un lien de parenté ou de mariage qui confère la qualité d'héritier. Il existe par ailleurs plusieurs types de liens de parenté. Les fils et les filles de la même mère, mais de pères différents, sont des frères et sœurs utérins. Les enfants du même père mais nés de différentes mères sont des frères et sœurs consanguins. Les enfants de même père et de même mère sont appelés frères et sœurs germains. De plus, il existe différents types d'héritiers : les héritiers *Fardh,* qui ont droit à

[17] Blazquez Rodríguez, I. «El Derecho sucesorio islámico: principios informadores y excepción de orden público internacional», *REDI*, vol. LXI, 2009, t. 2, p. 443.

[18] Il en est de même dans le droit allemand où l'héritage s'acquiert par disposition de la loi sans qu'il y ait besoin d'acceptation $ 1922 en relation avec $ 1942 BGB.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

une part fixe de l'héritage (art. 337 CFM), comme s'ils avaient le droit à une espèce d'aliments. Leur part dépend de leur concours avec d'autres membres de la famille. Les héritiers concernés par cette part sont : la mère, la grand-mère, l'époux, l'épouse, le frère utérin et la sœur utérine. Les héritiers *'asaba* représentent le noyau dur de la famille du *de cujus*, à savoir les membres de la famille par consanguinité masculine. Ceux-ci ont le droit à une part variable de l'héritage et ne perçoivent rien si l'héritage est réparti entièrement entre les membres de la famille *Fardh,* sauf s'il s'agit d'un des membres qui ne pourront jamais être évincés de l'héritage, à savoir la fille, le fils, l'époux, l'épouse, le père et la mère du *de cujus* (art. 357 CFM). L'aïeul et le père peuvent être des héritiers *Fardh* et *'asaba* à la fois (art. 339 CFM), et peuvent choisir selon quel titre ils souhaitent hériter. De même que le Code du statut personnel tunisien ou algérien, le CFM admet la représentation dans la succession héréditaire, c'est-à-dire, la substitution des enfants d'un héritier décédé auparavant, pour la même part successoral qu'aurait touché le père ou la mère prédécédé (e).

Le partage de l'héritage doit se faire selon les règles établies aux arts 350, 360 et ss. du CFM. Conformément à ces règles, un seul groupe d'héritiers ne pourrait jamais être totalement évincé de la succession, il s'agit du fils, de la fille, du père et de la mère du *de cujus*. Deuxièmement, d'autres membres de la famille priment dans la succession : la mère et l'aïeule, l'époux, l'épouse et le frère et la sœur utérins. En troisième lieu, on retrouve les héritiers à la fois *Fardh* et *'asaba*, c'est-à-dire le père et l'aïeul et ; en dernier, les héritiers 'asib qui héritent uniquement dans le cas où l'entier de l'héritage n'a pas été partagé[19]. De plus, il faut tenir compte de la méthode de partage ou *'awl*, règlementée aux arts 317 et 361 CFM, qui permet d'augmenter ou de diminuer la quote-part héréditaire s'il existe d'autres ayant-droits dans la famille (½, 1/3, ¼,1/6,1/8, etc.).

B. MULTICULTURALITÉ OU CHOC DES CULTURES?

a. La règle du tafadol

Le droit des successions marocain contient certaines dispositions qui n'ont pas été modifiées par la nouvelle *Moudawana,* malgré les efforts de

[19] Cf. Esteban de la rosa, G. &Ouald Ali, K., «El derecho de sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes», Álvarez González, S., (ed.): *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Grupo de Investigación De Conflicto Legum, Santiago de Compostela, 2009, pp. 168-169.

modernisation du droit privé réalisés par la dernière réforme[20]. Les effets de ces règles, fortement enracinées dans la culture marocaine, ne sont pas admissibles en Espagne, car ils s'opposent directement aux valeurs constitutionnelles espagnoles. Toutefois, dans un effort de respecter les dispositions de cet ordre juridique étranger -afin de faciliter l'harmonie internationale des décisions présumées favorables aux intérêts des parties de la relation successorale- une estimation de la succession au cas par cas sera effectuée, pour tenir compte de toutes les circonstances particulières. Ceci impliquerait que seuls seraient laissés de côté les préceptes du droit marocain que le système espagnol ne pourrait en aucun cas accepter parce qu'ils iraient à l'encontre de ses valeurs supérieures. Cependant, il faudra appliquer de manière cohérente le reste des dispositions du droit marocain[21]. L'art. 35 du Règlement des successions suppose un changement radical dans les relations successorales hispano-marocaines. Cet article stipule en effet que seule l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent Règlement de tout Etat pourra être exclue si son application est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat membre du for. Par conséquent, la règlementation prévoit expressément l'interdiction de rejeter, dans sa totalité, l'application du droit successoral marocain s'il y a un précepte incompatible avec les valeurs constitutionnelles espagnoles. A partir de l'art. 35 du règlement, il ne faudra donc pas appliquer le précepte qui pose controverse mais appliquer, par contre, le reste des dispositions du droit de succession marocain qui ne va pas à l'encontre des valeurs supérieures espagnoles.

L'une de ces règles inadmissibles en Espagne, est la règle de *tafadol*, dérivant directement du Coran. Conformément à cette règle, bien que des droits successoraux soient reconnus à la femme, celle-ci hérite la moitié de ce qui correspond à l'homme, pour un même degré de parenté (art. 316

[20] Sur les principes de droit musulman en matière de successions, cf. NAJJAR, I., «Les principes généraux du droit successoral comparé», *Les principes généraux du droit*, Bruylant, Cedroma, Bruselas, 2005, p. 109 s.

[21] Cf. entre autres, LORENZ, S., «Islamisches Ehegattenerbrecht und deutscher Ordre public: Ergleichsmassstab für die Ergebniskontrolle», *IPRax*, 1993, núm. 3, p. 150; ORO MARTÍNEZ, C., «Orden público internacional y prohibiciones para suceder de la *mudawana*: fundamento y alcance de la excepción de orden público aplicada a la sucesión de un causante marroquí [A propósito de la SAP de Barcelona (Sección 4ième) de 28.10.2008]», *Dereito*, 2009, pp. 287-304.

CFM)[22].Ainsi, la femme veuve hérite d' ¼ de l'héritage de son mari lorsqu'il n y a pas de descendants, et d' 1/8 s'il y a des enfants (art. 342 CFM). Par contre, le mari perçoit ½ de l'héritage de l'épouse dans le premier cas, et ¼ dans le second (arts 239 à 241 CFM).[23] Quant aux filles héritières *asab* qui ont des frères, elles reçoivent seulement la moitié de ce que reçoivent leurs frères. D'autre part, la fille ne peut pas être héritière forcée et agnatique à la fois (art. 340 CFM), contrairement au fils.

Il s'agit d'une discrimination en raison du sexe que le qu'on essaie d'expliquer dans le contexte des relations familiales en droit musulman tente de justifier notamment par le fait que culturellement, c'est à l'homme d'entretenir les femmes de sa famille, obligation que n'ont pas les femmes puisqu'en général elles continuent à être femmes au foyer. Cela pouvait avoir un sens dans le passé mais plus actuellement, vu que les femmes ont accédé au marché de l'emploi et peuvent donc subvenir, seules, à leurs besoins. Voilà pourquoi cette norme est obsolète et aurait pu être modifiée lors de la dernière réforme de la *Moudawana*. En tout cas, cela porte atteinte aux valeurs constitutionnelles espagnoles. C'est également ce que pense la doctrine majoritaire[24], à l'exception de certains auteurs qui maintiennent que l'homme et la femme ne sont pas sur un même pied d'égalité. Leur argument repose sur le fait que, lorsque l'un hérite, l'autre est décédé, et que, par conséquent, il n'y a pas de discrimination entre héritiers de même rang, mais une attribution de parts différentes entre l'un et l'autre selon les circonstances[25]. Néanmoins,

---

[22] Sourate 4, verset 11 pour les enfants, 12 et 13 pour les époux et 176 pour la succession entre frères.

[23] La même chose est prévue à l'art. 160 du Code de la famille algérien et dans les arts 93-94, et 102 du Code de famille tunisien.

24 Cf. entre autres Aguilar Benítez de Lugo, M. & Grieder Machado, H., «Orden público y sucesiones», *BIMJ*, nº 1984, 2005, p. 1141; S. Aldeeb, & A. Bonomi, (Dirs.), *Le Droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zurich, 1999, p. 321; Rodriguez Benot, A., «Sucesión mortis causa y modelos de familia en el tráfico jurídico externo», Calvo Caravaca, A. & Castellano Ruiz, E., *El derechode familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, p. 689; H. DÖRNER, «Zur Beerbung eines in der Bundesrepublik verstorbenen Iraners», IPRax, 1994, nº 1, pp. 35-36.

25 Drox, G., «Le droit occidental face au droit islamique. Propriété et succession en droit musulman »,Von Bar, C.,*Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*, C. Heymann, Osnabrück, 1999, p. 149, cit. por Blazquez Rodríguez, I., «El Derecho sucesorio islámico…», *cit.*, p.450.

il existe une certaine jurisprudence comparée qui s'oppose à l'exception d'ordre public pour empêcher l'application de la règle du *tafadol* prévue dans le droit chiite ou algérien. L'ordre juridique pénal iranien prévoit par exemple d'autres règles plus favorables envers les femmes. Lesdites règles essaient de compenser l'inégalité existante, en exemptant par exemple les femmes des charges familiales ou du paiement des frais funéraires, ou encore en leur concédant le droit à des aliments[26].

Que la règle du *tafadol* porte atteinte à l'ordre public international ou non, est une question qui devra être appréciée dans chaque cas d'espèce, en tenant compte de toutes les circonstances et en évaluant les conséquences de l'application du droit marocain, dans le for, pour chaque situation[27]. D'un côté, s'il n'y a pas d'héritier masculin dans la succession, cela n'enfreindra aucune valeur constitutionnelle espagnole, puisqu'il n'y aura pas, en ce cas, de discrimination en raison du sexe[28]. Même dans le cas où il y aurait des héritiers masculins, il faudrait faire une analyse au cas par cas, vu que la pratique notariale espagnole admet que, si la femme renonce elle-même à un traitement égalitaire, il n'y a pas de raison pour qu'une règle de droit de succession marocain ne s'applique pas[29].

L'analyse au cas par cas de l'ordre public ne doit pas conduire à admettre l'application de la règle du *tafadol* lorsque le droit marocain doit être appliqué par les autorités espagnoles, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de la création dans le for de la relation juridique. À la différence des cas où l'on prétend la reconnaissance dans le for d'une situation constituée à l'étranger -cas où l'on a

[26] Cf. le jugement de l'*Oberlandegericht* de Hambourg du 29.04.1992, *IPRax*, 1994, nº.1, p. 49 s. ou l'arrêt de la Cour de cassation française du 04.03.1980, *J.C.P.*, 1965, II, nº 13978.

[27] En ce sens Bonomi, A. & Wautelet, P., *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement nº 650/2012 du 04,07. 2012,* Bruylant, Bruselas, 2013, pp. 527 et 533-537, qui considèrent que, selon si la discrimination qui se produit est concrète ou abstraite, il faudra exiger un lien plus ou moins important avec le for pour évincer l'application de la loi étrangère.

[28] Contre, Bonomi, A. & Wautelet, P., *Le droit européen des successions….op.cit.,* p. 535, car ils croient que la violation du principe constitutionnel est présent dans la règle étrangère, quoiqu'ils considèrent que, dans ces cas de non-discrimination directe, il ne faudrait écarter que la règle étrangère incompatible avec l'ordre public si elle maintient des contacts étroits dans le for (p. 536).

[29] Ceci dit, dans ce cas, la renonciation de l'héritière marocaine devrait être considérée comme un cas de renonciation à des droits héréditaires qui lui reviennent en égalité de conditions avec l'héritier masculin, ce qui ne pose pas de problème dans notre ordre juridique.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

recours à l'ordre public de proximité pour permettre à l'institution de produire ses effets, même lorsqu'il n'y a pas de liens significatifs avec le for[30]-. En effet, dans les cas où l'autorité espagnole est appelée à appliquer le droit marocain, rien ne justifie l'application de la règle du *tafadol*. Les autorités espagnoles ne devraient pas appliquer ladite règle, même si la relation successorale présente très peu de liens avec l'ordre juridique espagnol[31]. Si elles le faisaient, elles continueraient alors à perpétuer une situation de discrimination injustifiée envers la femme, et cela favoriserait l'extension d'un ordre juridique discriminatoire que l'on essaie de combattre dans l'Etat d'origine[32]. Même au risque de créer une situation juridique « boiteuse », les autorités espagnoles ne devraient pas se montrer souples en matière de respect des valeurs constitutionnelles (quant à la relation successorale hispano-marocaine) en droit des successions. Toutefois, tel que l'exige l'art. 35 du Règlement sur les successions, l'application du droit marocain ne pourra être rejetée en bloc, il suffira de remplacer la norme contraire à l'ordre public international, afin d'attribuer à la femme les mêmes droits successoraux qu'à un homme placé

[30] Cf. entre autres Bucher, A.,«L'ordre public et le but social des lois en droit international privé», Rec. des Cours, 1993-II, t. 239, pp. 9-116, spéc. pp. 52-56; Courbe, P., «L´ordre public de proximité», *Le droit international privé esprit et méthodes. Mélanges en l´honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 227; Dörner, H., «Internationales Erbrecht, Art. 25, 26 EGBGB», in Von Straudingers. J., *Kommentar zum Bürgerlichesgesetzbuch. Einführungsgesetz zum BGB*, Sellier– de Gruyter, Berlín, 2007, nº 716; Foyer, J., Holleaux, D. & de Geouffre de la Pradelle, G., *Droit international privé*, Masson, 1987, p. 297; Gannagé, L., «L`ordre public international à l´épreuve du relativisme des valeurs», *Trav. Commité fr. DIP* 2006-2008, pp. 205-232; N. Joubert, *La notion de liens suffisants avec l`ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international* privé, Litec, 2007, p. 209; ainsi que Lagarde. p., «La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française», Nouveaux itinéraires endroit. Hommage á François Rigaux, Bruxelles, 1993, pp. 263-282, spéc. pp. 270-274; J. Maury,*L´éviction de la loi normalement compétente: l´ordre public international et la fraude á la loi,* Universidad de Valladolid, 1952, p. 78*;* P. Mayer & V. Heuzé, *Droit international privé*, 9º ed., Montchrestien, 2007, pp. 152-153.

[31] Dans la même ligne Aguilar Benítez de lugo, M. &Aguilar machado, H., «Orden público…», *cit.*, p. 1141; Bonomi, A. & Wautelet, P., *Le droit européen des successions, op.cit.*, p. 534. Contre: Khairallah. G. & Revillard, M., (Dir) *Droit européen et international des successions: le règlement du 4 juillet 2012*, Defrénois, lextenso, Paris, 2013, p. 57; Lorenz, S., «Islamisches Ehegattenerbrecht…», *cit.*, p. 149.

[32] Dans ce même sens, Gannagé, L., «L`ordre public international…», *cit.*, p. 225.

dans la même situation[33]. Une fois la règle incompatible remplacée, le reste des dispositions de droit successoral marocain non incompatibles avec l'ordre public international devront être appliquées. De cette manière, d'autres personnes qui, d'après le droit marocain, auraient également droit à l'héritage ne seraient pas privées de leurs droits, même si, selon le droit espagnol, elles n'y auraient pas droit.

b. La mort civile de l'apostat

Quoique cela ne soit pas expressément mentionné dans le CFM, la mort civile de l'apostat est un autre principe du droit islamique dérivant de la *Charia,* qui entre en contradiction avec l'ordre public international espagnol. L'apostasie est considérée comme la conversion d'un musulman à une autre religion (ou l'abandon pur et simple de la religion musulmane) et suppose la non-acceptation des deux postulats fondamentaux de l'islam, à savoir qu'il n'existe qu'un seul Dieu et que Mahomet est son prophète.

Abandonner la foi musulmane présente de graves conséquences au Maroc. L'une des conséquences les plus notables est que l'apostasie équivaut, d'une part à la mort physique de la personne. C'est pourquoi, bien que l'abandon de foi ne soit pas considéré comme l'une des causes légales permettant l'ouverture de la succession, la conséquence logique de cette apostasie est la perte des droits civils et politiques[34]. Cela s'oppose totalement au droit des successions espagnol, étant donné qu'en Espagne, l'ouverture de la succession n'est pas permise si le décès du *de cujus* n'est pas constaté médicalement, ou si la déclaration judiciaire du décès n'a pas été faite. Voilà pourquoi, il n'est pas possible de prétendre ouvrir une succession en Espagne, d'une personne de nationalité marocaine, par le seul fait qu'elle ait abandonné la religion musulmane. D'autre part, puisque l'apostat est considéré comme mort civilement, il ne peut ni hériter d'un musulman, ni d'un non-musulman, l'une des conditions essentielles pour pouvoir hériter étant avant tout d'être vivant[35]. Cette exclusion de la vocation successorale des apostats est prévue

[33] Dans la même ligne, Aguilar Benítez de Lugo, M. & Aguilar Machado, H., «Orden público…», *cit.*, p. 1142; Dörner, H., «Zur Beerbung eines in der Bundesrepublik verstorbenen Iraners», *IPRax*, 1994, nº 1, p. 37, Oro Martínez, C., «Orden público internacional…*cit.*, p. 287 s.; Lorenz, S., «Islamisches Ehegattenerbrecht und deutscher Ordre public: Ergleichsmassstab für die Ergebniskontrolle», *IPRax,* 1993, nº 3, p. 150.

[34] Montilla, A. & Lorenzo, P., *Derecho de familia islámico… cit.*, p. 111

[35] Aldeeb abu-shalie, S. & Bonomi, A., (dir.*), Le droit musulman de la famille…op.cit.*, p. 311.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

de manière implicite à l'art. 332 CFM. Cet article interdit à l'infidèle d'hériter *ab intestat*; prohibition d'hériter pour diversité de religion, qui sera analysée ci-après. Cette impossibilité d'hériter du droit marocain porte atteinte au principe de liberté religieuse reconnu à l'art. 16 de la Constitution espagnole, par conséquent, cette règle ne pourra être appliquée en Espagne puisqu'elle va à l'encontre de l'ordre public international[36].

c. Impossibilité de successibilité pour le Kafir

L'art. 332 du CFM est clairement incompatible avec l'ordre public international espagnol. Ledit article interdit à l'infidèle, ou *Kafir,* de pouvoir succéder *ab intestat.* Ainsi, un non-musulman ne peut hériter d'un musulman, et à l'inverse, un musulman ne peut pas non plus hériter d'un non musulman[37]. Ceci impliquerait que si le *de cujus* musulman décède en laissant un enfant non-musulman, qui, à son tour a un descendant musulman, le père non-musulman sera totalement privé de son droit de succession : l'héritage passera intégralement à son enfant qui, lui, croit dans les postulats de l'islam. En revanche, lors d'une succession réglée par testament, l'interdiction d'hériter en raison de différence de culte n'existe pas. Par conséquent un non musulman peut parfaitement recevoir des legs d'un musulman, et un non musulman peut également rédiger un testament. C'est ce qui ressort de l'art. 279 CFM qui, en se référant aux conditions que doit réunir le testateur pour qu'un testament soit valable, exige que celui-ci soit majeur et qu'il ait sa pleine lucidité. Le manque de référence à la profession de la religion islamique laisse supposer que le legs réalisé par un musulman en faveur d'un non musulman, et vice versa, sera valable[38].

L'impossibilité d'hériter en raison d'une disparité de culte, dérive directement des paroles du prophète[39], d'où le caractère impératif de la règle selon laquelle héritier et *de cujus* doivent professer la religion islamique. Cette

[36] Aguilar Benítez de Lugo, M. & Aguilar Machado, H., «Orden público…», *cit.*, p. 1146; Lewald, H., «Questions de droit international des successions», *Rec. des Cours*, 1925, pp. 40-41.

[37] Cette privation n'existe plus en Inde depuis la *Caste Disabilities Act* (XXI de 1850), qui a aboli tout usage ou loi qui pouvait affecter les droits successoraux d'une personne du fait de sa religion.

[38] Blazquez Rodríguez, I., «El Derecho sucesorio islámico…», *cit.*, p.447; Esteban de la Rosa, G. & Ouald Ali, K., «El derecho de sucesiones…», *cit.*, p. 161.

[39] Coran, verset 4:141.

condition est enracinée dans les pays islamiques. Il existe une justification historique à cela, qui remonte aux origines de l'islam, lorsque Mahomet essaya de l'implanter au milieu d'une grande hostilité de la part des non musulmans de la Mecque et des autres régions de l'Arabie. Les musulmans durent se défendre de l'empire perse et romain puis, ultérieurement, des chrétiens durant les croisades. C'est pourquoi, cette règle s'est imposée dans l'intérêt de l'expansion de la foi musulmane, afin de priver les non-musulmans d'un éventuel droit de succession des croyants. Cependant, cette règle n'a plus aucune raison d'être aujourd'hui, notamment parce qu'il est courant qu'au sein d'une même famille, il y ait des personnes de croyances différentes. Il faut tout de même préciser qu'il ne sera pas toujours facile de prouver qu'un héritier n'est pas musulman, sauf si celui-ci a fait une déclaration expresse, confirmant qu'il ne professe pas la religion musulmane.

Face à ce non-respect des valeurs supérieures de l'ordre juridique du for, certains auteurs estiment qu'il est important de prendre en considération le lien plus ou moins fort du cas avec l'ordre juridique du for. De cette façon, si les héritiers sont domiciliés dans le for, ou ont la nationalité du for, on ne peut en ce cas accepter la discrimination qui leur est faite[40]. Par contre, si la succession a lieu à l'étranger et concerne une famille musulmane totalement intégrée dans son pays, lesdits auteurs considèrent qu'il n'y aurait pas d'empêchement à s'opposer à l'application du droit successoral étranger[41]. Même si nous ne sommes pas de cet avis, nous considérons que l'ordre public international ne doit pas être apprécié de façon abstraite, mais qu'il faille prendre en compte toutes les circonstances du cas traité. Et c'est effectivement ce qu'établit l'article 35 du Règlement. Par conséquent, si un *de cujus* marocain décède *ab intestat* en Espagne, laissant épouse et fille, toutes deux de nationalité espagnole, et -si le mariage n'est pas valable au regard du droit marocain, et que la mère marocaine du *de cujus* a droit à l'héritage,- on ne devrait pas écarter l'application du droit marocain., puisque l'épouse n'a pas droit à l'héritage du fait qu'elle ne professe pas la religion musulmane. Appliquer le droit espagnol subsidiairement conduirait à priver la mère du défunt de ses droits héréditaires, alors que celle-ci y aurait droit en suivant le droit marocain. L'exigence pour l'héritier et le *de cujus* de devoir professer

[40] Droz, G.A.L ., «L'activité notariale internationale», *Rec. des Cours*, t. 280, 1999, pp. 80-81.

[41] *Ibid.* p.81.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

la même religion musulmane porte effectivement atteinte à l'art. 16 Cst.ES. Cependant, on ne peut pas laisser intégralement de côté l'application du droit marocain. Il nous faut seulement cesser d'appliquer cette règle marocaine discriminatoire, en attribuant une part de succession à l'épouse et à la fille, sans pour autant priver la mère du *de cujus* de ses droits[42].

Il a été suggéré que, si le testament a été rédigé par devant notaire, ce dernier devrait essayer de convaincre les héritiers musulmans d'accepter la participation du non-musulman dans la succession. Si cet accord n'est pas possible, certains auteurs considèrent que le notaire devrait diriger les héritiers vers l'autorité judiciaire concernée[43].

d. Distinction entre enfants légitimes et illégitimes en vue d'un héritage

Une autre règle du droit successoral marocain portant atteinte à l'ordre public espagnol, est la distinction, en vue d'un héritage, entre enfants légitimes et illégitimes, nés ou non de parents ayant contracté un mariage musulman. La filiation légitime entraîne la transmission de la religion du père à l'enfant, la naissance d'une série de droits et de devoirs pour le père et l'enfant, et le droit d'hériter mutuellement (art. 145 CFM). La filiation non-légitime ne pose pas de problème de discrimination en ce qui concerne la mère, car cela génère effectivement des liens avec elle, étant donné qu'il n'y a pas de différence entre la filiation maternelle légitime et illégitime; ces deux filiations produisant les mêmes effets en ce qui concerne la mère (art. 146 CFM). Par conséquent, leurs enfants nés hors mariage ont des droits héréditaires, et font partie de l'héritage de la mère au même titre que les autres enfants légitimes, au cas où il y en aurait (art. 83.2.2º CFM). Par contre, la filiation illégitime ne crée pas de lien avec le père (art.148 CFM). Ce traitement différent accordé aux enfants illégitimes entraîne un conflit avec le système espagnol[44]. Ceci dit,

[42] Dans la même ligne, Oro Martínez, c., «Orden público internacional…*cit.*, pp. 287-304.

[43] *Ibid*, p.80.

[44] C'est ainsi que le comprend également la Cour européenne des droits de l'homme, pour qui une discrimination successorale entre enfants légitimes et illégitimes constitue une violation des arts 8 et 9 de la Convention de Rome relative à la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Voir entre autres les affaires *Marck c.*la Belgique du 13. 06. 1979, *de Vermeire c.* la Belgique du 29.11.1991 et de *Mazurek c.* la France, du 01.02.2000, cités Blazquez Rodríguez, i. , «El Derecho sucesorio islámico…», *cit.*, p.451.

il est important de savoir si l'application de ces règles de droit de succession marocain respecte ou pas *in casu* l'ordre public international espagnol.

Avec les changements qui se sont produits suite à la modification de la *Moudawana*, la filiation paternelle est considérée comme légitime par diverses voies : a) par la voie privilégiée des rapports conjugaux (*al firach),* l'enfant étant considéré comme issu du lit conjugal s'il nait dans les six mois suivant la célébration du mariage ou dans un délai d'un an après la dissolution de celui-ci (art.154 CFM) ; b) par déclaration du juge de l'existence du mariage, même si aucun mariage n'a été formellement contracté. Il suffit alors de prouver que les parents vivent comme des conjoints, bien qu'ils ne soient pas mariés ; c) lorsqu'il y a eu rapports sexuels par erreur (*choubha),* conformément à l'art. 155 CFM, la bonne foi étant un fondement pour l'établissement de la filiation (art. 16, 155 et 156 CFM). De cette façon, il est possible de légitimer l'enfant conçu lors d'une relation entre deux personnes fiancées officiellement (*al-khutba*). De la sorte, on protège l'enfant si le mariage des parents n'a pas pu être célébré pour des raisons impérieuses[45]. Si le père ne reconnaît pas la paternité, il est possible de recourir à tous les moyens de preuve légaux pour établir la filiation[46], mais ce sont les juges qui détermineront de manière discrétionnaire si les conditions pour ce recours sont réunies. C'est également une voie pour légitimer les enfants nés de parents qui ont contracté un mariage à l'étranger, conformément à la *lex loci*, mais qui ne peuvent le faire reconnaitre au Maroc, ce qui est à présent possible avec la nouvelle *Moudawana,* puisque les mariages de Marocains célébrés conformément à la *lex loci* sont valables lorsqu'ils réunissent certaines conditions substantives et formelles comme, principalement, la non élimination de la dot et la présence de deux témoins musulmans ; d) par reconnaissance par le père (*iqrar ou istilhak*) conformément aux arts 160-162 CFM, par déclaration en présence de témoins, ou par déclaration manuscrite. Il est également permis de faire cette reconnaissance au cours de la dernière maladie du père ou sur son lit de mort. Cependant, cette reconnaissance peut uniquement être faite par le père, cela ne peut provenir du tuteur testamentaire, ni d'aucun autre parent[47].

---

[45] Ruiz Sutil, C., *Filiación hispano-marroquí…cit*., p. 145.

[46] Cf. à ce sujet Buskens, L., «Le droit de la famille au Maroc», in Bernard-Maugiron , N. & Dupret, B.,*Ordre public et droit musulman…op.cit*., p. 115.

[47] Ruiz Sutil, C., *Filiación hispano-marroquí…op.cit*., p. 124.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

Les conditions requises pour admettre la reconnaissance de la filiation paternelle sont les suivantes : pleine capacité de discernement du père qui procède à la reconnaissance ; que l'enfant n'ait pas d'autre lien de filiation précédemment établi, que les déclarations de l'auteur de la reconnaissance ne soient pas démenties ni invraisemblables ; que l'enfant majeur consente à la reconnaissance.

Par conséquent, le CFM permet donc une reconnaissance de paternité (art. 145 : la filiation parentale d'un enfant de filiation inconnue est établie par reconnaissance de paternité ; la reconnaissance des enfants conçus pendant les fiançailles est également permise, si cela a eu lieu juste avant la célébration du mariage (art.157 CFM). Nous pouvons déduire de ce qui précède que, conformément à la *Moudawana,* seule sera considérée comme illégitime la filiation qu'une décision judicaire ne reconnaît pas, c'est-à-dire qu'il faudrait plutôt parler de filiation inexistante que de filiation illégitime[48]. Par contre, dans les autres cas, la reconnaissance de paternité est possible au Maroc, ce qui permettrait à l'enfant d'accéder au droit successoral. Néanmoins, en droit de la filiation marocain, l'intérêt du père prime, vient ensuite celui de l'enfant, et en dernier, celui de la mère, vu les facultés accordées à l'homme pour pouvoir contester sa paternité. Il faut ajouter également, que la loi n'a pas prévu expressément la recherche de paternité (par preuves biologiques), ce qui réduit les cas prévus par la *Moudawana* pour lesquels il est possible de faire une recherche en paternité de ce type[49]. Il faut aussi prendre en compte l'application du CFM par les tribunaux marocains, pour vérifier s'ils restent fidèles à la tradition[50], ou si, au contraire, ils interprètent les préceptes de la Moudawana de manière progressiste. S'il est vrai que le CFM ouvre la porte à une large interprétation de la reconnaissance de paternité, les autorités judiciaires peuvent, elles, effectuer une interprétation restrictive. Il est donc fort probable que celles-ci considèrent qu'une reconnaissance en

[48] Cervilla, M.D. & Zurita Martín, I., *El Derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010, p. 124.

[49] Ruiz Sutil, C., *Filiación hispano-marroquí…cit.*, p. 148 et 155.

[50] Ceci nous mène à affirmer qu'on ne peut admettre aucune preuve scientifique contre la présomption de paternité fondée sur le concept musulman *al-firach*, parce que l'enfant est toujours unit au père s'il nait pendant les six premiers mois suivant le mariage ou pendant l'année qui suit la séparation des conjoints: *Arrêt* nº 658 du 30 décembre de 2004, *Jurisprudence de la Cour suprême*, nº 63, p. 384.

paternité effectuée hors mariage est invraisemblable, vu que cela n'est pas concevable dans l'islam[51]. A fortiori, une interprétation en ce sens conduirait à l'impossibilité d'effectuer une reconnaissance de paternité d'un enfant né hors mariage, sauf dans des cas vraiment exceptionnels. Pour franchir certains de ces obstacles, une partie des consulats marocains établis en Espagne admettent désormais l'inscription des enfants nés d'une relation entre deux personnes fiancées de manière formelle, sans célébration de mariage entre les parents, à condition que ceux-ci s'engagent à se marier le plus tôt possible. Ceci dit, bien que cela soit une grande avancée de la part des autorités consulaires, cette progression est insuffisante. Voilà pourquoi, tant que les autorités marocaines continueront à interpréter le CFM d'une manière qui rende la reconnaissance volontaire de paternité pratiquement impossible, des problèmes d'incompatibilité de fait avec l'ordre public international espagnol subsisteront. Par conséquent, il faut non seulement apprécier si la règle en soi contredit les valeurs supérieures espagnoles, mais encore contrôler l'application qu'en font les autorités concernées. Il faut donc insister sur le fait qu'il existe bel et bien une autre interprétation possible de la *Moudawana,* et que celle-ci permet qu'une paternité soit reconnue.

e. Répudiation, polygamie et droits héréditaires de la femme

Le droit marocain prévoit diverses modalités de dissolution du lien conjugal. L'une d'entre elles, la répudiation, entraîne l'extinction des droits successoraux pour la femme répudiée lorsque son époux décède avant elle. Toutefois, pour déterminer qui est la veuve du *de cujus* marocain, il faut tout d'abord connaître la valeur que ladite répudiation prononcée au Maroc va avoir en Espagne. En effet, si la répudiation n'est pas reconnue par les autorités espagnoles comme une forme valable de dissolution du lien conjugal, (ce qui serait plausible puisqu'elle ne respecte pas les valeurs constitutionnelles espagnoles), l'épouse répudiée serait toujours l'épouse légale du *de cujus,* et tous ses droits successoraux seraient maintenus. En revanche, si les conditions pour admettre la validité de la répudiation sont réunies, c'est-à-dire si les droits de la femme ont été respectés, il n'y a aucun inconvénient à admettre

[51] Bousquet, G.H., *L'éthique sexuelle en islam*, Maisonneuve et Larose, Paris, 1966, pp. 62-138; Mernissi, S., «La filiation de l'enfant en droit musulman», *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*, Congress from 23 to 24 october 1999 Osnabrück, Carl Haymanns Verlag, Berlin, 1999, p. 121.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

que celle-ci ne soit plus une épouse légitime du *de cujus,* et donc qu'elle ne soit pas sa veuve. Ceci oblige à définir au préalable quel type de forme de dissolution du mariage a été choisie pour y mettre fin.

Lorsque les conjoints ont eu recours au *tamlik, julc* et au *tatliq* (dissolution pour d'autres causes, pour dissentiment ou par accord mutuel), il ne doit pas y avoir, en Espagne, d'obstacle à la reconnaissance, car ce sont des modalités de dissolution du mariage compatibles avec les valeurs constitutionnelles espagnoles, même si les effets économiques pour la femme peuvent être différents. Le terme « répudiation » est réservé pour le *talaq,* autrement dit la répudiation que l'homme peut prononcer de façon unilatérale par déclaration de sa simple volonté, sans devoir se justifier. Néanmoins une intervention judiciaire pour l'autorisation préalable, la tentative de réconciliation entre les époux et la garantie du paiement des droits économiques, sont nécessaires (art. 78 CFM). Bien que le rôle du juge soit très limité, sa fonction est par contre très importante en tant que garant de l'accomplissement des obligations économiques du mari[52], vu que celui-ci doit verser un montant plus élevé si la répudiation est prononcée sans aucun motif, et un montant moins élevé si la répudiation est basée sur une cause imputable à l'épouse. Le *tamlik* est une autre modalité de répudiation: la femme peut l'exercer unilatéralement, mais seulement si le mari lui a accordé cette possibilité dans leur acte de mariage. Il existe également le *khol,* où le mari accepte la répudiation, après le paiement, par la femme, d'une compensation économique. Cela peut se traduire par la renonciation à la dot, la restitution de la dot, ou la renonciation aux montants qui pourraient lui revenir pour ladite répudiation[53]. Dans ce type de répudiation comprenant une compensation, l'autorité judiciaire intervient

[52] Cervilla, M.D. &. Zurita Martín, I., *El Derecho de familia marroquí… cit.*, p. 64; Quiñones Escámez, A.,*Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, 2000, p. 70.

[53] Forme de dissolution à laquelle auront accès les femmes d'une bonne condition sociale et aisées. Elles pourront imposer leur volonté de mettre fin à l'union conjugale en payant, en échange, une somme importante à leur mari. Quiñones Escámez, A., «La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico», Consejo General del Poder Judicial: *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº VIII, Madrid, 2002, p. 268.

également pour s'assurer que chacune des parties accomplit ses obligations économiques[54].

Il faudra analyser au cas par cas, étant donné que la réglementation marocaine a déjà établi des limites indirectes à la répudiation indiscriminée, en y liant des obligations économiques. La dissolution du lien est conditionnée à l'accomplissement préalable de ces obligations économiques, lesquelles sont garanties par l'intervention judiciaire. Certains auteurs considèrent que, mis à part le type de répudiation et de son éventuelle révocabilité, il faut étudier le lien que présente la relation successorale avec l'ordre juridique du for. Ainsi, si celle-ci ne présente pas de liens significatifs avec le pays où l'on prétend la faire valoir, les effets de la répudiation pourraient y être reconnus[55]. D'autres considèrent que la reconnaissance des effets de la répudiation dans le for devrait dépendre du délai entre ladite répudiation et le décès du *de cujus*[56].En tout cas, dans toutes les situations susmentionnées, il s'agit de définir dans le for les effets d'une situation préexistante qui étend ses effets à l'étranger[57].

Si l'on maintient une position cohérente avec la défense des valeurs supérieures de l'ordre juridique du for, ce qui doit primer, ce n'est pas le lien plus ou moins fort de la relation juridique avec le for, mais l'atteinte plus ou moins importante portée aux droits de l'homme. C'est pourquoi, indépendamment du lien ou du temps qui s'est écoulé, ce qu'il faudra évaluer, c'est si les droits de la femme ont été respectés, et si elle a sollicité la répudiation ou y a consenti. Si ces conditions n'existent pas, la répudiation ne devrait pas déployer d'effet en Espagne, et les droits successoraux de l'épouse devraient être maintenus, indépendamment de la situation juridique boiteuse présente au Maroc.

---

[54] Quiñones Escámez, A., Rodríguez Benot, A., Berjaoui , K. & Tagmant, M.,*Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de Derecho privado marroquí*, t. I, ed. Fernando Zarauz Astorki, Madrid, 2009, p. 138.

[55] Lagarde, P., «Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 71, II, Session de Cracovie, Pedone, 2006 ; *id.*: *Répertoire droit international, Dalloz*, Cahiers de synthèse, janvier, 2003, p. 9.

[56] Gannagé, L., «L´ordre public international…», *cit.,* p. 218.

[57] La jurisprudence française a même admis la création dans le for de relations juridiques se basant sur l'application d'un droit étranger portant atteinte aux valeurs françaises, quand ladite relation ne présente pas de lien significatif avec la France : Civ. 1er, 10. 05.2006*, Dalloz,* 2006, 2890. *Cf.* Gannagé, L., «L´ordre public international…», *cit.,* pp. 218-219.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

Si le *de cujus*, après avoir répudié sa femme, s'était marié en secondes noces avec une autre femme, que se passerait-il quant aux droits de la seconde épouse? Si l'on admettait la reconnaissance de la répudiation, la seconde épouse serait alors la veuve légale et, par conséquent, l'héritière. Ceci impliquerait que la première épouse serait privée de l'héritage; elle n'hériterait donc pas. Par contre, si la validité de la répudiation n'était pas admise, la première épouse demeurerait la conjointe officielle du de cujus, et le second mariage ne serait pas reconnu en Espagne. Dans ce cas, la seconde épouse devrait-elle être privée de ses droits successoraux ?

L'admission de la polygamie en droit marocain (arts. 39 et 40 CFM)[58] et l'attribution de droits pour les femmes veuves qui en découlent, s'opposent également à l'ordre public constitutionnel espagnol. Cependant, l'appréciation de l'exception d'ordre public international doit se faire avec prudence, car, dans le cas contraire, la femme subirait un double préjudice. S'il n'est pas admis que la deuxième ou troisième épouse simultanée puisse hériter parce que la validité de leur mariage est incompatible avec les valeurs constitutionnelles de l'Espagne, les droits de ces épouses seront encore plus limités. Premièrement, la femme subit une discrimination en raison de son sexe, puisqu'elle ne peut, elle, contracter d'autres mariages tant que son mariage existe. Deuxièmement, elle souffre d'un autre préjudice, puisqu'elle ne peut pas non plus percevoir d'héritage. Il faudrait étudier l'utilisation éventuelle de l'ordre public atténué, qui lui permettrait de pouvoir hériter en partageant l'héritage avec les autres épouses du *de cujus*. Mais l'ordre public pourrait intervenir à ce moment-là pour protéger les droits de la première épouse lorsque le mariage monogame est de règle[59]. Cet effet atténué de l'ordre public international peut également être utilisé par les autorités extra-judiciaires, lorsque des notaires interviennent, par exemple, dans la succession[60].

---

[58] Il en ressort que le mariage n'est pas autorisé si le mari a plus d'épouses que ce qui est permis par le droit marocain, qui, d'après la *Charia*, est limité à quatre. La polygamie est interdite s'il y a un risque d'injustice entre les femmes, de même que s'il existe une condition de la part de la femme selon laquelle le mari s'engage à ne pas contracter d'autre mariage (clause de monogamie). En dépit de cela, il existe de nombreuses astuces de la part des maris pour éviter le mariage monogame, malgré l'existence de ladite clause. *Cf.* García Rodríguez, I., «La celebración del matrimonio…», *cit.*, p. 179.

[59] En ce sens, Bonomi, A. & Wautelet, P., *Le droit européen des successions… cit.,* p. 548.

[60] Droz, G.A.L., «L'activité notariale…», *cit.*, p. 82.

Cependant, les cas de polygamie qui existent au Maroc peuvent être dus à l'admission du mariage alors que d'autres liens antérieurs n'ont pas été dissous mais aussi aux cas de célébration d'un mariage, valable dans un pays mais non-reconnu dans un autre. Cela peut donner lieu à un certain nombre de situations boiteuses qui génèrent donc des cas de polygamie de fait. Dans cet exemple-ci, la reconnaissance de la condition de conjoint survivant - veuf ou veuve- dépendra de la valeur qui sera donnée, dans le for, à la question préalable de la validité du mariage. En ce sens, la célébration d'un mariage en Espagne, contracté conformément à la *lex loci*, mais non-reconnu au Maroc, parce que l'une des conditions requises fait défaut, permettrait au contractant marocain de célébrer un autre mariage de manière valide au Maroc qui ne serait pas reconnu en Espagne. Si cela arrivait, si le mari devenait veuf de sa deuxième épouse -simultanée de fait- ses droits successoraux en Espagne seraient difficilement reconnus, car sa bonne foi (en ayant contracté mariage en deuxièmes noces, sans avoir dissous au préalable le premier) pourrait être remise en cause. Si le mari décède, on pourrait par contre envisager la possibilité que la "deuxième veuve" ait droit à une part de la succession du mari, cette situation équivalant à celle de la polygamie de droit.

f. Non-reconnaissance de l'adoption ou du mariage entre personnes de même sexe au Maroc

Jusqu'à présent, il était très fréquent que des mineurs marocains entrent sur le territoire espagnol sous le régime de la *Kafala*. Ensuite, le *kafil* demandait la conversion de la *kafala* en adoption, bien que la *kafala* marocaine ait une nature distincte de l'adoption et qu'au Maroc -sur la base des versets 33:4 et 33:5 du Coran[61]- l'adoption est considérée comme nulle (art. 149 CFM). L'obligation pour le *kafil* espagnol de se convertir à la religion musulmane avant la constitution de la *kafala* au Maroc, de même que la présomption que, par ladite conversion, les préceptes du Coran seront respectés, n'a pas empêché que des adoptions de ces mineurs soient sollicitées en Espagne. Les tribunaux espagnols ne peuvent pas contrôler le respect des préceptes musulmans en

[61] En revanche, dans d'autres pays de religion musulmane, comme l'Indonésie, la Tunisie ou la Turquie l'adoption est admise. Cf. Quiñones Escámez, A., «Impedimentos matrimoniales, leyes de policía e internacionalidad. Alcance de las prohibiciones propias (bigamia) y las ajenas (adopción del menor venido en *kafala*)», in Álvarez González, S., (ed.): Estudios de Derecho de familia y de sucesiones (Dimensiones interna e internacional), Grupo de investigación De Conflito Legum, Santiago de Compostela, 2009, p. 260.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

raison du principe de liberté religieuse. Ce manque de respect des règles de droit marocain a conduit à la publication d'une Circulaire du ministère de la Justice marocain du 6 mai 2013 pour bloquer les processus de *kafala* déjà initiés. Tout cela a donné lieu à une réforme de la règlementation en cours qui pourrait en arriver à interdire les *kafalas* en faveur des étrangers. Dans le souci de favoriser à nouveau l'ouverture d'accueils de mineurs marocains sous le régime de la *kafala*, est toujours en vigueur la réforme de la loi 54/2007 du 28 décembre 2007 relative à l'adoption internationale, afin d'empêcher que l'Espagne autorise l'adoption d'un *makful,* dans les cas où l'adoption serait interdite dans le pays de provenance du mineur. Nous attendons de voir comment cette règle sera finalement rédigée et interprétée. De fait, la Belgique a également prévu d'appliquer la loi nationale des adoptants, de sorte que si ceux-ci sont marocains, il n'y aura pas d'adoption possible. Cependant, par la voie de l'exception, la Belgique en arrive à passer outre la prohibition de l'adoption du droit marocain. En effet, si l'application du droit étranger porte manifestement atteinte à l'intérêt supérieur du mineur, et si l'adoptant ou les adoptants ont des liens manifestement étroits avec la Belgique, ceci constitue un motif d'application du droit belge pour les conditions d'établissement de l'adoption. Quelle que soit la solution qui sera finalement choisie, il faudra toujours faire en sorte que l'intérêt du mineur soit suffisamment protégé.

En ce qui concerne les mineurs marocains arrivés en Espagne sous le régime de la *kafala* et pour lesquels un jugement d'adoption a déjà été rendu, des difficultés peuvent se présenter. En effet, si l'un des *kafils* décède et que la loi marocaine est applicable à la succession, ce sont les enfants du *de cujus* qui auront droit à l'héritage. Or, les *makful*s ne sont pas des héritiers légaux, à moins que le testateur leur ait laissé un legs. Mais en Espagne, ces mineurs sont considérés comme des enfants adoptés : les exclure de l'héritage porterait par conséquent atteinte à l'ordre public international espagnol. C'est un exemple typique qui illustre bien le manque de reconnaissance entre les institutions des deux ordres juridiques, qui conduit à des effets pervers dans le domaine successoral. Si l'on considère le mineur comme un enfant du *de cujus*, le droit marocain ne sera pas appliqué, pour des motifs d'ordre public international. Mais, selon l'article 35 du Règlement des successions, les préceptes du droit marocain qui excluent l'enfant de l'héritage seront les seuls à ne pas être appliqués, il faudra se plier à la définition de « l'enfant » tel que le prévoit le

droit espagnol, et non d'après le droit marocain. Tous les autres préceptes du droit marocain devront, cependant, être appliqués.

De la même manière, le droit espagnol reconnaît facilement la qualité de conjoint à toute personne de nationalité marocaine qui aurait contracté mariage avec une autre personne de même sexe, que ce soit en Espagne, dans un autre pays membre de l'UE, ou dans un Etat tiers. Il est alors attribué des droits successoraux au conjoint veuf, lequel est désigné en tant qu'héritier légal et réservataire. En revanche, il sera impossible, au Maroc, que soient attribués à cette personne des droits successoraux en qualité de conjoint survivant. Par conséquent, l'ouverture d'une succession par les autorités espagnoles n'aurait aucun effet au Maroc vu que cela irait à l'encontre des prescriptions de la *Moudawana*. De même, si la déclaration d'héritiers provient du Maroc, cela n'aurait pas non plus d'effets en Espagne, puisque cela contreviendrait à l'ordre public international espagnol, ne respectant pas le principe de non-discrimination en raison du sexe. Dans ce cas, il faudra également utiliser l'ordre public international, conformément à l'article 35 du Règlement de successions, pour écarter uniquement l'application du précepte marocain incompatible avec l'ordre international espagnol. Le reste des préceptes de droit marocain relatif aux successions devra être appliqué.

III. DEPUIS QUAND LE RÈGLEMENT (UE) 650/2012 AFFECTE LES RELATIONS HISPANO-MAROCAINES EN MATIÈRE DE SUCCESSIONS

1. LE RÈGLEMENT (UE) 650/2012 ET SES CONSÉQUENCES VISIBLES SUR LES RELATIONS HISPANO-MAROCAINES EN MATIÈRE DE SUCCESSIONS

En Espagne, c'est en principe la loi établie en vertu de l'art. 9.8º CC qui sera appliquée pour les successions, si le décès est survenu avant le 17 août 2015. À partir de cette date, la loi applicable aux successions pour cause de mort sera déterminée par l'Espagne, de même que par les autres pays de l'UE (sauf le Danemark, le Royaume Uni et l'Irlande), conformément au Règlement 650/2012. Vu le caractère universel de ses normes, ce Règlement remplacera complètement le régime prévu à l'art. 9.8º CC, sauf pour les conflits de lois internes. Plus concrètement, toutes les successions pour lesquelles le décès en cause est survenu à partir de cette date, devront s'en tenir aux dispositions du Règlement (art. 83). Par contre, les successions qui ont lieu depuis le 17 août

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

2015, mais pour lesquelles le décès est survenu avant cette date, continueront à être régies par l'art. 9.8 CC.

Ceci dit, le Règlement est entré en vigueur 20 jours après sa publication dans le JOUE, le 27 juillet 2012 (art. 84). Cela signifie que, depuis le 16 août 2012, les testateurs ont la possibilité d'organiser leur succession en tenant compte des diverses voies qu'offre le Règlement, puisque l'art. 83.2º le prévoit ainsi. Ce précepte comprend une règle de droit transitoire qui permet aux testateurs de choisir la loi applicable à leur succession avant le 17 août 2015. Ce choix sera valable si les conditions prévues au chapitre III (relatif à la loi applicable) ou si les conditions de validité en application des règles du DIPr. en vigueur au moment du choix, dans l'Etat où le testateur avait sa résidence habituelle ou dans tout autre Etat de sa nationalité, sont réunies. Certains notaires considèrent cependant qu'une anticipation du choix de loi applicable ne prendra effet que dans la mesure où le décès se sera produit après le 17 août 2015[62]. En effet, si le testateur est mort avant cette date, le choix ne sera pas suivi d'effet s'il n'est pas valide selon le DIPr. en vigueur dans le pays de sa résidence habituelle au moment où il a fait son choix. Il s'agit d'interpréter quel est le DIPr. en vigueur au moment du choix: si c'est l'art. 9.8º CC, en ce qui concerne l'Espagne, ou si c'est le Règlement (UE). De notre point de vue, nous pensons que le Règlement représente le DIPR en vigueur, car il est d'ores et déjà applicable même si toutes ses dispositions ne sont pas encore appliquées. Une interprétation différente empêcherait que l'art.83.2º du Règlement produise un effet utile, autrement dit, ledit précepte ne servirait à rien, puisque seuls pourraient choisir la loi applicable à leur succession les ressortissants de pays dont l'ordre juridique admet déjà la *professio iuris*. Quant aux relations hispano-marocaines en matière de successions auxquelles on se réfère ici, cette prévision ne suppose pas un énorme changement puisqu'actuellement, la seule possibilité pour un marocain serait de choisir l'application de sa loi nationale relative à la succession (loi nationale qui lui sera également appliquée en vertu de l'art. 9.8º CC). Les espagnols n'ont pas non plus d'autre possibilité étant donné que la loi espagnole sera l'unique loi applicable à leurs successions, qu'ils choisissent leur loi nationale conformément à ce que leur permet l'art. 83.2º du

[62] Chassaing, P., « La préparation des notaires et du notariat concernant la mise en application du règlement du 4 juillet 2012», in Khairallah, G. & Revillard, M. (dir.), *Droit européen des successions internationales*, Defrénois, Paris, 2013, p. 40.

Règlement, ou que leur soit appliqué l'art. 9.8º CC. Néanmoins, une fois que le Règlement sera applicable dans son intégralité, d'importants changements se produiront en matière de loi applicable.

Le Règlement est d'application universelle (art. 20), ce qui signifie que les autorités espagnoles pourraient devoir appliquer le droit d'un Etat non-membre de l'UE à une succession, comme le droit marocain, par exemple. Ceci concerne donc les successions hispano-marocaines. Par conséquent, les règles successorales établies dans le Règlement seront appliquées à la succession d'un testateur marocain qui aurait sa dernière résidence en Espagne. Si ce testateur marocain opte pour l'application de sa loi nationale, il faudra appliquer le droit marocain à ladite succession, tel que le stipule l'art. 22. En revanche, s'il ne choisit pas sa loi nationale, il faudra appliquer à sa succession la loi espagnole dépendant de sa résidence habituelle au moment du décès. Ceci suppose un changement substantiel, puisque l'on passe de l'application de la loi nationale (unique possibilité en vigueur actuellement), à l'application de la loi de sa résidence habituelle (non seulement par la voie de l'exception d'ordre public international, mais aussi par manque de reconnaissance du droit marocain comme cela était le cas jusqu'à présent). Par conséquent, les marocains qui désirent que le droit marocain régisse leur succession devront opter pour ce choix.

En outre, les autorités espagnoles pourraient s'occuper de la succession d'un marocain résidant au Maroc qui aurait des biens en Espagne. Les autorités en question devront appliquer le droit marocain à ladite succession puisqu'il existe un lien avec le lieu de sa dernière résidence habituelle. Seront également appliquées les normes du Règlement qui conduiront à l'application du droit d'un pays non-membre de l'UE, -en l'espèce, le droit marocain-, à un espagnol qui réside au Maroc et qui n'aurait pas opté pour l'application de sa loi nationale, mais qui a des biens en Espagne [art.10.1º a)] ou sa dernière résidence habituelle en Espagne, et que cinq ans ne se soient pas écoulés depuis le changement de résidence [art. 10.1ºb)] pourvu que ce soit un tribunal espagnol qui connaisse en la matière. Ceci implique un important changement en ce qui concerne les règles de droit en matière de successions en vigueur en Espagne jusqu'à aujourd'hui, vu que l'on passe du critère de rattachement à la nationalité, à celui de la résidence habituelle, soumettant

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

par conséquent la succession d'un espagnol à un droit étranger et non plus au droit espagnol, comme cela se faisait habituellement.

2. LA PROFESSIO IURIS EN MATIÈRE SUCCESSORALE

A. *PROFESSIO IURIS* ET MAINTIEN DU CRITÈRE DE RATTACHEMENT À LA NATIONALITÉ

Une importante nouveauté en droit international privé espagnol, et ayant une incidence sur les relations successorales hispano-marocaines, est le retrait, en second plan,du rattachement à la nationalité qui n'est plus considéré comme un critère adéquat à une époque de grandes migrations[63] et qui a encore moins sa place dans un texte communautaire[64]. La loi nationale sera donc uniquement utilisée si elle est choisie par le testateur en tant que loi régulatrice de sa succession. Il s'agit de la conséquence de l'introduction de la *professio iuris* en matière de successions, ce qui représente un changement radical dans le système successoral espagnol[65].

L'attribution de cette faculté de pouvoir choisir la loi applicable à sa succession a l'avantage d'introduire une plus grande sécurité juridique, en permettant à l'intéressé d'organiser sa succession à l'avance, conformément aux prescriptions de l'ordre juridique correspondant à sa nationalité. Cette sécurité juridique est plus forte dans la mesure où, une fois exercé le choix de sa loi applicable, le renvoi est exclu, et ce sont alors les règles matérielles correspondantes à l'ordre juridique national qui s'avèrent applicables. Cela permet également d'unifier les lois applicables à la succession, en évitant le fractionnement légal de la succession, ce qui peut être intéressant dans les

[63] Baldus, C., «¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo? Apuntes sobre la propuesta de un Reglamento de sucesiones», *El Notario del siglo XXI*, nº 26, 2009, p. 8.

[64] Quant aux soupçons sur son caractère discriminatoire: Heredia cervantes, I., «El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones», *Diario La Ley*, nº 7933, Sección Tribuna, 28 septiembre 2012, p. 3.

[65] Álvarez González, S., «La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria», García Rubio, M.P. (coord.): Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río, Thomson Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 17-49. Favorables à l'introduction de la *professio iuris* en matière successorale, entre autres, Sturm, F., «Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien und Erbrecht», *Festschrift für E. Wolf*, Colonia, Berlin, Bonn, Munich, 1985, pp. 653 s., Daví: «L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *Riv.dir.int.priv.pr.*, 2004, pp. 473 s.

cas où le testateur appartient à un système légal scissionniste, bien que ce ne soit le cas ni du Maroc ni de l'Espagne. En outre, le critère de l'autonomie de la volonté place les différents systèmes juridiques et modèles culturels sur un plan d'égalité, laissant ainsi toute la liberté aux personnes de choisir leur propre mode de vie et de développement personnel[66]. Et, puisque les motivations qui conduisent une personne à choisir une loi applicable à sa succession peuvent être très diverses et sont toujours subjectives, il est préférable de ne pas imposer de loi, et de laisser l'intéressé faire son propre choix et décider s'il désire que sa succession soit régie par sa loi nationale.

Ceci dit, ce n'est pas une liberté absolue qui est reconnue au testateur, on lui offre seulement l'opportunité de choisir sa loi nationale pour régir sa succession (art. 22), que ce soit unilatéralement sous la forme d'un testament ou sous une forme plurilatérale, moyennant un pacte de succession. Il est également possible que le choix de la loi applicable à la succession soit le contenu unique en soi du testament ou du pacte successoral. Par conséquent, vu le caractère universel du Règlement 650/2012, si un marocain résidant en Espagne choisissait sa loi nationale pour régir sa succession, seule ladite loi s'avèrerait applicable.

On peut critiquer le fait que le législateur communautaire ait restreint autant les possibilités de choisir la loi applicable à la succession et qu'il permette uniquement au testateur d'envisager son héritage conformément au droit de sa nationalité. Ce qui nous interpelle plus encore, si l'on tient compte du fait que le critère de rattachement à la nationalité est en recul dans le domaine des relations personnelles et familiales et qu'il conduit très souvent à l'application du droit du for, en raison des problèmes d'application qu'il pose (difficultés de preuve, ordre public international)[67], l'un des arguments le plus utilisé en faveur de cette restriction est justement le besoin de protéger

[66] Calvo Caravaca, A.L., «La autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho internacional privado en la sociedad global», Consejo General del Notariado: *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, T. V, Derecho internacional privado e interregional, ed. Wolkers Kluwer españa, 2012, p. 183.

[67] Guzman Zapater, M., «La ley nacional e intervención notarial en sucesiones», Consejo General del Notariado: *Autonomía de la voluntad...cit*., p. 306.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

les héritiers de manœuvres du testateur[68]. Mais ceci n'a pas de sens dans le cas des relations hispano-marocaines puisque, comme nous l'avons vu auparavant, c'est justement la loi nationale du testateur marocain qui peut nuire aux droits de certains héritiers. Ce problème aurait pu être résolu, le cas échéant, en établissant une règle en vertu de laquelle on ne pourrait priver les héritiers de leur part réservataire, comme cela se passe dans certains ordres juridiques, comme dans le droit belge, italien, ou roumain[69], quoique de cette manière, l'autonomie de la volonté soit trop restreinte, au point que cela lui fait perdre toute son utilité. Bien évidemment, permettre au testateur de choisir l'application de la loi de sa résidence habituelle au moment du décès ne lui offre pas plus d'options, étant donné que celle-ci est objectivement applicable à la succession, même si cela aurait permis au testateur d'organiser sa succession avec une totale sécurité au départ[70], et aurait ainsi résolu le problème de détermination de la résidence habituelle, lorsque celle-ci est douteuse. Par contre, il aurait été judicieux de permettre le choix de la loi de la résidence habituelle (que le testateur a au moment de faire son choix) même dans le cas où il aurait sciemment cherché à mentir sur sa résidence habituelle dans l'unique dessein de ne pas devoir appliquer d'éviter d'appliquer d'autres règles de successions qui ne lui conviendraient pas[71]. Même dans ce cas, le fait de pouvoir choisir sa loi nationale est considéré comme positif, en raison du lien, formel au moins, entre le testateur et sa loi nationale. Etant donné qu'il s'agit d'un lien stable, vu le cheminement long et complexe du changement de nationalité, cela lui permet de résider dans plusieurs pays, d'éviter les fraudes, d'augmenter la sécurité juridique et la vie à l'international de la personne[72] puisque cela lui permet de résider dans divers pays sans que cela ne change la loi réglementant sa succession. De plus, certains auteurs

[68] Lagarde, P., «Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions», *Rev.crit.dr.int.pr.*, 101, 4 octobre-décembre 2012, p. 719; Nourrissat, C., «Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne», *Defrénois*, 28 feb. 2010, p. 394

[69] Cités par Lagarde, P., «Les principes de base…», *cit.*, p. 721, note 65.

[70] Bonomi, A., «Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement éuropéen», Bonomi, A. & Schmid, C. (ed.) : *Successions internationales. Réflexions autor du futur règlement européen et de son impact pour la Suisse*, Schultness, Ginebra, 2010, p. 41.

[71] Bonomi, A., «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *Ric. dir.int.priv.proc.,* 2010, p. 896.

[72] Calvo Caravaca, A.L., «La autonomía de la voluntad…», *cit.*, p. 189.

affirment que l'on peut éviter qu'une loi soit choisie uniquement dans le but de frustrer les attentes légitimes des futurs héritiers[73]. Toutefois, en n'exigeant aucun élément de lien avec son droit national, le testateur peut opter pour l'application de son droit national, sans prendre en compte l'intérêt de ses héritiers, même s'il se trouve très éloigné de cet ordre juridique et que la recherche de cette loi nationale suppose des coûts très élevés. Malgré cela, les attentes des héritiers ne peuvent primer sur la liberté du testateur de pouvoir organiser sa succession comme bon lui semble. C'est pourquoi la possibilité de choisir sa loi nationale est tout à fait justifiée, même si elle ne présente pas de lien fort avec le testateur.

Le Règlement n'a pas fixé de règle concrète pour choisir la loi applicable. Il est donc possible de recourir à tout moyen d'expression, pourvu que ce choix soit clairement établi. Par exemple, le testateur pourra disposer qu'il désire que sa succession soit régie par le droit de la nationalité qu'il possède au moment de faire la disposition *mortis causa,* ou par le droit marocain. Etant donné que le Règlement ne stipule rien qui l'interdise, il serait aussi possible pour le testateur de spécifier son choix, dans les cas où son droit national serait un système pluri législatif. Ainsi, rien ne s'oppose à ce que le testateur choisisse que sa succession soit régie par le droit correspondant à sa « *vecindad civil »* (citoyenneté régionale*)[Ndt]*, par exemple par le droit catalan[74]. Ceci serait possible dans la mesure où la nationalité a à voir avec la « citoyenneté régionale », cette dernière agissant comme loi personnelle applicable dans la dimension interne du Droit international privé. Ceci dit, un espagnol étant « citoyen » d'une Communauté Autonome, ayant un droit de succession qui lui est propre, pourrait-il opter, en choisissant sa loi nationale, pour le droit autonome correspondant à sa « citoyenneté régionale » *[Ndt]*[75] ou pour le

[73] Blanco-Morales Limones, P., «La autonomía de la voluntad en las relaciones plurilocalizadas. Autonomía de la voluntad. Elección de ley aplicable: consentimiento y forma de los actos», Consejo General delNotariado: *Autonomía de la voluntad... cit.*, pp. 25-36.

[74] Fontanellas Morell, J.M., «La forma de la designación de ley en la propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones», *REDI*, vol. LXIII, 2011, t.2, pp.139-140.

[75] *[Note de la traductrice] :* l'Espagne est divisée administrativement et politiquement en Communauté autonomes qui ont des prérogatives spécifiques dans certains domaines, comme par exemple en matière juridique. Ceci explique qu'il y ait des juridictions régionales mais aussi –à différence de certains pays comme la France par exemple, il y a une citoyenneté nationale mais aussi des citoyennetés « régionales », en vertu du domicile des personnes et

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

droit civil national? Ou au contraire devrait-il obligatoirement choisir le droit du for correspondant au lieu de sa « citoyenneté régionale »? Cette dernière option est cohérente avec l'identification de la nationalité de la « citoyenneté régionale » dans la dimension interne du droit international privé, c'est pourquoi il ne serait pas logique qu'un espagnol, ayant une « citoyenneté régionale », choisisse comme loi applicable celle d'une autre « citoyenneté régionale »[76].

Quant à l'espagnol résidant au Maroc et qui n'aurait jamais vécu en Espagne, il semble que la seule loi nationale qu'il pourrait choisir serait celle correspondant à la loi de sa « citoyenneté civile » commune qui s'ajoute à la règle du for du domicile.

Le Règlement 650/2012 suit les règles de la Convention de la Haye du 1er août 1989 concernant la loi applicable aux successions pour cause de décès, qui permet le choix exprès ou tacite de la loi (art. 5.2.1). C'est dans cette même ligne que se situe le Règlement. Le choix tacite de la loi nationale, se produit, par exemple, en faisant référence à des dispositions concrètes de cet ordre juridique. Ainsi, le Règlement concorde avec de nombreux autres ordres juridiques étrangers qui admettent le choix de la loi en matière de successions, comme c'est le cas des Pays Bas - unique pays ayant ratifié la Convention de la Haye du 1eraoût 1989 sur la loi applicable aux successions pour cause de décès-[77], la Belgique, le Bénin, la Bulgarie, le Burkina Faso, la Corée du Sud ou la Finlande. De plus, elle suit également la ligne adoptée par les pays qui, soit par voie législative, soit par voie jurisprudentielle, reconnaissent la liberté de choix de la loi applicable comme l'Allemagne, le Liechtenstein, la Roumanie ou le Québec. L'Italie et la Suisse sont néanmoins plus restrictives dans ce domaine.

---

qui, en fonction des Communautés autonomes [*Région*], donneront lieu à l'application du for de cette communauté autonome.

[76] En ce sens également Fugardo Estivill, J. M., *En torno a la propuesta de Reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 126.

[77] La convention a été signée par l'Argentine, le Luxembourg, Les Pays bas et la Suisse mais elle n'a été ratifié que par les Pays bas, c'est pourquoi il n'est pas en vigueur. Ceci dit, la loi hollandaise du 4 septembre 1996 a incorporé le contenu de la Convention à l'ordre juridique interne hollandais, *Cf.*Carrascosa González, J., «Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2014), vol. 6, nº 1, p. 8.

B. LA *PROFESSIO IURIS* EN CAS DE CHANGEMENT DE NATIONALITÉ OU DE DOUBLE NATIONALITÉ

L'admission de la *professio iuris* prétend apporter une sécurité juridique au testateur, de sorte qu'il puisse organiser sa succession en connaissant, à l'avance, les règles qui lui seront applicables. Pour apporter un plus grand éventail d'options, le Règlement permet d'opter pour la loi nationale au moment de faire son choix ou pour la loi nationale au moment du décès (art. 22.1). Cette double possibilité est en vérité très curieuse car, sauf si le testateur est en cours d'acquisition d'une autre nationalité, il est fort peu probable qu'il sache à l'avance quelle autre nationalité il aura au moment de son décès, nationalité différente de celle qu'il possède au moment de faire son choix. Même dans ce cas, si un testateur de nationalité marocaine a entamé une procédure de naturalisation espagnole du fait de sa résidence (art. 2 2C.c) et qu'il a décidé de choisir la loi espagnole en tant que loi de sa future nationalité (celle du moment de son décès) comme loi applicable à sa succession, il y a toujours le risque que le décès survienne avant d'avoir acquis effectivement la nationalité espagnole. Rien ne permet de s'assurer, non plus, que ladite nationalité lui sera accordée. Il est par conséquent difficile de dire si cette possibilité de choisir la loi nationale actuelle ou la loi nationale du moment du décès, contribue à renforcer la sécurité juridique. Il s'agit plutôt d'un cas de *professio iuris* fictive.

Que se passerait-il si le testateur, ayant choisi la loi espagnole en raison de sa nationalité au moment de son décès, faisait des dispositions testamentaires conformément à la loi espagnole et que, finalement, il n'arrivait pas à acquérir ladite nationalité ? Lui appliquerait-on le droit espagnol à titre de loi de sa dernière résidence habituelle, bien qu'il ait choisi l'application de la loi de sa nationalité au moment du décès, et qu'il s'agisse en fin de compte de la nationalité marocaine, étant donné qu'il n'a pas pu être naturalisé avant son décès ? Dans ce cas, même si le *de cujus* a fait des références concrètes au droit espagnol et que cela puisse s'interpréter comme un choix tacite, l'application du droit espagnol ne pourrait être admise en tant que loi choisie, puisque la possibilité d'opter entre la loi de sa nationalité ou la loi nationale de sa résidence habituelle -comme il aurait été plus raisonnable et cohérent-, ne lui a pas été donnée. Si la loi espagnole est finalement appliquée à la succession, ce ne sera pas parce qu'il l'a choisie, mais parce que c'est la loi objectivement

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

applicable dans ce cas, à défaut de choix et, en tout cas, chaque fois qu'il n'existera pas de rattachement plus étroit du testateur avec le droit marocain. Voilà pourquoi l'effort du testateur marocain pour organiser sa succession conformément au droit espagnol, en tant que future loi nationale prévisible, ne sert à rien. La formule utilisée, selon laquelle « *toute personne pourra désigner la loi de l'Etat dont il possède la nationalité au moment de réaliser son choix ou au moment du décès* » n'est donc pas tout à fait judicieuse. À partir du moment où le testateur change de nationalité, s'il décide de choisir cette nouvelle loi nationale, il n'a plus d'option entre les différentes lois nationales car la loi sera la même, à savoir celle du moment du choix et celle du décès. Il y aura une coïncidence de lois et la dualité n'est alors qu'apparente.

Ce qui est clairement précisé par ailleurs, c'est que le disposant ne peut choisir comme loi applicable à sa succession une loi nationale qui ne correspond plus à sa nationalité, même s'il s'agit d'une nationalité qu'il possédait antérieurement. La règle permet uniquement de choisir la loi de la nationalité que l'on possède au moment du choix. Par contre, si le de cujus possédait la nationalité marocaine au moment de faire son choix, qu'il ait choisi cette loi pour régir sa succession ; même si ultérieurement il perdait cette nationalité, l'option effectuée resterait valide dans la mesure où il s'agit de la loi nationale qu'il avait au moment de faire son choix.[78]

Le législateur communautaire, au moment de la rédaction de cette règle, avait peut être en tête cette possibilité que le testateur fasse des dispositions testamentaires conformément à sa loi nationale au moment de la disposition de celles-ci, avant qu'il ne change postérieurement de nationalité. Dans cette hypothèse, une solution comme celle prévue par le législateur espagnol à l'art. 9.8º CC a un sens. En effet, cette disposition légale permet de reconnaitre la validité des dispositions testamentaires lorsque celles-ci ont été faites conformément à sa loi nationale au moment de choisir, ou celle de la nationalité possédée par le *de cujus* au moment du décès. Néanmoins cela n'est pas la teneur du précepte. La norme dans ce cas permet simplement au testateur de résoudre le problème du conflit pouvant survenir dans le cas

[78] En ce sens, Bonomi, A., « Prime considerazioni sulla proposta…», *cit.*, p. 895. En revanche, l'ordre suisse (art. 90.2º LDIP) et l'estonien (§ 25 de la loi estonienne de DIPr.) prévoient la caducité de l'élection de la loi nationale si, au moment du décès du *de cujus,* celui-ci ne possède pas ladite nationalité. *Cf.* Bonomi, A. &.Wautelet, P., *Le droit européen des successions…cit.,* p. 309.

d'un changement de nationalité, et ceci directement au moment où il fait la disposition indiquant la loi applicable à sa succession. Ainsi, s'il change de nationalité après avoir fait ladite disposition, il n'aura pas à se préoccuper de prévoir une autre disposition pour indiquer quelle est la loi nationale applicable à sa succession. Ou encore pour les cas où, possédant une nationalité, il acquiert ensuite une autre nationalité, sans perdre toutefois celle qu'il avait auparavant. Dans ce cas, bien qu'il ait une autre nationalité au moment du décès, le choix réalisé en faveur de la première loi nationale reste valide.

Cette règle peut être plus utile encore, dans des cas de changement de résidence habituelle du testateur, sans toutefois acquérir « la citoyenneté régionale » dans la nouvelle communauté autonome[79]. Dans ce cas de figure, celui-ci pourra opter pour l'application du droit correspondant au lieu de la « citoyenneté régionale » de l'ancienne communauté autonome où il résidait, ou alors faire en sorte que lui soit appliqué le droit correspondant à sa nouvelle résidence habituelle à titre de loi découlant de la résidence habituelle. En revanche, s'il choisit sa loi nationale une fois qu'il a acquis « la citoyenneté régionale » dans la nouvelle communauté autonome où il réside, il y aura à nouveau superposition entre loi nationale et loi de la résidence habituelle, alors qu'il n'existe qu'une seule et unique loi successorale : celle de sa résidence habituelle, coïncidant avec celle de sa « citoyenneté régionale ».

L'unique flexibilité que concède l'art. 22.1 *in fine* lorsque le testateur possède deux ou plus de deux nationalités, c'est de lui permettre d'opter pour l'une d'elles, sans que ne soit exigée aucune condition d'effectivité de la nationalité, en accord avec la jurisprudence de la CJUE, entre autres, dans les cas *Micheletti* ou Garcia Avello. De cette manière, on prétend éviter le risque qu'une personne fasse prévaloir la nationalité du for, entraînant ainsi des difficultés d'identification de la nationalité effective[80]. Autrement dit, même dans des cas de ce genre, cette option est problématique pour les *de cujus* hispano-marocains. Le Règlement ne règle pas le problème de la définition d'une personne citoyenne d'un Etat, comme le signale le considérant 41. Ce problème doit-être résolu en conformité avec la législation nationale de cet Etat, y compris de ses conventions internationales, tout en respectant les

[79] La «*vecindad civil*» (citoyenneté régionale) est acquise au bout de deux ans moyennant manifestation de volonté par l'intéressé ou au bout de dix ans s'il n'y a pas eu de déclaration contraire pendant ce délai (art.14.1º CC.).

[80] Lagarde, P., «Les principes de base…», *cit.*, p.719.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

principes généraux de l'UE. Si l'application des règles de l'art. 9.9º CC reste possible, il paraîtra douteux qu'une autorité espagnole admette la possibilité que le testateur originairement marocain -et qui aurait acquis la nationalité espagnole par la suite- puisse opter pour la loi de son autre nationalité, autrement dit la loi marocaine. L'Espagne n'acceptant pas le maintien d'une double nationalité espagnole-marocaine en cas de naturalisation, le *de cujus* doit renoncer à la nationalité marocaine pour acquérir la nationalité espagnole. Les autorités espagnoles vont le considérer exclusivement espagnol vu qu'il s'agit d'un cas de double nationalité que les lois espagnoles ne prévoient pas. Pour le droit marocain, le fait de renoncer à la nationalité marocaine par acquisition d'une autre nationalité ne suppose pas la perte de la nationalité marocaine. En droit espagnol, il ne sera considéré qu'espagnol (art. 9.9 CC). Ceci explique le fait qu'il n'y ait pas de possibilité d'opter pour la loi nationale marocaine dans ce cas-là. Le *de cujus* pourra uniquement soumettre sa succession au droit espagnol qui, de plus, peut coïncider avec celui de sa résidence habituelle au moment du décès. Dans ces hypothèses, donc, nous ne pouvons pas vraiment parler de « choix » en matière de loi applicable à la succession. Espagne, ce qui impliquerait que, dans ces hypothèses, il n'aurait pas vraiment de possibilité de choisir la loi applicable à sa succession. Il s'agit donc bien, dans la pratique, d'un autre cas fictif de *professio iuris*.

Dans de telles situations, et pour savoir quelle réponse apporter à la problématique, il faut se demander quelle solution adopteraient les autorités des autres Etats membres de l'UE qui pourraient s'avérer compétentes dans ce genre de cas. Ce serait notamment le cas si le testateur hispano-marocain a sa dernière résidence habituelle dans l'un des autres Etats membres de l'UE, ou qu'il y possède des biens. Les autorités concernées respecteraient-elles la volonté du testateur de soumettre sa succession au droit marocain en raison de sa nationalité, même si aux yeux des autorités espagnoles, celui-ci possèderait uniquement la nationalité espagnole ? D'après le contenu du considérant 41 du Règlement, aucune distinction n'est faite entre la nationalité d'un Etat membre et celle d'un Etats tiers. Les Etats membres de l'UE devraient par conséquent admettre les règles sur l'acquisition et la perte de la nationalité de tout autre Etat, qu'ils appartiennent ou non à l'UE. Le problème successoral serait donc résolu différemment dans les pays membres de l'UE et en Espagne.

Une application fonctionnelle du Règlement obligerait à ne pas laisser l'art. 22.1, *in fine* sans effet. Pour obtenir un résultat harmonieux, les autorités espagnoles devraient donc écarter dans ce cas l'application de l'art. 9.9º CC. Autrement dit, dans les cas de double nationalité de fait non-prévue par les lois espagnoles et ayant pour conséquence l'acquisition de la nationalité espagnole après renonciation à la nationalité marocaine, sans que cela n'entraîne la perte de la nationalité marocaine. La justification du fait d'écarter l'application de l'art. 9.9º trouverait son origine dans le fait qu'il ne s'agit pas d'une règle de conflit d'origine autonome, suscitant le problème d'application de la loi nationale, mais d'une règle d'origine institutionnelle. Les autorités espagnoles devront, dans ces cas, se passer de l'application de l'art. 9.9º CC, et s'en tenir à la fonction du Règlement 650/2012 qui permet au testateur de choisir entre l'une ou l'autre ses lois nationales, indépendamment du fait que, pour le droit espagnol, le testateur marocain ait dû renoncer à la nationalité marocaine pour acquérir la nationalité espagnole. Dans le cas contraire, dans ces cas de double nationalité de fait, il n'existe pas de possibilité réelle de choisir entre les deux lois nationales correspondant aux deux nationalités que possède *de facto* le testateur.

3. LE LIEU DE LA DERNIÈRE RÉSIDENCE HABITUELLE DU DE CUJUS COMME NOUVEAU CRITÈRE DE RATTACHEMENT OBJECTIVEMENT APPLICABLE À LA SUCCESSION

Ce qui est prévu par l'art. 21 du Règlement 650/2012 est très important pour les relations hispano-marocaines en matière de successions. D'après cet article, si le testateur n'exerce pas son droit de pouvoir choisir sa loi nationale comme droit applicable, la règlementation applicable à l'entier de la succession sera celle de l'Etat où le testateur a sa résidence habituelle au moment du décès. Cela implique un changement significatif dans les relations hispano-marocaines en matière de successions qui, traditionnellement, étaient régies par la loi nationale du testateur au moment du décès. Cela entraîne l'application du droit espagnol pour régir la succession des marocains résidents en Espagne, par application directe de la règle de conflit, sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours au mécanisme d'ordre public international, ni à justifier un manque de preuve en droit étranger.

Suivant les normes établies dans la Convention de la Haye de 1989, le Règlement a préféré utiliser le critère de rattachement relatif à la résidence

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

habituelle, plutôt que celui de la nationalité, qui fut néanmoins privilégié pendant longtemps. Ce changement a été motivé par les arguments suivants : son caractère non-discriminatoire dans le cadre des relations transfrontalières, vu que les résidents d'un Etat seront tous soumis au même système juridique; que de la sorte l'intégration sociale des immigrants est favorisée[81] . Cette loi correspond mieux au centre de la vie réelle du *de cujus* et protège les créanciers qui ne subissent plus l'incertitude de voir d'autres critères de rattachement s'appliquer, ou toutes autres opérations de transfert et de liquidation d'héritage[82]ordinairement réalisées dans ce pays. La résidence habituelle coïncide avec le domicile fiscal, et fait correspondre la loi régulatrice de la succession avec celle du régime matrimonial[83]. De plus, ce critère de rattachement empêche le recours à l'exception d'ordre public international et les difficultés d'application d'un droit étranger, ce qui réduit les coûts d'un éventuel conflit, bien que, en ce sens, l'identité culturelle des étrangers soit moins respectée[84]. Par ailleurs, la résidence habituelle est le critère de rattachement utilisé dans tous les instruments communautaires qui sont en train d'être adoptés en matière de droit de la famille, dans un objectif politique, visant au développement de l'UE[85]. Tel est le cas du Règlement (CE) 4/2009 du Conseil, du 18 décembre 2008, relatif à la compétence de la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations d'aliments (Bruxelles III), ou dans le Règlement (UE) 1259/2010, Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (Rome III).

Ces arguments ont eu plus de poids dans les critiques que ce que le critère de rattachement avait suscité, dans la mesure où l'on craignait un éventuel « tourisme successoral», une fraude de la part du *de cujus* qui, intentionnellement,

[81] Lein, E., «A Further Step Towards a European Private International Law Code – The Commission Proposal for a Regulation on Succession», *Yearbook of Priv.Int.Law*, 2009, p. 130.

[82] Fugardo Estivill, J.M., *En torno a la propuesta de Reglamento…cit.*, pp. 78 et 88-89.

[83] Bonomi, A. & Wautelet, P., *Le droit européen des successions…cit.*, pp. 285-287.

[84] Rodriguez Benot, A., «El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2010), vol. 2, nº 1, p. 193.

[85] Daví, A. & Zanobetti, A., «Il nuovo Diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2013), vol. 5, nº 2, p. 30.

aurait choisi sa résidence habituelle dans un pays plus tolérant en matière de réserves héréditaires, permettant de les supprimer à la différence de ce que la loi nationale l'y autoriserait. Enfin, il a dû être considéré qu'il est peu probable qu'une personne fixe sa résidence dans un pays en pensant qu'il va y mourir, et non en se basant sur d'autres critères, la date du décès étant inconnue au moment de l'établissement du choix de la résidence[86].

La résidence habituelle a donc une grande importance, tant pour déterminer la compétence des autorités, que la loi applicable à la succession. Cependant, les différents pays peuvent arriver à des solutions très différentes, même en partant d'un point de départ objectif similaire. La notion de résidence peut également varier au sein d'un pays où il peut exister divers concepts de résidence. Pour éviter cela, le Règlement devrait prévoir une interprétation autonome de ce concept mais il est clair qu'il ne figure pas de définition précise dans la loi, ni de durée déterminée pour pouvoir parler de résidence habituelle.[87] Sur ce point, le Règlement s'écarte de la Convention de la Haye de 1989 qui exige, elle, une durée minimum de cinq ans de résidence avant la survenance du décès du *de cujus,* pour pouvoir considérer ce pays comme celui de la résidence habituelle du défunt (art. 3.2º). L'appréciation est laissée aux autorités nationales compétentes pour décider au cas par cas, en tenant compte de toutes les circonstances particulières. Elles devront de plus prendre en compte la jurisprudence abondante de la CJUE traitant du concept de résidence habituelle[88]. Il ressort de ces réflexions que le centre de vie de la personne est plus important que la durée de résidence effective dans un endroit pour déterminer le lieu de la résidence habituelle d'une

[86] Álvarez González, S., «Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos», *AEDIPr.*, t. X, 2011, pp. 378-380.

[87] Réclamant une définition du concept de residence habituelle, A. Bonomi: «Prime considerazioni sulla proposta …», *cit.*, p. 887; Max Planck-Institut: «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, p. 605.

[88] Contre l'utilisation de la définition de résidence habituelle apportée par la CJUE dans d'autres secteurs du Droit, BONOMI, A., «Prime considerazioni sulla proposta…», cit., p. 886.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

personne[89].. À cela il faut ajouter que la CJUE s'est parfois écartée de sa ligne jurisprudentielle en matière de résidence habituelle.[90].

Le considérant 23 du Règlement traite néanmoins de la résidence habituelle, en précisant que l'autorité qui s'occupe de la succession doit analyser les circonstances de la vie du testateur pendant les années précédant le décès et au moment de celui-ci, en prenant en considération tous les faits pertinents, en particulier, la durée et la régularité de sa présence dans l'Etat en question, ainsi que les conditions et les motifs de sa présence. Ceci pour prouver que la résidence révèle un lien étroit et stable avec l'Etat en question, prenant en compte les objectifs du Règlement. Cependant, malgré toutes ces précautions, des difficultés subsistent dans de nombreux cas lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la résidence habituelle du *de cujus*. C'est notamment le cas lorsqu'un *de cujus* -espagnol ou marocain-, ayant un lien étroit avec son Etat d'origine, réside de manière prolongée dans un autre pays pour des raisons professionnelles, des études ou pour des raisons de santé, ou encore s'il voyage fréquemment entre le Maroc et l'Espagne et qu'il possède un logement

[89] Cf. la décision de la CJCE du 15.09.1994, Magdalena Fernández/Commission, affaire C-452/93, qui maintient que la résidence habituelle est le "lieu où l'intéressé a fixé, dans l'intention d'y donner un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts». Cette décision soutient de même qu'il faut tenir compte de tous les éléments de fait constitutifs de celle-ci et qu'une absence sporadique et de courte durée ne signifie pas que l'intéressé ait transféré son centre d'intérêt, ceci ne fait donc pas cesser sa résidence habituelle dans cet Etat. Dans la décision de la CJUE du 17.17.2008, *Kozowski*, affaire C-66/08, il est précisé qu'il doit y avoir une appréciation globale de tous les éléments objectifs qui caractérise la situation de cette personne, entre autres, la durée la nature et les conditions de permanence de la personne et ses liens familiaux et économiques. Cf. également la décision de la CJCE du 11.11.2004, affaire Adánez-Vega, C-372/02, d'où il ressort que le lieu de «résidence» d'une personne est déterminée par le lieu où se trouve le centre habituel de ses intérêt, en tenant compte de la situation familiale du travailleur ainsi que les motifs qui l'ont mené à se déplacer, et la nature du travail.

[90] Décision de la CJCE du 02.04.2009, *Korkeinhallinto-oikeu*s, affaire C-523/07, qui maintient que pour déterminer la résidence d'un mineur dans un état membre, la présence physique ne suffit pas. Il faut prendre en considération d'autre facteurs qui peuvent indiquer que ladite présence n'a pas un caractère temporaire ou occasionnel et que la résidence du mineur se traduit par une intégration déterminée dans un environnement social et familial. Devront être pris en compte, en particulier, la durée, la régularité, les conditions et raisons de la permanence sur le territoire d'un Etat membre et du déplacement de la famille vers ledit Etat, la nationalité du mineur, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques et les relations familiales et sociales du mineur dans cet Etat.

dans les deux pays, gardant ainsi des liens étroits avec les deux territoires. La situation est similaire lorsqu'un citoyen marocain réside alternativement au Maroc et en Espagne, sans avoir de résidence principale dans l'un ou l'autre Etat, et que sa famille est de ce fait divisée entre l'Espagne et le Maroc. La résidence « habituelle » peut également être difficile à déterminer lorsque le testateur s'est déplacé dans l'intention de s'établir à un endroit, mais qu'il décède peu de temps après[91]. Dans ces cas, pour déterminer quelle est la résidence habituelle, la décision devra s'appuyer sur l'évaluation de tous les éléments factuels existants. Malgré tout ce qui vient d'être exposé, le lien le plus étroit n'est pas le critère déterminant de la résidence habituelle, Il s'agit plutôt d'un autre critère de rattachement qui, à mode de clause d'exception, permet d'exclure l'application de la loi de la résidence habituelle.

Ce qui ne fait aucun doute, c'est que le concept de résidence habituelle doit être séparé de toute connotation de légalité dérivant de la possession de l'autorisation administrative correspondante. Par conséquent, indépendamment du fait qu'un *de cujus* marocain réside ou non légalement en Espagne, ou qu'il possède ou non un titre de séjour, ce qu'il faudra déterminer c'est le concept factuel de résidence habituelle. Pour prouver la résidence habituelle on pourra utiliser, en principe, le *certificado de empadronamiento* (attestation de résidence)[92], ce document indiquant bien la volonté de résider de manière stable dans la commune, même s'il n'en est pas ainsi dans la réalité. Pour connaître de manière certaine quelle est la résidence habituelle d'un *de cujus*, on peut prendre en compte des déclarations de témoins, ainsi que celles de personnes appelées à hériter[93].

---

[91] En ce sens, entre autres,Daví, A.& Zanobetti, A., «Il nuovo Diritto internazionale privato…», *cit.*, p. 32; Harris, J., «The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges», *Trust Law International*, 2008, p. 210; Lagarde,P., «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», *Rev.crit.dr.int.privé*, 1989, p. 254; Lein, E., «A Further Step Towards a European Private International LawCode – The Commission Proposal for a Regulation on Succession», *Yearbook of Priv.Int.Law*, 2009, p. 131.

[92] [*Ndt*] : La mairie de chaque ville a un service appelé *« Padrón »* qui recense tous les habitants de la ville. Chaque habitant peut donc s'y présenter et se faire recenser. C'est le certificat délivré par ce Bureau, appelé *«* certificado de empadronamiento » qui, en Espagne, fait foi d'attestation de résidence.

[93] Calvo vidal, A.I., «Competencia del notario español en supuestos internacionales. Sucesión intestada. Sucesión testada», Consejo General del Notariado: *Autonomía de la voluntad...op.cit.*, p. 789. Carrascosa González, J.,«Reglamento sucesorio europeo…», *cit.*, p. 29.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

Néanmoins, l'option de l'article 21 du Règlement successoral pour l'application de la loi de la résidence habituelle en tant que rattachement objectif n'implique pas que cet ordre juridique soit finalement appliqué dans toutes les relations successorales hispano-marocaines. Pour les *de cujus* espagnols résidant au Maroc, le changement introduit par le Règlement 650/2012 n'est pas significatif, au moins quant au résultat, car il n'est pas sûr que le droit marocain, en tant que loi de la résidence habituelle du *de cujus*, sera appliquée. D'un côté, l'application de la loi marocaine devra être justifiée, et le droit devra respecter l'ordre public international espagnol. D'un autre côté, on peut être tenté de ne pas utiliser correctement le mécanisme de renvoi, ce qui mènerait à l'application du droit espagnol, si les règles de conflit du droit marocain sont appliquées à la légère, et si l'on admet que le législateur marocain a opté pour le rattachement à la nationalité, sans tenir compte des règles de délimitation du domaine de l'application personnelle de la *Moudawana*. Par conséquent, les probabilités pour que les *de cujus* testateurs espagnols voient leur succession régie par le droit espagnol (que ceux-ci résident ou non au Maroc), sont très élevées. Et cela, indépendamment de la règle de conflit contenue à l'art. 21 du Règlement 650/2012.

4. L'INTRODUCTION DU PRINCIPE DE LA LOI DU LIEN LE PLUS ÉTROIT EN TANT QUE « CLAUSE D'EXCEPTION »

L'objectif de sécurité juridique apparemment poursuivi par le Règlement UE en matière de successions, en concédant une priorité à l'application de la loi de la résidence habituelle, n'est pas non plus atteint. Même s'il est déterminé que le testateur a sa résidence habituelle dans un Etat en question, que ce soit dans l'UE ou non, nous avons vu que l'on peut en arriver à appliquer un autre droit, s'il s'avère, au vu de circonstances, que le testateur maintient un lien plus étroit avec un autre Etat distinct. Dans ce cas, ce sera la loi de ce dernier Etat qui sera appliquée (art. 21.2º). L'utilisation de cette clause d'exception requiert comme condition que le lien plus étroit soit perceptible par toute personne raisonnable, et pas uniquement par les autorités judiciaires. Ainsi, le fait d'appliquer cette loi plutôt que celle de la résidence habituelle du *de cujus* au moment du décès, ne sera une surprise pour aucun des futurs héritiers de la succession[94].

[94] Carrascosa González, J., «Reglamento sucesorio europeo…», *cit.*, p. 29.

Par conséquent, la succession d'un testateur marocain résidant en Espagne, ayant des biens en Espagne et au Maroc, et gardant de nombreux liens et contacts avec son pays d'origine, même s'il n'a pas opté pour l'application de la loi de sa nationalité, pourra voir sa succession régie conformément au droit marocain découlant de sa nationalité, si les autorités compétentes considèrent que le testateur possède avec le Maroc des liens plus étroits qu'avec l'Espagne. Mais l'utilisation de la clause d'exception de l'art. 21.2 du Règlement est, dans ce cas d'espèce, inadaptée. En effet, le fait que le *de cujus* n'ait pas choisi de régler sa succession en appliquant sa loi nationale, peut être perçu, au contraire, comme la volonté de se soustraire aux règles de son ordre juridique national, aussi forts que soient les liens du *de cujus* avec son pays d'origine. Ce choix ne se fera pas toujours dans le but d'éviter l'application des règles impératives de la loi nationale, mais plutôt dans le souhait que soit appliqué à l'ensemble de sa succession le droit du pays où il réside, en l'occurrence l'Espagne. Où se trouve alors la prévisibilité du droit applicable à la succession ? Pour éviter ces résultats non-désirés, les autorités judiciaires ou notariales responsables de la succession devront soutenir une bonne argumentation justifiant que le fait d'appliquer la loi de la résidence habituelle peut conduire à des résultats non-attendus et non-désirés alors qu'au contraire, l'activation de la clause d'exception engendrerait plus de sécurité juridique, dans la mesure où le *de cujus*, -et non pas la relation successorale en elle-même, - a des liens plus étroits avec l'autre pays.

Il est évident que la clause d'exception ne peut être utilisée comme voie pour introduire l'application de la loi des liens plus étroits dans les cas où il est difficile de déterminer quelle est la résidence habituelle du *de cujus* au moment du décès. On ne peut pas non plus recourir à ce critère lorsque le testateur a fait usage de la *professio iuris,* car dans ce cas, le manque de prévisibilité quant au droit applicable serait total, supprimant tout effet au choix effectué par le testateur. L'absence de prévision d'un mandat express d'application d'office de la part des autorités notariales ou judiciaires ou sur la demande de l'application de la clause de la part des parties a été interprétée favorablement à la mise en fonctionnement d'office de la clause, sans que les parties intéressées l'invoquent[95].

[95] *Ibid*, p.29.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

5. NOUVELLES RÈGLES DE RENVOI INTRODUITES PAR LE RÈGLEMENT (UE) 650/2012

Les relations hispano-marocaines en matière de successions subissent une certaine discrimination de par les changements dans le traitement du renvoi introduits par le Règlement 650/2012. Jusqu'alors, le renvoi en matière successorale était régi par ce que stipulait l'article 12.2 CC., selon lequel, seul le renvoi au premier degré ou renvoi de réexpédition était possible. De plus, ledit renvoi a un caractère fonctionnel, de sorte qu'il ne pouvait être admis s'il entraînait un fractionnement de la succession, étant donné que le législateur espagnol opte en général pour le principe d'unité de la succession.

Il est affirmé que la nouvelle réglementation communautaire, désireuse d'éviter la scission de la succession, exclut le renvoi, afin que la distinction entre biens mobiliers et immobiliers ne soit pas introduite dans le domaine communautaire par le biais du renvoi[96]. Or, il n'est pas vrai que le Règlement 650/2012 exclut totalement le renvoi, car l'article 34 du Règlement fait la distinction entre deux situations : A) la première est prévue à l'alinéa 2 de l'art. 34, qui indique clairement qu'il ne peut y avoir renvoi si la loi applicable est celle choisie par le testateur (art. 22). Ceci s'avère raisonnable car si le testateur a décidé que sa succession sera régie par un ordre juridique déterminé, ce sont les règles matérielles de celui-ci qui devront être prises en considération par les autorités. Analyser ces règles de conflits supposerait le non-respect de la dernière volonté du *de cujus*, ce qui ne se justifie aucunement. De plus, l'application de la règlementation applicable moyennant le jeu du renvoi pose certaines difficultés, puisqu'il faut pour cela coordonner des systèmes juridiques très différents entre eux[97]. Le renvoi n'est pas non plus admissible lorsque il a été fait usage d'une clause d'exception pour appliquer la loi plus étroite du lieu de la résidence habituelle du *de cujus* au moment de son décès (art. 21.2º). Il en va de même pour les questions de validité formelle des dispositions *mortis causa* réalisées par écrit (art. 27), pour la validité formelle

[96] Khairallah, G., «La détermination de la loi applicable à la succession», Khairallah, G. & Revillard, M.(dir.): *Droit européen des successions internationales…op.cit.*, p. 59. Voir les critiques envers l'exclusion du renvoi dans la proposition du règlement de la Commission prévues à l'article 26 effectuées par Max Planck-Institut de Hamburg, in *RabelsZ*, vol. 74, 2010, p. 656 s.

[97] Guzman Zapater, M., «La ley nacional e intervención notarial en sucesiones», Consejo General del Notariado: *Autonomía de la voluntad... cit.,* p. 335.

des déclarations relatives à l'acceptation ou renonciation (art. 28), ainsi que pour les dispositions spéciales qui imposent des restrictions relatives à la succession de biens immeubles, entreprises ou autres catégories spéciales de biens conformément à la loi du lieu où ces biens sont situés (art. 30).

La deuxième situation est détaillée au premier alinéa de l'article 34, laquelle admet par contre le renvoi lorsque la loi d'un Etat tiers s'avère applicable, et que ses règles s'en remettent à la loi d'un Etat membre, ou bien à la loi d'un autre Etat tiers qui appliquerait sa propre loi (article 34.1). D'après le considérant 57, cette solution est adoptée dans le but de garantir la cohérence internationale. De plus, dans le cas où le renvoi conduirait à l'application du droit du for, cela évite les problèmes d'application d'un droit étranger ou des problèmes d'ordre public. Cependant, le renvoi ne peut exister que lorsque la loi applicable est celle d'un Etat tiers et que nous ne nous trouvons dans aucun des cas prévus par l'art. 34 alinéa 2. Par contre, si la loi désignée applicable est celle d'un Etat membre, son droit matériel est directement appliqué, car, implicitement, le renvoi n'est pas admis.

La différenciation entre les règles du droit international privé des Etats membres et celles des Etats tiers ne semble pas très judicieuse, surtout si le Règlement a pour objectif principal de renforcer la sécurité juridique, la prévisibilité du droit applicable et la cohérence internationale. Nous ne pouvons partager l'idée que l'exclusion du renvoi, dans les cas où la loi applicable serait celle d'un Etat membre, soit justifiée par le désir d'éviter la scission de la succession. Cet argument n'est pas recevable car, l'unité de la succession est précisément un principe ancré dans le domaine communautaire étant donné que doit être appliquée une unique loi pour tout type de biens meubles et immeubles. Par conséquent si la loi désignée est celle d'un Etat membre, on ne pourra recourir aux règles de conflit d'origine nationale desdits Etats membres. Le renvoi n'a tout simplement pas lieu d'être, puisque la règle de conflit du droit de l'Etat membre qui serait désignée comme applicable est la même que celle appliquée par les autorités de l'État du for. Par conséquent, dans ces hypothèses, le renvoi est exclu car il est impossible à appliquer.

En revanche, lorsque la loi désignée par la règle de conflit du for est celle d'un Etat tiers, il existe un risque que se produise un fractionnement de la loi applicable, si l'ordre juridique désigné contient des règles de conflit

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

différentes pour la succession des biens meubles et immeubles[98]. A partir de là, il n'est pas certain que le caractère fonctionnel du renvoi sera toujours en vigueur et qu'un renvoi comprenant un fractionnement dans la loi applicable puisse être admis. Néanmoins, le Règlement s'inspirant également du principe d'unité et d'universalité de la succession –sauf exceptions ponctuelles-, cette voie d'admission du renvoi en cas de réexpédition vers le droit d'Etats tiers laisse la porte ouverte audit fractionnement.

Ce qui est évident, c'est que cette admission « discriminatoire » du renvoi mène dans la pratique, dans les relations successorales hispano-marocaines, à un traitement discriminatoire selon la nationalité marocaine ou espagnole du *de cujus*. En effet, si ce dernier est Marocain, réside en Espagne et n'a pas choisi de loi applicable pour sa succession, le droit espagnol sera appliqué. Il n'y a pas lieu au renvoi, étant donné que l'art. 21 du Règlement remplace l'art. 9.8 CC. et la loi applicable est celle d'un Etat membre. Si le *de cujus* est marocain et réside dans un autre Etat membre, le renvoi n'est pas non plus admis car il faudra appliquer la loi de l'État Membre de la résidence habituelle. Le renvoi ne peut pas non plus être admis si le testateur avait opté pour sa loi nationale. Si un *de cujus* marocain réside au Maroc et qu'il ne désigne pas de loi applicable, la référence aux règles de conflit du droit marocain serait inutile puisque son propre ordre juridique serait désigné d'office. On consultera ces règles de conflit uniquement si le *de cujus* marocain réside dans un Etat tiers. Si, conformément à ces règles de conflit, le droit de la nationalité du *de cujus* était applicable, le droit marocain serait appliqué, vu que le droit marocain accepte le renvoi puisqu'il applique la loi marocaine.

En revanche, pour le *de cujus* espagnol résidant au Maroc, sa situation est différente, car la loi applicable correspond à celle de sa résidence habituelle au Maroc. Dans ce cas, il s'avère nécessaire de consulter la règle de conflit de droit marocain puisqu'il s'agit de la loi d'un Etat tiers. Si aucun marocain n'est impliqué dans la relation successorale, en vertu du jeu du renvoi, le droit espagnol sera applicable, car l'art.18 du DCC renvoie à la loi nationale du défunt. Néanmoins, si une partie dans la relation successorale est de nationalité marocaine ou de religion musulmane, cela pourrait induire en erreur, en pensant que la règle de conflit marocaine renvoie à la loi nationale

[98] Partisan de l'acceptation du renvoi en cas de rémission de la *lex causae* a la loi d'un État tiers, mais conditionné au fait que la succession ne soit pas compromise, Bonomi, A., «Prime considerazioni sulla proposta…», *cit.,* p. 911.

du *de cujus,* c'est-à-dire à la loi espagnole. C'est donc bien la loi applicable si l'on ne tient pas compte du domaine d'application de la *Moudawana* qui impose l'application du droit marocain, si un marocain est impliqué dans la relation successorale, même s'il ne s'agit pas du *de cujus*. Au contraire, si le *de cujus* était de nationalité espagnole mais domicilié au Maroc, et qu'il avait choisi sa loi nationale, on appliquerait le droit espagnol sans que dans ce cas il soit nécessaire de consulter la règle de conflit espagnole. Lorsque le *de cujus* espagnol réside dans un Etat membre, il a la possibilité de choisir sa loi nationale, et dans ce cas le droit espagnol est appliqué, sans possibilité de renvoi. Par contre, uniquement s'il réside dans un Etat membre et qu'il n'ait pas opté pour sa loi nationale, il lui sera appliqué la loi de l'Etat membre de sa résidence habituelle.

En conséquence, le nouveau régime successoral établi par le Règlement élargit les cas où l'on ne va pas appliquer, à un *de cujus* marocain, sa loi nationale par le jeu du renvoi. Par contre, concernant le *de cujus* espagnol, il y a de grandes chances pour que le droit espagnol soit appliqué à une succession qui concerne des relations de droit international privé ayant un lien avec le Maroc. Et ce, qu'il choisisse la loi de sa nationalité ou non, malgré la préférence pour la loi de la résidence habituelle en tant que critère de rattachement objectivement applicable à défaut de choix. Cela signifie que les risques que la succession ne soit pas réglée de la même manière en Espagne et au Maroc se sont accrus, bien que cela ne soit pas exclusivement dû au jeu du renvoi introduit par le Règlement, mais également à cause de certains changements opérés dans le critère de rattachement, qui nous éloigne du système successoral marocain. Ceci dit, pour que le renvoi puisse être utilisé, la règle de conflit de la *lex causae* devra être prouvée, ce qui peut accroître le risque de réponses différentes dans les Etats membres, en raison du traitement procédural différent du droit étranger dans chaque Etat membre –même en Espagne, pour ce qui relève de son application par les autorités judiciaires et extrajudiciaires– ,et parce que le Règlement n'a rien prévu pour apporter une solution à ce problème.

IV. CONCLUSIONS

Le Règlement sur les successions introduit d'importants changements dans le système espagnol de droit international privé successoral. En particulier, quant à la loi applicable, puisque le critère de rattachement à la nationalité a été

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

modifié et, concernant l'Espagne, trois critères nouveaux ont été introduits : celui de la résidence habituelle du *de cujus* au moment du décès, celui des liens les plus étroits, celui de la *professio iuris* en faveur de la loi nationale du *de cujus*. Néanmoins, lesdites nouveautés n'altèrent pas substantiellement la situation pour les relations successorales hispano-marocaines. Le changement est effectivement un simple changement de système plutôt qu'un changement de fond. Cela est dû au fait que, une fois que le Règlement sera totalement applicable, si un *de cujus* marocain opte pour l'application de sa loi nationale, il aura exactement les mêmes possibilités qu'aujourd'hui, c'est-à-dire, l'application de sa loi nationale, s'il ne fait pas usage de la *professio iuris* et qu'il réside en Espagne, le droit espagnol lui sera appliqué (ce qui était le cas jusqu'à présent pour des raisons d'ordre public international ou de manque de preuve en droit marocain. Ceci dit, les testateurs marocains devront être particulièrement être attentifs, depuis le 17 août 2015. En effet, s'ils désirent que le droit marocain soit appliqué à leur succession, il leur faudra le choisir expressément, faute de quoi le critère de la résidence habituelle finirait pas s'appliquer à moins de démontrer que le *de cujus* a des liens plus étroits avec un autre ordre juridique.

Dans tous les cas, il n'y a pas de garantie que la succession d'un marocain ou celle d'un espagnol seront régies de la même manière en Espagne et au Maroc. Au Maroc, la loi espagnole ne sera pas appliquée à un ressortissant espagnol dans les cas suivants: S'il s'agit d'un marocain qui a acquis la nationalité espagnole, ou si l'une des parties de la relation successorale est un marocain (art. 2 CFM). L'application des préceptes de droit successoral marocain ne va pas toujours être respectée en Espagne. Dans certains cas, pour des raisons indépendantes du Règlement (ordre public ou manque de preuve du droit marocain), et dans d'autres cas, pour des raisons découlant du Règlement lui-même (renvoi, lien le plus étroit ou double nationalité).

Par ailleurs, le Règlement permet une utilisation sélective du renvoi comme mécanisme pour écarter l'application du droit marocain dans les relations hispano-marocaines. Le Règlement restreint les possibilités que soit appliquée à un marocain sa loi nationale en faisant jouer le renvoi. Tandis que, parallèlement, cela augmente les chances que soit appliqué le droit espagnol à un ressortissant espagnol, bien que le Règlement fasse primer le rattachement à la résidence habituelle, et ceci également d'après le mécanisme du renvoi.

L'admission du renvoi peut mener à des effets pervers dans les relations hispano-marocaines en matière de successions, vu la manière dont cela a été prévu dans le Règlement. Il est fondamental que les autorités espagnoles maîtrisent parfaitement l'article 2 de la *Moudawana* en relation avec l'art. 18 du *Dahir,* pour ne pas faire un usage inadéquat du renvoi en faveur des espagnols, lorsque cela n'est pas prévu par le droit marocain.

Par conséquent, le Règlement amplifie les possibilités que la réglementation des successions en Espagne et au Maroc soit différente. D'une part, par l'introduction de lois distinctes de la loi nationale, et d'autre part, en raison de la différence du jeu du renvoi pour les espagnols et les marocains.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 283-334

EFFETS « PERVERS » DE LA PATERNITÉ LÉGITIME MAROCAINE EN ESPAGNE : UNE QUESTION À RÉSOUDRE

Carmen Ruiz Sutil[1]

I. INTRODUCTION – II. EFFETS DE LA PATERNITÉ LÉGITIME – III. OBSTACLES À LA RÉCLAMATION OU CONTESTATION DE LA FILIATION HISPANO-MAROCAINE – IV. CONTINUITÉ DES JUGEMENTS DE FILIATION DANS LES DEUX PAYS

RÉSUMÉ: Dans le système marocain, la protection juridique de l'enfant dépend de la légitimité de la filiation. C'est principalement le mariage musulman des parents qui permet d'établir la reconnaissance de la filiation (hijos *al firach*), mais il existe également d'autres modes d'établissements de celle-ci : la reconnaisance de la paternité (*istilhak* de los arts. 160 a 162 CFM; les relations sexuales par erreur (*subha* contemplada en el art. 155 CFM ; les enfants issus d'unions entre parents qui n'ont pas pu faire reconnaître leur mariage ou lorsque ces unions ont été contractées à l'étranger selon la loi locale (art. 16 CFM) ; et pour lesquelles le gouvernement marocain vient de prolonger le délai afin de réaliser ce type d'actions, l'enfant nés de fiançailles reconnues. Pour résoudre les problèmes relatifs aux enfants issus de relations extra-conjugales, nous démontrerons comment ces deux derniers modes d'établissement offrent des solutions pour pouvoir établir la filiation hispano-marocaine, mais il faudra toutefois évaluer les effets « pervers », que celles-ci contiennent.

MOTS CLES : Filiation légitime et illégitime au Maroc ; obstacles à la réclamation ou contestation de la filiation hispano-marocaine; effets « pervers » de la paternité légitime marocaine en Espagne.

EFECTOS «PERVERSOS» DE LA PATERNIDAD LEGÍTIMA MARROQUÍ EN ESPAÑA: UNA CUESTIÓN A RESOLVER

RESUMEN: En el sistema marroquí, la protección jurídica del hijo depende del carácter legítimo de la filiación. Ciertamente, el cauce principal para determinarla es el matrimonio musulmán de los padres (hijos *al firach*), aunque existen otras vías: el reconocimiento de la paternidad (*istilhak* de los arts. 160 a 162 CFM; las relaciones sexuales mantenidas por error (*subha* contemplada en el art. 155 CFM); los nacidos de uniones entre los progenitores que no pudieron validar sus matrimonios o cuando dichos enlaces fueron contraídos en el extranjero según la ley local (art. 16 CFM), para los cuales que el Gobierno marroquí acaba de prorrogar el plazo para realizar este tipo de acciones; el hijo nacido de noviazgo oficial (art. 165 CFM). Para afrontar los problemas de los hijos nacidos en España de relaciones extramatrimoniales, pondremos en evidencia cómo estas dos últimas vías son respuestas para la determinación de la filiación hispano-marroquíes, aunque habrá que evaluar los efectos maliciosos que contienen estas soluciones.

PALABRAS CLAVES: Filiación legítima e ilegítima en Marruecos; obstáculos a la reclamación o la

---

[1] Assistante de Droit International Privé à l'Université de Grenade, 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 sociedas andaluza. Problemas en el ámbito familiar* » (Analyse transversale de l'intégration des femmes et des mineurs, ressortissants d'Etats tiers, dans la société andalouse. Problèmes dans le domaine familial). *Traduction: Marie Lucas*

impugnación en la filiación hispano-marroquí; efectos "maliciosos" de la paternidad legítima marroquí en España.

"PERVERSE" EFFECTS OF THE MOROCCAN LEGITIMATE FILIATION IN SPAIN: AN ISSUE TO RESOLVE

ABSTRACT: In the Moroccan system, the legal protection of the child depends on the legitimacy of the filiation. It is mainly the parents' Muslim marriage that allows establishing the recognition of the filiation (sons of al *firach*), but there are other ways of establishing a filiation such as: the recognition of paternity (Istilhak in arts. 160 to 162 of the Moroccan Family code MFC); Sexual relations by mistake (shubha in art. 155 MFC); Children whose parents were not able to have their marriage recognized or who entered into unions abroad in accordance with a local Law (art. 16 MFC) and for whom the Moroccan Government just extended the deadline for recognition procedures; Children born from official engagements.

To resolve the problems concerning children born from extramarital relationships, we will demonstrate how these two last recognition proceedings offer solutions to establishing the Spanish Moroccan filiation. However, it is important to assess the "perverse" effects contained in them.

KEY WORDS: Legitimate and illegitimate filiation in Morocco, barriers to the claims or disputes regarding the Spanish Moroccan filiation, « perverse » effects of the Moroccan legitimate paternity in Spain.

I. INTRODUCTION

L'augmentation en Espagne des naissances d'enfants de père ou de mère de nationalité marocaine conduit à la prolifération de situations juridiques pour lesquelles il est nécessaire de résoudre la question de l'établissement du lien de filiation, étant donné que celui-ci a une influence directe sur la nationalité et l'autorisation de résidence de l'enfant, la responsabilité parentale, la pension alimentaire et le droit successoral.

Dans ce chapitre, nous allons nous focaliser sur les cas où l'enfant est né en Espagne de parents marocains –que l'enfant soit marocain, espagnol ou qu'il possède la double nationalité- et laisserons de côté les cas où les enfants auraient une nationalité différente de celles que nous venons de signaler. En l'espèce, il nous faut faire référence à la solution adoptée par le législateur marocain face à une situation de double nationalité, solution qui consiste à maintenir à tout prix la nationalité marocaine de ses citoyens, en suivant l'adage « Qui nait marocain meurt marocain », indépendamment du fait qu'une personne possède également une autre nationalité. Voilà pourquoi, pour l'établissement d'un lien de filiation d'un enfant hispano-marocain, les solutions offertes par les autorités espagnoles ou marocaines peuvent être

différentes, car le principe recteur du *favor filii* diffère dans les deux systèmes juridiques mentionnés. Dans le système espagnol, ce concept semble correspondre à l'établissement de la vérité biologique de l'enfant, d'après ce qui découle de l'art. 39, alinéa 2 et 3 de la Constitution espagnole (ci-après, Cts. ES). Toute personne a le droit de connaître ses origines biologiques, mais on ne peut laisser de côté les autres intérêts en jeu, car la recherche de paternité ne peut se réduire à un droit exclusif de l'enfant, au détriment de l'initiative des parents. Quant au droit marocain, la signification du *favor filii* est identifiée comme l*e favor legitimatis*, d'après lequel la protection juridique de l'enfant dépend du caractère légitime de la filiation. La société marocaine s'appuie sur certains principes inacceptables du point de vue occidental actuel. Ainsi, la primauté du statut islamique sur tout autre, imposant la prédominance de l'homme et l'inégalité des enfants illégitimes, assure uniquement le *favor legitimatis* pour sauvegarder la famille légitime et garantir la procréation dans le cadre légal du mariage et des relations légitimes conjugales.

La recherche de « l'intérêt de l'enfant » est plus compliquée encore dans les situations de filiation hispano-marocaines, précisément en raison du fossé existant entre les deux systèmes juridiques. Cela n'entraînerait pas d'autres conséquences que celles observées en droit comparé, si ce n'était parce que la réalité sociologique actuelle, tant espagnole que marocaine, ne les mettait pas en relation. C'est justement dans cette disparité de conceptions que se trouve l'origine des problèmes que les questions autour de la filiation suscitent dans le cadre des relations hispano-marocaines. C'est pourquoi il est utile, pour comprendre cette institution, de faire un rapprochement entre le droit matériel, et le DIPr. des systèmes juridiques espagnol et marocain, afin d'essayer de rechercher les points communs qu'ont ces différentes règles de droit, et ainsi rendre possible une certaine continuité en matière de filiation entre ces deux pays. Notre dessein est d'établir un nouveau régime de compréhension mutuelle qui permette qu'un lien de filiation constaté dans l'un de ces deux pays soit reconnu dans l'autre, rompant ainsi avec le stéréotype « Le Maroc,… un pays si près mais si loin ! ».

II. EFFETS DE LA PATERNITÉ LÉGITIME

1. LA « QUESTION PRÉALABLE » DU MARIAGE DES PARENTS EN DROIT MAROCAIN

Le droit espagnol fait la différence entre la filiation matrimoniale et non-matrimoniale, une qualification qui diffère de ce que propose le droit marocain, régi quant à lui par le principe du *favor legitimatis* selon lequel la protection juridique de l'enfant dépend du caractère légitime de la filiation. Certes le mariage musulman des parents (enfants *al firach*) est le principal mode d'établissement légitime de la filiation, pourtant il en existe d'autres, comme nous l'examinerons par la suite. Ce mode d'établissement trouve sa source dans l'art. 152 de la *Moudawana* qui dispose que la filiation légitime (paternelle) découle de la vie maritale. Ces enfants nés de cette vie conjugale sont dénommés « enfants du lit » ou *al firach,* selon l'art, 154 du Code de la famille marocain (dorénavant, CFM).

Certains procédés permettent également d'établir la paternité légitime, tels que l'acte de reconnaissance de paternité (*istilhak* des arts 160 à 162 CFM) ou comme le prévoit l'art.155 CFM, la reconnaissance suite à des rapports sexuels par erreur ou *Choubha.* Cependant, les arts 16 et 156 du CFM ajoutent deux nouveaux modes d'établissement de la filiation légitime, qui échappent à la rigueur de la conception en la matière et qui font preuve d'une grande ouverture de la part du législateur marocain. Le premier, établi à l'art. 16 CFM, prétend résoudre les cas des enfants nés de parents qui n'ont pas pu valider leur mariage, ou encore lorsque celui-ci a été contracté à l'étranger selon les règles de droit local, mais qui sont considérés comme nuls d'après la règlementation du pays d'origine. L'introduction en droit de la famille marocain des règles de DIPr., constitue en la matière une véritable révolution car désormais, la reconnaissance des mariages de ressortissants marocains, contractés à l'étranger conformément à la règle *locus regit actum*, seront reconnus, évitant ainsi les situations juridiques boiteuses. Pour reconnaître ces mariages, plusieurs conditions doivent néanmoins être remplies: le consentement et la capacité valables des époux –conformément à leur droit national–, l'absence

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 335-373

d'empêchements légaux[2], la dot[3], ainsi que la présence, s'il y a lieu, du tuteur matrimonial (*wali)*[4]. La présence de deux témoins musulmans lors de la conclusion du mariage est également expressément mentionnée. Selon la loi nº 102/15 modifiant l'article 16 de la loi nº 70/43 portant Code de la Famille[5], l'article 16 (*quatrième alinéa*) dispose que « L'action en reconnaissance de mariage est recevable pendant une période transitoire maximum de quinze ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi », Par conséquent, il est possible actuellement de continuer à reconnaître les mariages célébrés en dehors du Maroc.

D'autre part, le second mode d'établissement de la filiation prévu à l'art.156 CFM sert à établir la filiation légitime de l'enfant né pendant la période des fiançailles officielles. Cette possibilité est née d'un assouplissement du concept de « rapports sexuels par erreur » (*Choubha*). Pour ce faire, il est nécessaire de remplir une série de conditions qui devront être vérifiées par le juge, telle que la preuve que les fiançailles sont bien officielles et reconnues par les deux familles, que ce soit par témoignages ou par photos de la célébration en question.

En Espagne, l'autorité consulaire marocaine envisage depuis quelques temps la possibilité d'inscrire les enfants de parents non-mariés, pourvu que ces derniers s'engagent (moyennant la signature d'un document) à célébrer leur mariage dans les plus brefs délais. Par le biais de cet engagement, le consul se protège face à la loi et –ce qui est plus important– il préserve ainsi un

---

[2] Il ne doit exister aucun des empêchements légaux établis par la réglementation. Le CFM, en dépit de sa nouvelle formulation, inclut toujours l'empêchement temporaire classique au mariage relatif à la disparité de cultes, inconnu de l'ordre juridique espagnol et qui va empêcher la production d'effets au Maroc d'un type de mariages mixtes. Concrètement, cela signifie qu'une musulmane ne peut pas se marier avec un homme non-musulman, sauf si celui-ci se convertit à l'Islam (cf. art. 39.4 CFM). Dans les faits, ces mariages sont célébrés dans les pays de résidence, mais ne sont pas reconnus par le droit marocain.

[3] Sur ce thème, voir Diago Diago, M. P., «La dot islamique à l´épreuve du conflit des civilisations sous l'angle du droit international privé espagnol», *Annales de Droit de Louvain*, 2001, nº. 4, pp. 407-442.

[4] L'obligation que le tuteur matrimonial *(wali)* consente au mariage, se réfère aux contractants mineurs (arts.19-22CFM). Toute personne majeure qui le désire pourra bénéficier de cette tutelle spécifique *(wilaya)* pour conclure son contrat matrimonial. Toutefois, il ne s'agit plus d'une condition indispensable (arts. 24 et 25 CFM).

[5] *B.O.* nº 6436 du 4 février 2016.

aspect fondamental : les droits du mineur. Nous saluons ce type de décisions consulaires courageuses et humaines.Pour les autorités marocaines, il doit inévitablement y avoir mariage ou, du moins, une promesse de célébration de mariage pour que la filiation paternelle puisse être établie.

2. EFFETS « PERVERS » DE LA PATERNITÉ LÉGITIME MAROCAINE EN ESPAGNE

Pour le droit marocain, quand un enfant de parents marocains est inscrit en tant qu'enfant légitime, la *wilaya,* ou représentation légale, est assumée par le père (exceptionnellement par la mère), conformément à l'art. 231 du CFM. La *wilaya* du père sur ses enfants découle de la loi (*ex lege*) par le fait même de la naissance et ce, jusqu'à leur majorité (18 ans). La conception des relations qu'établissent le père et la mère *envers* leurs enfants présente des particularités, en droit marocain, ainsi que des différences par rapport à ce que prevoit le droit espagnol. Au Maroc, c'est toujours le père qui a le pouvoir de décision quant aux domaines relatifs à la personne (art. 233 CFM) et aux biens de l'enfant mineur (art. 236 CFM). La personne qui a la *hadana (*ou droit de garde) -généralement la mère- ne peut décider ni de la formation, ni de l'instruction que l'enfant va recevoir puisqu'il s'agit d'un des pouvoirs qui correspond au père en tant que tuteur légal. Soulignons ici la différence des rôles qu'ont l'homme et la femme quant à l'éducation et la garde des enfants.

D'une certaine manière, ces institutions et leurs conséquences sont transférées sur notre territoire, puisque seul le père est habilité à consentir à l'obtention des documents d'identité concernant l'enfant (le passeport marocain, par exemple). L'absence du père ou son refus de réaliser cette démarche entraîne un effet pervers du système puisque la mère ne peut remplacer le père que s'il y a abandon de ce dernier ou lorsqu'apparaissent des situations urgentes, tel qu'il en découle des arts 231.2, 236, et 238 du CFM. Ce dernier précepte utilise l'expression « par suite d'absence », que l'on peut interpréter comme absence pour cause de décès ou par absence de domicile connu. Quant à l'expression « pour tout autre motif » stipulé à l'art. 238 du CFM, il faudrait l'interpréter de manière plus souple pour reconnaître que la mère puisse représenter ses enfants mineurs lorsque le père ne veut pas assumer ladite représentation.

Au demeurant, la difficulté de compréhension du système de filiation marocain se retrouve dans les dossiers d'attribution de la nationalité espagnole, à valeur de simple présomption, en ce qui concerne les enfants nés en Espagne.

À maintes reprises, la DGRN a déclaré que, même s'il n'y a pas eu mariage des parents, l'enfant né de parents marocains n'est pas espagnol en vertu du droit du sol, étant donné que la nationalité marocaine est transmise par le père en vertu du droit du sang[6]. Mais cette affirmation, isolée du contexte juridique, suppose que l'on présume que la déclaration de paternité effectuée devant l'officier d'état civil espagnol sera considérée comme valide au Maroc. Nous devons nuancer ce propos car, en cas de reconnaissance de la filiation paternelle non-matrimoniale réalisée en dehors du Maroc -à la différence de ce qui se passe avec les mariages célébrés en dehors du pays- la règle *locus regit actum* ne produit pas d'effet et se limite à ce qui est établi à l'art. 160.3 CFM. Une solution pourrait être alors la possibilité qui est offerte de déclarer volontairement la paternité devant un *adoul* consulaire marocain selon ce qui est prévu à l'art. 16 de la *Moudawana*, à savoir que, même si le mariage des parents n'a pas été contracté, il y a un engagement préalable du lien conjugal qui aura lieu ultérieurement. Ladite inscription sur le registre de l'état civil consulaire permettrait d'établir la filiation légitime, ainsi que la nationalité de l'enfant né en Espagne, et cela résoudrait de la sorte la question de l'attribution de la nationalité marocaine de cet enfant. Si cela ne s'avérait pas faisable, en raison du refus de certains consuls à accepter cette déclaration, la filiation maternelle transmettra subsidiairement tous ses effets juridiques à l'enfant, y compris l'attribution de la nationalité de la mère (cf. art. 6 CFM).

III. OBSTACLES À LA RÉCLAMATION OU CONTESTATION DE LA FILIATION HISPANO-MAROCAINE

1. LE JUGE ESPAGNOL ET LES PROCÉDURES DE FILIATION

Une fois introduite la demande de filiation auprès de l'autorité espagnole compétente et avant d'aborder le fond du problème, il est opportun de délimiter les aspects concernant les procédures judiciaires de détermination ou de contestation de la filiation qui ne sont pas strictement considérées comme des affaires procédurales, ni comme des questions comprises dans la loi régulatrice du fond. En effet, la réglementation procédurale espagnole exige une preuve fiable devant le juge espagnol pour que celui-ci admette la demande de filiation (art. 767.1 LEC), ou la participation du procureur dans

[6] *Cf.* les résolutions de la DGRN (1º) du 10.06.2013 ou du 21.09.2012.

lesdites procédures (art. 749 LEC), exigences qui relèvent du domaine *de la lex fori regit proessum*.

La version actuelle de la règle de conflits espagnole en matière de filiation[7], reconnait la résidence habituelle de l'enfant comme premier critère de rattachement, laissant à un second plan le critère de la nationalité de l'enfant. Le changement effectué en ce sens a un objectif très clair, à savoir, faire connecter le point de rattachement du Droit applicable avec les nouveaux fors d'attribution de compétence prévus à l'alinéa d) de l'art. 22 *quáter* de la LOPJ[8] (*fórum-ius*).

Particulièrement, l'art. 9.4 CC résout le problème de la réglementation applicable à la réclamation ou contestation de la filiation dans les relations hispano-marocaines. Si la *lex causae* était marocaine en tant que loi de la résidence habituelle, ou même, de la nationalité de l'enfant, il nous faut affirmer que le CFM a vocation à être appliqué aux ressortissants marocains qui se trouvent en Espagne, indépendamment du critère de la résidence, ou d'autres éventuelles nationalités. Le texte réglementaire est strict et n'admet pas la possibilité d'une double nationalité, la nationalité marocaine primant automatiquement sur les autres s'il y a conflit de nationalité. Néanmoins, les dispositions du CFM ne seront pas toujours appliquées en dehors du Maroc, puisque le DIPr. de la famille des systèmes aconfessionnels et confessionnels s'inspirent de logiques juridiques différentes. Dans un système confessionnel, la nationalité permet de donner une portée extraterritoriale au *ius religionis*. Par contre, dans un système laïc, comme le système espagnol, la compétence internationale des tribunaux et le droit applicable au litige dépendent de rattachements juridiques qui peuvent être fondés sur la nationalité, le domicile ou la résidence habituelle, voire même sur l'autonomie de la volonté. Les règles de conflits contenues en DIPr. espagnol, en tant que système aconfessionnel, ouvrent la porte au droit étranger et donc, aux règles religieuses dont ce droit est empreint. Il est vrai que ce n'est pas le simple fait d'être musulman qui entraîne automatiquement l'application, hors du Maroc, du statut personnel et familial en vigueur dans ledit pays, mais plutôt le fait que c'est ce que le DIPr. marocain préconise.

[7] Introduite par la Loi 26/2015, du 28 juillet 2015 portant modification du système de protection de l'enfance et de l'adolescence (*BOE* nº 180, du 29 juillet2015).

[8] Précepte introduit par la Loi organique 7/2015, du 21 juillet modifiant la Loi Organique 6/1985, du 1er juillet, du Pouvoir judiciaire (*BOE* nº 174, du 22 juillet 2015).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 335-373

Si le juge espagnol doit appliquer la loi marocaine pour constater la filiation légitime, le CFM admet le recours aux moyens de preuves traditionnels du droit musulman (arts 155.1, 156.2 et 158 CFM)[9]. Il s'agit, concrètement, des moyens suivants : le témoignage de deux *adouls*, la preuve fondée sur un témoignage de ouï-dire, l'aveu du père certifié par acte authentique, ou par document privé, et l'expertise de médecins spécialisés (cf. art. 158 CFM). Par ailleurs, même si cela n'est pas expressément stipulé dans le CFM, sont également acceptés d'autres moyens de preuves stipulés par la *Charia,* tels que le témoignage de douze hommes (preuve *laffi*), ou le serment d'anathème ou *l'ian*. En principe, et dans la mesure où ces moyens sont susceptibles d'être qualifiés de preuves testimoniales ou documentaires, il ne devrait pas y avoir d'obstacle, en Espagne, à l'acceptation de ces moyens de preuves. Le test ADN est toutefois plus problématique. La position de la jurisprudence marocaine, relative à l'admission de preuves établies par des médecins experts, test ADN y compris, n'est pas claire[10]. La Cour suprême marocaine, dans certains de ses arrêts, rejette l'utilisation du test ADN, invoquant les règles de droit transitoire pour continuer à appliquer la *Moudawana* antérieure qui n'incluait pas ce type

[9] Le CFM et l'ancienne *Moudawana* utilisent la version en arabe pour désigner les moyens de preuve relatifs à la filiation par le terme « moyens de la *Charia* », c'est-à-dire, les moyens traditionnels du droit musulman. Il n'est donc pas possible d'invoquer le droit positif d'inspiration moderne, comme les moyens qui figurent dans le CPCM (code de procédure civile marocain).

[10] Dans l'arrêt de la CS marocaine nº 31 du 18.01.2006 (R*evue Al Qasr*, 2006, nº 14, p.159, en árabe et traduction personnelle), le mari nie avoir eu des relations sexuelles avec son épouse une fois que celle-ci a abandonné le domicile conjugal. Il a interposé *li'ân* contre la femme pour l'accuser d'adultère et, de plus, il a demandé à l'autorité judiciaire de pouvoir avoir recours à des analyses réalisées par des médecins spécialisés afin de prouver qu'il n'était pas le géniteur de l'enfant. Les juges se sont opposés à cette expertise médicale car ce moyen n'était pas prévu par le *fiqh* traditionnel. De cette manière, on affirme que la présomption de paternité *al firach* peut uniquement être assurée par la voie du serment d'anathème ou *li'ân*. Cette interprétation jurisprudentielle de l'art. 153 CFM est restrictive, vu que le législateur a clairement prévu l'utilisation des expertises de médecins spécialisés comme preuve, ou des tests ADN pour établir ou contester la filiation, s'adaptant de la sorte au progrès de la génétique. Cependant, les juges sont encore réticents à l'utilisation de ces moyens de preuve, tel que le démontre la décision de la CS marocaine du 16.07. 2008 (inédite et fournie par le juge Bouhya. A.) où il est décidé de recourir à son pouvoir d'appréciation et non pas au test ADN.

de preuves[11]. Cependant, il existe un courant jurisprudentiel qui admet le recours au test ADN[12], mais uniquement lorsqu'il s'agit de confirmer une présomption d'*al firach* (matrimoniale) s'il y a conflit entre les conjoints sur la date exacte de la grossesse ou de la naissance de l'enfant, ou la possibilité qu'il y ait eu des rapports sexuels conjugaux selon ce qui est prévu aux arts 16 et 153 du CFM. Le test ADN existe évidemment, mais il n'est d'aucune utilité actuellement pour établir la filiation biologique en dehors de ce qui est établi légalement dans le CFM (par exemple, si les parents n'ont pas contracté de mariage[13]).

Ces derniers temps, on assiste à un changement de position de la jurisprudence de la CS marocaine pour les cas où le mari nierait la paternité de l'enfant lorsque celui-ci est né avant la fin du délai de six mois qui commence à courir après la célébration du mariage. La Cour suprême applique dernièrement deux « arguments» pour admettre les preuves de la filiation : 1) la reconnaissance de paternité par le père se basant sur le rite malikite, en vérifiant par diverses preuves que celui-ci a toujours reconnu cette paternité jusqu'au moment du divorce avec la mère ; 2) les vraies relations conjugales légales, étant donné que le vrai consentement matrimonial s'est produit *avant* l'inscription du mariage, puisque l'inscription de l'acte de mariage n'est pas une condition essentielle de l'acte[14]. Ainsi, on en déduit que l'enfant né est légitime, puisque la naissance a eu lieu dans le délai légal (dans les six mois

[11] Décision nº 658, du 30.12.2004, *Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême,* nº63, p. 384.

[12] *Cf.* concrètement, la décision de la CS marocaine du 09.03.2005, *Revue de la Cour Suprême*, nº 63, p. 372 et *Revue de la Justice de la Famille*, nº 1, juillet, 2005, p. 91 s. (en arabe, traduction personnelle); décision de la CS marocaine du 16.07.2008 (inédite et fournie par le juge Bouhya) où la CS n'a pas recouru au test ADN, utilisant son proprepouvoir d'appréciation sur la base de preuves apportées pour que la contestation de paternité présentée par le mari ne soit pas acceptée.

[13] Sarehane, F., « Statut personnel : droit commun – capacité, mariage, filiation » – *Juris-Classeur*, *législation comparée*, fasc. 2, 2013, n 273 et 294.

[14] Tel qu'il est confirmé dans l'arrêt de la CS marocaine du 13.09.2006 (inédit et fourni par le juge Bouhya). Cette résolution démontre que l'acte de mariage a uniquement pour but la preuve de son efficacité. Ainsi, lorsque cela n'a pu se faire au moment adéquat, la cour, dans une action de reconnaissance de mariage, admettra tous les moyens de preuve, comme la déclaration des témoins ayant prêté serment.

qui suivent le consentement matrimonial)[15]. Nous saluons l'ouverture offerte par la CS marocaine qui rejette les positions dogmatiques antérieures portant atteinte à l'intérêt de l'enfant, permettant désormais de supprimer un certain nombre de situations juridiques boiteuses existant en matière de filiation entre les deux pays.

En ce qui concerne les procédures judiciaires introduites pour prouver le lien de filiation avec le père lors de grossesses survenues pendant la période des fiançailles (cf. dernier alinéa de l'art. 156 CFM), même lorsque rien n'est expressément mentionné dans ladite règle, rien n'empêche d'effectuerun test ADN si l'autorité judiciaire l'estime nécessaire.

En définitive, lorsque la procédure introduite auprès des tribunaux espagnols se réfère à l'une des situations où la jurisprudence marocaine admet l'utilisation du test ADN, il n'y aura aucun problème à appliquer la législation marocaine relative aux moyens de preuve, en tant que loi régulatrice du fond. La difficulté apparaît lorsqu' il s'agit d'une action en recherche de paternité naturelle, où le juge espagnol rejetterait l'application de la règle marocaine relative aux moyens de preuves, la loi marocaine étant contraire à l'ordre public international espagnol (arts. 39.2 Cst.ES et 767.2 LEC).

2. LES JUGES MAROCAINS ET L'INFLUENCE DU CRITÈRE DE RATTACHEMENT RELIGIEUX ET DU CRITÈRE DE LA NATIONALITÉ DU FOR

Dans la règlementation marocaine, le *ius religionis* imprègne le droit de la famille. Plusieurs statuts personnels de la famille coexistent donc : pour les musulmans, le Code basé sur le droit islamique sera applicable, tandis que

[15] Dans la décision de la CS marocaine nº 35, du 10.01. 2007 (inédit et fourni par le juge Bouhya), le père nie la paternité et le juge aux affaires notariales confirme ledit rejet en se basant uniquement sur la date de l'acte du mariage et celle de la naissance de l'enfant, laquelle s'est produite dans un délai inférieur à six mois après la célébration du mariage. La mère a présenté un recours, argumentant que ledit juge avait ignoré les autres preuves, comme le fait que le père avait inscrit l'enfant à l'état civil; que dans la procédure de divorce et de *nafaqa* entre les conjoints, le père n'a pas contesté la paternité et qu'il a réalisé des transferts économiques correspondant à la pension alimentaire de l'enfant. Ces preuves ont été déterminantes pour que la CS finisse par reconnaître le lien entre le père et l'enfant en s'appuyant sur le fait que la relation matrimoniale consensuelle existait bien avant l'acte de mariage, c'est à dire, en interprétant de manière ample le lien conjugal basé sur le rite malékite. Dans ce même sens, dans son arrêt nº 553, du 27 septembre 2006 (inédit et fourni par le juge Bouhya), la Cour suprême s'est basée sur le rite malékite pour déclarer que la paternité était prouvée, bien que l'enfant soit né avant le délai de six mois.

pour les juifs, c'est le statut personnel issu du droit hébraïque[16]qui fera office de loi. Il est établi, en sus, une règlementation spécifique pour les étrangers résidant dans le pays qui ne professent ni la religion musulmane, ni la religion juive. Cette dernière règlementation est régie par le *Dahir* du 12 août 1913 sur la condition civile des français et des étrangers qui vivent au Maroc (dorénavant, DCC)[17].

L'art. 2 du CFM[18] présente une règle de conflit unilatérale très confuse, et cette complexité a des conséquences directes sur le DPPr. marocain. En effet, la promulgation du Code de la Famille de 2004 a eu les répercussions suivantes : a) d'un point de vue personnel, le Maroc admet des solutions diverses quant à la régulation de ce secteur, en fonction des confessions religieuses admises dans la *Moudawana*. Tel qu'il est établi à l'alinéa 2 de l'art. 2 CFM les ressortissants marocains de confession juive se soumettent au statut personnel hébraïque marocain[19]. Pour le reste de la population, une règle de conflit unilatérale ample et complexe est appliquée (cf. art. 2 al. 2 du CFM). Ceci implique l'application de la *Moudawana* pour tous les marocains[20], qu'ils aient, de srucroît ou non, une autre nationalité[21]. Comme nous le verrons

[16] *Cf.* Zagouri, A., *Du mariage en droit hébraïque*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960.

[17] *B.O.* du 12.09.1913. Dans l'ordre juridique marocain, il existe plusieurs lois spécifiques qui régulent (dans certains paragraphes) l'état civil, le mariage et le divorce des étrangers, comme le *Dah*ir nº 1-02-239 du 25 *rejeb* 1423, du 03.10.2002, contenant la promulgation de la loi nº 37/99 relative à l'état civil; le Décret nº 2-99-665 du 2 *chaabane* 1423, du 09.10.2002 pour l'application de la loi nº 37/99 relative à l'état civil; le *Dahir n*º 1-60-020 du 6 *ramadan* 1379, du 04.03.1960 relative à la forme de célébration des mariages entre les hommes marocains et les étrangères, ainsi que les femmes marocaines et les étrangers. *Cf.* Benyahya, M., *La condition juridique des étrangers au Maroc,* collection textes et documents, 1 ère éd., Rabat, 2005, p. 62 s.

[18] *Cf.* Foblets M. C. & Carlier, J. Y., *Le code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 7.

[19] Le droit sur le statut personnel hébraïque n'a pas été réglementé et renvoie aux textes du Talmud et à la jurisprudence des rabbins. *Cf.* également Decroux, P., *Droit priv. Droit international privé, ,* t. II, Rabat/ Paris, La Porte et Librairie de Médicis, 1963, p. 188.

[20] L'expression «tous les marocains» mentionnée à l'article 2 CFM doit être interprétée en accord avec l'art. 3.1 du Code de la nationalité marocaine en vigueur. *Cf.* le commentaire de l'art. 2 CFM disponible sous <http://ejustice.justice.gov.ma/justice/>.

[21] Le CFM inclut les relations juridiques binationales ou mixtes dans les cas où l'une des parties est marocaine. Sur ce point, la pratique antérieure de la jurisprudence marocaine se confirme: Celle-ci s'intéressait seulement à la nationalité marocaine du sujet pour appliquer la

par la suite, ce texte réglementaire est également applicable aux musulmans, indépendamment de leur nationalité, ainsi qu'aux réfugiés et apatrides[22], conformément à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le Statut des réfugiés[23]; b) d'un point de vue matériel, le Code de la famille de 2004 est appliqué à toute relation familiale entre deux personnes à condition que l'une d'elles soit de nationalité marocaine, ou entre deux marocains à condition que l'un d'eux soit musulman. Cette dernière référence conforte dans le système du DIPr. marocain le privilège de religion musulmane qui existait déjà dans la législation précédente[24], au point de faire primer le critère de la foi religieuse sur le critère de rattachement à la nationalité, au domicile ou à la résidence habituelle des personnes impliquées. Ceci est en adéquation avec l'ordre public marocain, mais d'après le courant majoritaire de la doctrine, cela représente un obstacle important dans les relations juridiques entre le Maroc et les pays de l'Europe[25].

loi du for, même si la personne possédait d'autres nationalités. D'où l'on déduit que le CFM est applicable pour toute situation juridique posée au Maroc par des marocains, même s'ils possèdent la nationalité du pays de résidence. *Cf.* Zougarhi, *Mudawanat al Osra*, Rabat, ed. *Dar Assalam*, 2008, p. 33 s. (en arabe, traduction personnelle).

[22] L'art. 5 du *Dahir* du 12.08.1913, sur la condition civile des français et des étrangers au Maroc prévoyait que les réfugiés et apatrides étaient soumis au droit français, solution contraire à ce qu'établit actuellement l'art. 2 du CFM.

[23] L'application de cette Convention a été adoptée dans le *Dahir* nº 1-57-271 du 26.08.1957 (*B.O.* nº 2341, du 06.09.1957). Quant aux apatrides, la référence à la Convention de Genève s'avère confuse, vu que cette situation est réglementée dans la Convention de New York du 28.09.1954, que le Maroc n'a pas signé. Cependant, le guide pratique du CFM explique que cela n'empêche pas de considérer les principes prévus dans ladite Convention pour sauvegarder les intérêts des apatrides, disponible sous http://ejustice.justice.gov.ma/justice/console/Uploads/Doc/guidecodefamille.pdf.; *Guide pratique du Code de la Famille* (3ième éd., éditée par l'Association de Diffusion de l'Information Juridique et Judiciaire, Rabat, 2005, p. 27). *Cf.* également Quiñones Escámez, A. «La réception du nouveau code de la famille marocain (*Moudawana*, 2004) en Europe», *Rivista di diretto internazionale privato e processuale,* 2004-3, pp. 877-900; Foblets, M. C. & Carlier, Y., *Le code marocain de la famille..., cit.,* p. 7, n. 17.

[24] Voir à ce sujet Deprez, J., «Environnement social et Droit international privé. Le droit international privé marocain entre la fidélité à l´Umma et l´appartenance à la communauté internationale», *Droit et environnement sociale au Magreb*, Casablanca, Fondation du Roi Abdul Aziz Al Saoud pour les études islamiques et les sciences humaines, Casablanca, CNRS, 1989, pp. 281-330.

[25] Sarehane, F. «Le nouveau Code de la Famille», *Gazette du Palais* (Chronique Judiciaire), nº 247-248, 3-4.09.2004, pp. 2792-2805, considère que la question reste ouverte; il estime que

Il est indiscutable qu'en droit interne, il existe une pluralité juridique axée sur la condition religieuse de la personne[26]. En l'absence d'une communauté autochtone chrétienne reconnue et organisée -comme c'est le cas dans certains pays du Moyen-Orient[27]- seuls deux statuts sont officiellement proclamés : le CFM applicable aux musulmans indépendamment de leur nationalité[28], et le statut d'hébraïque local, applicable aux juifs[29]. Le reste de la population marocaine qui n'appartient à aucune de ces deux religions devra également se référer à la *Moudawana (*cf. art. 2 du texte en vigueur). Les interdictions applicablesdans ces cas là, notamment en ce qui concernent la polygamie, la répudiation ou l'empêchement matrimonial pour célébrer le mariage pour cause d'allaitement, exposés à l'art. 2 al. 2 du Code de nationalité marocaines

---

la jurisprudence marocaine doit préciser si sous couvert du nouveau Code de la famille le privilège de religion va être maintenu ou non en tant qu'exception à l'application de la loi nationale en matière de statut personnel.

[26] *Cf.* Deprez, J «Maroc. Pluralisme des statuts personnels. Conflits interpersonnels», *Juris–Classeur*, vol. 2, Dalloz, Paris 2002, pp. 1-20, spéc. pp. 2-3.

[27] *Cf.* nantel, A., «Las minorías en el DIPr.; algunos aspectos específicos de la situación en Israel», en García Rodríguez, I. (éd.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá 2001, pp. 315-334; Najm, M. C., *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux,* Paris, Dalloz, 2005, pp. 19 et 195 et 196, où est mentionné le cas du Liban qui, malgré la neutralité de l'État, la loi que régit le statut personnel de ses citoyens est déterminée en fonction de l'appartenance à l'une des multiples communautés chrétiennes, musulmanes ou israélites qui cohabitent sur son territoire. Sur le pluralisme el religieux au Liban, cf. Gannage, P., «Le pluralisme des statuts personnels au Liban. Son régime, ses limites», en Aoun, M., (dir.), *Les statuts personnels en droit comparé. Évolutions récentes et implications pratiques*, Leuven/Paris/Dudley, Ma, Peeters, 2009, pp. 163-174. En Israël également, bien que le droit civil ait remplacé le droit religieux, le mariage et le divorce continuent à être de la compétence exclusive des tribunaux rabbiniques et de la loi hébraïque (*Torah*).

[28] La conception qui domine dans toute législation du DIPr. inspirée du droit islamique, est fondée sur la doctrine qui réserve pour tout musulman l'application des lois coraniques, indépendamment de son domicile. Le critère de réciprocité est applicable pour les étrangers non-musulmans en terre de l'Islam, ces derniers seront donc jugés par leurs propres autorités, sauf s'ils se soumettent volontairement à la juridiction religieuse. Cf. Chambour, *Les institutions sociales, politiques et juridiques de l'Islam,* Lausanne, Méditerranéennes, 1978, p. 168.

[29] Sur le droit de la famille hébraïque, Cf. Zagouri, *Du mariage en droit* hébraïque…, *cit.* Sur le conflit de lois entre musulmans et juifs, *cf.* Deprez, J., «Maroc. Pluralisme des statuts personnels…», *Juris-Classeurs,* 2002*, loc. cit.*, p. 9-10.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 335-373

(CNM) du 6 septembre 1958[30], n'ont plus cours depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de la famille. De fait, l'art. 2 du CFM inclut ces ressortissants marocains sans restriction aucune, position que l'actuel Code de la nationalité marocaine du 5 avril 2007 a réaffirmée[31].

Suite à tout ce que nous venons d'exposer, nous nous posons la question suivante: un marocain qui n'est ni musulman, ni juif, peut-il être concerné par la règlementation sur la polygamie, la répudiation ou lempêchement du mariage pour cause d'allaitement? La doctrine marocaine débat également sur la question[32]. De notre point de vue, il n'y a pas lieu d'admettre une interprétation qui imposerait lesdites interdictions aux marocains ne professant pas l'une des grandes religions présentes au Maroc. Pour avoir une réponse précise à cette question, il faudra s'en remettre au courant interprétatif que la jurisprudence la jurisprudence marocaine est en train de mettre en place.

Quant à la régulation conflictuelle, elle est divisée en deux grandes catégories : La première, implicite dans le *Dahir* du 12 août 1913 sur la condition civile des français et des étrangers dans le Protectorat français au Maroc[33], dispose que c'est la réglementation de l'Etat de la nationalité de la personne qui devra être appliquée[34]. La seconde, de son côté, est

---

[30] *Dahir* nº1-58-250 (21 *safar* 1378), qui contenait l'Ancien Code de la nationalité marocaine (*B.O.* nº. 2394 du 12.09.1958). Sur la règle prohibitive de l'art. 3.2 de l'ancien CNM *cf.*, Deprez, J., «Maroc. Pluralisme des statuts personnels…», *Juris-Classeurs,* 2002*, cit.*, p. 5 s.; *id,* «Droit international privé et conflits entre les statuts personnels», *Juris-Classeurs*, fasc. IV, Cahier-1, 1981-8, pp. 1-16.

[31] Dans le *Dahir* nº 1-07-80, du 23.03.2007 (*B.O.* nº 5514, du 05.04.2007), par lequel est promulguée la loi nº 62-06 qui modifie et complète le *Dahir* nº1-58-250 relatif à la CNM de 1958.

[32] *Cf.* Foblets M. C. & Carlier, J-Y., *Le code marocain de la famille..., op. cit.,* p. 7, note 16, qui démontrent que les réserves concernant les marocains non musulmans et non juifs sont annulées par l'art. 2 CFM en vigueur. Par contre Serehane F., affirme que ces exceptions doivent être maintenues [«Le nouveau code de la famille», *Gazette du Palais. Chronique Judiciaire,* nº 247-248, 3-4.09.2004, pp. 2792-2805, spéc. p. 2792 (note 8)].

[33] *B.O* du 12.09.1993. Un secteur de la doctrine considère le *Dahir* de 913 comme le code de DIPr. marocain. *Cf.* Sarehane, F. & Lahlou-Rachdi, N., «Maroc. Conflits de lois…», *cit.*, pp. 1-23, spécialement pp. 3-4.

[34] *Cf.* Belmir. S., «La conflictividad de las leyes en el Derecho internacional especial marroquí y el derecho internacional especial español; aplicación a los vínculos familiares, al matrimonio mixto y a la nacionalidad», *Primer encuentro judicial hispano-marroquí organizado por el CGPJ y la*

jurisprudentielle[35] , et conduit à l'application du CFM pour régir les relations des étrangers musulmans[36]. Cette solution ne fait pas de différence entre situation interne et internationale, de telle sorte que les juges marocains appliquent les règles contenues dans la *Moudawana* pour tous les différends présentés devant la justice que ce soit par des marocains musulmans ou par des étrangers musulmans[37].

Corte Suprema de Marruecos, Rabat, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, 2002, p. 11.

[35] Prenons pour exemple la décision de la CS du 05.07.1974, *RJPEM,* nº 13-14, 1983, pp. 132-136 (en arabe et traduction personnelle) qui penche pour l'application du droit marocain face à demande d'ouverture d'un héritage au Maroc d'un étranger musulman, refusant de prendre en considération la loi nationale du *de cujus*.

[36] L'ordre applicable au statut personnel des étrangers musulmans sera le droit marocain musulman (*Moudawana)* et ceci indépendamment de leur nationalité. D'après ce qu'expliquent Sarehane, F. & Lalou-Rachdi, N., il s'agit d'une solution de nature jurisprudentielle, qui sera plus tard reprise dans le *Dahir* du 2404.1959 modifiant le *Dahir* du 04.04.1956 relatif à l'organisation judiciaire au fonctionnement des Tribunaux musulmans («Maroc. Conflits de lois...», *loc. cit.,* p. 12). En ce sens, cf. Sarehane, F. & Lahlou-Rchidi, N., «Réflexions sur quelques règles de conflit de lois à l´épreuve de la pratique», *Le droit international privé dans les pays maghrébins. Les conflits de lois: le statut personnel,* Casablanca, Cahiers des Droits Maghrébins, 1995, nº 1, vol. 1, pp. 81-108, spéc. p. 81.

[37] La base de cette réponse se trouve dans une jurisprudence constante. À titre d'exemple, cf. la décision de la CS marocaine nº 250, du 05.06.1974, *RJPEM,* nº 13-14, 1983, p. 132 (en arabe et traduction personnelle). Concrètement, dans cette affaire appelée Eugène Girel, l'Etat marocain a été autorisé à toucher une succession conséquente laissée par un citoyen français converti à l'Islam, privant ainsi de leurs droits les héritiers légitimes et non musulmans sur la base de l'application du droit du for, rejetant la loi nationale française du *de cujus*. Cette décision peut être consultée dans Najm, M.C., *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*…, *cit*., p. 191. Avec l'actuel CFM, ce type de décision serait plus problématique, quoiqu'en vérité l'interdiction de la transmission de droits successoraux entre musulmans et non musulmans est encore appliquée. Voir en ce sens, la résolution de la CS marocaine du 09.03.2005 relative à la détermination de la filiation conformément la *Mudawana* d'un citoyen français de religion musulmane (inédite et facilitée par le prof. Loukili. M.) En général, sur ce thème, cf. Foblets, M.C.& Carlier, J. Y. *Le code marocain de la famille…, cit*., pp. 8-9 et la bibliographie citée.

En matière de droit de la famille, le DIPr. marocain[38] subordonne par conséquent le statut du sujet étranger à la religion qu'il professe[39]. L'appartenance du Maroc à la *Umma*[40] détermine que, dans les règles de conflit, le législateur national ne doit tenir compte ni du critère géographique (*ius loci*), ni de celui de consanguinité (*ius sanguinis*), mais uniquement des liens religieux (*ius religionis*) qui constituent le « cordon ombilical » de tout pays

[38] Sur les caractéristiques du système du DIPr. marocain, cf. Moulay, A., «Les grandes lignes du droit international privé marocain en matière de statut personnel», *RDE,* 1991, nº. 7, pp. 7-54, p. 10. L'évolution du système de DIPr. au Maroc est passé par diverses étapes liées à l'histoire politique de ce pays. Depuis l'islamisation du Maroc, la condition d'étranger en terre de l'Islam se base sur le droit musulman. Et dans l'Islam classique on distinguait la juridiction des musulmans et celles des non musulmans. Dans cette dernière catégorie, on faisait également la différence entre les personnes de confession judéo-chrétienne qui habitaient dans les territoires conquis par l'Islam et la communauté non musulmane qui se trouvait occasionnellement sur ces terres de confession musulmane. Sur le sujet, cf. Cardahi, C., «La conception et la pratique du DIPr. dans l´Islam», *Recueil des Cours,* 1937-II, pp. 507-550, spéc. pp. 516-530. Le DIPr. Marocain régulé avant et après l'Indépendance peut être consulté dans Bourey, M., «Le DIPr. du Maroc indépendant», *Rev. crit. dr. int. pr.,* 1962, pp. 15-246; Alaoui, B., *La loi personnelle dans les relations franco-marocaines en droit international privé français et marocain*, Thèse de doctorat, Université de Droit d´Économie et de Sciences Sociales de Paris II, 1978, pp. 9-11 (inédite).

[39] Dans l'ordre marocain, le rattachement de la nationalité est la règle de rattachement traditionnelle, il en était ainsi établi dans le *Dahir* du 12.08.1913 sur la condition civile des français et des étrangers dans le Protectorat français du Maroc. Cette réglementation contient le système conflictuel applicable aux personnes (art. 3), au mariage (arts 8 et 11) au divorce (art. 9), aux régimes matrimoniaux (arts. 14 et 15), aux successions et testaments (art. 18). En cas de conflit de deux ordres réclamés selon chaque nationalité des personnes concernées dans une même institution, il faudra avoir recours à une analyse casuistique de la jurisprudence afin de trouver une solution unitaire et unique. *Cf.* Rodríguez Benot, A., «Informe sobre Estatuto personal común. Seminario hispano-marroquí», e*ncuentro entre la Corte Suprema de Marruecos y el Consejo General del Poder Judicial (España)*, Rabat, 27 à 29.06.2001, (non publié), pp. 43-105.

[40] C'est-à-dire à la communauté des musulmans. Le concept *Umma*, à travers la notion de «mère» (*umm*), transmet toutes les valeurs religieuses, qui anticipent le royaume de Dieu sur la terre. Sur le thème de la *Umma* Cf. Maílo Salgado, F., *Diccionario de Derecho islámico*…, *cit.,* pp. 428-430. Sur l'appartenance du Maroc à cette union, cf. Moulay Rchid, A., «Quelles solutions pour le statut personnel des émigrés marocain en Europe?», *Le droit international privé dans les pays maghrébins. Les conflits de lois: le statut personnel,* Casablanca, Cahiers des Droits Maghrébins, 1995, nº 1, vol. 1, pp. 109-135, spéc. p. 115; Déprez, J., «Environnement social et Droit international privé. Le Droit international privé marocain entre la fidélité à l'Umma…», *Droit et environnement social… cit.*, pp. 281-330.

musulman[41]. L'application de la loi nationale de l'étranger est sacrifiée en faveur de la loi musulmane car l'Islam réunit tous ses fidèles au sein de l'*Umma*. Par conséquent, le musulman étranger est soumis au droit islamique local[42]. Par ailleurs, il faut signaler que dans la majorité des litiges présentés devant les autorités marocaines, le CFM constitue la réglementation applicable en matière de droit de la famille, tant pour les nationaux que pour les étrangers de confession islamique, vu la prédominance de la population de confession musulmane[43]. Toute autre réglementation qui pourrait correspondre à la loi sur la nationalité, du domicile, ou de la résidence habituelle du sujet est rejetée. Cette règle perturbe grandement les relations internationales.

Le législateur marocain a tenté d'harmoniser la réglementation conflictuelle à l'art. 2 CFM[44] en matière de rattachement à des ordres juridiques multiples (étatique et religieux), afin de déterminer dans quels cas les dispositions de la *Moudawana* doivent être appliquées.C'est pourquoi, l'utilisation du critère de la nationalité marocaine de l'une des parties au litige (art. 2.3 CFM) entraîne l'application de cette réglementation lorsque l'un des sujets est un ressortissant marocain[45], indépendamment du fait que l'autre sujet soit étranger. Pour sa part, l'art. 2.4 CFM maintient le critère de rattachement religieux de l'individu pour l'application de cette réglementation. N'oublions pas que, dans les ordres juridiques musulmans, le lien religieux est un principe que l'on doit prendre en considération pour attribuer la compétence judiciaire à l'organe correspondant, de même que pour déterminer le droit applicable.

En définitive, la nouvelle *Moudawana* conjugue principalement « religion » et « nationalité du for » comme règles de rattachement, devenant ainsi un Code de

---

[41] L'expression « cordon ombilical » employée par Elwan, O., «L´Islam et les systèmes de conflits de lois», *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé,* Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 313-342, spéc. p. 315. L'auteure se réfère à l'importance du lien religieux dans les règles de conflits des pays musulmans.

[42] Elwan, O., «L´Islam et les systèmes de conflits de lois...», *cit.*, p. 319.

[43] Déprez, J., «Maroc: Droit international privé…», *Juris-Classeurs*, 1981*, cit.*, p. 13.

[44] Pour le DIPr. Marocain, cf. Deprez, J., «Bilan de vingt-cinq années de droit international privé au Maroc», *RJPEM,* 1981, nº 10, pp. 125-151; *id.*, «Droit international privé et conflits de civilisations…», *loc. cit.*, pp. 19-372; *id.*, «Le droit international privé marocain à travers les livres», *RJPEM*, 1977, nº 2, pp. 265-275; Decroux, D.,«Le droit international privé marocain, son évolution de 1956 à 1981», *RJPEM*, 1981, nº 10, pp. 153-170.

[45] *Cf.* Foblets, M.C. & Carlier, Y., *Le code marocain de la famille... cit.*, p. 7.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 335-373

DIPr. hybride en droit matériel. Comme nous l'avons antérieurement affirmé, ce qui importeréellement, c'est de considérer le critère de rattachement à la nationalité[46] comme moyen d'extension extraterritoriale du *'ius religionis*[47]. Mais il faut exclure de ce privilège les étrangers de confession juive, puisque ceux-ci doivent se référer à ce qui est prévu dans leur loi nationale, conformément au critère de la jurisprudence de la CS marocaine[48].

3. PROPOSITION DE *LEGE FERENDA* : UNE RÈGLE DE CONFLIT ACTUELLE POUR LA FILIATION

Le CFM détermine unilatéralement son domaine d'application moyennant une règle qui offre une large portée à ses dispositions dans les différends relatifs à la personne et à la famille avec un ressortissant étranger. Il s'agit d'une règlementation unique et générale pour toutes les matières que le CFM intègre dans son droit, aucune norme spécifique n'existant pour les

[46] *Cf.* Charfi, «L´influence de la religión dans le droit international privé des pays musulmans», *Recueil de Cours,* 1987-III, t. 203, p. 321s., p.421, qui met en relation le privilège de la nationalité et le privilège de la religion, notamment le privilège de religion dans les rapports entre musulmans et non-musulmans, spécialement p. 410-454.

[47] Une partie de la doctrine critique le privilège de la religion dans les relations internationales. L'Islam est égalitaire entre les religions, mais la doctrine classique islamique (jurisconsultes) n'admet pas qu'une partie musulmane se soumette à une autre loi, non-musulmane, dans le domaine des relations mixtes. Il est certain que cette règle du *fikh* islamique surgit à une époque de guerre de religions, où il n'y avait pas lieu de chercher une harmonisation des solutions. Mais ce privilège de religion est contraire aux principes et objectifs du dIPr. comparé, et il est, en sus, inéquitable pour la partie non-musulmane. Dans le DIPr. des pays occidentaux, les règles de rattachement se cherchent sur des critères objectifs (comme le domicile commun, la résidence commune…) ou sur le principe de « l'intérêt de l'enfant ». Par ailleurs, le critère de religion est contraire aux principes de l'esprit saint de la religion islamique qui défend l'égalité et la justice. Dans ce nouveau contexte, il est suggéré de laisser de côté le rattachement basé sur la religion, qui répond à une étape historique, car il est dangereux pour les relations avec les autres Etats et cela empêche toute harmonisation entre les ordres juridiques, résultant contraire aux principes et objectifs du DIPR. Cf. Berjaoui, K., *El Derecho internacional privado… cit.,* pp. 58-59, 65, 72, 75-78 (en arabe, traduction personnelle); Charfi, M., «L´influence de la religion dans le droit international...», *cit.,* pp. 320-454, spécialement. pp. 410 y 440. *Cf.* également Quiñones Escámez, A., «Aplicación del nuevo Código de familia marroquí (2004) a supuestos de disolución del matrimonio», *AEDIPr*, 2006, t. VI, pp. 977-979, spéc. p. 978.

[48] Voir la décision de la CS marocaine nº 19 du 24.01.2007, *Revue de la jurisprudence et des lois*, nº. 155, p. 237, fournie par le prof. Loukili.

différentes catégories ou relations de famille avec un élément étranger. Par conséquent, le CFM ne possède pas de réglementation conflictuelle pour la filiation ; voilà pourquoi la dissémination du DIPr. marocain et l'influence du privilège religieux se retrouvent dans les litiges internationaux de filiation[49].

Face à l'absence de règle de conflit marocaine résolvant cette question, nous essayerons de détailler les réponses que le système juridique offre aux différentes situations internationales qui peuvent se poser dans leur for en matière de de filiation.

En premier lieu, en ce qui concerne les étrangers non-musulmans, le DDC de 1913 ne comporte pas de règle spécifique pour les cas de filiation. Il faut alors s'en remettre à ce qui est prévu à l'article 3 du DCC qui régit la capacité et l'état civil desdits sujets. A une certaine époque, il y eut un courant jurisprudentiel qui proposa d'utiliser le critère de la nationalité de l'enfant pour déterminer le droit applicable à la filiation[50]. C'est la solution choisie par la CS marocaine le 24 octobre 1975[51], en admettant la contestation de la paternité naturelle entre étrangers suivant la loi nationale de l'enfant espagnol. Dans cette même ligne se situe la décision de la CS du 29 octobre 1975[52], relative à la reconnaissance volontaire de la filiation d'un père tchèque nationalisé français, où la loi nationale de l'enfant français a été retenue pour déclarer la relation paterno-filiale conformément à l'art. 339 du Code civil français. Mais l'application de cette décision fit polémique. La possible application d'une loi étrangère qui constatait le lien de filiation en dehors de la légalité en vigueur,

---

[49] A titre d'exemple, la décision de la CS marocaine du 05.06.1974, dans l'affaire Eugène Girel a autorisé l'Etat marocain à prendre possession d'une succession importante laissée par un ressortissant français converti à l'Islam au préjudice de ses héritiers, sur la base du fait qu'aucun d'entre eux n'était musulman, évitant ainsi l'application de la réglementation française du *de cujus*. Cette décision peut être consultée dans Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*…, *cit.*, p. 191. Avec l'actuel CFM, ce type de décision serait plus problématique, bien qu'il soit certain que l'on continue à maintenir la prohibition de transmission de droits héréditaires entre musulmans et non musulmans.

[50] *Cf.* sur ce thème Decroux, P., *Droit privé… cit.,* p. 311; Sarehane, F. & Lahhou-Rachidi, N., «Réflexions sur quelques règles de conflit de lois...», *cit.*, p. 88; J. Déprez, «Droit international privé et conflits entre les statuts…», *cit.,* p. 9.

[51] Inédite, donnée par le prof. Loukili.

[52] Arrêt de la CS nº 427, du 29 octobre 1975 (en arabe, traduction personnelle). Inédite, facilitée par le prof. Loukili.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 335-373

était contestée car contraire à l'ordre public marocain[53]. Après cette décision, le principe d'application de la loi nationale du père[54] fut adopté, mais en interprétant le terme « père » conformément au système marocain, à savoir, lorsque la paternité est légitime.

Malgré la vocation universelle de l'Islam, cette religion n'a jamais essayé d'imposer son modèle aux non-musulmans. Toutefois, la majorité des juges marocains omettent ces orientations et finissent par appliquer le droit du for à tout type de situations, indépendamment de la nationalité ou de la religion des parties. Citons pour exemple, la décision de la CS du 5 mars 2005[55], où la Haute juridiction marocaine a rejeté l'application de la loi française correspondant à la nationalité des enfants pour appliquer le CFM et déclarer que ceux-ci ne pouvaient hériter du père marocain vu qu'ils étaient nés de rapports sexuels illicites. Il serait souhaitable que les juges marocains adoptent l'interprétation la plus ouverte et appliquent la loi nationale de l'enfant pour toutes questions relatives à la filiation.

Deuxièmement, quant à l'établissement de la filiation d'un étranger de confession juive, celui-ci se soumet à la loi de sa nationalité sans possibilité que lui soit appliquée la loi religieuse, conformément au critère adopté par la CS marocaine[56].

Troisièmement, la filiation des apatrides et réfugiés est déterminée par le CFM selon ce qui est établi à l'article 2.3, ce qui peut donner lieu à desrésultats insatisfaisants pour les personnes non-musulmanes. De fait, la décision de la CS marocaine, nº 1136, du 20 avril 1988[57] a refusé de reconnaître la filiation

[53] Decroux, P., *Droit privé…*, *cit.,* p. 311 et 312; Sarehane, F. & Lahhou-Rachidi, N., «Réflexions sur quelques règles de conflit de lois...», *loc. cit*., p. 88.

[54] Decroux, P., *Droit privé… cit.,* p. 312.

[55] Publiée dans *Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême*, n1. 63, 2005, pp. 105-107, facilitée par Loukili.

[56] En ce sens, voir la décision de la CS marocaine nº 119, du 02.01.2007, (en arabe, traduction personnelle) fournie par le prof. Loukili. L'affaire correspond à la liquidation de la succession d'un juif tunisien au Maroc. La CS affirme que le droit local juif ne peut être appliqué à la liquidation d'un héritage mais la réglementation tunisienne correspondant à la nationalité du *de cujus*. De cette manière, le privilège de la religion du sujet est uniquement pris en compte pour les étrangers musulmans résidant ou domiciliés au Maroc.

[57] Décision inédite et citée par Zougarhi, A., *Mudawanat al Osra…*, *cit*., pp. 39 (en arabe et traduction personnelle)., commentée par Déprez, J., «Le droit internacional privé marocain entre la fidélité à l´*Umma*…», *cit*., pp. 281-330, spéc. pp. 305-306 et note 51 ;. Le même

-en suivant la *Moudawana* antérieure- sollicitée par un réfugié politique au Maroc qui n'était pas de confession musulmane et qui s´était marié avec la mère de sa fille après la naissance d ecelle-ci, indépendamment du fait que le réfugié avait volontairement reconnu l'enfant. Dans ce cas d'espèce, la présomption de paternité n'a pas été vérifiée, tel que le disposait l'art. 85 de l'ancienne *Mudawana*.

Quatrièmement, les étrangers musulmans sont soumis au droit local. De ce fait, l'art. 2.4 CFM privilégie le *ius religionis*[58] comme critère de rattachement, faisant en sorte que la loi nationale de ces sujets laisse place à la loi marocaine. Cette pratique, qui n'est pas une règle écrite dans chaque Etat islamique, s'étend à certaines situations privées internationales, tel que le mariage, le divorce ou la filiation[59]. On applique donc ce que dispose le CFM pour déterminer la filiation si le père est étranger de religion musulmane, rejetant la loi de sa nationalité, comme cela pourrait arriver pour un père espagnol converti à l'Islam. Dans ces circonstances, le juge marocain écarte la réglementation étrangère, invoquant que la relation de filiation entre un père et son enfant musulman dépend obligatoirement du droit coranique[60].

Par ailleurs, en ce qui concerne les problèmes de filiation suscités par les couples de nationalités différentes, et dont l'un des conjoints est marocain, face à l'absence de réponse légale, le système marocain s'appliquera à cette personne. Pour résoudre cette question, il est nécessaire de tenir compte à la fois de ce qui est stipulé dans le nouvel art. 2.4 CFM, et de l'article 8 du Code de la nationalité marocaine (dorénavant CNM), qui indique que la détermination de la filiation suit les prescriptions découlant du statut personnel de l'ascendant. Concernant les préceptes sus-énoncés, nous pouvons conclure que l'application du droit local va dépendre du critère de rattachement à la nationalité, ainsi que du privilège de la religion du père, si la filiation paternelle

---

résultat est constaté dans la résolution de la Cour d'appel de Casablanca, du 16.12.1980, RDM, nº 1 pp. 45-49 (en arabe et traduction personnelle), commenté par Deprez, J., «Le droit international privé marocain entre la fidélité à l´*Umma*…», *cit*., pp. 281-330, spéc. pp. 305-306 et note 51.

[58] *Cf.* Charfi, M., «L´influence de la religion dans le droit international... », *cit.,* p. 416-439, qui en vient à affirmer « l'inexistence de la notion de nationalité dans la conception de l'Islam ».

[59] Sur ce thème, cf. Charfi, M., «L´influence de la religion dans le droit international... », *cit.,* p. 375.

[60] *Cf.* Deprez, J., «Droit international privé et conflits de civilisations…», *cit.,* p. 126 s.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 335-373

est réputée légitime. Si la paternité de l'enfant n'est pas établie[61], la nationalité marocaine de la mère et la religion de celle-ci seront fondamentales pour appliquer le CFM, contournant ainsi la loi nationale du père non-musulman. La réforme du 5 avril 2007 du CNM élargit les cas d'application du CFM[62] car l'objectif est de permettre à l'enfant né de mère marocaine d'acquérir, grâce au lien de filiation, la nationalité marocaine d'origine dès la naissance. Par conséquent, la nationalité marocaine *ius sanguinis* est attribuée à l'enfant né de mère marocaine, même si celle-ci a contracté mariage avec un étranger musulman ou un homme qui professe une autre religion[63]. Il faudrait ainsi appliquer le CFM aux questions de filiation tel qu'il est prévu à l'article 2.4 de ce texte. L'application du droit marocain comme on le sait, ne laisserait en aucun cas la possibilité de réclamer la paternité naturelle, même si la loi étrangère du père le permet.

Le système marocain du DIPr. opte pour la priorité de la loi du for et ne tient pas compte du droit national des étrangers, en particulier lorsque ceux-ci ne sont pas musulmans et qu'il s'agit d'appliquer des institutions contraires à son ordre public interne, comme c'est le cas de la filiation naturelle. En fait, la détermination de la filiation dans des cas internationaux illustre, de manière exemplaire, l'importance du lien de la «nationalité», et le « privilège de religion » pour les Etats musulmans, évitant ainsi l'application d'un droit étranger contraire à leurs principes fondamentaux[64]. Une ouverture internationaliste exige des règles plus appropriées que la simple soumission à la loi du for pour qu'elle ne soit pas contraire à la coordination des divers systèmes. Nous affirmons ainsi que le système de Dipr. marocain apparaît comme un cas isolé en raison de la tradition personnaliste des lois en matière de statut personnel, ce qui rend la coexistence des droits confessionnels (comme le droit marocain) et des droits laïcs (comme le droit espagnol), beaucoup plus compliquée dans

[61] Toutefois le droit hébraïque ne tient pas compte du fait que l'enfant soit né de relations extra-conjugales pour attribuer la nationalité marocaine de son père.

[62] L'art. 3 de la réforme du Code sur la nationalité se réfère, expressément, à l'incidence entre les deux textes. Pour déterminer la nationalité, il faudra s'en remettre au domaine d'application du Code de la famille (2004).

[63] Selon le CFM, si le père n'est pas musulman, le mariage est considéré comme inexistant. Dans ce cas-là, l'enfant étant illégitime (de père inconnu) prend la nationalité de sa mère, tel que l'indiquent les règles sur la nationalité au Maroc.

[64] *Cf.* Deprez, J., «Droit international privé et conflits de civilisations…», *cit.,* p. 126 s.

les relations privées internationales[65]. La forte émigration marocaine vers les États de l'Europe ainsi que l'augmentation des mariages mixtes –y compris des mariages interdits par le droit musulman quand le mari n'est pas de confession islamique- laissent penser que bientôt, il sera nécessaire de créer une réglementation marocaine applicable aux cas de conflits en matière de filiation, et dénuée de toute connotation religieuse, pour mieux s'adapter à la nouvelle réalité migratoire du pays.

Le droit marocain est caractérisé par son inspiration personnaliste qui lui confère une perspective *lege forista,* favorisant ainsi l'application de la loi marocaine pour les cas tranchés par les tribunaux de cet Etat. Concrètement, les règles de droit privé élaborées pour les cas internes sont également appliquées aux situations privées internationales. Le législateur du pays voisin comprend, probablement, que la précision de la loi applicable aux cas internationaux constitue un problème de souveraineté et d'intérêt des Etats, produit de l'interventionnisme étatique dans les relations juridiques entre ses ressortissants, sans doute dans le dessein de faire coïncider compétence judiciaire et compétence législative[66]. Il s'ensuit que la séparation *forum-ius* n'est pas claire, ce qui est manifeste dans l'attribution de la compétence judiciaire internationale des tribunaux marocains quand l'art. 2 CFM est applicable. Tel est le cas d'un père marocain résidant en Espagne qui conteste le lien de filiation devant les juges marocains, simplement dans le but de ne pas payer de pension alimentaire. Le rattachement à la nationalité du fordu demandeur suffit à justifier la compétence, sans que cela soit réellement le cas, vu que le reste des parties impliquées dans la procédure n'ont pas la nationalité et ne résident pas au Maroc. La coïncidence *forum-ius* entraîne le risque de favoriser l'augmentation de situations juridiques boiteuses dans les relations internationales, ou d'inviter à la pratique du *forum shopping*[67]*,* sans oublier que le système de compétences judiciaires internationales a des valeurs et des

[65] *Cf.* Gannagé, P., «La coexistence de droits confessionnels…», *cit.,* p. 343.

[66] Sur cet aspect, si les règles de compétence judiciaire et celles de compétence législative coïncident, on ne parle pas de conflits de lois, tel que l'indique Batiffol, H., «Les tendances doctrinales actuelles en droit international privé», *Recueil des Cours*, 1948-I, t. 72, pp. 5-64, spéc. p. 37.

[67] Tel que le dénonce Basedow, J., «Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: Le domaine d´application des lois contre les restrictions de la concurrence», *Recueil des Cours,* 1997, t. 264, pp. 9-177, spéc. p. 171.

principes propres qui ne doivent pas être négligés, tels que la tutelle judiciaire effective ou le principe de proximité du juge.

Le système marocain de DIPr. donne plutôt la priorité à la loi du for (voir l'article 2 du CFM), et se montre indifférent envers le droit national des étrangers, plus particulièrement lorsque ceux-ci sont musulmans et qu'il s'agit d'appliquer des institutions contraires à son ordre public interne, comme c'est le cas de la filiation naturelle. De fait, il est possible que, face à la demande d'établissement de la filiation contre un père espagnol résidant au Maroc et converti à l'Islam, les autorités judiciaires marocaines ne permettent pas que la réglementation espagnole soit appliquée pour déterminer la paternité naturelle de l'enfant. Et de ce fait, la détermination de la filiation dans des cas internationaux illustre, de manière exemplaire, l'importance du lien de la « nationalité » et le privilège de religion pour les Etats musulmans, évitant ainsi l'application d'un droit étranger contraire à leurs principes fondamentaux[68].

Dans certains cas, les juges marocains ont résolu des cas internationaux de filiation conformément au droit local, lorsque les parents ne sont ni marocains ni musulmans. Cependant, à notre avis, lesdites situations devraient être régies conformément à la loi nationale de l'enfant, solution qui a déjà été accordée par la CS dans sa décision du 24 octobre 1975[69] , dans laquelle la contestation du lien de filiation naturel entre étrangers a été acceptée, en vertu de la loi nationale de l'enfant espagnol.

Pour notre part, et dans l'objectif de faciliter la continuité dans l'espace des relations juridiques internationales pour qu'elles soient efficaces au delà des frontières de l'Etat où elles ont été créées,[70] nous désirons vivement que le système marocain adopte une règlementation sur les situations conflictuelles en matière de filiation qui réconcilierait ainsi les solutions accordées en droit

[68] *Cf.* Deprez, J.,«Droit international privé et conflits de civilisations…», *cit.,* p. 126 s.

[69] Inédite, fournie par le prof. Loukili.

[70] Assigner au DIPr. une fonction de garantir la continuité des relations juridiques n'est pas un objectif nouveau. Avec différentes formulations, cet objectif a fait l'objet d'un important débat dans des courants de doctrine postérieurs. Voir une synthèse de cette doctrine dans Guzmán Zapater, M., «Sobre la función del Derecho internacional privado…», *cit.*, pp. 1626-1627. En général, sur la fonction du DIPr, cf. Álvarez González, S., «Objeto del DIPr y especialización…», *cit.,* pp. 1109-1151; Iglesias Buhigues, J. L. «Reflexiones en torno al objeto y función del Derecho internacional privado», *REDI,* 1983-1, vol. XXXV, pp. 29-42; Díez García, E., «De las funciones del Derecho: organización y cambio social», *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez,* vol. IV, Madrid, Cívitas, 1996, pp. 5444-5445.

musulman avec le monde moderne, tel que cela s'est produit avec la réforme en matière de reconnaissance des mariages de ressortissants marocains contractés à l'étranger[71]. Dans ce dessein, le législateur marocain pourrait se rattacher à la loi nationale de l'enfant, tel que l'a fait un secteur minoritaire de la jurisprudence, dans le but de favoriser la coordination entre les systèmes de DIPr. Par ailleurs, on pourrait également opter pour les critères de rattachement du « domicile » ou de la « résidence habituelle » qui ne sont pas inconnus de l'ordre marocain puisqu'ils sont inscrits dans la Convention franco-marocaine du 10 aout 1981 règlementant les effets personnels du mariage et sa dissolution, ainsi que les obligations alimentaires ou la garde des enfants[72], ou dans les Projets de Conventions belgo-marocains signés le 26 juin 2002 relatifs à la pension alimentaire et au droit de garde, droit de visite et déplacement de mineurs respectivement, (mais qui n'ont pas encore été mis en place). Fondamentalement, la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 (dont le Maroc fait partie) est l'instrument international qui détermine le critère de la résidence habituelle du mineur. Celle-ci détermine la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection de l'enfant[73]. Nous espérons que le législateur marocain arrivera, dans la même ligne que la réforme menée à bien par sa Constitution en 2011, à adopter une attitude d'ouverture pour la réforme du système de résolution de conflits en la matière.

IV. CONTINUITÉ DES JUGEMENTS DE FILIATION DANS LES DEUX PAYS

1. LIMITE DU FORUM-SHOPPING POUR LA RECONNAISSANCE DES DÉCISIONS DE FILIATION

En Espagne, les effets constitutifs ou d'inscription au registre d'une décision judiciaire marocaine relative à la filiation sont soumis au respect de plusieurs conditions prévues à l'art. 23 C.H-M. Celles-ci se réfèrent au contrôle de la compétence judiciaire internationale du tribunal d'origine, aux garanties procédurales, à l'autorité de la chose jugée, au respect de l'ordre

[71] Voir à ce sujet, Laroche-Gisserot, F., « Le nouveau Code marocain de la famille: innovation ou archaïsme? », *Revue de droit international et de droit comparé*, Vol. 82, Nº. 4, 2005, pp. 335-355.

[72] *Cf.* Moneger, F., « La convention franco-marocaine du 10 août… », *cit.*, p. 59.

[73] Date de ratification de l'instrument international du 27.11.2002 et qui est entré en vigueur par le biais du *Dahir* nº 1702/136, du 22.01.2003 (*B.O.* nº 5108 du 15.06.2003).

public de l'État requis et à l'absence de contradiction avec une décision prononcée dans l'Etat requis ou une procédure pendante dans ce dernier.

Parmi ces conditions, il n'est pas obligatoire de contrôler le droit applicable par le tribunal de l'Etat d'origine[74], ce qui attire tout spécialement l'attention en raison des différences abyssales entre le droit espagnol et le droit marocain en matière de statut personnel. On peut estimer sans aucun doute qu'établir un contrôle de la loi applicable, même en corrigeant l'équivalence de résultat, est un obstacle à la coopération internationale difficilement justifiable aujourd'hui[75]. En fait, le C.H-M comprend des règles pour le secteur de la reconnaissance et de l'exécution de décisions, ainsi que pour l'assistance juridictionnelle internationale, mais il ne présente pas de critère facilitant aux autorités de l'Etat requis un contrôle de compétence judiciaire internationale. Ceci génère des difficultés de type pratique, obligeant à faire des recherches sur la réglementation interne de l'Etat d'origine face au problème à résoudre.

L'élargissement des fors de compétence judiciaire internationaux prévus dans le DIPr. espagnol ainsi que dans le droit privé marocain, et la recherche du for correspondant favorisent les situations de fraude à la loi[76]. C'est le

---

[74] Concernant l'utilisation de ce contrôle dans certaines conventions bilatérales souscrites par l'Espagne et la position jurisprudentielle espagnole sur l'exigence dudit contrôle, *cf.* Fernandez Rozas J.C. *et.* Sanchez Lorenzo, S. A., *Derecho internacional privado,* 5e éd., Madrid, 2009, pp. 225-228.

[75] *Cf.* Fontan Silva, E.J., «El *exequátur* de las decisiones dictadas por los Tribunales de Marruecos», *A C*, 1998, nº 4, nº 36 à 48, p. 1121-1149; Garau Sobrino, F., «La normativa convencional hispano-marroquí sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales, documentos públicos con fuerza ejecutiva y laudos arbitrales en materia civil, mercantil y administrativa», *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo. Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, 1997*, Madrid, BOE, 1999, pp. 167-179, spéc, p. 175; Pérez Beviá, J.A., «El convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997», *Justicia 98,* nº. 1-2, 1998, pp. 73-102; Calvo Caravaca A.L., & Carrascosa González, J., *Derecho Internacional Privado,* vol. I, 7ième éd., Granada, Comares, 2006, p. 346.

[76] Cette même question relative à la fraude s'est également posée concernant l'institution de la répudiation. *Cf.* Quiñones Escamez, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2000, pp.176-169. La jurisprudence égyptienne apporte des exemples dans lesquels la loi nationale d'un étranger est rejetée en faveur du rattachement religieux. De la sorte, un individu d'une autre nationalité, converti à l'islam, peut répudier sa femme également étrangère contre les dispositions de leur loi nationale respective. Cf. Namj.

cas, par exemple, quand un marocain musulman nationalisé espagnol ou un espagnol converti, résidant tous deux en Espagne, présentent un recours devant l'autorité judiciaire marocaine pour contester la filiation. Selon ce que dispose l'art. 2 du CFM, le *ius religionis* de la personne prime sur sa loi nationale, applicable à tous les musulmans qui se trouvent au Maroc[77]. Un serment d'anathème ou *li'ân* du demandeur suffira pour que la contestation soit admise et dictée par le juge marocain, celui-ci évitant de la sorte toute responsabilité concernant le versement d'une pension alimentaire pour l'enfant. Ce type de situation se retrouve également en cas de demande de contestation de paternité légitime présentée jusqu'à un an après la répudiation, identifiée comme présomption *al firach*, de sorte que le défendeur ait à assumer les aliments d'un enfant qui n'est pas le sien. Conformément à la réglementation du Maroc sur la compétence judiciaire internationale, le juge peut connaître de la demande de paternité en raison de la nationalité marocaine du demandeur, voire même, lorsque celui-ci est de confession musulmane, indépendamment de sa nationalité. Les « éventuels binationaux » peuvent également faire du *forum shopping*, en comparant le contenu des droits matériels en présence et les possibilités de succès d'une action intentée en recherche de filiation des autorités d'un Etat national ou d'un autre.

La décision judiciaire qui, le cas échéant, sera prononcée, aura des effets en Espagne, après exequatur, sans que l'autorité espagnole puisse mettre en doute l'« éventuelle compétence exorbitante » que la Cour marocaine s'est attribuée selon sa propre réglementation[78]. L'existence dans le système marocain de

M., *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*…, *cit*., pp. 189-190 et spéc. sur le Maroc, pp. 190-192.

[77] Souvenons-nous que pour les étrangers musulmans, le droit marocain musulman (*Mudawana*) sera toujours l'ordre applicable à leur statut personnel, et ceci indépendamment de leur nationalité. D'après ce qu'expliquent Sarehane, F. & Lahlou-Rachdi, N., cela porte sur une solution de nature jurisprudentielle, accueillie plus tard par le *Dahir* du 24.04.1959, qui a modifié à son tour le *Dahir* du 04.04.1956 relatif à l'organisation judiciaire et au fonctionnement des tribunaux musulmans («Maroc. Conflits de lois...», *cit*., p. 12). Plus encore si l'on tient compte du fait que *Mahoma* affirmait dans la *Sunna* que «celui qui déclare qu'il n'y a pas d'autre Dieu que *Allah* et que son prophète est *Mahoma*, est musulman». Par conséquent, il est presque impossible pour l'autorité marocaine de détecter la fraude du converti.

[78] En matière de répudiation, l'exequatur a été sollicité par un citoyen espagnol résidant au Maroc. Pour ce faire, les juges marocains doivent contrôler la compétence judiciaire internationale en la matière. Cf. Quiñónes Escámez, A., «Note de l'ordonnance de la CS

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 335-373

fors privilégiés (*forum actoris*) implique une faible proximité du cas avec le tribunal, capable de produire une charge procédurale fort peu raisonnable pour le défendeur, minimisant ses garanties procédurales et limitant son droit à la tutelle judiciaire effective. Cette situation a une incidence directe sur le contrôle de l'ordre public espagnol, selon ce qui est prévu à l'art. 23-4 du C.H-M, et non pas sur la fiscalisation de l'attribution de la compétence du tribunal d'origine.

Les juges espagnols qui interviennent dans la reconnaissance de jugements marocains dans d'éventuels cas frauduleux n'examinent généralement pas les motifs avancés pour assurer un for plus favorable, bien que le juge de l'exequatur puisse faire des investigations sur les faits suspicieux[79]. Dans ce cas, on fiscaliserait si, dans l'attribution de compétences des tribunaux marocains sollicitée par le demandeur dans ce pays, ont existé des rattachements suffisants, tel que la résidence habituelle. L'amplitude du for des deux ordres juridiques, circonstance qui favorise les fors concurrents, laisse place à ce que tant les tribunaux espagnols que marocains s'attribuent des compétences judiciaires internationales pour connaître d'une même affaire de filiation. De cette manière la personne peut élire le for qui lui convient le mieux en fonction de la loi que le juge applique. La question du *forum shopping* aurait sans doute pu se résoudre en introduisant des fors attributifs de compétence quand le C.H-M a été élaboré, ce qui aurait réduit les éventuelles fraudes en matière de compétence judicaire internationale.

Il est vrai que ces obstacles peuvent être résolus par la voie conventionnelle, tel que le souligne la Convention franco-marocaine, laquelle, à la différence de la C.H-M[80], établit des critères de compétence judiciaire directe, telles que le domicile commun ou, subsidiairement, la nationalité commune[81].

(Civile) du 23.07.1998 [décision de la Cour suprême]», *REDI,* 1999-1, vol. LI, pp. 203-207, spéc. p. 204.

[79] Sur la recherche du for de convenance pour la répudiation Quiñones Escámez, A., *Derecho e inmigración: el repudio... cit.,* pp. 168-169.

[80] Cette possibilité est réglementée pour les matières contractuelles et pour les délits ou quasi délits à l'art. 32 de la C.H-M.

[81] Concrètement, l'art. 11.1 de la Convention franco-marocaine, qui reprend les dispositions de l'art. 16 a) de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957.

2. LE CONTRÔLE DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ESPAGNOL FACE À LI'ÂN

En principe, rien ne s'oppose à ce qu'une décision judiciaire marocaine relative à une reconnaissance ou une opposition en paternité ait des effets en Espagne, introduisant dans le for, des valeurs provenant du système marocain, si celles-ci ne sont pas contraires à l'ordre public international espagnol. De fait, l'une des grandes différences entre les secteurs de reconnaissance et du droit applicable, est la plus grande flexibilitéavec laquelle on travaille dans le premier. De cette manière, il est possible d'admettre dans le for des décisions étrangères qui partent de valeurs différentes de celles qui étaient prévues dans ce dernier, permettant parfois d'apporter des solutions qui ne pourraient être adoptées par un tribunal espagnol.

En ce sens, l'article 23.4 C. H-M inclut le contrôle de l'ordre public de la décision soumise à la reconnaissance, ainsi que les examens des «principes du droit international qui seraient applicables dans le même Etat (requis) ». Cette dernière référence est, pour le moins, déconcertante, puisqu'il est difficilement imaginable que lesdits principes soient appliqués dans le simple but d'empêcher la validité d'une résolution étrangère[82]. Par conséquent, on doit interpréter l'art. 23.4 C.H-M comme une allusion qui est faite au contrôle de l'ordre public international de l'Etat requis en tant que condition de reconnaissance. Il faut ainsi contrôler l'ordre public international du système étatique ou du for[83] étant donné que la décision marocaine de filiation qui va produire des effets en Espagne,doit en respecter les valeurs et les droits.

L'art. 23.4 C. H-M exige, en particulier, que soit contrôlé l'aspect matériel de l'ordre public international. Dans la pratique, ce contrôle constitue l'une des bases les plus utilisées pour refuser la reconnaissance des décisions marocaines en Espagne, puisque certaines des institutions islamiques sont

[82] Garau Sobrino, F., «La normativa convencional hispano-marroquí sobre reconocimiento...», *loc. cit.*, pp. 174 et 175, spéc. note 17, explique que l'Espagne a voulu laisser sans effet sur son territoire les résolutions dictées dans le domaine de la Convention qui auraient une relation avec le territoire au Sahara.

[83] Sur l'influence possible des règles conventionnelles dans le contenu de l'ordre public des systèmes de droit étatique ou interne, *cf.* Parrot, K., *L´interprétation des conventions de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 360-370.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 335-373

susceptibles d'entrer en conflit avec les principes fondamentaux du droit espagnol[84].

L'un des problèmes les plus importants dans le cadre des relations hispano-marocaines est, sans aucun doute, celui de l'efficacité, en Espagne, des décisions judiciaires relatives à la contestation en paternité légitime par le biais la réalisation du processus de *l´iam* par le mari. Sur ce point, d'après l'art. 154 CFM, la filiation paternelle légitime établie par présomption *al firach* est conditionnée à la date de la naissance de l'enfant (qui doit naître dans les six mois qui suivent la conclusion du mariage, ou au cours de l'ànnée suivant la dissolution du lien conjugal), pourvu qu'il y ait une possibilité réelle ou supposée que les conjoints aient maintenu des rapports sexuels. En fait, en cas de conflits entre le père et la mère quant à la date de la conception ou de la naissance de l'enfant, il est possible que la paternité soit contestée par le procédé du serment d'anathème ou *li'ân*, dans lequel le mari accuse son épouse d'adultère -ce qui provoque la dissolution judiciaire du mariage- en même temps que cela empèche que l'enfant continue à être juridiquement lié au mari de sa mère.

Apparemment, la reconnaissance d'une décision de contestation de paternité légitime marocaine par le biais de *li'àn,* peut porter atteinte aux principes fondamentaux et justifie par conséquent le rejet de ladite reconnaissance. Tout d'abord parce que cette institution va à l'encontre des principes de non-discrimination pour raison de sexe puisque seul le mari a la possibilité d'intenter une action en contestation de paternité. En effet, l'homme et la femme ne jouissent pas des mêmes droits, ni des mêmes moyens de preuves pour établir la reconnaissance de paternité correspondante, il y a donc bien dans ce cas, une grave discrimination entre les sexes (article 14 Cst. ES). En outre, la procédure de *li'ân* peut en arriver à affecter la dignité de la femme (article 10.1 Const.ES). Soulignons par ailleurs que cela peut affecter l'intérêt de l'enfant s'il n'existe pas de garanties suffisantes pour proclamer sa filiation réelle, étant donné que la connaissance de sa propre origine constitue un élément qui fait partie de la dignité de la personne et qui est indispensable au bon équilibre de sa vie (article 10.1 Cst.ES). D'où il résulte qu'il nous faut

[84] Dans la jurisprudence espagnole, les problèmes se posent fondamentalement quant à la reconnaissance de la répudiation. Cf. les arrêts de la CS du 14.04.(RJ 1998/3563) et du 23.06.1998 (RJ 1998/5337), qui ont été analysés par Quiñones Escámez, A., *Derecho e inmigración... cit.*, p. 121 s.

considérer *li'ân* comme une institution musulmane pensée pour l'homme où l'on ne pense ni à la défenderesse, ni à l'enfant, dont la filiation est contestée.

Cependant, avant de procéder au rejet automatique de la décision marocaine relative à la contestation de la paternité, il est indispensable d'examiner minutieusement les circonstances concrètes du cas pour adopter des solutions selon des critères de justice matérielle. Et tout cela sans perdre de vue ce qui résulterait de la stricte application des principes fondamentaux de la reconnaissance des résolutions étrangères.

La Cour suprême marocaine a pris une série de mesures pour pouvoir admettre ce serment d'anathème[85], afin d'éviter que l'homme abuse de ce procédé. Concrètement, la Haute Juridiction marocaine insiste sur le moment précis où le mari doit réaliser *li'ân,* c'est-à-dire le moment où l'homme apprend que sa femme est enceinte, ou lorsqu'il a connaissance de la naissance de l'enfant[86]. Si le serment est prononcé ultérieurement, la Haute Juridiction marocaine rejette la contestation en paternité car le délai pour présenter *li'ân* est dépassé. *Li'ân* peut également être rejeté si le mari a des rapports sexuels après avoir pris connaissance de la grossesse de son épouse ou du fait que l'enfant né n'est pas de lui. Ce rapport sexuel peut être prouvé par aveu du mari, ou par des témoins déclarant que les époux ont partagé des moments intimes, propices à une relation sexuelle[87]. Par conséquent, pour qu'une décision marocaine en contestation de paternité effectuée par le biais de *li'ân* surmonte le contrôle de l'ordre public matériel, il est exigé de démontrer que l'enfant a un intérêt légitime dans la reconnaissance de ladite décision judiciaire en vue d'établir son *status filii* réel. On présume que cet intérêt existe

[85] *Cf.* Les décisions de la CS marocaine, nº 128, du 0507.1971, p. 65; nº 115, du 22.051972, pp. 72; nº 1542, du 24.12.1985, p. 186 et nº 42, du 26.01.1999, p. 314 s. qui peuvent être consultée Taoufik, A., *Jurisprudencia del TS en materia de estatuto personal y materia inmobiliaria*, 1ère éd., Casablanca, Al-Maktaba Al-Ganuniya, 2002 (en arabe, traduction personnelle). *Cf.* également les décisions de la CS marocaine nº 56, du 29.12. 1970 et nº 254, du 18.05.(inédits et en arabe) facilités par le prof. Moulay. Dans ce même sens, les décisions de la CS marocaine nº145, du 03.02.1987 et nº 1802, du 05.12.1989, qui peuvent être consultées dans Bennis, K., *Diccionario del estatuto personal y de sucesiones*, Rabat, RDMK, 1998, (en arabe, traduction personnelle), pp. 54-55.

[86] *Cf.* la décision de la CS marocaine nº 780, du 13.11.2002, citée par Jauhar, M., «Prueba y negación de la filiación. Entre la medicina e incógnita», edición especial, jornadas sobre la familia marroquí, entre la doctrina *malikí* y el derecho positivo, *RMDED*, 2004, nº 50, pp. 152-165, spéc. pp. 160-162.

[87] *Cf.* Jauhar, M., « Prueba y negación de la filiación... », *cit.*, p. 160.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 335-373

lorsque c'est l'enfant lui-même -ou son représentant légal s'il est mineur- qui sollicite la reconnaissance en Espagne de la décision marocaine. Néanmoins, il nous faut souligner qu'avec la nouvelle *Moudawana*, *li'ân* est toujours en vigueur, mais le juge peut réclamer des examens médicaux spécialisés pour faire constater la date de la conception en cas de conflit de paternité légitime (art. 134 CFM). On considère donc que, dans cette situation, il ne doit pas y avoir de difficulté pour que la décision marocaine de filiation surmonte le contrôle d'ordre public matériel, la paternité étant prouvée par des analyses de médecins spécialistes ou un test ADN.

Il ne devrait pas y avoir non plus, en principe, de problème pour surmonter le contrôle de l'ordre public procédural, vu que l'épouse dispose de la possibilité de s'opposer à ce que son mari fasse le serment d'anathème. Lorsque cela arrive, et si le mari insiste pour continuer à demander la contestation de sa paternité, le juge peut réclamer une expertise médicale, même si la femme refuse ce procédé[88]. Toutefois, l' important est que l'épouse accusée d'adultère ait le droit de participer à la procédure, et de se défendre. Et si c'est le cas, l'ordre public procédural ne sera pas affecté[89]. Par conséquent, en ce qui concerne le procédé *de li'ân,* le contrôle de l'ordre public procédural devient moins rigoureux, acceptant comme unique condition que la femme soit entendue et que ses droits lui soient reconnus.

En définitive, le fait que la femme ou l'enfant, en tant que sujets affectés par une décision de contestation en paternité sur la base d'une procédure de *li'ân* sollicitent des autorités espagnoles la reconnaissance de ladite décision marocaine, constitue un point favorable pour que l'on ne contrôle pas l'ordre public international de façon excessive[90]. Par conséquent, si la reconnaissance des décisions marocaines en contestation de paternité est rejetée, un préjudice plus important encore pourrait être *infligé* à ceux qui se sont vus affectés dans leurs intérêts par la procédure de *li'ân* au Maroc. S'il en était ainsi, l'enfant né en Espagne serait obligé de se présenter devant les autorités espagnoles

[88] *Cf.* la résolution de la CS marocaine nº. 66, du 18.01.2006, *Jurisprudence de la Cour Suprême*, nº. 66, pp. 111 s. (en arabe et traduction personnelle).

[89] Sur ce thème, *cf.* Hammje, P., «Droit fondamentaux et ordre…», *cit.*, pp. 26-31.

[90] C'est ce qui s'est passé en France quant aux répudiations, concrètement dans l'arrêt de la Cour de cassation civile du 18.12.1979, *Rev. crit. dr. int. pr.,* 1981-I, pp. 88-90. Dans cette décision, il a été admis qu'une répudiation n'est pas contraire à l'ordre public si cela donne lieu à une procédure où chaque partie fait valoir ses prétentions.

au début d'une nouvelle procédure sur la détermination de la filiation pour faire constater la nouvelle réalité. Nous réclamons une solution de la part des autorités marocaines afin d'éviter des situations boiteuses dans laquelle l'enfant a plus à gagner –quoique cela sera difficile car l'institution de *li'ân* bénéficie à l'homme- et va à l'encontre des intérêts des femmes et des enfants.

Cela ne signifie pas qu'une décision portant atteinte à l'ordre public international espagnol produira des effets dans le for, mais plutôt qu'il existe une possibilité que cette décision déploie en Espagne certains de ses effets. Soutenir le contraire signifierait élever le formalisme du principe égalitaire au-dessus du résultat matériel qui se produit dans ce cas[91]. Par conséquent si la reconnaissance des décisions marocaines en contestation de paternité est rejetée, cela pourrait en arriver à créer un préjudice majeur pour ceux qui se sont déjà vus affectés dans leurs intérêts par le procédé *de li'ân* au Maroc.

L'importance que revêt, à l'heure actuelle, la coopération judiciaire entre l'Espagne et le Maroc est évidente, de même que le besoin de faciliter, entre les deux pays, la reconnaissance des décisions relatives à la filiation. Pour ce faire, il est fondamental d'assouplir de flexibiliser l'application de l'ordre public international, dans l'objectif de protéger l'épouse et l'enfant: partie la plus faible de la situation juridique en contestation de paternité. Toutefois, dans le cas spécifique *li'ân,* la marge de manœuvre laissée par la rédaction de l'art. 23.4 premier paragraphe C.H-M, pour passer le contrôle de l'ordre public est positive, étant donné que cela répond aux éventuelles lacunes relatives à la réalité discriminatoire de cette institution ainsi qu'à l'obligation imposée par l'art. 33 C.H-M sur l'information juridique entre les autorités des deux Etats.

3. LES DÉCISIONS JUDICIAIRES ESPAGNOLES RELATIVES À LA PATERNITÉ NATURELLE ET LEURS POSSIBLES VALIDITÉS AU MAROC

L'échange de décisions judiciaires entre L'Espagne et le Maroc en matière de filiation pose de sérieux problèmes dans les cas où les décisions se réfèrent à la paternité naturelle, vu l'impossibilité d'obtenir leur homologation dans le pays voisin. L'abîme existant entre le droit matériel espagnol et marocain sur ce point, empêche l'obtention de ladite homologation, la reconnaissance

[91] *Cf.* la position des décisions de la CS du 14.04 (RJ 1998/3563) et du 23.07.1998 (RJ 1998/5337) sur la reconnaissance d'une répudiation. Sur ce thème, *cf.* Quiñones Escámez, A., *Derecho e inmigración... cit.*, pp. 121-138; Marchal Escalona, N., «El repudio ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RFD Univ. Gr.*, nº 5, 2002, pp. 367-376.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 335-373

s'avérant contraire à l'ordre public international marocain. La volonté de continuité de la filiation dans l'espace constitue l'une des principales raisons de la reconnaissance de la situation générée dans un pays devant les autorités de l'autre Etat, procurant la stabilité et la permanence du statut juridique d'une personne. Il est important, dans ce domaine, d'éviter les situations juridiques boiteuses, surtout lorsque le droit de toute personne a un *status filii* est en jeu. Le juge espagnol devant lequel la réclamation ou contestation de la relation materno/paterno-filiale est formulée, prendra en considération le binôme harmonie matérielle *versus* harmonie internationale[92]. L'autorité judiciaire espagnole s'en tient à la vérité biologique comme une valeur d'ordre public interne, ce qui rompt la continuité de la reconnaissance, optant ainsi pour l'harmonie interne, au détriment de la reconnaissance du jugement espagnol au Maroc, qui répond lui à l'application de l'ordre public international (art. 23.4, premier paragraphe du C.H-M)[93]. Les autorités des pays islamiques sont particulièrement minutieuses en ce qui concerne la réception limitée des situations consolidées à l'étranger quand la loi nationale de la personne provenant d'un Etat islamique n'a pas été respectée[94]. En dépit de cela, nous avons observé, dans le pays voisin, une tendance à modifier le *statut quo* existant en raison de l'augmentation de situations juridiques privées internationales de ses émigrants, surtout relatives au mariage et au divorce, position qui n'a pas été adoptée pour la filiation. Les arts. 14, 15 et 128 du nouveau CFM ont simplifié l'homologation des mariages et des divorces qui ont eu lieu en dehors du Maroc[95].

---

[92] Contreposition déjà présente dans la STC allemande, du 04.05.1971. Cf. Gonzalez Campos, J. D. & Fernández Rozas J.C., *DIPr. materiales de prácticas*, Madrid, 1983, p. 79; Miaja De la Muela, A., «Sobre los principios rectores de las reglas de competencia territorial de los tribunales... » *cit.,* p. 760.

[93] Pour éviter des situations juridiques boiteuses, la doctrine espagnole insiste sur l'importance de l'application du CFM en matière de divorce pour que la décision espagnole puisse passer favorablement le contrôle de l'ordre public international et, finalement, obtenir la reconnaissance au Maroc. Cf. Quiñones Escámez, A., «La aplicación del nuevo Código de familia marroquí...», *cit.,* pp. 977-979.

[94] Plus amplement, Deprez, J., «Le droit international privé marocain entre la fidélité à l´Umma…», *cit.*, pp. 281-330, spéc. pp. 305 et 306 (note 51).

[95] Quiñones Escamez, A., «La réception du nouveau code de la famille marocain (*Moudawwana*, 2004)…», *cit.*, pp. 877-900.

Les systèmes juridiques occidentaux utilisent la qualification fonctionnelle comme moyen pour affronter les institutions inconnues par le for, option qui peut également être valable pour le Maroc. De cette façon, vu qu'il n'existe pas dans le droit marocain de couverture juridique pour la paternité naturelle, une solution possible consisterait à chercher une fonction sociale en dehors du mariage. Il faudrait ainsi chercher une institution qui, dans l'ordre juridique marocain, aurait une fonction équivalente ou qui soit la plus proche possible de la filiation naturelle établie à l'étranger. Il s'agit, en somme, de recourir à la « transposition d'institutions », technique basée sur le principe d' « équivalence d'institutions », dont le but principal est de transposer une institution étrangère dans une autre institution connue par le for, dans le dessein de garantir la continuité et la reconnaissance, dans ce for, de la première institution. À cet effet, pour arriver à l'équivalence désirée, il est indispensable que l'institution étrangère, tout comme celle du for, aient correspondance la plus proche possible.

Cependant, il nous faut être réalistes : les autorités marocaines se montrent très peu enclin, dans le domaine du droit de la famille, à admettre des institutions inconnues de l'ordre musulman, et qui touche à l'ordre public marocain[96]. Preuve en est la décision de la CS nº 658, du 30 décembre 2004[97], qui n'a pas validé le jugement français qui contestait la filiation matrimoniale, pourtant confirmée par test ADN. De même, il a été impossible de transposer la filiation adoptive, telle qu'elle est connue dans les ordres occidentaux, à une autre institution marocaine, comme la *kafala* ou le *tanzil*.

Il est vrai qu'il persiste au Maroc une certaine inefficacité des décisions judiciaires espagnoles relatives à la paternité naturelle, puisque les autorités marocaines la considèrent contraire à l'ordre public marocain. Il sera sans doute peu probable que des juges marocains, à court ou à moyen terme, en arrivent à changer de position et admettent des formules comme celles que nous proposons. Prenons pour exemple l'arrêt de la CS nº. 147, du 26 avril 2004[98], se référant à une demande d'exequatur au Maroc d'un jugement

[96] En général, sur le concept d'ordre public marocain en matière de statut personnel cf. Ounnir, A., «La reconnaissance et l´exécution des jugements étrangers au Maroc…», *cit.,* p. 455 s.

[97] Publiée dans *Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême*, nº 63 (en arabe et traduction personnelle) et dans *Dossier*, 2005, nº 7, p. 232 (en arabe et traduction personnelle).

[98] Inédite, en arabe et traduction personnelle, facilitée par le professeur Loukili.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 335-373

français concernant un divorce entre ressortissants marocains où une pension alimentaire avait été accordée à la fille adoptive. Les juges marocains ont accepté partiellement l'exequatur. Concrètement, ils n'ont homologué que la partie relative au divorce mais pas la partie du prononcé concernant les aliments pour la fille, considérant l'adoption comme contraire à l'ordre public marocain.

Les décisions espagnoles sur la paternité naturelle n'ont aucune efficacité au Maroc, cependant, il est possible de saisir la justice pour responsabilité extracontractuelle contre une personne qui a commis un acte en dehors de la loi[99]. Par conséquent, et selon l'explication que donne le guide pratique de l'article 148 CFM, l'enfant né de relations sexuelles illicites pourrait réclamer à son père des dommages psychiques causés par cet acte illicite, conformément à la possibilité d'une demande d'indemnisation sur la base de la responsabilité civile. La décision espagnole peut valider les faits qui y sont prouvés, même avant d'être soumise à l'exequatur, possibilité que prévoit l'art. 418 du Code marocain des obligations et contrats du 13 septembre 1913[100]. Par conséquent, nous pouvons nous demander si une décision espagnole de paternité non matrimoniale pourrait être reconnue avec effet probatoire par le tribunal marocain dans le processus de responsabilité que nous venons de mentionner. La décision espagnole servirait de preuve aux juges marocains pour déterminer certains faits relatifs à la cause de la naissance et aux relations complexes entre parties au litige. En somme, il s'agirait de la part des autorités marocaines de considérer l'effet probatoire de l'exécution émise par les tribunaux espagnols comme tout autre document public étranger.

---

[99] Apparemment, le guide pour l'explication du CFM s'inspire d'une résolution de la CS marocaine nº 9447, du 13.12.1962, *RMD*, 1963, p. 267, pour proposer la possibilité d'indemniser économiquement l'enfant né hors mariage.

[100] Approuvé par *Dahir* du 12.09.1913 (*B.O.* nº 46, du 12.09.1913), où il est disposé que: «le document ou acte authentique sont réalisés par des fonctionnaires publics habilités dans le lieu désigné à cet effet et en la forme prévue par la loi.». De plus, les actes authentifiés par les juges de droit islamique dans leurs tribunaux sont également authentiques, de même que les décisions émanant des tribunaux marocains ou étrangers, étant donné qu'ils peuvent faire foi des faits qui y sont constatés. La réglementation mentionnée peut être consultée sur http://www.maroc-management.com/Juridique/Sommaire.htm et Blanc, F.P. & Zedgui, R., *Code des obligations et des contrats,* Casablanca, Najah al-jadida, 1994

Mais conformément à la rigidité de la position de la justice marocaine, la proposition s'avère négative[101].

Pour conclure, les jugements et arrêts rendus par les organes juridictionnels espagnols sur l'établissement de paternité non matrimoniale ne sont pas susceptibles aujourd'hui de produire effet au Maroc, que ce soit pour un effet de la chose jugée matérielle, un effet constitutif ou d'inscription au registre, ni même un effet probatoire. il faut également oublier la possibilité de pouvoir obtenir au Maroc la reconnaissance partielle d'une décision qui contienne un double prononcé sur la déclaration de paternité naturelle, reconnaissance de paternité et sur les aliments[102]. Accepter une reconnaissance partielle impliquerait sans aucun doute (une tolérance) de l'effet atténué de l'ordre public international marocain. Mais actuellement, ledit effet atténué n'est pas admis; il est donc impossible d'obtenir au Maroc la reconnaissance de ce type de décisions judiciaires puisque l'institution de la filiation naturelle n'est pas compatible avec l'ordre public de ce pays. Il nous faudra attendre que les juges marocains finissent par admettre des positions plus flexibles en matière de filiation tel que cela est arrivé dans d'autres secteurs[103]. Dans cet objectif,

---

[101] Opinion confirmée par le professeur Loukili.

[102] Un problème d'interrelation entre la réclamation d'aliments et la déclaration de la paternité, dont la solution doit être fondée, soit sur le maintien d'un statut unique en matière de filiation, soit sur la soumission au statut des aliments. *Cf.* Lequette, Y., «De l´utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille», *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 245-264, spéc. p. 248.

[103] *Cf.* la décision de la Cour d'appel de Rabat nº 106, du 17.04.2006 [*Revue de la Justice de la Famille*, 2006, nº 3, p. 127 s. (en arabe et traduction personnelle)] admet l'exequatur au Maroc d'un jugement belge de divorce par consentement mutuel d'une marocaine musulmane mariée à un non musulman, considérant même que le mariage nul et affirmant que la personne qui déclare que le mari n'était pas musulman dans le but d'invalider le mariage, devra le démontrer. La décision de la Cour d'appel de Casablanca nº 1413, du 23.05. 2007 considère que le mariage de conjoints de nationalité mixte célébré en France avant l'entrée en vigueur du CFM, même si l'un des témoins est une femme musulmanen'est pas un empêchement matrimonial et pas non plus contraire à l'ordre public marocain, par conséquent l'exequatur est admis [*Revue de Tribunaux marocain*, nº 109, p. 146 s. (en arabe et traduction personnelle)]. La résolution de la Cour d'appel de Casablanca nº 1041, du 18.04.2007 admet également l'efficacité du mariage entre deux marocains devant l'officier de l'état civil de ce pays. (*Revue des tribunaux marocain*, nº 109, p. 137 s.). Le lien va être considéré comme valide parce qu'il existe consentement entre les parties et qu'aucune clause n'empêche la dot, il y a même présence de témoins musulmans, bien que l'un d'entre eux soit une femme.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 335-373

certaines minorités de *fatuas* ou de décisions de jurisconsultes musulmans[104] se référant à l'enfant né en dehors du mariage revêtent une énorme importance. Ces prononcés ouvrent de nouvelles solutions pour que ces enfants puissent être reconnus par leur père. Néanmoins, jusqu'à ce que cela n´arrive, nous continuerons à voir apparaître des situations juridiques boiteuses en matière d'établissement du lien de filiation dans les relations entre l'Espagne et le Maroc.

[104] Une *fatua* n'est rien d'autre qu'un prononcé légal émis par un spécialiste en droit islamique sur une question spécifique. Sur une question précise, où la jurisprudence islamique n'est pas claire, et à la requête d'un individu ou juge, l'érudit ou *mufti* en la matière émet la *fatua*. Sur ce thème, cf. <http://es.wikipedia.org/wiki/Fatwa>; Maillo Salgado, F., *Diccionario de Derecho islámico…, cit.*, pp. 79-80.

DOCUMENTATION

ANÁLISIS DE LOS TRATADOS, ACUERDOS NO NORMATIVOS, Y COMUNICADOS CONJUNTOS HISPANO-MARROQUÍES, 2013-2016

Lorena M. Calvo Mariscal[1]

I. INTRODUCCIÓN – II. TRATADOS – III. MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO – IV. OTROS COMUNICADOS, DECLARACIONES Y DOCUMENTOS CONJUNTOS – V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones bilaterales entre España y Marruecos no dejan de ser materia clave en la política exterior y de cooperación de ambos países[2], no solo por el carácter estratégico de su posición en el área Euromediterránea, sino también por los vínculos históricos e intereses comunes que unen a los dos países a través de su frontera compartida. En este sentido, tanto España como Marruecos ponen de manifiesto una y otra vez la interdependencia que caracterizan sus políticas económicas, de desarrollo y seguridad, entre otras materias en aras de superar tanto los objetivos que ambos países poseen en común, como aquellos desafíos que se presentan en el plano internacional.

No podemos obviar que las relaciones entre ambos países están profundamente condicionadas por ciertos temas considerados conflictivos[3] que han provocado ciclos de cooperación y tensión a lo largo de la historia de las relaciones hispano-marroquíes y, además, la pertenencia de España a la

[1] Doctoranda (*PhD Researcher*) de Derecho Internacional Público, Universidad de Cádiz. El presente trabajo forma parte de las líneas de trabajo del Grupo de Investigación «Centro de Estudios Internacionales y Europeos del Área del Estrecho» –SEJ 572-, del Plan Andaluz de Investigación, del que es Investigador Responsable el Dr. Alejandro del Valle Gálvez, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz.

[2] Torrejón Rodríguez, J.D., «Las relaciones entre España y Marruecos según sus Tratados Internacionales», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 2006, nº 11.

[3] Valle Gálvez, A. del, «España-Marruecos: Una relación bilateral de alto potencial conflictivo, condicionada por la Unión Europea – Panorama con propuestas», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI),* 2007, nº 14.

ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 377-411
DOI: http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_ int.2016.i4.13

Unión Europea y la cesión de competencias a la misma, influyen de lleno en las cuestiones que son objeto de cooperación y colaboración entre España y Marruecos, como pudiera ser en materia de pesca[4], fronteras, inmigración o extranjería.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, la relación bilateral hispano-marroquí se encuentra en un periodo en el que destaca el buen entendimiento entre ambos países en áreas relativas, sobre todo, a la economía, seguridad, y educación y cultura[5]. Así pues, con el propósito de profundizar esos vínculos estratégicos y contribuir conjuntamente al desarrollo y estabilidad de su entorno a través del entendimiento mutuo, ambos países precisan de diversos instrumentos que fomenten la comunicación entre sí, tal y como se recoge en el Tratado de amistad, buena vecindad y cooperación de 1991[6] entre España y Marruecos, el cual supuso un punto de inflexión en sus relaciones fronterizas.

El objetivo del presente trabajo es continuar con la labor iniciada por los Doctores Alejandro del Valle Gálvez y Juan Domingo Torrejón Rodríguez en su libro *España y Marruecos: Tratados, Declaraciones y Memorandos de entendimiento (1991-2013)*, en el que se recogen los documentos tales como Tratados, Acuerdos no normativos y otras declaraciones que son clave en las relaciones bilaterales entre España y Marruecos.

Por ello, aprovecharemos esta ocasión para reunir y analizar los instrumentos normativos que han sido adoptados por ambos países desde mediados del año 2013 hasta el presente año 2016, labor que no ha sido del todo sencilla en la medida en que numerosos documentos que aquí abordamos, han carecido de publicidad alguna por parte de las instituciones firmantes.

Comenzaremos, así, nuestro análisis haciendo referencia a aquellos Tratados bilaterales entre España y Marruecos firmados con anterioridad al

---

[4] González García, I., «Las relaciones en materia de pesca entre Marruecos y la Unión Europea», en A. del Valle y R. El Houdaïgui (Directores), M. Acosta (Coordinador), *Las dimensiones Internacionales del Estrecho de Gibraltar - Les dimensions internationales du Détroit de Gibraltar*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 264-291.

[5] Zebda, S., «XI Reunión de Alto Nivel hispano-marroquí, julio de 2015: reflexiones sobre la cooperación en economía, seguridad y cultura», en *Revista Paix et sécurité Internationales,* 2015, nº 3.

[6] *Tratado de amistad, buena vecindad y cooperación entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Rabat, el 4 de julio de 1991. BOE,* núm. 49, de 26 de febrero de 1993, pp. 6311-6314.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 377-411

año 2013 pero cuya aplicación provisional, entrada en vigor, o intercambio de cartas interpretativas de determinadas disposiciones, se han producido durante el transcurso de los años 2013 a 2016.

Procederemos después con el análisis detallado de los Memorandos de entendimiento, Convenios y Declaraciones de intenciones adoptados en materia de Educación, Investigación y Cultura; Función Pública y modernización de la Administración Pública; cooperación Parlamentaria; financiación de empresas a ambos lados de la frontera; colaboración entre el Tribunal Constitucional de España y el Consejo Constitucional de Marruecos; Ciberseguridad; y, por último, respecto a la economía social y solidaria.

Seguiremos con el estudio de una serie de Declaraciones y Comunicaciones conjuntas entre España y Marruecos, así como otros documentos de interés, que son fruto de reuniones bilaterales entre distintas instituciones representantes de los Gobiernos español y marroquí, fundamentalmente para tratar temas relativos a la cooperación en materia de Seguridad tanto nacional como en la Región del Sahel; lucha contra el tráfico de drogas; lucha contra el terrorismo; cuestiones migratorias, tanto regular como irregular; y al ámbito de cooperación cultural y educativa.

Es necesario mencionar que gran parte del Diálogo Político entre España y Marruecos durante el año 2015 ha sido protagonizado por la XI Reunión de Alto Nivel hispano-marroquí celebrada en Madrid el 5 de julio de 2015, en la que se han formalizado determinados acuerdos de carácter no normativo relativos a los recursos hídricos, desarrollo social, cooperación judicial, transporte y turismo, los cuales han sido ya tratados por el Doctor Juan Domingo Torrejón Rodríguez y la Profesora Siham Zebda en la sección de documentación del número tres de la revista *Paix et Sécurité Internationales*[7], dirigida por Alejandro del Valle Gálvez y Rachid El Houdaïgui; a la cual nos remitimos.

Por último no debemos sino agradecer al Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz por su colaboración en la investigación y el buen desarrollo del presente trabajo y a la Dirección General de Tratados y Acuerdos no Normativos del Ministerio

[7] Torrejón Rodríguez, J.D., «La XI Reunión de Alto Nivel hispano-marroquí. Análisis y reflexiones sobre su contexto y sobre las materias discutidas en el ámbito del diálogo político» y Zebda S.: «XI Reunión de Alto Nivel hispano-marroquí...» *cit.*, ambos trabajos en *Revista Paix et sécurité Internationales,* 2015, nº 3.

de Asuntos Exteriores y Cooperación de España por haber facilitado parte de la documentación analizada en el mismo.

II. TRATADOS

Es cierto que en el período transcurrido entre los años 2013 y 2016, los Gobiernos de España y Marruecos no han firmado nuevos Tratados Internacionales bilaterales jurídicamente vinculantes entre ambos. No obstante sí se han producido modificaciones, interpretaciones o publicaciones durante estos años sobre Acuerdos jurídicos que se firmaron con anterioridad a 2013 y a las que debemos hacer referencia en nuestro análisis.

En primer lugar, debemos mencionar el *Convenio entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Marruecos, para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, hecho en Madrid el 10 de julio de 1978*[8], realizado con el ánimo de evitar la doble imposición en los impuestos mencionados a las personas que residen en uno o en ambos países. Pues bien, con fecha de 15 de julio de 2016 se ha publicado en el *BOE* el Intercambio de Cartas interpretativas del Convenio[9] que se llevaron a cabo en los días 11 y 23 de junio del mismo año. Con el ánimo de interpretar el artículo 12.2.c) del Convenio para dotar a los operadores jurídicos mayor seguridad jurídica, se entiende que la expresión «estudios técnicos o económicos» abarca también

> cualquier análisis o investigación concreta de naturaleza técnica o económica, en la que una de las partes se compromete a utilizar sus conocimientos propios, habilidades y experiencia para llevar a cabo por sí misma el análisis o la investigación sin transferir dichos conocimientos a la otra parte de manera que esta última no pueda utilizarlos por su propia cuenta.

Además también establece que no se sujetará a retención en la fuente los pagos que realicen los residentes de uno de los Estados contratantes por los servicios que haya prestado un establecimiento permanente situado en el mismo Estado, siempre y cuando sean atribuibles a dicho establecimiento según el artículo 7 del Convenio.

Seguidamente pasaremos a referirnos al *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal*

---

[8] *BOE,* núm. 122, de 22 de mayo de 1985, pp. 14869-14875.

[9] *BOE,* núm. 170, de 15 de julio de 2016, pp. 49518-49518.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 377-411

de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho "ad referendum" en Rabat el 6 de marzo de 2007[10], y es que el mismo ha sido publicado en el *BOE* con fecha de 22 de marzo de 2013, a pesar de haber entrado en vigor el 2 de octubre del año 2012. El objeto principal de este Convenio se basa en la prevención de la emigración ilegal de menores de edad no acompañados, a través de la creación de un marco de trabajo conjunto que consolide un diálogo permanente que facilite el intercambio de datos e información entre ambos Estados, y mediante el desarrollo de medidas que favorezcan tanto la prevención de la emigración como la protección a dichos menores.

En fecha 3 de octubre de 2012 fue firmado en Rabat el *Convenio de Asociación Estratégica en materia de Desarrollo y de Cooperación Cultural, Educativa y Deportiva entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho "ad referendum"*[11], cuya aplicación provisional ha sido publicada en el *BOE* en fecha 31 de julio de 2013. Este convenio se realizó con el objetivo de crear un marco general y estratégico de asociación para el desarrollo y promover la cooperación cultural, educativa, científica y deportiva, a partir de la realización de proyectos conjuntos e instrumentos de subvención, asistencia técnica, cooperación financiera y apoyo presupuestario entre ambas partes. Debemos decir que de este marco establecido por el Convenio que estamos analizando se han derivado los Memorandos de entendimiento en materia de Investigación científica y de Función Pública que analizaremos con posterioridad.

Respecto a este Convenio de Asociación en materia de Desarrollo y de Cooperación Cultural, Educativa y Deportiva debemos hacer mención también de su publicación en el *BOE* en fecha 7 de septiembre de 2015 de la Aplicación provisional del Canje de Notas Verbales interpretativas de determinados artículos del Convenio[12], la cual tiene efectos desde el 19 de junio de 2015. La misma hace referencia a tres de sus disposiciones. En primer lugar, respecto al artículo 23 apartado 3[13], debe entenderse ahora en el sentido

[10] *BOE,* núm. 70, de 22 de marzo de 2013, pp. 22750-22753.

[11] *BOE,* núm. 182, de 31 de julio de 2013, pp. 55799-55810.

[12] *BOE,* núm. 214, de 7 de septiembre de 2015, pp. 78681-78683.

[13] El artículo 21.3 del Convenio establece: los directores de los institutos culturales respectivos gozarán de los privilegios concedidos al personal diplomático y consular. El resto del personal que posea la nacionalidad del Estado de envío y no sea residente fiscal en el Estado receptor, gozará en el territorio del Estado receptor del régimen correspondiente al personal administrativo y técnico de las misiones diplomáticas y consulares, en caso de que

de que los privilegios fiscales a los que hace referencia tal disposición sólo se aplicarán a las personas que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él su residencia permanente. En segundo lugar, se interpreta también el artículo 32.2 apartado b)[14] para decir que a los vehículos que sean importados temporalmente a tenor del citado artículo, deberá aplicarse la legislación vigente por cada una de las Partes, tanto en el caso de su importación temporal como en el caso de su importación definitiva. Por último, se interpreta el artículo 21.1 del Convenio[15] para que sea entendido de tal manera que la exención del Impuesto sobre el Valor Añadido es aplicable exclusivamente a las actividades de difusión de la lengua y la cultura de los institutos establecidos a tal fin, quedando en todo caso sometidas a la legislación vigente en cada una de las partes las remuneraciones por servicios prestados a dichos centros.

Para terminar, debemos hacer referencia al *Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Marruecos relativo al transporte internacional por carretera de viajeros y mercancías y su Protocolo de aplicación, hecho en Rabat el 3 de octubre de 2012*[16], cuyo objetivo principal es la armonización de las disposiciones relativas al transporte internacional por carretera en aras a facilitar dichos transportes entre los Estados parte. Pues bien, con fecha 28 de octubre de 2015 se publicó en el *BOE*[17] la corrección de errores sobre el mismo haciendo referencia a modificaciones de determinadas disposiciones, de tal manera que en el artículo 3.1, apartado 5, donde dice: «[…] cinematográficas o de deportivas» debe decir «cinematográficas o deportivas», de la misma forma, en

el Estado de envío les hubiera conferido dicha categoría y siempre sobre la base del principio de reciprocidad. Para esta categoría de personal, en lo referente al Impuesto sobre el Valor Añadido se estará a lo dispuesto en la legislación vigente.

[14] El artículo 32.2.b) del Convenio dispone que el personal de cooperación obtendrá en un plazo de seis meses a partir de su toma de posesión, la importación temporal de un vehículo automóvil y la admisión de sus bienes y efectos personales exentos de cualquier gravamen a la importación, en los términos previstos en la normativa aduanera aplicable para cada una de las Partes.

[15] El artículo 21.1 prevé que: «Cada parte reconoce la importancia de la presencia de institutos de difusión [...] En el ejercicio de su actividad, dichos institutos culturales estarán exentos de impuestos y tasas, sobre una base de reciprocidad, No obstante, en lo referente al Impuesto sobre el Valor Añadido y a las remuneraciones por servicios prestados a los centros culturales, se estará a lo dispuesto en la legislación vigente.»

[16] *BOE*, núm. 89, de 14 de abril de 2015, pp. 31587-31619.

[17] *BOE*, núm. 258, de 28 de octubre de 2015, pp. 101335-101335.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 377-411

el último párrafo de Acuerdo, donde dice: «[…] en árabe, español y francés», debe decir «en árabe y español»; también en el artículo 5.4.4 del Protocolo, donde dice: «se comprometen a fijar fecha de vencimiento» debe decir «e comprometen a fijar fechas de vencimiento». Finalmente, en el Anexo 1 del Protocolo, donde dice: «dirigida a: autoridad rectora», debe decir «dirigida a: autoridad gestora».

La entrada en vigor del Acuerdo sobre el transporte internacional por carretera, tuvo lugar en fecha 10 de septiembre de 2015[18], el día del canje de la última notificación diplomática por la que se hizo constar la aprobación de ambas Partes Contratantes.

III. MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO

En este apartado nos vamos a centrar en el análisis de los Acuerdos no normativos tomados entre España y Marruecos, entendiendo por tales lo establecido en el artículo 2.1.c) de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales[19], es decir, acuerdos internacionales que se celebran por el Estado, el Gobierno y demás órganos de la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla y cualesquiera otros sujetos de derecho público que tengan competencia para ello, donde se contienen declaraciones de intenciones o establecen compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico, y no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el Derecho Internacional.

Como veremos a continuación, estos Acuerdos no normativos adoptan diversas denominaciones, como *Memorando de entendimiento*, *Declaración de intenciones* o *Convenio*, y se identifican no solo por la voluntad expresa de las partes de no someterlos al Derecho Internacional ni considerarlos fuente de obligaciones jurídicas[20], sino también por la graduación de la intensidad con la que establecen las obligaciones políticas entre ambos países. Cabe destacar la ausencia de su publicación en el *BOE* y la falta de sometimiento de la

[18] *BOE*, núm. 230, de 25 de septiembre de 2015, pp. 86172-86172.

[19] *BOE,* núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

[20] Gallego Hernández, A.C., «La ley española de tratados de 2014», en *Anuario de Derecho Internacional*, 2015, nº 31, pp. 193-240.

conclusión de los mismos a autorización parlamentaria[21], siendo preceptivo solo su registro administrativo en el órgano dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, a tenor del artículo 48 de la Ley 25/2014. No obstante, a pesar de no derivarse responsabilidad jurídica alguna de su incumplimiento, estos acuerdos no dejan de suponer la asunción de compromisos que sí podrían tener posibles consecuencias morales o políticas, según la naturaleza concreta del propio acuerdo.

1. MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO ENTRE EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN SUPERIOR, INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y FORMACIÓN DE CUADROS PROFESIONALES DE MARRUECOS Y EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE DE ESPAÑA (MADRID, 9 DE DICIEMBRE DE 2013)[22]

El presente memorando fue firmado por el entonces Ministro de Educación, Cultura y Deporte de España, José Ignacio Wert y el Ministro de Educación Superior, Investigación Científica y Formación de Cuadros Profesionales de Marruecos, Lahcen Daoudi, en el marco de los Convenios firmados entre España y Marruecos en materia de cooperación científica y cultural[23].

Formalmente consta de seis apartados, siendo el primero de ellos donde se establece que el objetivo del mismo consiste en definir las bases de la nueva dinámica de cooperación entre los Ministerios que son parte, de tal forma que ambos adquieren el compromiso de potenciar las líneas de actuación que tienden al desarrollo de la colaboración en materia de educación, las cuales se basan en:

---

[21] Remiro Brotóns, A., «De los Tratados a los Acuerdos no normativos», *Actas del Seminario organizado por el Ministerio de Asuntos Exteriores, el Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno y el Instituto Nacional de Administración Pública*, Madrid, 1990, pp. 23-48.

[22] Documento facilitado por la División de Tratados Internacionales y Acuerdos no Normativos. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (España).

[23] *Convenio de Cooperación Científica y Técnica entre el Gobierno del Reino de Marruecos y el Gobierno del Reino de España, firmado en Madrid el 8 de noviembre de 1979. BOE,* núm. 288, de 1 de diciembre de 1979, pp. 27724-27724. *Convenio de Cooperación Cultural entre el Gobierno de España y el Gobierno del Reino de Marruecos, hecho en Rabat el 14 de octubre de 1980. BOE*, núm. 243, de 10 de octubre de 1985, pp. 31958-31961. *Convenio de Asociación Estratégica en materia de Desarrollo y de Cooperación Cultural, Educativa y Deportiva, firmado entre España y Marruecos en Rabat*, el 3 de octubre de 2012. *BOE,* núm. 182, de 31 de julio de 2013, pp. 55799-55810. *Declaración Conjunta firmada por las universidades españolas y marroquíes en Rabat el 16 de julio de 2013*.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 377-411

- La cooperación e intercambio académico y científico entre los establecimientos de enseñanza superior de los dos países;
- La movilidad de estudiantes, profesores, investigadores y personal administrativo;
- La formación conjunta y la doble titulación en los niveles universitarios;
- Facilitar el establecimiento de antenas de las universidades españolas en Marruecos;
- Poner en práctica aquellas actividades que los firmantes consideran necesarias en el ejercicio de sus funciones y competencias en este ámbito.

Según el tercer apartado, cualquier actividad de cooperación o acción planificada que se pretenda poner en práctica, así como los proyectos de carácter nacional o interuniversitario serán previamente acordados y formalizados mediante documentos específicos firmados conjuntamente. Los gastos que se pudieran derivar de la aplicación de este Memorando estarán condicionados a los presupuestos anuales ordinarios de los firmantes.

La cooperación de la que se trata en el Memorando que estamos analizando, estará coordinada a través de un Comité Directivo Conjunto integrado por dos representantes de cada uno de los Ministerios firmantes, un representante de las universidades españolas y un representante de las universidades marroquíes. El mismo se reunirá dos veces al año para hacer balance de los logros alcanzados durante el último medio año y aprobar el programa de acción de los semestres venideros.

El Comité Directivo realizará funciones que consistirán en determinar los programas, proyectos y acciones de formación y de experiencia; guiar la preparación de acciones específicas en el ámbito educativo y científico; garantizar el seguimiento y evaluación de las líneas de acción desarrolladas y, por último, hacer balance de las acciones por medio de la elaboración de memorias anuales.

Una unidad de gestión del Memorando compuesta por dos expertos, uno español y otro marroquí, será quien lleve a cabo la Secretaría del Comité Directivo Conjunto, que se encargará de la puesta en marcha del programa, así como de realizar tareas de aplicación de las decisiones del Comité Directivo Conjunto, de coordinación de todas las actividades previstas en el

Memorando, de difusión de la información sobre las actividades del programa y de conexión entre las partes firmantes y las instituciones implicadas.

En cuanto a la duración del Memorando, el mismo será efectivo por un periodo de cinco años, a contar desde la fecha de su firma y se renovará automáticamente por el mismo periodo, salvo finalización comunicada por escrito de uno de los firmantes. Teniendo la naturaleza de Memorando, se recuerda en el último apartado que el mismo no es jurídicamente vinculante y que no está sometido al Derecho Internacional.

2. MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO EN EL SECTOR DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (RABAT, 19 DE SEPTIEMBRE DE 2014) [24]

Los firmantes del Memorando que analizamos a continuación son el gobierno del Reino de Marruecos, representado por el Ministerio de la Función Pública y de Modernización de la Administración, Mohamed Moubdi; y el Gobierno del Reino de España, representado por el Secretario de Estado de Administración Pública, Antonio Germán Beteta Barreda.

Se compone de once apartados y un preámbulo donde se indica que el mismo es adoptado en el marco del *Convenio de Asociación Estratégica en materia de Desarrollo y de Cooperación Cultural, Educativa y Deportiva entre los Reinos firmantes, adoptado en Rabat el 3 de octubre de 2012*[25], y se deja constancia fundamentalmente de la voluntad que tienen ambos países de reforzar su cooperación en la modernización de los sectores públicos. En los apartados mencionados se determinan su objetivo, los ámbitos de cooperación y su aplicación, entre otras cuestiones que se analizarán seguidamente.

Como objetivo principal, lo que se persigue es la colaboración e intercambio de recursos entre los Firmantes, con el fin de asegurar la modernización de la Administración Pública y el fortalecimiento de la capacidad de gestión y desarrollo de sus recursos humanos, por medio del desarrollo de programas de interés común en el ámbito del sector público y la creación de planes de acción anuales.

---

[24] Documento facilitado por la División de Tratados Internacionales y Acuerdos no Normativos. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (España).

[25] *Convenio de Asociación Estratégica en materia de Desarrollo y de Cooperación Cultural, Educativa y Deportiva, firmado entre España y Marruecos en Rabat, el 3 de octubre de 2012. BOE,* núm. 182, de 31 de julio de 2013, pp.55799-55810.

Además del intercambio de experiencias y conocimientos en materia de Función Pública, España y Marruecos acuerdan emprender acciones comunes en cuanto al Gobierno, la Gestión Pública y su modernización, así como en el reforzamiento de la cooperación entre la Escuela Nacional de Administración (ENA) y el Instituto Nacional de Administración Pública.

La aplicación del presente Memorándum se llevará a cabo a través de un Comité de Dirección formado por dos representantes de cada Firmante, que tendrá funciones de revisión y aprobación de las actividades establecidas en el marco de un programa de acción anual, así como de implementación de las actividades acordadas en el marco de dicho programa, examen de su desarrollo y de evaluación de los resultados del mismo.

La financiación de las actividades de cooperación a las que hemos hecho referencia, se hará conforme a los recursos asignados en los Presupuestos de los respectivos países Firmantes, acorde con la disponibilidad de los mismos, y según lo dispuesto en su legislación nacional.

Se hace constar en el apartado sexto de este Memorando el consentimiento por parte de ambos países para la colaboración con otras instituciones públicas y sociales con el objetivo de llevar a cabo la aplicación y cumplimiento de las acciones de cooperación establecidas en el mismo.

Las actividades de cooperación previstas han de cumplir con la normativa vigente en ambos países, tanto en lo que se refiere al objeto de este Memorando como en materia de información reservada o confidencial para la protección de la información intercambiada.

Por último, se acuerda un periodo de aplicación de cinco años desde la firma de este Memorando, renovable automáticamente por periodos sucesivos de un año, sin perjuicio de que ambos países, de común acuerdo, puedan ponerle fin mediando un preaviso por escrito de al menos tres meses, notificado al otro Firmante por vía diplomática.

3. MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO RELATIVO A LA COOPERACIÓN BILATERAL ENTRE LOS SECRETARIOS GENERALES DE LAS DOS CÁMARAS DEL PARLAMENTO ESPAÑOL Y LOS SECRETARIOS GENERALES DE LAS DOS CÁMARAS DEL PARLAMENTO MARROQUÍ (RABAT, 14 DE ENERO DE 2015) [26]

Este Memorando se firma, de un lado, por los Secretarios Generales del Congreso de los Diputados y del Senado del Reino de España -Carlos Gutiérrez Vicén y Manuel Cavero Gómez, respectivamente- y, de otro lado, los Secretarios Generales de la Cámara de Representantes y de la Cámara de Consejeros del Reino de Marruecos –Najib El Khadi y Abdelouahid Khouja, respectivamente-, en el marco de la celebración del III Foro Parlamentario hispano-marroquí, en la ciudad de Rabat.

Con ello, lo que se quiere poner de manifiesto es el deseo de ambos países de establecer una cooperación técnica entre las administraciones de las dos instituciones legislativas, que tenga por finalidad el fortalecimiento de la figura de ambas cámaras de los Parlamentos español y marroquí, en aquellos ámbitos de la acción parlamentaria. Para ello se establecen cuatro objetivos que han de cumplir, los cuales son:

- Ampliar la comunicación entre las instituciones parlamentarias de España y Marruecos;
- Hallar las vías destinadas a reforzar la cooperación técnica entre las dos Secretarías Generales de ambos Parlamentos que posibiliten la participación para consolidar las potencialidades del marco parlamentario en los dominios de la legislación, del control, de la comunicación y de la diplomacia parlamentaria;
- Establecer canales de comunicación mediante el intercambio de visitas, de experiencias, de conocimiento y de documentación;
- Aprovechar las potencialidades otorgadas por las instituciones europeas en el marco de los estudios y de las investigaciones científicas parlamentarias, a través de los canales vigentes.

[26] Documento obtenido gracias al *Informe sobre el III Foro Interparlamentario hispano-marroquí*: <http://www.congreso.es/backoffice_doc/internacional/informes/informe_marruecos_IIIforo.pdf>

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 377-411

4. CONVENIO ENTRE EL INSTITUTO DE CRÉDITO OFICIAL DEL REINO DE ESPAÑA Y FINEA, FILIAL DE LA CAISSE DE DÉPÔT ET DE GESTION DEL REINO DE MARRUECOS (MADRID, 6 DE ABRIL DE 2015) [27]

El presente Convenio que nos proponemos analizar a continuación está firmado por parte de Dña. Irene Garrido, Presidenta y representante a los efectos de este Convenio del Instituto de Crédito Oficial[28], y por parte de D. Ali Bensouda, que actúa en calidad de Administrador Director General de FINEA[29], Sociedad Anónima marroquí.

Se trata de un acuerdo de colaboración de cinco artículos, destinado a facilitar la financiación a las empresas españolas que desarrollen proyectos en Marruecos de forma individual o conjuntamente con empresas marroquíes, siendo el objetivo primordial financiar proyectos de inversión de interés común para empresas de ambos países, mediante mecanismos de financiación, cofinanciación o garantías.

Concretamente, las áreas de colaboración posibles para la consecución de los objetivos de este Convenio se establecen en el apartado primero, las cuales se basan en:

– Los intercambios de buenas prácticas entre las Partes firmantes a fin de que cada parte pueda desarrollar sus propios mecanismos de

[27] Documento facilitado por la División de Tratados Internacionales y Acuerdos no Normativos. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (España).

[28] Entidad pública empresarial que tiene naturaleza jurídica de entidad de crédito y la consideración de Agencia Financiera del Estado, adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad de España, a través de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, que cuenta con las autorizaciones necesarias para obligarse en los términos del presente Convenio y cuyos fines son el sostenimiento y la promoción de las actividades económicas que contribuyan al crecimiento y a la mejora de la distribución de la riqueza nacional y en especial, de aquellas que, por su trascendencia social, cultural, innovadora o ecológica, merezcan fomento. FUENTE: *Convenio entre el Instituto de Crédito Oficial del Reino de España y FINEA, filial de la Caisse de Dépôt et de Gestion del Reino de Marruecos (Madrid, 6 de abril de 2015)*

[29] Filial de la Caisse de Dépôt et de Gestion, institución financiera cuyo objeto principal es, en el marco de su mandato de misión de interés público, otorgar el acceso al financiamiento a las empresas marroquíes mediante garantías, refinanciación y cofinanciación conforme a su plan estratégico de desarrollo. FUENTE: *Convenio entre el Instituto de Crédito Oficial del Reino de España y FINEA, filial de la Caisse de Dépôt et de Gestion del Reino de Marruecos (Madrid, 6 de abril de 2015)*

apoyo e intercambios sobre temas de interés común para promover y dar a conocer mecanismos de movilización de fondos necesarios para aportar financiación y garantías para el desarrollo de las PYME.

– Las relaciones entre las empresas, promovidas por las Partes firmantes, directamente mediante la organización y participación en eventos, o indirectamente a través de la creación de un entorno favorable a la comunicación empresarial, asegurando así un papel de intermediarios para la relación mutua de sus respectivos clientes.
– La financiación bilateral de las empresas españolas que actúan en Marruecos o que tienen el deseo de establecerse en dicho país, la cual se hará mediante la constitución de una garantía de ICO en favor de FINÉA, en la que esta actúa como acreditante para el beneficiario final; también mediante planes de financiación conjunta en el ámbito de grandes operaciones que necesitan un reparto adecuado de los riesgos; y, por último, mediante un sistema de refinanciación, en la que FINÉA canaliza fondos recibidos por parte de instituciones financieras internacionales hacia las PYME a través del sector bancario, pudiendo beneficiarse de una línea de financiación dedicada a las PYME españolas que operan en Marruecos.

En el artículo segundo de este Convenio se deja constancia de las condiciones de colaboración, para lo que se establece un Comité de Coordinación integrado por representantes de ambas entidades a fin de organizar y coordinar las actividades que se desarrollarán de acuerdo con los términos previstos. También podrán formarse Grupos de Trabajo bilaterales según las necesidades específicas advertidas en el Convenio.

Se hace expresa mención en el artículo tercero de que no se otorga ningún derecho de propiedad intelectual entre las partes por medio del presente Convenio, y en el artículo cuarto, cada parte se compromete a tratar con la más estricta confidencialidad la información recibida de la otra parte, incluso cuando la misma se refiere a un tercero al Convenio.

Por último, dentro de las disposiciones finales establecidas en el artículo quinto, se acuerda un periodo de vigencia del Convenio de dos años desde la fecha de su firma, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda denunciar el mismo con un preaviso de noventa días a la otra parte.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 377-411

5. CONVENIO ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL REINO DE ESPAÑA Y EL CONSEJO CONSTITUCIONAL DEL REINO DE MARRUECOS (RABAT, 23 DE ABRIL DE 2015) [30]

Este Convenio está firmado por el Excmo. Sr. D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente del Tribunal Constitucional del Reino de España, de una parte y el Excmo. Sr. D. Mohamed Achargui, Presidente del Consejo Constitucional del Reino De Marruecos, de otra, constando el mismo de siete cláusulas y un preámbulo, donde se deja constancia de que el ánimo primordial que mueve a ambos países a firmar el presente Convenio es el establecimiento de mecanismos de cooperación en el ámbito constitucional, para asegurar la primacía y la correcta aplicación de sus respectivas Constituciones. Todo ello siendo conscientes de la diversidad de modelos de control de constitucionalidad y de protección de los derechos y libertades fundamentales que imperan en sus territorios.

Así pues, en la primera cláusula se puede ver que el objeto principal de este Convenio es el establecimiento y desarrollo de un marco de colaboración entre el Tribunal Constitucional del Reino de España y el Consejo Constitucional del Reino de Marruecos, a través de actividades relacionadas con el ámbito de sus competencias tales como el intercambio de información y documentación legal, jurisprudencial o doctrinal, así como mediante la colaboración recíproca en publicaciones, asesoramiento técnico y cualquier tipo de actividad que favorezca la cooperación entre los miembros de ambas instituciones.

También se contempla la posibilidad de autorizar estancias o visitas de trabajo de los miembros de las Instituciones firmantes, sin que ello suponga alteración en la relación jurídica del personal con cada una de ellas, debiendo respetar la normativa interna de la institución donde se desarrolle la actividad.

Para facilitar la programación de actividades específicas y su realización, se constituye una Comisión integrada por los Secretarios Generales de las Instituciones firmantes, tal y como viene señalado en la cláusula quinta.

En cuanto a la vigencia del Convenio, se expresa que el presente Acuerdo sustituye al memorándum de entendimiento firmado en Madrid el 28 de mayo de 2007, y tendrá una vigencia de tres años desde el momento de su firma, prorrogables previo acuerdo de las partes manifestado por escrito. Cabe el

[30] Documento facilitado por la División de Tratados Internacionales y Acuerdos no Normativos. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (España).

desistimiento unilateral del convenio previa comunicación escrita con tres meses de antelación.

Por último, en la cláusula séptima, se hace especial mención de que este Convenio no está sometido al Derecho internacional ni genera obligaciones jurídicas, por lo que las partes firmantes deberán resolver de manera amigable cualquier desacuerdo que pueda surgir en el desarrollo del mismo o de cualquiera de las actividades de las que se deriven de su aplicación.

6. DECLARACIÓN DE INTENCIONES PARA LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE CIBERSEGURIDAD (MADRID, 27 DE OCTUBRE DE 2015) [31]

Los firmantes de la Declaración de intenciones que analizaremos a continuación son D. Ricardo Mor, embajador en Misión Especial para la Ciberseguridad, y Mohamed Fadel Benyaich, embajador del Reino de Marruecos en España, en representación del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Reino de España y del Ministerio de Asuntos Exteriores y la Cooperación del Reino de Marruecos, respectivamente.

Haciendo un análisis formal del mismo, consta de nueve cláusulas que hacen referencia a los objetivos, los mecanismos y modalidades de cooperación e intercambio para la consecución de esos objetivos, posibilidad de creación de programas de trabajo y de mecanismos de seguimiento, consideraciones financieras y laborales, naturaleza del documento, posibilidad de modificación del mismo y su vigencia.

Tal y como hemos mencionado anteriormente, los objetivos primordiales que vienen determinados en la presente Declaración se resumen en la promoción de la cooperación entre ambas partes en materia de ciberseguridad, a través de intercambios en los campos estratégico, técnico y científico de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC).

Para ello se expone en el apartado segundo un catálogo de áreas en las que las partes podrán llevar a cabo acciones de cooperación, como son:

1. Potenciación recíproca de la presencia de ambos países en organizaciones y foros internacionales y regionales sobre ciberseguridad.
2. Promoción de la armonización legislativa y la cooperación judicial y policial bilateral en la lucha contra la ciberdelincuencia y el ciberterrorismo.

[31] Documento facilitado por la División de Tratados Internacionales y Acuerdos no Normativos. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (España).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 377-411

3. Fomento del aumento de la capacidad de las autoridades nacionales pertinentes y actualización del sistema normativo y legislativo en el campo de la ciberseguridad.
4. Propiciación de la suscripción de acuerdos en el seno de organizaciones internacionales y regionales de interés mutuo, y con los principales socios y aliados comunes, para fortalecer la cooperación en materia de ciberseguridad y desarrollar un enfoque coordinado de lucha contra las ciberamenazas.
5. Impulso del establecimiento de canales bilaterales de información, detección y respuesta.
6. Promoción de la participación coordinada de instituciones públicas y de los sectores privados respectivos en simulacros y ejercicios bilaterales.
7. En el ámbito regional del Magreb y la Liga Árabe, colaboración en la armonización de legislaciones nacionales, la implantación de Estrategias de Ciberseguridad Nacionales, e impulso de políticas regionales en el ciberespacio.
8. Desarrollo de intercambios de conocimientos sobre incidentes relacionados con la seguridad de los sistemas de información, y sobre análisis de códigos maliciosos, entre el centro marroquí de vigilancia, detección y respuesta a los ataques informáticos (ma-CERT) dentro de la Dirección General de los Sistemas de Información y su homólogo español.

En cuanto al apartado tercero, relativo a las modalidades de cooperación se reitera que la misma podrá efectuarse a través del intercambio de información y cooperación, la realización de visitas de estudio, el desarrollo de programas de capacitación así como cualquier otra modalidad que las partes acuerden. No obstante, las autoridades encargadas de la seguridad de los sistemas de información de ambos países (Dirección General de la Seguridad de los Sistemas de Información), podrán formular Programas de Trabajo anuales, integrados por las actividades de cooperación previstas para el periodo correspondiente, todo ello sujeto a la disponibilidad de los recursos financieros, según la disponibilidad presupuestaria anual ordinaria.

Las autoridades encargadas de la seguridad de los sistemas de información de ambas partes realizarán tareas de seguimiento de las acciones de cooperación e intercambios establecidos en la presente Declaración de Intenciones y se reunirán con periodicidad para evaluar y elaborar informes sobre el avance y logros obtenidos por su colaboración.

En cuanto a las consideraciones financieras y laborales establecidas en el apartado sexto, se hace depender el desarrollo de las acciones de cooperación anteriormente señaladas a la disponibilidad de los recursos financieros según los presupuestos anuales ordinarios, y se menciona que el personal que se asigne para la ejecución de los planes de cooperación e intercambio continuarán bajo la dependencia de la autoridad por la que fue nombrado, sin que se creen relaciones laborales con la otra autoridad.

Por último, se recuerda que la presente Declaración de intenciones no es jurídicamente vinculante ni está sometida al Derecho Internacional, por lo que las interpretaciones deberán hacerse de mutuo acuerdo, así como las modificaciones que resulten necesarias para el desarrollo o ejecución de los planes establecidos en la Declaración.

7. DECLARACIÓN DE INTENCIONES PARA LA COOPERACIÓN ENTRE EL GOBIERNO DEL REINO DE ESPAÑA Y EL GOBIERNO DEL REINO DE MARRUECOS EN EL ÁMBITO DE LA ECONOMÍA SOCIAL Y SOLIDARIA (CASABLANCA, 14 DE JULIO DE 2016) [32]

La presente Declaración de intenciones está firmada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, representado por el embajador de España en Marruecos, D. Ricardo Diez Hochleitner Rodríguez, y por el Ministerio de la Artesanía y de la Economía Social y Solidaria de Marruecos, representado por la Ministra Dña. Fátima Marouane.

La misma consta de nueve apartados en los cuales se establecen el objeto de la declaración y los objetivos de la cooperación, los acuerdos específicos que se podrán tomar, la creación de un Comité de seguimiento, promoción y comunicación, financiación, interpretación, aplicación y posibilidad de modificación de la presente.

En lo que atañe al objetivo de la Declaración, a tenor de su apartado primero, se trata de definir un marco de cooperación común, para reforzar la situación de la economía social y cooperativa tanto en el Reino de España

[32] Documento facilitado por la División de Tratados Internacionales y Acuerdos no Normativos. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (España).

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 377-411

como en el de Marruecos. Ello se pretende alcanzar a través de la consecución de distintos objetivos que vienen establecidos en el apartado segundo de la Declaración, y son:

1. El favorecimiento de la inserción de la economía social y solidaria en las políticas de cooperación económica, social, empresarial y del desarrollo entre España y Marruecos;
2. El fortalecimiento de la economía social y solidaria en los dos países a través de su estructuración, consolidación y financiación;
3. El mantenimiento de una dinámica de cooperación entre las estructuras representativas de la economía social y solidaria de ambos Reinos;
4. La creación de un marco de intercambio de información entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social de España y el Ministerio de la Artesanía y de la Economía Social y Solidaria de Marruecos.

Para el seguimiento y la puesta en marcha de esta Declaración de Intenciones, ambos Firmantes acuerdan la creación de un Comité de seguimiento que estará constituido por representantes de sendos Ministerios. También hacen constar que las partes celebrarán acuerdos específicos en los que se precisarán las acciones a desarrollar así como cualquier otro detalle que se considere necesario.

Las actividades de cooperación a que se refiere esta Declaración de Intenciones, se financiarán a través de los recursos asignados en sus respectivos presupuestos anuales ordinarios, según la legislación nacional aplicable.

Por último, la presente Declaración de Intenciones se aplicará desde el día de su firma hasta que uno de los Firmantes exprese al otro, por escrito, su deseo de poner fin a la misma, y cualquier modificación que se pretenda deberá ser objeto de un acuerdo aprobado comúnmente por ambas partes.

IV. OTROS COMUNICADOS, DECLARACIONES Y DOCUMENTOS CONJUNTOS

En este apartado hemos querido agrupar una serie de documentos conjuntos adoptados entre España y Marruecos que han sido fruto de reuniones bilaterales, visitas oficiales, o foros entre instituciones de ambos países, en los que se ponen de manifiesto el estado de las relaciones hispano-marroquíes en determinadas áreas de actuación y cooperación y, en ocasiones, se establecen

compromisos a cumplir por ambas partes sin que ello supongan la asunción de obligaciones jurídicas, tal y como hemos expuesto anteriormente.

8. DECLARACIÓN CONJUNTA ESPAÑA-MARRUECOS (RABAT, 18 DE JULIO DE 2013)[33]

Esta Declaración fue realizada con motivo de la visita de trabajo oficial al Reino de Marruecos del 15 al 18 de julio de 2013, por Su Majestad Don Juan Carlos, Rey de España junto con los ministros de Asuntos Exteriores y Cooperación, Justicia, Interior, Fomento, e Industria, Energía y Turismo; por los ex ministros de Asuntos Exteriores desde la restauración de la democracia en España y por una delegación institucional, empresarial y académica.

Con esta Declaración conjunta podemos ver que tanto España como Marruecos son conscientes del carácter estratégico sobre el que se sustentan sus relaciones bilaterales a pesar de las dificultades económicas internacionales y la inestabilidad política regional del momento, por ello ambas partes expresan su deseo de profundizar sus vínculos y contribuir conjuntamente a la prosperidad, desarrollo y estabilidad de su entorno. Todo ello a través de una intensificación de los contactos y de la concertación sobre cuestiones que son de interés compartido.

Se recogen varias materias en las que España y Marruecos colaboran conjuntamente, como es el conjunto de iniciativas conjuntas que poseen en el marco de Naciones Unidas, para apoyar la mediación en el Mediterráneo y prevenir el terrorismo nuclear, en aras a presentar una concertación permanente en la esfera internacional.

Se reconoce por parte de España la apuesta estratégica de Marruecos de estrechar aún más sus relaciones con la UE en el marco de la aplicación de su Estatuto Avanzado, haciendo hincapié en la necesidad de avance hacia un nuevo acuerdo de pesca lo antes posible.

En esta Declaración también se hace mención de que la celebración de consultas políticas para promover la estabilidad y el desarrollo en el África Subsahariana, así como la participación de Marruecos en la Cumbre Iberoamericana de Cádiz, deja entrever el carácter multidimensional y

[33] FUENTE: Página web del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación de España: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/ElMinisterioInforma/Documents/Declaraci%C3%B3n%20conjunta%20Viaje%20S.%20M.%20el%20Rey%20a%20Marruecos.pdf>.

estratégico que poseen las relaciones bilaterales entre España y Marruecos. Además se hace especial insistencia en la necesidad de converger puntos de vista sobre cuestiones de interés común, particularmente la situación en Oriente Medio, en Egipto y en Siria, la situación de la seguridad en la región sahelo-sahariana y la necesidad de construir un Magreb estable y solidario.

En cuanto a lo que concierne a la situación del Sáhara Occidental, solo se menciona el apoyo por parte de España a los esfuerzos desplegados en el marco de Naciones Unidas para alcanzar una solución política justa, duradera y mutuamente aceptable, de conformidad con los parámetros definidos por el Consejo de Seguridad.

En lo que respecta al ámbito comercial, España reconoce en esta declaración a Marruecos como primer socio en la materia. No obstante, aún existe la necesidad de crear un nuevo espacio de prosperidad compartida y de fomentar nuevas oportunidades de creación de empleo y riqueza. Por ello, y también dentro de este ámbito, ambos países se comprometen a fomentar las relaciones empresariales y comerciales de alto nivel, potenciado a través de la firma por parte de las respectivas organizaciones patronales de un acuerdo que establece la creación de un Comité que tendrá un efecto multiplicador de los proyectos comunes. Se destaca a su vez la importancia de mejorar las infraestructuras para potenciar los flujos comerciales y contactos entre las personas.

En cuanto a la cuestión migratoria, se reconoce la ejemplaridad de la cooperación también en los ámbitos de Justicia y de Interior, así como la fluidez de la interlocución entre los órganos responsables. Se reconoce, con esta declaración también, la labor de la comunidad marroquí en España y la comunidad española en Marruecos al refuerzo de las relaciones humanas entre los dos países.

En lo que respecta al ámbito educativo ambos países han identificado nuevos proyectos de cooperación que involucran a las Universidades de ambos países y al sector privado en nuevos partenariados tecnológicos.

Con todas estas y otras iniciativas, los dos Gobiernos reafirman su voluntad común de profundizar en la Asociación Estratégica antes mencionada. Reconocen, así, el excelente estado de las relaciones bilaterales en todos los ámbitos y en el incremento de los intercambios a todos los niveles entre España y Marruecos.

9. DECLARACIÓN FINAL DEL II FORO PARLAMENTARIO HISPANO-MARROQUÍ (MADRID, 24 DE SEPTIEMBRE DE 2013) [34]

Esta Declaración Final se formula por parte de los Presidentes de la Cámara de Representantes y de la Cámara de Consejos del Reino de Marruecos, y por parte de los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado del Reino de España, con motivo de la celebración del II Foro Parlamentario Hispano-Marroquí, celebrada en Madrid el 24 de septiembre de 2013.

En la misma, ambos países dejan constancia de su convencimiento del papel esencial que desempeñan las dos instituciones parlamentarias para la consolidación y el desarrollo de la democracia, el fortalecimiento del principio de primacía del Derecho, la consagración de los Derechos Humanos y la promoción de los valores comunes.

Por ello, a través de las conferencias y los debates de este segundo Foro, tanto España como Marruecos expresaron su intención de intensificar esfuerzos para asumir el papel que ambos países reconocen que tienen en la cuenca Mediterránea, sobre todo en la formulación de iniciativas innovadoras que contribuyan a garantizar la seguridad, la estabilidad y el desarrollo sostenible en el espacio euromediterráneo.

A su vez se deja constancia de la necesidad que existe de mantener una estabilidad política que contribuya a la consecución del desarrollo sostenible, la coexistencia pacífica y la prosperidad compartida entre todos los pueblos de la región.

En cuanto al ámbito migratorio, Marruecos particularmente agradece la labor del Rey Mohamed VI por haber emprendido la elaboración de una «política de inmigración y de asilo» en Marruecos que se atiene estrictamente a los valores de la sociedad marroquí, a los principios de los derechos humanos y a las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario. En este sentido ambos países se comprometen a potenciar la adopción de legislaciones adecuadas con el fin de contribuir a la reducción de la inmigración ilegal y a la lucha contra el crimen organizado. Para lo cual Marruecos entiende que el país requiere la elaboración de una política común en el marco de una asociación estratégica con todos los países euromediterráneos.

[34] Documento facilitado por la Dirección de Comunicación del Área de Información del Congreso de los Diputados (España)

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 377-411

Respecto a las relaciones bilaterales entre España y Marruecos, expresan en la presente Declaración la necesidad de que los Gobiernos respectivos de los dos países profundicen los vínculos de cooperación y de diálogo, para así fortalecer aún más las relaciones políticas, económicas y sociales; y también de dar continuidad a los esfuerzos para promover los intercambios culturales y educativos entre ambos países.

Como ejemplo de la necesidad de entendimiento de España y Marruecos por su posición estratégica, se establece en esta Declaración el compromiso de las instituciones de ambos países para asegurar la interacción eficaz con la sociedad civil, con el fin de reforzar las relaciones de respeto mutuo, comprensión y cooperación entre los dos pueblos amigos. Así, se expresa igualmente el compromiso de las instituciones de España y Marruecos de coordinar las posturas de ambos en los distintos foros, para así favorecer las cuestiones de interés común y contribuir con ello a la consagración de la paz, la seguridad y el desarrollo en todo el mundo.

Por último se encomienda al Comité de Seguimiento, formado por los Secretarios Generales de las dos instituciones parlamentarias, el seguimiento de la aplicación de las recomendaciones del II Foro parlamentario hispano-marroquí.

10. ACTA DE LA I REUNIÓN DE LA COMISIÓN MIXTA MARROQUÍ-ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN (RABAT, 16 DE JUNIO DE 2014)[35]

La presente Acta se firma por parte del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Reino de Marruecos, D. Salaheddine Mezouar y del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Reino de España, D. José Manuel García-Margallo, con ocasión de la primera reunión de la Comisión Mixta de Cooperación Marroquí-Española, y de conformidad con el *Convenio de Asociación Estratégica en materia de Desarrollo y de Cooperación Cultural, Educativa y Deportiva, firmado en Rabat el 3 de octubre de 2012*[36].

[35] FUENTE: Página web de Cooperación Española del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación: <http://www.cooperacionespanola.es/sites/default/files/comision_mixta_map_2014_2016_marruecos_espana_cooperacion_espanola.pdf>.

[36] *Convenio de Asociación Estratégica en materia de Desarrollo y de Cooperación Cultural, Educativa y Deportiva, firmado entre España y Marruecos en Rabat, el 3 de octubre de 2012. BOE,* núm. 182, de 31 de julio de 2013, pp. 55799-55810.

Se quiere hacer especial mención por parte de ambos países de las relaciones de amistad y cooperación existentes, además del reconocimiento de los resultados que se han obtenido desde la celebración de la Reunión de Alto Nivel en Rabat el 3 de octubre de 2012, donde se permitió fijar las directrices básicas de su política común de cooperación, y a partir del cual se puso en marcha diferentes proyectos acortados en la mencionada Reunión.

Por parte de España, se subraya su determinación a la hora de desarrollar las políticas generales de cooperación del Gobierno, que se contienen en el IV Plan Director de Cooperación Española 2013-2016[37], como elemento básico de un modelo común y compartido, recogido en el Pacto de Estado de lucha contra la pobreza aprobado por todos los partidos políticos representados en el Parlamento y por el Consejo de Cooperación.

El último objetivo de la Cooperación Española es contribuir al desarrollo humano, la reducción de la pobreza y el pleno ejercicio de los derechos de acuerdo con las Declaraciones y Acuerdos Internacionales adoptados en la materia. En este ámbito España recuerda que en el citado Plan Director (2013-2016), el Reino de Marruecos es considerado como un «país de asociación», prioritario, por su condición de socio en el desarrollo.

Por ello se formula el «Marco de Asociación País», fruto del trabajo conjunto de ambos países y dirigido al mayor número de actores con impacto potencial en el desarrollo, y se articula en torno a un enfoque participativo e integrador que además tiene por objetivo reforzar la coordinación entre los actores de la Cooperación Española y la aplicación de los principios de apropiación, alineación y armonización con las políticas públicas, así como los procesos de desarrollo locales, de gestión orientada a los resultados de desarrollo y de rendición mutua de cuentas.

Según el presente Acta, la Cooperación Española se centrará en los siguientes ejes:

1. Consolidar los procesos democráticos y el Estado de Derecho. La Cooperación de España en Marruecos proseguirá, en el marco del Programa Masar[38], el trabajo iniciado en el ámbito de la consolidación

[37] Se puede acceder al mismo a través de la página web de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, en el siguiente enlace: <http://www.aecid.es/Centro-Documentacion/Documentos/Planificaci%C3%B3n/PD%202013-2016.pdf>.

[38] Programa de acompañamiento a los procesos de gobernanza democrática en el Mundo árabe, impulsado desde la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 377-411

de procesos democráticos y del Estado de Derecho, ciñéndose a la primera línea de acción del programa del Gobierno marroquí 2012-2016 que preconiza la consolidación del Estado de Derecho, la regionalización avanzada y la buena gobernanza, garantizando la dignidad, los derechos, las libertades y la seguridad sobre la base de una verdadera ciudadanía.

2. Promover oportunidades económicas. La Cooperación Española continuará con su compromiso de reforzar los sectores productivos, favorecer la creación de empleo y las oportunidades de negocio, así como promover el desarrollo del tejido económico local a través del respaldo a las políticas públicas, el acceso a la tecnología por parte de las PYMES y la promoción de la Economía Social y Solidaria.
3. Fomentar sistemas de cohesión social, particularmente en servicios sociales básicos. La Cooperación española contribuirá a la puesta en marcha de las Estrategias Nacionales en los ámbitos de la Salud y la Educación, haciendo especial hincapié en la salud básica y materno infantil, en la Enseñanza No Reglada de menores que hayan abandonado la escuela, así como el paso a la Formación Profesional.

Respecto al apartado de Cooperación Educativa y Cultural, ambas partes se congratulan especialmente por la promoción de la lengua española en Marruecos, y de la enseñanza de la lengua árabe y de la cultura marroquí en España. Además se comprometen a la firma de un Acuerdo que contenga la puesta en marcha de una sección de bachillerato marroquí internacional con opción español para el curso 2014-2015 como método de promoción de la lengua española en el sistema educativo marroquí.

Ambas partes establecieron que las zonas prioritarias de intervención y cooperación son:

– Región de Tánger-Tetuán,
– Región Taza-Alhucemas-Taunat,
– Región Oriental,
– Región Gran Casablanca,

(AECID), en el marco del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Más información en la página web de la AECID: <http://www.aecid.es/ES/d%C3%B3nde-cooperamos/norte-de-%C3%A1frica-y-oriente-pr%C3%B3ximo/programa-masar>.

– Las provincias costeras de la región Sus-Masa-Draa.

Como consideraciones finales, los dos países se congratulan por la convergencia perfecta entre los objetivos de desarrollo del Gobierno de Marruecos y las prioridades del IV Plan Director de la Cooperación Española. Y además también se comprometen a extender esta cooperación al desarrollo a los países del África subsahariana, partiendo de un Plan de Acción que se deberá determinar con la Agencia Marroquí de Cooperación Internacional (AMCI).

El Marco de Asociación País España-Marruecos será objeto de una evaluación final realizada por un organismo independiente elegido conjuntamente. Y acaba con el compromiso de Marruecos de reforzar los mecanismos de cooperación entre los diferentes actores de cooperación

11. COMUNICADO CONJUNTO ESPAÑA MARRUECOS – REUNIÓN BILATERAL (TETUÁN, 27 DE AGOSTO DE 2014) [39]

Este Comunicado conjunto tiene lugar a raíz de la reunión de trabajo realizada en Tetuán, el 27 de agosto de 2014 por parte del Ministro del Interior del Reino de Marruecos y Ministro del Interior del Reino de España.

Con la misma, lo que se pretende es reconocer la calidad de las relaciones de cooperación entre los Gobiernos de ambos países en los distintos temas de actuación que conciernen a ambos, sobre todo en lo que se refiere a la lucha contra el terrorismo, migración, y lucha contra el narcotráfico en el Área del Estrecho.

Pues bien, en lo que respecta a la lucha contra el terrorismo, los dos Ministros del Interior renuevan su compromiso para mejorar continuadamente los mecanismos de intercambio entre los servicios de información en el ámbito de la lucha contra las redes de reclutamiento de combatientes para integrarse en grupos terroristas, y se felicitan por los resultados obtenidos en las operaciones de desmantelamiento de redes que operan en ambos países, llevadas a cabo respectivamente en los meses de marzo, junio y agosto de 2014.

Respecto a la Operación Paso del Estrecho 2014, ambos Ministros destacan el buen desarrollo de la misma gracias a una estrecha cooperación centrada en aspectos como son la fluidez, seguridad y comodidad de los pasajeros, y

[39] FUENTE: Página web del Ministerio del Interior de España: <http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/2415138>.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 377-411

se comprometen a hacer todo lo posible para garantizar la sostenibilidad, de cara al futuro y de los avances logrados hasta ahora en este terreno.

Abordando la cuestión de la inmigración irregular, el Ministro del Interior español agradece los esfuerzos realizados por las autoridades marroquíes en cuanto a la rapidez y la capacidad de respuesta mostrada ante los intentos de entrada de la inmigración clandestina que tuvieron lugar el 11 y 12 de agosto de 2014, así como la eficacia de los mecanismos de coordinación y de comunicación entre los ministros marroquíes y españoles, que han permitido detener rápidamente este flujo. Los dos Ministros reiteran su compromiso para que la lucha contra la inmigración irregular se haga en un marco de respeto absoluto a los derechos humanos y a la dignidad de las personas.

En cuanto a la lucha contra el narcotráfico, ambos Ministros se felicitan por los éxitos alcanzados en la materia entre los dos países, en concreto, por la desarticulación de organizaciones dedicadas al tráfico de drogas mediante aeronaves de fortuna que cruzan clandestinamente el Estrecho.

Por último, ambas partes acuerdan fortalecer sus vínculos directos y permanentes para la coordinación operativa de sus actuaciones, con el objetivo de mantener la seguridad y la estabilidad a nivel regional.

12. COMUNICADO FINAL DEL III FORO PARLAMENTARIO MARROQUÍ-ESPAÑOL, CELEBRADO EN RABAT, REINO DE MARRUECOS (14 DE ENERO DE 2015) [40]

En el marco del III Foro Parlamentario Marroquí-Español celebrado en Rabat, se firma este Comunicado final por parte del Parlamento del Reino de Marruecos –Cámara de Representantes y Cámara de Consejeros– y de las Cortes Generales del Reino de España -Congreso de los Diputados y Senado.

Con la presente, ambos países reiteran su satisfacción en cuanto a las relaciones de cooperación y colaboración a la hora de superar los desafíos comunes que derivan de la ubicación geoestratégica en la que convergen, y aprecian el curso de las relaciones económicas y comerciales que existen entre Marruecos y España, sobre todo por el aumento en transacciones y negocios, el dinamismo y la variedad de sus actividades.

También se deja constancia del afán de ambos países por aunar y multiplicar los esfuerzos para reforzar la cooperación y la coordinación en materia de seguridad, sobre todo para prevenir los fenómenos que amenazan la seguridad

[40] FUENTE: Página web del Congreso de los Diputados de España:< http://www.congreso.es/backoffice_doc/internacional/informes/informe_marruecos_IIIforo.pdf>.

en la zona mediterránea y en los países del Sahel y del Sáhara, como son el terrorismo, el tráfico de armas y drogas y la trata de personas, aprovechando la presente para expresar su más rotunda condena del terrorismo en todas sus manifestaciones.

Ambos países consideran, también, su reconocimiento en cuanto a los avances del Reino de Marruecos en materia de construcción democrática y las reformas emprendidas en pos de la modernización, democratización y mayor apertura del país.

Y en este sentido España y Marruecos se satisfacen por las importantes conclusiones emanadas del diálogo serio y abierto entre los parlamentarios de ambos países en este III Foro, la consonancia de los puntos de vista de unos y otros en lo que se refiere a la cooperación económica y seguridad ante los nuevos retos comunes, y a la migración y movilidad entre ambos países, siendo conscientes del papel primordial que debe desempeñar la institución parlamentaria para una mayor cooperación en el diálogo bilateral.

Las partes abogan por continuar afianzando y ampliando los modos de cooperación política, diplomática, económica, social, en seguridad, cultural, educativa entre ambos países desde una óptica estratégica que no se debe alterar por una coyuntura o estrechez de miras.

Son conscientes de que el Reino de Marruecos y de España poseen un destino común, determinado por su pertenencia al espacio mediterráneo, con valores comunes y una defensa a ultranza de los principios universales y humanos en materia de paz, estabilidad, seguridad y prosperidad. Por ello respaldan una mayor interacción entre los componentes de la sociedad civil de uno y de otro país, y más diálogo entre los actores de todos los campos, político, económico, cultural, etc.

Asimismo hacen hincapié en la voluntad que debe existir de coordinación de los esfuerzos y posturas de uno y otro parlamento en los foros regionales e internacionales en defensa de las causas comunes.

Por último se encomienda al Comité de Seguimiento, integrado por los Secretarios Generales de las dos instituciones parlamentarias, el seguimiento y la aplicación de las recomendaciones del III Foro Parlamentario Marroquí-Español,

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 377-411

13. COMUNICADO CONJUNTO ESPAÑA-MARRUECOS (TÁNGER, 3 DE MAYO DE 2015) [41]

El presente Comunicado conjunto es fruto de la reunión bilateral entre el Ministro del Interior de España, Jorge Fernández Díaz, de un lado y el Ministro del Interior de Marruecos, Mohamed Hassad, de otro; cuyo objetivo obedece a su compromiso de mantener contactos continuos para analizar los asuntos prioritarios para ambos países.

Con este Comunicado conjunto se vuelve a reiterar cómo se sigue desarrollando la cooperación entre los dos países en los ámbitos principales de colaboración de los mismos.

En este sentido, en relación con la inmigración irregular, tanto España como Marruecos reconocen los esfuerzos desplegados en materia de lucha contra los flujos migratorios irregulares. El Ministro del Interior de España destaca, especialmente, la labor de Marruecos en el control y vigilancia de los mencionados flujos, y reiteran su compromiso para que en la lucha contra la inmigración irregular se respeten de modo absoluto los derechos humanos y la dignidad de las personas.

En cuanto a la lucha contra el terrorismo, ambos Ministros se comprometen a mejorar los mecanismos de intercambio entre los servicios de información y se felicitan por los resultados obtenidos en materia de lucha contra el terrorismo yihadista, obtenidos gracias a la confianza mutua y a la estrecha colaboración entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de ambos países.

Respecto a la lucha contra el narcotráfico, los dos Ministros coincidieron en avanzar en el desarrollo de mecanismos comunes y eficaces en aras de combatir eficazmente en la lucha contra el tráfico de drogas en el Estrecho de Gibraltar. En este ámbito ambos subrayan la eficacia del "Plan Telos", que constituye un modelo de coordinación de las estrategias de vigilancia de fronteras y lucha contra el narcotráfico. Dejan constancia también del estado satisfactorio de la cooperación en materia de formación policial.

En relación a la «Operación Paso del Estrecho 2014», los dos Ministros destacaron los esfuerzos realizados por las autoridades de los dos países, en el marco de una estrecha cooperación centrada en aspectos como son la fluidez, seguridad y comodidad de los pasajeros.

---

[41] FUENTE: Página web del Ministerio del Interior de España: <http://www.interior.gob.es/web/interior/noticias>.

Por último, en cuanto a la materia sobre Centros de Cooperación Policial conjuntos, Díaz y Hassad reconocen los buenos resultados de los Centros de Cooperación Policial conjuntos de Algeciras y Tánger, puestos en marcha en mayo de 2012.

14. COMUNICADO CONJUNTO ESPAÑA MARRUECOS – REUNIÓN BILATERAL (RABAT, 1 DE SEPTIEMBRE DE 2015) [42]

El presente Comunicado conjunto que analizaremos a continuación se suscribe por parte del Reino de Marruecos, de la mano del Ministro del Interior, Sr. Mohammed Hassad, y del Ministro Delegado ante el Jefe de Gobierno, Sr. Abdelatif Loudyi y el Ministro Delegado ante el Ministro del Interior, Sr. Cherki Drais; y por parte del Reino de España, convenido por el Ministro de Defensa, D. Pedro Morenés Eulate y el Ministro del Interior, D. Jorge Fernández Díaz. El mismo tiene raíz en el viaje a Marruecos de los Ministros del Interior y de Defensa de España, que tuvo lugar del 31 de agosto al 1 de septiembre del año 2015, con motivo de seguir promoviendo los encuentros regulares entre los responsables de ambos países a cargo de la defensa nacional y del interior, para analizar nuevamente la cooperación de ambos países en distintas cuestiones relativas a la seguridad y defensa.

En lo que concierne a la cuestión migratoria, además de felicitarse por los resultados de la cooperación bilateral en ese ámbito, acuerdan trabajar juntos para luchar contra los flujos migratorios ilícitos desde un enfoque de seguridad y humanitario, que aglutine los conceptos de inmigración y desarrollo. Reiteran, a su vez, su preocupación ante la repetición de incidentes trágicos acaecidos en el Mediterráneo que llaman a actuar al conjunto de la comunidad internacional. En esta materia, los responsables marroquíes y españoles reconocen los esfuerzos realizados para el desarrollo de la operación "Tránsito 2015" que constituye un modelo de cooperación basado sobre la fluidez, la seguridad y la comodidad de los pasajeros.

Respecto a la lucha contra el terrorismo, las dos partes se felicitan por la cooperación entre los servicios de seguridad de ambos países, especialmente en materia de intercambio de información y del control de las fronteras terrestres

[42] FUENTE: Página web del Ministerio del Interior de España: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/4534430/Comunicado+conjunto+Espa%C3%B1a-Marruecos.+Rabat%2C%201+de+septiembre+de+2015/8ec782b5-4e6f-4e19-81f3-14d209a4eb55>.

y marítimas a través de operaciones conjuntas y simultáneas. A su vez, la delegación española reconoce el acierto de la estrategia marroquí fundada en un enfoque global que integra, además de la seguridad, la dimensión social, económica y religiosa, en el sentido de promover un Islam abierto y tolerante a través de los programas puestos en marcha por Marruecos.

En cuanto a la lucha contra el crimen trasnacional organizado, ambas partes se comprometen a reforzar aún más su cooperación en el ámbito de la lucha contra el narcotráfico de estupefacientes por vía aérea y marítima. Hacen hincapié en la puesta en marcha de las Comisarías Conjuntas y del "Plan Telos" entre la Guardia Civil y la Gendarmería Real como ejemplo del carácter singular de esta cooperación.

En materia de cooperación técnica y operativa, las partes se felicitan por su labor en cuanto a la seguridad y defensa nacional y son conscientes de que para hacer frente a los desafíos en este ámbito, necesitan trabajar juntos en aras de un mayor desarrollo de sus capacidades respectivas, en lo que concierne a la inteligencia, ciberseguridad, formación y preparación.

Por último, en cuanto a seguridad regional, las delegaciones de ambos países son conscientes de que el objetivo clave es el mantenimiento de un entorno de seguridad y de estabilidad en el Mediterráneo occidental, por ser además una responsabilidad compartida. Y convienen en que la estabilidad de la cuenca Mediterránea depende en gran medida de la situación conflictiva en la región del Sahel, por lo que ambos países deben realizar una labor colectiva que implique una gestión global y coherente que concilie aspectos de seguridad, humanitarios, migratorios y de desarrollo socioeconómico de la región, con el objetivo de preservar la integridad de los Estados de la misma.

15. COMUNICADO CONJUNTO ESPAÑA MARRUECOS – REUNIÓN BILATERAL (MADRID, 30 DE MARZO DE 2016) [43]

El presente documento se alcanza a raíz de la reunión bilateral celebrada en Madrid, el 30 de marzo de 2016 por parte del Ministerio del Interior del Gobierno de España y el Ministro del interior, director de la Seguridad Nacional y director general de la Vigilancia del Territorio del Reino de Marruecos. En dicha reunión, las partes estudian una vez más el desarrollo de la colaboración entre los servicios de seguridad de los dos países, y donde

[43] FUENTE: Página web del Ministerio del Interior de España:<http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/5793989>.

expresan su satisfacción en cuanto a la eficacia y a los resultados obtenidos en el plano operativo entre los dos países.

Respecto a la lucha contra el terrorismo, se congratulan por la cooperación fundada en el intercambio continuo de información y en la organización de operaciones conjuntas que han logrado desmantelar numerosas células terroristas.

En materia de lucha contra el tráfico de drogas, se deja constancia de la eficacia de las medidas tomadas que han permitido una reducción sustancial del tráfico de estupefacientes utilizando aeroplanos ligeros en el Estrecho de Gibraltar y se reitera la labor de los Centros de Cooperación Policial hispano-marroquíes, ubicados en Tánger y Algeciras, que constituyen un modelo ejemplar de alianza y de cooperación estrecha y cotidiana entre los servicios policiales.

En materia de gestión de los flujos migratorios, se reitera nuevamente su determinación de promover juntos una aproximación global que integre unas dimensiones de seguridad, humanitaria y de desarrollo, haciendo especial mención a la nueva política migratoria marroquí, concretamente en lo que respecta a la regularización, la integración de los inmigrantes y la protección de personas vulnerables. Se destaca, finalmente, el buen desarrollo de la Operación Paso del Estrecho 2015, «Transit 2015».

Por último, en cuanto al ámbito de seguridad regional entre la cuenca mediterránea y la región del Sahel, las dos partes acuerdan la necesidad de una cooperación regional amplia, que podría consistir en el inicio y la puesta en funcionamiento de acciones colectivas para frenar la amenaza terrorista que se vuelve cada vez más importante.

V. CONCLUSIONES

1. La primera conclusión que podemos obtener tras la lectura de este análisis es que las relaciones bilaterales entre España y Marruecos se encuentran en un periodo de buena marcha y continuidad, en un contexto en el que ambos países han debido (y aún deben) enfrentarse a diversas crisis en el ámbito, sobre todo, de seguridad en el Área del Estrecho. Y es que a lo largo de la historia de las relaciones entre ambos países ha tenido una influencia notable factores como la crisis económica, la lucha contra el terrorismo yihadista, los

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 377-411

continuos movimientos migratorios, en especial los de carácter irregular, y la conflictividad existente en el área del Sahel.

2. Todo ello hace de las relaciones con Marruecos una de las prioridades para la política exterior española. Y esto se observa a través del continuo Diálogo político existente entre ambos países durante los años 2013 y 2016, materializado en una serie de instrumentos de comunicación entre los Gobiernos tanto de España como de Marruecos. Esos instrumentos se basan no solo en las Reuniones de Alto Nivel que se realizan con cierta periodicidad, sino también por la existencia de asiduas reuniones bilaterales entre distintas instituciones de ambos países de las que se derivan con frecuencia Memorandos de entendimiento, declaraciones de intenciones y comunicados conjuntos.

3. Si bien es cierto, otra de las lecturas que podemos plantearnos a la hora de estudiar el modo de cooperación y colaboración entre España y Marruecos es la preferencia de ambos Estados de acudir a instrumentos de carácter meramente político, a través de la conclusión de Acuerdos no normativos regulados por la normativa interna, en el caso de España, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Estos Acuerdos no están sometidos a Derecho Internacional ni se requiere su publicación en el *BOE,* sino solo su registro en la División de Tratados Internacionales y Acuerdos no normativos, dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

4. Queda patente la voluntad de España y Marruecos de intensificar la cooperación en diversos ámbitos materiales. Y es que España no solo considera a Marruecos un socio comercial esencial, sino que los intereses que comparten a través de sus fronteras van más allá, llegando a extenderse a cuestiones de seguridad, cooperación cultural y científica, de desarrollo de políticas sociales, y de cooperación entre las instituciones públicas de ambos Estados.

5. Uno de los ámbitos en los que más se ha hecho hincapié por parte de ambos países, tal y como se ha analizado con anterioridad, ha sido en el de la Administración Pública tanto de España como de Marruecos. Por ello se han elaborado los Memorandos de entendimiento que afectan a la modernización de la Función Pública y a las relaciones entre los Parlamentos y entre los Altos Tribunales de sendos Estados. Todo ello con el objetivo de crear un marco

de colaboración que fomente el intercambio de información, experiencias y personal entre los miembros de las instituciones públicas, con el fin de asegurar el fortalecimiento de la capacidad de gestión y cooperación entre ambos Estados.

6. Otro de los sectores en los que se ha pretendido ahondar más a través de la asistencia mutua, es en el de la cultura y la ciencia, a través de la cooperación y el intercambio de recursos en el ámbito académico y científico, y la creación de proyectos encaminados a la consecución de sus objetivos.

7. Conscientes de la importancia económica que posee la intensificación de las relaciones comerciales entre España y Marruecos, al ser estos socios imprescindibles en el ámbito económico, se ha tomado un acuerdo entre las dos instituciones financieras principales de ambos países con el objetivo de facilitar la financiación de las empresas españolas que operen en territorio marroquí. Y no solo esto, sino que también se ha establecido una Declaración de intenciones para la Cooperación de ambos Gobiernos en la Economía Social y Solidaria que refuerce la situación económica social y cooperativa en los dos territorios. Lo cual permite que empresas tanto españolas como marroquíes se beneficien de las oportunidades que ambos países les ofrecen a cada lado de la frontera.

8. En cuanto al ámbito de cooperación en materia de seguridad, ha sido adoptada una importante Declaración de intenciones que pretende promover la colaboración en lo que concierne a la ciberseguridad, dejándose constancia de la voluntad de las partes de adaptar sus instituciones a la modernización de las herramientas, con el objetivo de dar una respuesta coordinada a la lucha contra la ciberdelincuencia y el ciberterrorismo. Cabe destacar que esta materia tan significativa, como decimos, ha sido tratada a través de un instrumento no normativo con carácter de Declaración de intenciones que no ha sido publicado en ningún Diario Oficial. Queda patente tras este análisis, la buena sintonía entre ambos países a la hora de cooperar juntos en cuanto a la seguridad y defensa a nivel regional.

9. Una constante en las reuniones bilaterales entre las distintas instituciones de España y Marruecos, es el abordaje de temas relacionados con la inmigración irregular, la lucha contra el terrorismo así como la lucha contra el crimen trasnacional. Y ello se realiza a través de la voluntad de ambos de establecer una cooperación bilateral reforzada, por medio de operaciones

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 377-411

conjuntas y simultáneas para un mayor control de las fronteras terrestres y marítimas, sin olvidar nunca el punto de vista de seguridad y humanitario que deben caracterizar las operaciones, sobre todo frente a la inmigración irregular.

10. A pesar de los continuos vaivenes en el clima de las relaciones bilaterales entre España y Marruecos a lo largo de la historia, el momento actual se concibe como un periodo de estabilidad y de intensificación en su cooperación, pues la posición de ambos en un lugar tan estratégico rodeado de múltiples factores, como el Área del Estrecho, hacen de ambos países ser unos socios imprescindibles para cooperar y desarrollar esfuerzos para un cada vez más creciente número de ámbitos materiales. El objetivo de ambos países parece ser que se basa en tejer una red de relaciones e intereses cruzados que eviten las divergencias ocasionales que pudieran darse en el futuro, lo que es conocido como «colchón de intereses». Por ello es necesario que esta intensificación de relaciones siga dándose con el paso del tiempo, con el objetivo de fortalecer los lazos entre las sociedades civiles marroquíes y españolas, fomentar el contacto entre sus instituciones manteniendo a la vez existente un Diálogo político fluido cuando sea necesario.

BIBLIOGRAPHIE CRITIQUE

MESA, B., *La falsa yihad. El negocio del narcotráfico en El Sahel*, Ed. DALYA, San Fernando, 2013, 302 pp.

Cuando Mali saltó a la palestra informativa, Beatriz Mesa hacía tiempo que conocía el país y, en general, el Sahel. Periodista por encima de todo, pero con ganas y tablas para moverse con facilidad en el mundo académico, en este libro: *La falsa yihad. El negocio del narcotráfico en El Sahel,* la autora pretende algo más que desarrollar una teoría, aspira a que comprendamos la dinámica social y cultural de unos pueblos desconocidos pero, sin embargo, relativamente cercanos.

Estructurado en una introducción y tres capítulos, cada uno de ellos podría haber constituido un ensayo por separado. Comienza realizando una introducción a Mali como país, con datos objetivos y, a la vez, con unas impactantes valoraciones de lo que a ella le han transmitido sus visitas. Hay que aclarar que, como muy bien explica el profesor Carlos Echeverría en el Prólogo, Beatriz Mesa no habla de oídas, sino que «escribe sobre lo que vive».

El primero de los capítulos: «El desembarco yihadista en Mali», recorre el origen y el por qué Al Qaeda del Magreb Islámico (AQMI) decidió y eligió el norte de Mali para instalarse. La autora concluye, aunque lo hace nada más empezar el capítulo, que Mali nunca volverá a ser lo mismo y que las rutas del contrabando de todo tipo de productos (tabaco, drogas, armas…), además de los secuestros, son las que alimentan las arcas no solo de los yihadistas y tuaregs, sino que la corrupción se ha asentado en toda la estructura de lo que queda de país.

Pero la historia de Mali no comienza en los últimos años. Tuvo sus años del plomo, como los define Beatriz Mesa, en las décadas de los 70 y 80 del siglo pasado. La ausencia total del Estado en el norte, zona de los tuaregs, y el nacimiento en 2011 del Movimiento Nacional para la Liberación de Azawad (MNLA), así como su alianza con los yihadistas, aunque aquellos rechazan la *sharía* como fuente de la legislación, hizo que esa mezcla provocara un estallido de consecuencias imprevisibles, incluso para los propios tuaregs, que acabaron cediendo al empuje de sus aliados. Dice Mesa que los tuaregs calcularon mal el momento de lanzar su ofensiva, coincidiendo con la presencia de AQMI.

El secuestro de los tres cooperantes catalanes en 2009 es tratado igualmente con algún detalle, así como la llegada de Francia al norte de donde

un general de la policía maliense dice que nunca se irá. Las minas de uranio y las bolsas de petróleo son el motivo.

El segundo capítulo, «La forja de un muyahidín», sin desmerecer los otros dos, es el que le da verdadero sentido a todo lo que cuenta y contiene esta obra. Este capítulo, incluso todo el libro, muy bien podría haberse titulado "La historia de Alí". Aquí, la autora se mete de cabeza en una historia real, un ejemplo como tantos, para ofrecernos en primera persona una narración que encoje el alma. Es la historia de Alí, de su familia, de su novia, de la familia de su novia, de sus amigos de la infancia, de su ciudad, de su futuro, más bien de la ausencia de ese futuro. Beatriz nos cuenta con una enorme sensibilidad, y una gran crudeza a la vez, la evolución de este muchacho de Nuakchot hasta conseguir, al final, descubrirnos que no existen parámetros objetivos para determinar por qué se producen los fenómenos de radicalización.

Por último, el tercer capítulo, «La cárcel de Al Qaeda», narra las vivencias de varios secuestrados. Empieza por el francés Pierre Camatte, secuestrado y liberado tras el pago de un rescate, además de la liberación de algunos terroristas, tras permanecer tres meses en poder de AQMI. La propia narración del secuestrado, escrita por su propia mano, intenta desmitificar a quienes lo mantuvieron en un agujero todo ese tiempo.

Luego pasa a los tres cooperantes catalanes, concluyendo que quienes han estado en manos de yihadistas y sobreviven están convencidos de que ni mucho menos son todos luchadores por sus creencias, sino que hay un nutrido grupo que simplemente está a suelo de quien les paga. De este caso, sin embargo, quien sobresale es el negociador de su liberación, el mauritano Mustafa Chafi, personaje del que Beatariz Mesa sabe mucho más de lo que escribe.

En resumen, esta obra es como un chorro de aire fresco que nos impacta en plena cara, porque lejos de elaborar teorías sin sustento real, lo que hace es contarnos historias reales, en base a las cuales elabora teorías o, mejor, extrae conclusiones. Es muy difícil que tras su lectura el lector se quede indiferente. Es una buena muestra de la complejidad del escenario y de sus actores, que cumula un enorme poder de contagio por cercanía.

Luis Romero Bartumeus

Periodista. Colaborador Honorario del Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz.

Paix et Securité Internationales
ISSN 2341-0868, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 415-416

NORMAS PARA LOS AUTORES

La Revista *Paix et Sécurité Internationales*, publica trabajos de investigación sobre el Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales, en particular sobre las relaciones Euromediterráneas y las relaciones España – Marruecos. La publicación de trabajos y contribuciones en la Revista está abierta a todos los especialistas con independencia de su nacionalidad.

Trabajos de Investigación

Los originales se enviarán en lengua castellana, francesa o inglesa escritos en Microsoft Word (DIN A4, Times New Roman 12, interlineado 1,5), siendo aceptados como *Estudios* (máx. 40.000 caracteres) o *Notas* (máx. 20.000 caracteres) e incluyendo título, resumen y palabras clave en inglés, francés y español. Se aceptarán versiones en otras lenguas de trabajos ya publicados. Se harán llegar preferentemente por correo electrónico a la dirección *paixetsecurite@uca.es*; de no ser posible su envío por correo electrónico, se podrán enviar en papel (una copia), con un archivo en disquete o CD, a nombre de Miguel Ángel Acosta Sánchez, Director Ejecutivo de la Revista, a la dirección: Área de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz, Avda. de la Universidad s/n. 11405 – JEREZ-CADIZ-ESPAÑA.

Se acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción.

Epígrafes, Sumario, Resúmenes, Palabras clave, Títulos

Los trabajos se estructurarán en epígrafes y subepígrafes con el orden de sucesión de numerales –I (II, III, IV…)—1 (2,3,4…)—A (B, C, D…)—a (b, c, d,…)—i (ii, iii, iv…). Los originales deben ir acompañados de un Sumario en forma de esquema con los numerales referidos. También de un resumen en castellano, en francés y en inglés. Igualmente, deben añadirse las Palabras Clave (en castellano, francés y en inglés), y el título del trabajo traducido al inglés y francés.

Citas

Las referencias bibliográficas se ordenarán alfabéticamente por apellidos, en mayúsculas, del autor. Todas las notas irán a pie de cada página, numeradas mediante caracteres arábigos.

En la citas de libros, éstos van escritos en cursiva (Ejemplo, GARCIA GARCIA, J. D. A., *Las relaciones Euromediterráneas*, Ed. Algeciras, Madrid, 2012, en pp. 54-92). En las citas de artículos, el título del trabajo va entrecomillado, y en cursiva sólo la Revista u obra colectiva (Ejemplo, GARCIA GARCIA, J. D. A., "España y Marruecos en el siglo XXI", *Paix et Sécurité Internationales*, nº 7, 2012, pp. 54-92).

La jurisprudencia nacional e internacional debe referirse según el sistema de cita de cada Tribunal.

Las referencias textuales de frases o párrafos de trabajos de otros autores o de documentos o resoluciones judiciales, irán entrecomilladas sin cursiva, preferiblemente en notas a pie de página. Se ruega reducir al mínimo las citas de direcciones o enlaces a sitios WWW localizables a través de Internet.

Proceso de Publicación

Los órganos de dirección de la Revista decidirán la publicación de los trabajos. Todos los estudios y notas deberán ser informados favorablemente por algún miembro de la Dirección, del Comité de Redacción, del Consejo Asesor o por algún especialista, por delegación de estos órganos. Se valorarán la creatividad, rigor, metodología, propuestas y aportaciones de los trabajos. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original, y sujeta a modificaciones conforme a Reglas de edición. La comunicación de la decisión sobre la publicación, la publicación previa revisión, o la no publicación, será motivada y no excederá de seis meses. Los autores de trabajos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 48 horas. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.

Libros y Recensiones

Los libros enviados a la Revista serán objeto de publicación en una Lista de libros recibidos. La Dirección de la Revista encargará en determinados casos una Reseña, Recensión o Comentario. Sólo se publicarán las Recensiones encargadas por la Revista *Paix et Sécurité Internationales*.

Copyright

Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Dirección.

Información

Cualquier otra información puede obtenerse en la siguiente dirección: *paixetsecurite@uca.es*; o bien por correo postal al Director Ejecutivo de la Revista: Miguel Ángel Acosta Sánchez, Área de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz, Avda. de la Universidad s/n. 11405 – JEREZ-CADIZ.

Advertencia

Cualquier incumplimiento de las presentes normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

DIRECTIVES POUR LES AUTEURS

La Revue *Paix et Sécurité Internationales*, publie des travaux de recherche sur les thèmes suivants : Le Droit International, les Relations Internationales, particulièrement les relations euro-meditérranéenes et les relations maroco-espagnoles. La revue est ouverte à tous les spécialistes dans les domaines susmentionnés, indépendamment de leurs nationalités.

Travaux à publier

Les articles originaux peuvent être soumis en langue espagnole, française ou anglaise (DIN A4, Times New Roman 12, espace 1,5) et seront acceptés comme *Études* (Max. 40.000 caractères) ou *Notes* (máx. 20.000 caractères) et doivent inclure un titre, un résumé et des mots-clés en français, en anglais et en espagnol. Seront acceptés également les articles qui ont déjà fait l'objet de publication dans une autre langue. Il est recommandé aux auteurs de nous faire parvenir les articles de préférence par courrier électronique, à l'adresse suivante : *paixetsecurite@uca.es*. Si les propositions d'articles ne peuvent être envoyés par courrier électronique, les auteurs peuvent aussi envoyer, par voie postale, une copie en papier en prenant le soin d'y joindre une version numérique dans un support CD ou disquette. Le coli sera adressé à: Miguel Ángel Acosta Sánchez, Directeur Exécutif de la revue: Área de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Univesidad de Cádiz, Avda. de la Universidad s/n 11405 – JEREZ-CADIZ (ESPAGNE).

Les auteurs seront informés de la réception de leurs propositions d'articles, dans un délai de trente jours

Parties, résumés, Mots-clés, Titres

Les propositions d'articles devront être structurées de la manière suivante : Titres, sous-titres présentés dans un ordre de succession numérique –I (II, III, IV…) —1 (2, 3,4…) —A (B, C, D…) —a (b, c, d,…) —i (ii, iii, iv…). Celles-ci devront en outre être accompagnées d'un résumé sous forme d'un schéma du texte qui reprend les titres et sous-titres numériques susmentionnés, respectivement en espagnol, en anglais et en français. Les auteurs incluront les mots-clés dans ces trois langues et s'assureront que le titre de la proposition d'article est également repris dans ces langues.

Références

La bibliographie sera ordonnée alphabétiquement et en majuscule en commençant par le (s) nom(s) de famille de l'auteur. Toutes les notes de bas de page doivent être en caractère numériques (1, 2, 3, etc.).

Les références sont présentées de la façon suivante : pour les livres, en italique (exemple : GARCIA GARCIA, J. D. A., *Las relaciones Euromediterráneas*, Ed. Algeciras, Madrid, 2012, p. 54-92). Pour les articles, le titre sera mis entre guillemets et l'intitulé de la revue en italique (exemple, GARCIA GARCIA, J. D. A., "España y Marruecos en el siglo XXI", *Paix et Sécurité Internationales*, nº 7, 2012, p. 54-92).

Les références relatives à la jurisprudence nationale et internationale doivent adopter les formes propres de citations des tribunaux en question. Les citations textuelles, phrases, paragraphes empruntés à d'autres auteurs, les extraits de documents ou résolutions des tribunaux devront être mis entre guillemets, de préférence en notes de bas de page, mais pas en italique. Il est conseillé aux auteurs de faire un usage minimal des références 'webographiques'.

Procédure de publication

Le Comité éditorial décide de la publication. Les articles proposés sont soumis pour lecture à des rapporteurs spécialisés externes ou internes **(**membres du Conseil scientifique**).** L'évaluation des travaux à publier tient compte des critères suivants : la créativité, la rigueur, la méthodologie, et le contenu des propositions et contributions scientifiques. Le Comité se réserve le droit de solliciter les modifications qu'il juge nécessaire

La communication de la décision de publication, la publication sous condition de modification du texte, ou la décision de rejet de la publication seront motivées et envoyées aux auteurs dans un délai qui n'excédera pas six mois. Les auteurs dont les propositions d'articles seront acceptées en vue de leur publication pourraient être invités à collaborer dans la révision du texte avant sa mise à impression. Dans ce cas, les corrections devront être retournées dans un délai de 48 heures à la Revue, étant exclues les modifications substantielles du texte. Seules seront admises les corrections d'erreurs sur la version originale acceptée.

Livres et Recensions

La Revue publiera une liste des livres reçus. Elle pourra commander des comptes-rendus, des recensions ou commentaires de livres. Bien entendu, les envois spontanés de recensions demeurent possibles, mais les propositions en question ne seront pas nécessairement acceptées.

Copyright

Les auteurs cèdent à la Revue les droits exclusifs de reproduction de leurs articles. Si des tiers sollicitent la reproduction et la traduction d'une partie ou de la totalité d'un article, la décision sur la question sera prise par le Conseil de Direction.

Information

Pour plus d'information vous pouvez écrire à *paixetsecurite@uca.es* ou alors contacter le Directeur Exécutif de la Revue par courrier postal : Miguel Ángel Acosta Sánchez, Área de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz, Avda. de la Universidad s/n. 11405 – JEREZ-CADIZ.

Rappel

Le non-respect des règles etablies par la revue constituera un motif pour la rejet de la proposition de article reçue.

GUIDE FOR AUTHORS

The *Paix et Sécurité Internationales Review* publishes articles on International Law and International Relations, specially about the Euro-mediterranean relations and Spanish-Morocco Relations. Publication of contributions is open to all scholars regardless of their nationality.

Research Papers

Papers should be written in Spanish, French or English, using Microsoft Word (DIN A4, Times New Roman 12, 1.5). Papers will be accepted as Studies (max. 40.000 characters) or *Notes* (max. 20.000 characters) and they must included title, summary and keywords in English, French and Spanish. Published articles in another language version will be accepted. They can be sent preferably by e-mail to paixetsecurite@uca.es. If the paper can not be sent by e-mail, a printed copy or a file on diskette or CD can be mailed to Miguel Ángel Acosta Sánchez, Director Ejecutivo de la Revista, at: Área de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz, Avda. de la Universidad s/n. 11405 – JEREZ-CADIZ (SPAIN).

Authors will be notified within thirty days of receipt.

Headings, Summary, Keywords, Titles

The work should be structured with the following headings and subheadings: sequence of numerals - I (II, III, IV ...) -1 (2,3,4 ...)-A (B, C, D ...)-a (b, c, d, ...)-i (ii, iii, iv ...). Manuscripts must be accompanied by a Summary in outline form with the numeral order listed above and must contain a summary in Spanish, French and English. Likewise, keywords and a title are required and must also be translated into Spanish, French and English.

Citations

The references must be listed alphabetically by last name of the author, written in capital letters.. Numbered citations should be inserted at the bottom of each page using Arabic numerals.

Book citations must be written in italics (Example, GARCIA GARCIA, J., *Euro-Mediterranean relations*, Ed Algeciras, Madrid, 2012, at p. 54-92). In article citations, the title should have quotation marks, and magazines or collective works should be in italics. (Example, GARCIA GARCIA, J., "Spain and Morocco in the XXI century", *Paix et Sécurité Internationales,* No. 7, 2012, pp. 54-92).

National and international case law must be cited according to the system of each Court or Tribunal.

The textual references of sentences or paragraphs from works of other authors or documents or judgments should have quotation marks without italics, preferably in the footnotes. Please minimize citations or links to Internet websites.

Release Process

The Editorial Board will decide which papers to publish. All studies and notes should be reviewed favorably by any member of the Editorial Board, by a specialist or by a reviewer designated by the board. Creativity, exellence, methodology, proposals and the main contributions of the paper will be taken into consideration. Papers will be published under the condition that the authors accept to make the changes suggested by the *Review* and other pertinent changes in accordance with publishing rules. The communication of the decision regarding publication and revision prior to publication or non-publication, shall be substantiated and shall not exceed six months. Authors of papers accepted for publication will be required to correct proofs, which are to be returned within 48 hours. Substantial changes to the proofs are not allowed. Only the correction of errors regarding the accepted version are authorized

Books and Book Reviews

Books sent to the *Review* shall be published on a list of Received Books. The Editorial Board can commission, in certain cases, a Book Review or Comment. Only the Book Reviews commissioned by *Paix et Sécurité Internationales Review* will be published.

Copyright

Papers will be published under the condition that the author or authors yield to the *Review* exclusive reproduction rights. In the event of requests from third parties to reproduce or translate articles or parts thereof, theses decisions will be made by the Editorial Board.

Information

Any other information can be obtained at the following address: paixetsecurite@uca.es, or by mail to the Director Ejecutivo de la Revista: Miguel Ángel Acosta Sánchez, Área de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz, Avda. de la Universidad s/n. 11405 – JEREZ-CADIZ.

Warning

Any breach of these regulations shall constitute grounds for rejection of the manuscript submitted.

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES

04
2016

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

SOMMAIRE / Janvier -Décembre 2016 / Nº 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 politics au Maroc à la lumière de la législation et de la jurisprudence constitutionelle

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 marocaines á 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 célebration du mariage ave un ressortissant étranger. Le cas des citoyens marocains

Nuria MARCHAL ESCALONA
Problèmes actuels de reconaissance 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

Moroccan Association of International Relations and International Law
MAIRIL

OEM
Observatoire d'Etudes Méditerranéennes

CÁTEDRA JEAN MONNET
INMIGRACIÓN Y FRONTERAS
DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

SERIE ESTUDIOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS DE CÁDIZ

cei·mar
campus d'excellence internationale de la mer