

# MATRIMONIO Y DIVORCIO EN LAS RELACIONES HISPANO-MARROQUÍES Y COMPILACIÓN DE LEGISLACIÓN DE DERECHO PRIVADO MARROQUÍ. VOLUMEN I

ANA QUIÑONES ESCÁMEZ  
ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT  
KHALID BERJAOU  
MOHAMMED TAGMANT



**MATRIMONIO Y DIVORCIO  
EN LAS RELACIONES  
HISPANO-MARROQUÍES**

**Ana QUIÑONES ESCÁMEZ - Andrés RODRÍGUEZ BENOT  
Khalid BERJAOUI - Mohammed TAGMANT**

**Las opiniones expresadas por los autores no representan la posición oficial del Ministerio de Justicia de Marruecos ni de las instituciones que participan en el Proyecto ADL.**

**Coordinación:** Unidad de Ejecución Proyecto ADL.

**Coordinación traducción español:** Sara Durán.

**Coordinación traducción árabe:** Ahmed El Hakim.

**Edición:** Fernando Zarauz Astorki.

**FIIAAP**

C/ José Marañón 12, 3ª Planta • 28010 Madrid (España)

ISBN: 978-84-692-0871-7

Depósito Legal:

# Índice

<b>PRÓLOGO</b>	7
<b>PARTE PRIMERA. MATRIMONIO Y DIVORCIO EN ESPAÑA</b>	11
<b>CAPÍTULO I. EFICACIA ANTE EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE MATRIMONIO CELEBRADO POR CONTRAYENTES DE LOS QUE, AL MENOS, UNO SEA MARROQUÍ</b>	13
<b>I. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO DE ANÁLISIS</b>	14
1. Concepto de matrimonio	14
2. Celebración ante autoridad española o extranjera	19
3. Nacionalidad marroquí de, al menos, uno de los contrayentes	20
4. Inscripción en el Registro Civil español	23
<b>II. LA CAPACIDAD Y EL CONSENTIMIENTO PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO</b>	24
1. El expediente previo al matrimonio	24
A) Celebración ante autoridad española	24
B) Celebración ante autoridad extranjera	27
C) El certificado de capacidad matrimonial	28
2. La determinación de la capacidad nupcial de los contrayentes	32
A) El impedimento de vínculo o ligamen y la admisión del matrimonio poligámico en el ordenamiento marroquí	34
B) El impedimento de identidad de sexos: la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el ordenamiento español	44
C) El impedimento de disparidad de religión	48
D) La dispensa de los impedimentos	49
3. El consentimiento matrimonial de los contrayentes	50
A) La prestación del consentimiento matrimonial	50
B) La intervención de terceros en la prestación del consentimiento matrimonial	51
C) La simulación o el fraude en la prestación del consentimiento matrimonial	54

<b>III. LAS FORMAS DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO</b>	57
1. Matrimonio ante autoridad española	57
A) Ante autoridad española en territorio español	57
B) Ante autoridad española en territorio extranjero	67
2. Matrimonio ante autoridad marroquí	69
A) Ante autoridad marroquí en territorio marroquí	69
B) Ante autoridad marroquí en territorio extranjero	74
3. Matrimonio ante autoridad de un Estado tercero	76
<b>IV. INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL</b>	78
1. Principios de inscripción registral en el ordenamiento español	78
2. Inscripción de matrimonio celebrado ante autoridad española	79
3. Inscripción de matrimonio celebrado ante autoridad extranjera	80
4. Menciones de identidad de los nacionales marroquíes en el Registro Civil español	85
<b>V. APÉNDICES</b>	86
1. Bibliografía básica manejada	86
2. Legislación básica manejada	92
3. Jurisprudencia citada	95
<b>CAPÍTULO II. LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO</b>	99
<b>I. INTRODUCCIÓN: TRADICIÓN Y REFORMA EN LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO</b>	101
<b>II. APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE FAMILIA MARROQUÍ (2004)</b>	103
1. Unilateralismo y bilateralismo en la determinación del derecho de familia aplicable: la religión como conexión	103
2. La residencia habitual y la comunitarización del Derecho internacional privado	107
3. Igualdad de los esposos en la disolución del matrimonio: competencia judicial internacional y derecho aplicable	110
4. Dificultades de reconocimiento de un divorcio sin causa (ley española) a solicitud de la esposa	115

5. Modalidades de disolución del matrimonio en el Código de familia marroquí (2004).	121
A) Divorcio causal a solicitud de la esposa	122
B) Divorcio por discordia (chiqaq) a demanda de cualquiera de los esposos tras fracasar la conciliación	134
C) Divorcio por mutuo consentimiento	136
D) El repudio	138
6. Efectos del divorcio con respecto a los hijos: tutela y hadana	145
<b>III. RECONOCIMIENTO DE LAS DECISIONES DE DIVORCIO PRONUNCIADAS EN MARRUECOS</b>	150
1. Ineficacia del repudio pronunciado en España ante autoridad religiosa o consular	151
2. Eficacia de las decisiones de divorcio-repudio pronunciadas en Marruecos	152
A) Intervención de una autoridad judicial	153
B) Firmeza del acto: el repudio revocable	155
C) Carácter unilateral del repudio e indefensión de la esposa	157
D) La competencia del juez de origen, fraude a la jurisdicción y litispendencia	160
E) Límite del orden público: exequátur parcial y modificación de las medidas adoptadas	161
F) Exequátur parcial (vínculo) y adopción de medidas o modificación de las adoptadas	164
<b>IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES</b>	167
<b>V. ANEXOS</b>	173
1. Selección bibliográfica	173
2. Selección de decisiones	175
A) Tribunal Europeo de Derechos Humanos	175
B) España	175
C) Marruecos	176
<b>PARTE SEGUNDA. MATRIMONIO Y DIVORCIO EN MARRUECOS</b>	179
<b>CAPÍTULO III. EL RECONOCIMIENTO DE LOS MATRIMONIOS Y LOS DIVORCIOS DE LOS MARROQUÍES RESIDENTES EN ESPAÑA Y EN MARRUECOS</b>	181
<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	184
<b>II. LAS CONDICIONES DE EXEQUÁTUR DE LAS RESOLUCIONES ESPAÑOLAS EN MARRUECOS</b>	184

1. Las condiciones objeto de debate	185
A) Primera condición: La reciprocidad	185
B) Segunda condición: El control de la competencia de la jurisdicción extranjera	187
C) Tercera condición: La condición de aplicación de la ley competente según la regla de competencia del Tribunal de ejecución	189
2. Las condiciones objeto de unanimidad	192
A) El respeto del procedimiento y del derecho a la defensa.	192
B) El carácter definitivo y ejecutivo de la decisión extranjera (española)	192
C) El no perjuicio de la resolución al orden público marroquí	192
3. La autoridad de las resoluciones extranjeras entre el procedimiento de ejecución y los efectos independientes del Exequátur	195
A) El procedimiento de ejecución de las resoluciones extranjeras	195
B) Los actos procedimentales en materia de ejecución en Derecho marroquí	196
4. Los efectos independientes del Exequátur	198
A) La postura del Derecho marroquí de la obtención de fuerza de cosa juzgada por la resolución extranjera	198
B) La fuerza probatoria de la resolución extranjera	199
C) La resolución extranjera y el efecto de hecho	200
<b>II. EL IMPACTO DE LAS DISPOSICIONES DEL NUEVO CÓDIGO DE LA FAMILIA SOBRE LA COMUNIDAD MARROQUÍ EN ESPAÑA</b>	<b>201</b>
1. Armonización de las disposiciones del Código de Familia con los principios y los objetivos del Derecho internacional privado comparado	201
A) Principios y objetivos del Derecho internacional privado comparado	201
B) Apreciación	202
2. El impacto de las disposiciones del nuevo Código de Familia sobre la comunidad marroquí residente en España	204
A) Las reglas del matrimonio y sus efectos	204
B) Las disposiciones de la disolución del matrimonio y sus efectos	213
<b>III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	<b>219</b>
<b>IV. BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>222</b>
1. OBRAS DE REFERENCIA	222
2. ARTÍCULOS	224

# PRÓLOGO



La protección de las relaciones jurídicas que afectan a la vida personal y familiar de los ciudadanos de ambos países constituye una de las prioridades de la cooperación judicial entre Marruecos y España. Sin el reconocimiento y la ejecución de los efectos de las decisiones judiciales extranjeras, los derechos y las expectativas de muchas personas se verían vulnerados y sus vidas afectadas de modo negativo. El importante crecimiento del tráfico jurídico entre nuestros países vecinos, debido entre otras causas al fenómeno migratorio, obliga a numerosas incursiones en los respectivos ordenamientos y requiere un mejor conocimiento mutuo de sus sistemas. Ello explica el creciente interés por conocer las instituciones jurídicas musulmanas y su impacto sobre las sociedades europeas. Es en esta dinámica en la que debemos enmarcar el trabajo “Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano marroquíes” que trata de explicar las similitudes y diferencias –a veces sutiles y a veces importantes- que existen entre los conceptos jurídicos de los dos ordenamientos (la capacidad nupcial, la dote, la forma de celebración del matrimonio, los tipos de disolución del vínculo conyugal...etc.).

Este libro brinda a los jueces y fiscales, tanto españoles como marroquíes, un excelente trabajo doctrinal que les facilita el conocimiento y comprensión de importantes instituciones jurídicas del Derecho de Familia marroquí (Mudawana) que deben aplicar. También proporciona una ayuda sustancial a los abogados, profesores universitarios y juristas en general, pues cada día son más numerosos los asuntos que han de resolverse aplicando la ley del estatuto personal de los litigantes, a quienes se deben garantizar sus derechos y otorgarles una tutela judicial efectiva. La presencia en España de una importante comunidad de residentes marroquíes que mantiene con su país de origen un entramado de relaciones, culturales, afectivas y económicas, junto con la realidad cada vez más frecuente de la existencia de matrimonios mixtos, hace muy necesario que los operadores jurídicos de ambos países conozcan los sistemas y las realidades jurídicas de cada uno.

La finalidad de esta obra es aportar elementos prácticos que sirvan de ayuda a los juristas de ambos lados del estrecho para conocer, plantear o resolver conflictos jurídicos de Derecho Internacional Privado. De ahí la división de su primer volumen en dos partes. La primera se dedica a la eficacia en España de matrimonios y divorcios en los que ambos cónyuges son marroquíes o al menos uno de ellos lo es. Mientras que la segunda trata de la eficacia en Marruecos de las decisiones españolas sobre matrimonio y divorcio, ya sea o no mediante el procedimiento del exequátur.

El segundo volumen contiene una compilación, traducida al castellano, de los textos básicos en materia de Derecho de Familia marroquí, como el Código de Familia, la reglamentación de la condición jurídica de los extranjeros en Marruecos y las leyes relativas a la Nacionalidad marroquí, al estado civil y al acogimiento familiar (Kafala).

Este libro tiene su origen en el Proyecto ADL de Fortalecimiento y Modernización de la Administración de Justicia de Marruecos, que se firmó en Rabat el 7 de julio

de 2005 por los Ministros de Justicia de España y Marruecos. Desde el mismo se viene trabajando conjuntamente en la mejora integral de la Cooperación Jurídica bilateral, que es mutuamente percibida como una prioridad, pues la proximidad geográfica, la historia compartida, el importante flujo de personas y los crecientes intercambios económicos, exigen de los responsables políticos de ambos países un esfuerzo para reforzar la cooperación en el sector de la Justicia, la democracia y la defensa de los derechos humanos.

Este programa de cooperación es el resultado del trabajo conjunto de las instituciones más relevantes del ámbito jurídico de ambos países (Ministerio de Justicia, Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General del Estado, Centro de Estudios Jurídicos por parte española y Ministerio de Justicia, Corte Suprema e Instituto Superior de la Magistratura, por parte marroquí), así como de las Comunidades Autónomas vecinas de Marruecos (Andalucía y Canarias), la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y la Fundación Internacional e Iberoamericana de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP).

Desde el proyecto se trabaja con dos objetivos específicos. El primero tiende a mejorar la cooperación judicial internacional, cada día más necesaria en un mundo globalizado que requiere de la colaboración mutua de los Estados para dar respuestas efectivas a los nuevos desafíos. El segundo objetivo, apoyando la estrategia de desarrollo humano de Marruecos, procura facilitar el acceso a la Justicia y mejorar la protección jurídica de los grupos más vulnerables: menores, mujeres víctimas de violencia, personas privadas de libertad y personas en situación legal de pobreza. Dentro del campo de los derechos de la mujer se hacen necesarias políticas de equidad de género para garantizar la igualdad de los seres humanos.

Precisamente la reforma del Código de la Familia en vigor desde febrero de 2004, decididamente apoyada por S.M. el Rey Mohamed VI y sustentada por un importante respaldo social, ha incidido de manera sustancial en la mejora de la protección de los derechos de la mujer y de la infancia en Marruecos, al conseguir conciliar las exigencias de una sociedad moderna con los preceptos del Islam y las tradiciones, primando la igualdad entre los dos sexos y la cohesión familiar. El cambio tan sustancial que introdujo esta reforma en las relaciones familiares hace muy oportunas las iniciativas que, como esta obra, contribuyen a facilitar su conocimiento, a fomentar su asimilación y a permitir, en definitiva, una aplicación acorde con los principios en los que se inspira.

Estoy convencido de este que trabajo será de suma utilidad para los juristas de ambos países y también para todos los interesados en el conocimiento de la cultura jurídica marroquí y de su importante legado en el Derecho de Familia, que constituye un verdadero ejemplo y modelo a seguir por otros países de religión musulmana.

El Ministro de Justicia del Reino de España  
Mariano Fernández Bermejo

**PARTE PRIMERA.**

**MATRIMONIO Y DIVORCIO EN ESPAÑA**

**CAPÍTULO I.  
EFICACIA ANTE EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL  
DE MATRIMONIO CELEBRADO POR CONTRAYENTES DE  
LOS QUE, AL MENOS, UNO SEA MARROQUÍ**

**Andrés Rodríguez Benot  
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)**

# I. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO DE ANÁLISIS

## 1. CONCEPTO DE MATRIMONIO

El estudio práctico de la eficacia que pueda desplegar ante el ordenamiento español un matrimonio celebrado por contrayentes de los que, al menos, uno sea marroquí, ha de partir de una precisión calificatoria previa: qué se ha de entender por matrimonio.

En los sistemas jurídicos marroquí y español esta institución es considerada una figura central en los respectivos Derechos de familia<sup>1</sup>.

- a) En el ordenamiento marroquí esta institución es definida en el artículo 4 del Código de Familia de 2004 como un pacto fundado en el consentimiento mutuo así como una unión legal y duradera entre un hombre y una mujer, siendo su objetivo vivir en fidelidad, la pureza y fundar una familia estable bajo la custodia de ambos cónyuges con arreglo a las disposiciones de dicho Código<sup>2</sup>.
- b) En el ordenamiento español el matrimonio puede ser considerado como la unión en igualdad de derechos y de deberes de dos personas por mutuo consentimiento con el deber de respetarse, actuar en interés de la familia, vivir juntos, guardarse fidelidad, ayudarse y socorrerse mutuamente así como de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y la atención de ascendientes y descendientes y de otras personas dependientes a su cargo (artículos 44 y 66 a 68 del Código Civil).

---

1 *Cfr.* A. RODRIGUEZ BENOT, «El estatuto personal común», Primer encuentro judicial hispano-marroquí organizado por el Consejo General del Poder Judicial (España) y la Corte Suprema de Marruecos, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, Rabat, 2002, p. 78.

2 El citado Código (Mudawana) fue aprobado por el Dahir de 3 de febrero de 2004, que promulga la Ley número 70-03 (Boletín Oficial nº 5184 de 5 de febrero de 2004 en árabe y nº 5358 de 6 de octubre de 2005 en francés); a lo largo de todo este texto se utilizará la traducción no oficial al español colgada en la página web del Proyecto ADL ([www.proyectoadl.com](http://www.proyectoadl.com)). La bibliografía sobre el mismo empieza a ser considerable: pueden verse con carácter general, entre otros, P. DIAGO DIAGO, «La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2004, nº 2, p. 1078 ss.; id. «Repercusiones de la nueva Mudawana en la inmigración marroquí», en A. VICENTE (ed.), *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*, Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, Zaragoza, 2004, p. 141 ss.; M.C. FOBLETS y J.Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du Droit international privé en Europe*, Bruylant, Bruselas, 2005; F. LAROCHE-GISSEROT, «Le nouveau Code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?», *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2005, nº 4, p. 335 ss.; A. QUIÑONES ESCAMEZ, «La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2004, nº 3, p. 877 ss.; y F. SAREHANE, «Le nouveau Code de la famille», *Gazette du Palais (Chonique Judiciaire)*, nº 247-248 (3-4 de septiembre de 2004), p. 2 ss. De igual modo resultan de interés tanto la *Guide pratique du Code de la Famille*, 3ª ed., editada por la Association de Diffusion de l'Information Juridique et Judiciaire, Rabat, 2005, como el informe elaborado por M. BENRADI, H. ALAMI M'CHCHI, A. OUNNIR, M. MOUAQIT, F. ZORA BOUKAÏSSI y R. ZEIDGUY titulado *Le Code de la Famille: perceptions et pratique judiciaire* y editado por la Friedrich Ebert Stiftung (FES MAROC), Rabat, 2007.

Un primer análisis comparado de ambas regulaciones pone de manifiesto una coincidencia básica en cuanto al carácter consensual de la figura y al contenido de la misma en orden a los derechos y deberes que conforman la relación entre los cónyuges. No obstante, también revela una diferencia sustantiva en lo que concierne al elemento subjetivo tanto en el número como en el sexo de los cónyuges: así, el ordenamiento marroquí admite el matrimonio poligámico y el ordenamiento español no, del mismo modo que éste admite el matrimonio entre personas del mismo sexo y el marroquí no. Ambas cuestiones serán objeto de análisis en páginas posteriores<sup>3</sup>.

En otro orden de consideraciones, la calificación de la institución matrimonial a los fines del análisis que se acomete en este trabajo nos exige asimismo valorar el caso de las llamadas parejas de hecho, esto es, de las constituidas sin acto formal alguno y en ausencia de cualquier autoridad (civil o religiosa) que las autorice, y ello con independencia de que en algunos supuestos puedan ser inscritas, con posterioridad, en un registro público<sup>4</sup>.

---

3 Acerca de las disfunciones originadas en los ordenamientos europeos por las dispares concepciones sostenidas de la institución familiar en aquéllos y en los ordenamientos islámicos véanse, entre otros, S.A. ALDEEB ABUSAHLEH y A. 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), Schulthess, Zurich, 1999; D. BENHAM y S. BOURAOUI (coords.), *Familles musulmanes et modernité: le défi des traditions*, Publisud, París, 1986; I. BLAZQUEZ RODRIGUEZ y M<sup>a</sup>.D. ADAM MUÑOZ, *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005; A. BORRAS RODRIGUEZ, «La sociedad multicultural: la integración del mundo islámico», en A. BORRAS RODRIGUEZ y S. MERNISSI (eds.), *El Islam jurídico y Europa* (Derecho, religión y política), Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Barcelona, 1998, p. 163 ss.; C. CAMPIGLIO, «La famiglia islamica nel Diritto internazionale privato italiano», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1999, n<sup>o</sup> 1, p. 21 ss.; P. DIAGO DIAGO, «La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español», *Aequalitas*, n<sup>o</sup> 6 (enero-abril de 2001), p. 6 ss.; M.C. FOGLETS (dir.), *Familles-Islam-Europe: le Droit confronté au changement*, L'Hartmann, París, 1996; *id.*, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique. Anthropologie juridique et immigration*, Karthala, París, 1994; E. JAYME, «Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1993, n<sup>o</sup> 2, p. 295 ss.; P. LAGARDE, «Différences culturelles et ordre public en Droit international privé de la famille», *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 2005, p. 43 ss.; A. MOTILLA DE LA CALLE, «Identidad cultural y libertad religiosa de los musulmanes en España. Problemas en la adaptación del Derecho de familia al ordenamiento español», en A.-L. CALVO CARAVACA y P. BLANCO-MORALES LIMONES (coords.), *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, p. 381 ss.; J. MURPHY, «Rationality and Cultural Pluralism in the Non-Recognition of Foreign Marriages», *International and Comparative Law Quarterly*, n<sup>o</sup> 49 (2000), p. 643 ss.; F. PASTORE, «Famiglie immigrate e diritti occidentali: il Diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1993, n<sup>o</sup> 1, p. 73 ss.; y A. RODRIGUEZ BENOT y A. YBARRA BORES, «Familia, inmigración y multiculturalidad: la experiencia europea», en N. GONZALEZ MARTIN (coord.), *Familia, inmigración y multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada*, Porrúa / UNAM, México, 2006, p. 83 ss.

4 Sobre la configuración de esta figura en el sistema español de Derecho internacional privado véanse, entre otros, E. ARTUCH IRIBERRI, «La libertad individual y las parejas ante el Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2002, n<sup>o</sup> 1, p. 41 ss.; A. ASIN CABRERA, «Le partenariat en Droit espagnol: quel avenir pour une réglementation en Droit international privé?», en B. COTTIER y A. BONOMI (eds.), *Aspects de Droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Schulthess, Zurich, 2004, p. 71 ss.; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo», *Anales de Derecho* (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia), n<sup>o</sup> 23 (2005), p. 11 ss.; B. CARRILLO CARRILLO, «Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho internacional privado español»,

La realidad de las parejas de hecho viene apoyada, como ha apuntado I. LAZARO GONZALEZ, por factores diversos como la industrialización, la participación económica de la mujer y, con ella, su nueva condición social, la igualdad entre los sexos, la caída de la nupcialidad y de la fecundidad, el cambio de los calendarios familiares o el incremento de las crisis matrimoniales<sup>5</sup>. En este sentido, si se habla ya abiertamente de modelos de familia ello obedece, a su vez, a la previa existencia de una pluralidad de modelos de uniones matrimoniales en las sociedades occidentales en función de la autoridad celebrante (civil o religiosa), de su formalidad (matrimonio o pareja de hecho, en este último caso registrada públicamente o no), del número de personas intervinientes (monogámicas o poligámicas), del sexo de éstas (heterosexuales u homosexuales),...<sup>6</sup>. Lo cierto es que el mandato constitucional de protección de la familia, vigente en los ordenamientos de nuestro entorno (así, artículo 39, apartado 1º, de nuestra Carta Magna), implica en la actual configuración de la sociedad la necesidad de proteger todo tipo de modelo familiar, pues hoy gozan de reconocimiento público ciertas formas familiares que antes se desarrollaban en la clandestinidad o que se toleraban sólo en sectores marginales, lo cual se explica por la progresiva actitud de indiferencia adoptada por el Estado y el Derecho frente a lo ocurrido, por ejemplo, en la vida privada de la pareja que conforma una familia<sup>7</sup>.

Así las cosas, el reconocimiento jurídico, en mayor o menor grado, de las parejas de hecho –aun del mismo sexo– por distintos ordenamientos de países de la Unión Europea es una realidad innegable desde hace algunos lustros<sup>8</sup>. Ahora

---

en A.-L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, p. 385 ss.; N. COMTE GUILLEMET, «Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado», en A.-L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, p. 295 ss.; Para un análisis comparado de la figura en los ordenamientos de nuestro entorno véanse C. GONZALEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004; I. LAZARO GONZALEZ, *Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado español*, Tecnos, Madrid, 1999; E. PEREZ VERA, «Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho internacional privado español», en A.-L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, p. 131 ss.; A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho internacional privado*, Atelier, Barcelona, 2007; S. SANCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1989, nº 2, p. 487 ss.; y J.L. SEVILLA BUJALANCE, «Las parejas de hecho y la adquisición de la nacionalidad española», en M.D. ADAM MUÑOZ e I. BLAZQUEZ RODRIGUEZ (coords.), *Nacionalidad, extranjería y ciudadanía de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2005, p. 25 ss.

5 Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado español, *cit.*, p. 38 y doctrina *ibi cit.*

6 Sobre los modelos de familia y de matrimonio en la sociedad actual véanse A. BAINHAM, «Family Law in a Pluralistic Society», en N. LOWE y G. DOUGLAS (eds.), *Families across Frontiers*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1996, p. 300 ss.; H. MUIR-WATT, «Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (Aspects de Droit international privé)», en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, p. 11 ss., y A. DUFOUR, *Marriage et société moderne. Les ideologies du Droit matrimonial moderne*, Presses Universitaires, Friburgo, 1997.

7 I. LAZARO GONZALEZ, *op. cit.*, p. 39-40.

8 En el seno de la Comisión Internacional sobre el Estado Civil (CIEC) es de reseñar el hecho de que el 22 de marzo de 2007 se aprobó en Estrasburgo un proyecto de Convenio sobre el reconocimiento de las parejas de

bien, con la expresión ‘parejas de hecho’ aludimos a una ambigua y extensa realidad con la que se quiere abarcar, en palabras de H. GAUDEMET-TALLON, un fenómeno multiforme<sup>9</sup>. En nuestro país en concreto, como ha puesto de manifiesto B. CARRILLO CARRILLO, el incremento de este tipo de situaciones de un tiempo a esta parte obedece a dos razones: los nuevos valores amparados por la Constitución y el cambio en el sustrato de la sociedad española<sup>10</sup>.

De entre las dificultades que suscita la figura de las parejas de hecho desde un punto de vista jurídico podemos citar la admisión o no de la propia figura; la diversidad de supuestos existentes, pues las hay registradas (en registros públicos o no) y no registradas; la introducción del factor del sexo de los componentes de la pareja, pues se reconocen jurídicamente en algunos Estados parejas de homosexuales; y la posibilidad de recurrir a estas uniones en fraude de Ley para conseguir ventajosamente la nacionalidad o un *status* administrativo definitivo en un país comunitario. La conjunción de esta complejidad con el incremento de las uniones transfronterizas en la Unión Europea (como consecuencia del aumento de los flujos migratorios y de los incesantes movimientos de personas en su territorio) así como con el juego de las conexiones de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia habitual utilizadas por las normas de conflicto de los distintos Estados, nos conduce hacia un panorama extraordinariamente complejo<sup>11</sup>.

Todo lo anterior explica que las parejas de hecho hayan sido el objeto tanto de una extensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sede de libre circulación de personas<sup>12</sup>, como de las iniciativas legislativas de la Comisión Europea en orden a la implantación de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia en el continente: en efecto, el Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en los asuntos de divorcio de 14 de marzo de 2005<sup>13</sup> ha incidido en la inseguridad jurídica que abona este campo de trabajo, en el que aparecen con frecuencia situaciones claudicantes como las

---

hecho registradas, que quedó abierto a la firma de los Estados a partir de septiembre de 2007; su artículo 1 define la pareja de hecho registrada como una unión de vida común entre dos personas del mismo o de distinto sexo, distinta al matrimonio, que da lugar a su inscripción por una autoridad pública. Tanto el texto del mismo como el Informe explicativo que lo acompaña pueden verse en la página web de tal organización ([www.ciec1.org](http://www.ciec1.org)).

9 «La désunion du couple en Droit international privé», Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, vol. 226 (1991), p. 155 ss.

10 «Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho internacional privado español», *cit.*, p. 392.

11 Y ello sin aludir a los efectos colaterales de esta figura: alimentos entre parientes, efectos personales y patrimoniales del régimen de la pareja, filiación biológica o adoptiva, régimen sucesorio, etc. Sobre este último particular véase A. RODRIGUEZ BENOT, «Sucesión *mortis causa* y modelos de familia en el tráfico jurídico externo», en A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, p. 692-694.

12 *Cfr.* C. SANCHEZ-RODAS NAVARRO, «Las uniones matrimoniales y extramatrimoniales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: su impacto en la esfera de la protección de los trabajadores inmigrantes», *Anuario de Derecho Europeo*, nº 4 (2004), p. 73 ss.

13 COM(2005) 85 final. Sobre el particular véase A. RODRIGUEZ BENOT, «Los avances de la normativa comunitaria en el reconocimiento de resoluciones judiciales en otros sectores del Derecho de familia: régimen económico



constituidas por personas convivientes de hecho, una de ellas procedente de un país que admita cierta eficacia a esta figura (por ejemplo España) y la otra de un Estado que la niegue (por ejemplo Marruecos)<sup>14</sup>.

A los fines del presente estudio, la relevancia de la figura de las parejas de hecho adquiere una particular relevancia por cuanto son expresamente abordadas por la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004<sup>15</sup>, y por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, que la transpone a nuestro ordenamiento jurídico<sup>16</sup>, en sede de reagrupación familiar en el caso de matrimonio poligámico. En efecto, ambos textos consagran sendos preceptos al derecho que todo ciudadano de la Unión Europea, de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de Suiza tiene de reagrupar consigo, como miembro de su familia, a «la pareja con la que (...) ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida» (artículo 2, apartado 2º, letra c, de la Directiva 2004/38/CE), o a «la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un

---

matrimonial, parejas de hecho, alimentos y sucesiones», en *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Universidad de Sevilla, 2005, p. 159 ss., esp. 172-174.

14 En el Consejo de Ministros de Justicia e Interior que aprobó el Programa de La Haya para la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (DOUE C 53, de 3 de marzo de 2005), la propuesta de la Presidencia neerlandesa para armonizar el reconocimiento mutuo de decisiones civiles, en particular en lo relativo a los matrimonios homosexuales y a las parejas de hecho (que fue la materia más debatida de cuantas se abordaron), preveía que se debería permitir una *ligera armonización* –no de carácter material, sino más bien conflictual– a partir de 2011. En la reunión informal del Consejo que analizó esta propuesta Alemania y España la consideraron prematura; Finlandia, que se mostró favorable a la misma, estimó el calendario muy ambicioso, de la misma manera que Italia propuso revisar la agenda de la negociación; Austria propuso dejar fuera de la propuesta la armonización de las parejas de hecho, y Eslovaquia, Malta y Portugal se mostraron cautelosos y escépticos acerca de la armonización de estas uniones. El citado Programa se ha completado con un Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (DOUE C 198, de 12 de agosto de 2005), debiendo tenerse en cuenta con posterioridad al mismo los siguientes documentos: la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: «Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir», COM(2006) 331 final, de 28 de junio de 2006 y la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: «Informe sobre la ejecución del Programa de La Haya en el año 2005», COM(2006) 333 final, de igual fecha; en el momento de redacción de estas líneas se aguardaba a la publicación del Informe sobre la ejecución del Programa en el año 2006.

15 Relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DOUE L 158, de 30 de abril de 2004). Sobre ella véanse J.-Y. CARLIER, «Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union Européenne: regard sur la Directive 2004/38», *Cahiers de Droit Européen*, 2006, nº 1, p. 13 ss.; A. OLESTI RAYO, «El derecho de desplazamiento y residencia del ciudadano europeo a la luz de la Directiva 2004/38 el Parlamento Europeo y del Consejo», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 10 (2006), [www.iustel.com](http://www.iustel.com); y C. SANNA, «La Direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri», *Revista di Diritto Internazionale Privato Processuale*, 2006, nº 4, p. 1157 ss.

16 Regula la entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo BOE nº 51, de 28 de febrero de 2007.

registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado» (artículo 2, letra b, del Real Decreto 240/2007)<sup>17</sup>.

Según se puede apreciar, la redacción del precepto del Real Decreto 240/2007 resulta más rigurosa que la contenida en el artículo 2, apartado 2º, letra c), de la Directiva 2004/38/CE respecto de la exigencia de inscripción de la pareja de hecho en un registro público en lo que concierne al supuesto de simultánea inscripción en el mismo Estado, pues la norma española sólo admite una sola inscripción (además, no cancelada). Rigurosidad que puede suscitar alguna dificultad en aquellos países –como es el caso de España– que carecen de un registro único de parejas de hecho<sup>18</sup>.

## 2. CELEBRACIÓN ANTE AUTORIDAD ESPAÑOLA O EXTRANJERA

En la delimitación de la categoría objeto de estudio en este capítulo, además de calificarse el supuesto como *matrimonio* (con las expuestas dificultades suscitadas por las peculiaridades respectivas de la admisión del matrimonio poligámico en el ordenamiento marroquí y del matrimonio entre personas del mismo sexo en el ordenamiento español), debe tratarse de un acto celebrado ante autoridad civil o religiosa competente, pues el supuesto de las llamadas parejas de hecho ya ha sido debidamente tratado.

De conformidad con la aplicación práctica de los principios de inscripción registral consagrados en los artículos 1 y 15 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 al objeto de análisis en este trabajo (*infra*), deberían tener acceso a aquél, por una parte, los matrimonios en los que uno de los contrayentes fuera español y otro marroquí con independencia del lugar en que se celebrasen y, por otra parte, los matrimonios celebrados en territorio español siendo un

---

17 A ellos se deben añadir asimismo los descendientes directos menores de veintidós años de la pareja de hecho así definida, como los ascendientes directos de ésta a su cargo.

18 Así lo ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado en su Dictamen 1829/2006, de 11 de noviembre, sobre el Proyecto de Real Decreto: «Esta regulación ha sido objeto, a lo largo del expediente, de diversas críticas, no tanto por la inclusión de tales parejas en el ámbito de aplicación, cuanto por la inexistencia en nuestro ordenamiento de un único instrumento jurídico que garantice la igualdad de esas uniones registradas en el conjunto del territorio español. En concreto, se ha criticado la inexistencia en nuestro Derecho de un instrumento normativo de carácter general que establezca uniformes requisitos y consecuencias para dichas parejas en el conjunto del Estado. El Consejo de Estado, que ya advirtió de los posibles efectos perjudiciales de la falta de una disposición estatal de esas características en nuestro Derecho en el Dictamen n.º 2628/2004, relativo al anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, entiende que esa carencia no afecta en general a la aplicación del Proyecto, lo que no obsta para que sí pueda generar disfunciones en relación con alguna de las previsiones del Proyecto, como la interdicción de un doble o múltiple registro en un mismo Estado» (puede verse el texto en la base de datos de la página [www.consejo-estado.es](http://www.consejo-estado.es)).

contrayente español y el otro marroquí, siendo ambos contrayentes marroquíes, o siendo contrayente marroquí y otro nacional de un tercer Estado. Este juego de posibilidades determinará a su vez una variedad de autoridades competentes para la celebración de la unión conyugal, como tendremos ocasión de comprobar.

### **3. NACIONALIDAD MARROQUÍ DE, AL MENOS, UNO DE LOS CONTRAYENTES**

En el supuesto objeto de análisis en este capítulo, es preciso que al menos uno de los cónyuges sea de nacionalidad marroquí, según se acaba de indicar. La regulación de la nacionalidad marroquí ha sido recientemente abordada por la Ley 62-06 (promulgada por el *Dahir* n° 1-07-80, de 23 de marzo de 2007), por la que se modifica y completa la Ley de 6 de septiembre de 1958 que aprobó el Código de la nacionalidad marroquí (promulgada a su vez por el *Dahir* n° 1-58-280)<sup>19</sup>. Entre las más señaladas y celebradas modificaciones se halla la reforma del artículo 6 del Código por cuya virtud es marroquí el hijo de padre o de madre marroquí (sin especificarse nada sobre el estado civil de ésta), lo que supone la igualación de ambos sexos en la atribución de la nacionalidad marroquí de origen<sup>20</sup>.

Expuesto lo anterior, podría darse el caso de que el contrayente de nacionalidad marroquí tuviese, además, otra nacionalidad. En un tal supuesto, la ausencia de un instrumento supraestatal que aporte una solución armonizada o uniforme a los supuestos bilaterales hispano-marroquíes de plurinacionalidad provoca situaciones frecuentemente claudicantes, por cuanto las autoridades de ambos Reinos adoptarían diferentes soluciones<sup>21</sup>.

1° Si se tratase de una persona que ostentase dos o más nacionalidades, las reglas que deberían utilizar las autoridades españolas competentes para la eventual celebración de un matrimonio mixto serían las siguientes (ex artículo 9, apartados 9° y 10°, del Código Civil).

- a) Contrayente que poseyera dos o más nacionalidades de las que una fuese la española (por ejemplo, nacionalidades marroquí y española): prevalecería en todo caso ésta.

---

19 Boletín Oficial n° 5513 de 2 de abril de 2007 en árabe y n° 5514 de 5 de abril de 2007 en francés.

20 Téngase en cuenta, además, que esta norma se aplica aun a los hijos nacidos antes de la entrada en vigor de la nueva Ley (disposición transitoria de la misma) De interés resultan asimismo la posibilidad de que la extranjera casada con marroquí pueda adquirir la nacionalidad marroquí tras cinco años de residencia habitual y regular en Marruecos (artículo 10) o el supuesto de pérdida de la nacionalidad marroquí por la nacional de este país que se case con extranjero y que, por tal hecho, adquiera la de su marido (artículo 19).

21 En efecto, ninguno de los dos Reinos es parte en el Convenio de La Haya de 12 de abril de 1930 acerca de los conflictos de Leyes sobre nacionalidad. Sobre esta materia, en general, véase J.-J. FORNER DELAYGUA, «La familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y extranjería», en A. BORRAS RODRIGUEZ y S. MERNISSI (eds.), *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Barcelona, 1998, p. 199 ss.

b) Contrayente que poseyese dos o más nacionalidades de las que ninguna fuera la española (por ejemplo, nacionalidades marroquí y de un tercer Estado): nuestras autoridades no tendrían competencia para determinar cuál de ellas prevalecería sobre la otra conforme al principio de la exclusividad de la competencia de cada Estado en la determinación de quiénes son sus nacionales, tesis acogida en la sentencia de 6 de abril de 1955 del Tribunal Internacional de Justicia en el célebre asunto *Nottebhom*<sup>22</sup> y proyectada en el ámbito europeo por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de julio de 1992 en el asunto C-369/90, *Micheletti*<sup>23</sup>. No obstante ello, desde una perspectiva conflictual la autoridad española que, conforme a lo establecido en el artículo 9, apartado 1º, de nuestro Código Civil, hubiera de verificar la capacidad nupcial de un ciudadano con dos o más nacionalidades extranjeras –una de ellas marroquí–, lo consideraría nacional del Estado de su residencia habitual (artículo 9, apartado 9º, párrafo 2º, segunda frase, y artículo 9, apartado 10º, del Código Civil, debiendo entenderse, por coherencia lógica y sistemática con la norma del apartado 9º, párrafo 1º, del mismo artículo, el de su *última* residencia habitual)<sup>24</sup>.

2º En el ordenamiento marroquí, la previsión contenida en la compleja norma de conflicto unilateral del artículo 2 del Código de Familia de 2004 (*infra*) implicará para las autoridades marroquíes aplicar dicho cuerpo legal a todos los marroquíes (aunque ostenten además otra u otras nacionalidades, por ejemplo la española), así como a todo matrimonio en el que, al menos, uno de los cónyuges sea marroquí. En palabras de M.C. FOBLETS y J.Y. CARLIER, ello provocará para los matrimonios mixtos residentes en el extranjero en los que uno de los cónyuges

---

22 Recueil de la Cour Internationale de Justice, 1955, p. 4 ss.

23 Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 1992, p. I-04239 ss. Sobre ella véanse las Notas de A. ALVAREZ RODRIGUEZ y B. DE TOMAS CARRASCO, en Revista Española de Derecho Internacional, 1993, nº 2, p. 431 ss., y de A. BORRAS RODRIGUEZ, en Revista Jurídica de Cataluña, 1993, nº 2, p. 584 ss., así como los artículos de N. BOUZA VIDAL, «El ámbito personal de aplicación del Derecho de establecimiento en los supuestos de doble nacionalidad», Revista de Instituciones Europeas, 1993, nº 2, p. 563 ss., de F.J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Dual Nationality and Community Law, the *Micheletti* Case», Tolley's Immigration & Nationality Law & Practice, Londres, 1994, nº 1, p. 7 ss.; de J.Mª. ESPINAR VICENTE, «La resolución de los conflictos de nacionalidad en el Derecho comunitario (Comentario a la STJCE de 7 de julio de 1992)», La Ley, Comunidades Europeas, nº 84, 28 de enero de 1994, p. 1 ss., de J.L. IGLESIAS BUHIGUES, «Doble nacionalidad y Derecho comunitario: a propósito del asunto C-369/90, *Micheletti*, sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992», en Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Díez de Velasco, Tecnos, Madrid, 1993, p. 953 ss., y de H.U. JESSURUM D'OLIVEIRA, «Case C-360/90, *M.V. Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria*», Common Market Law Review, 1993, nº 4, p. 623 ss.

24 El principio de primacía del ordenamiento del Estado de la residencia habitual en caso de plurinacionalidad no es nuevo, pues se consagra ya en el precitado Convenio de La Haya de 12 de abril de 1930; acerca de su aplicación al caso de los marroquíes residentes en países europeos en relación con el nuevo Código de Familia de 2004 véanse M.C. FOBLETS y M. LOUKILI, «Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?», Revue Critique de Droit International Privé, 2006, nº 3, p. 531-532.

sea marroquí un frecuente conflicto entre la nacionalidad de origen (la marroquí) y la nacionalidad del Estado de la residencia habitual, por cuanto en los sistemas de Derecho internacional privado de los países de Europa occidental se viene imponiendo la regla de aplicar a las situaciones familiares de estos matrimonios mixtos el ordenamiento del Estado de su residencia habitual (a la sazón, el de un país europeo) en defecto de nacionalidad común de los cónyuges<sup>25</sup>.

Un ejemplo de lo expuesto lo ofrece la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (1ª) de 14 de junio de 2005 en la que se abordaba la posible inscripción en el Registro Civil español del matrimonio coránico celebrado en Marruecos entre una nacional marroquí y un ciudadano originariamente marroquí que adquirió con posterioridad la nacionalidad española por residencia; el conflicto de atribución de nacionalidad fue nítidamente reflejado en el siguiente pasaje de la Resolución:

*«En este caso lo que ha sucedido es que el contrayente español, acerca de cuya condición de tal no cabe duda a la vista de su certificación de nacimiento en la que consta la inscripción marginal de la concesión de la nacionalidad española por residencia en virtud de Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de septiembre de 1994, ha sido considerado por las autoridades marroquíes encargadas de la autorización del matrimonio no como español, sino como marroquí, al no reconocer la validez y eficacia de la renuncia a esta nacionalidad que el interesado formalizó a los efectos de perfeccionar su título de adquisición de la nacionalidad española, pero es ésta una consideración por la que no pueden pasar en absoluto las autoridades españolas, pues en estos supuestos de doble nacionalidad de facto, de un español que ostente además otra no prevista en nuestras Leyes o en los tratados internacionales, prevalece en todo caso la nacionalidad española (cfr. artículo 9, apartado 9º, del Código Civil)»<sup>26</sup>.*

---

25 Le Code marocain de la famille..., *cit.*, p. 7-8; sobre este particular véanse asimismo M.C. FOBLETS y M. LOUKILI, *op. cit.*, p. 535.

26 Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 7534. El recurso al método comparado permite asomarnos a la enriquecedora experiencia de otros países de nuestro entorno; y frente a soluciones aisladas y flexibles (consistentes, por ejemplo, en la consideración como efectiva de una u otra de las nacionalidades que se ostente en atención a la materia de que se trate, caso del ordenamiento suizo), la realidad demuestra la decantación por una sola nacionalidad efectiva a todos los fines, que además suele ser la del Estado del foro: *cfr.* P. ABARCA JUNCO, «La regulación de la sociedad multicultural», en A.-L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ANGEL (eds.), Estatuto personal y multiculturalidad de la familia, Colex, Madrid, 2000, p. 170-171 (y doctrina y jurisprudencia allí citada), quien nos detalla la evolución acaecida en este ámbito en el sistema francés en el que se ha pasado de la preferencia por la nacionalidad del país de origen como concreción de una política de favorecer materialmente al inmigrante, al retorno a la estimación de la nacionalidad del foro como efectiva en la doctrina y en la jurisprudencia francesas.

## 4. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL

Las reglas sobre las que se erige el sistema de acceso de actos al Registro Civil español se contienen en los artículos 1 y 15 de la Ley reguladora del mismo: el primero realiza una delimitación *ratione materiae* mediante la enumeración de los hechos que constituyen el objeto de inscripción en el Registro Civil, en tanto que el segundo efectúa una delimitación *ratione personae* y *ratione territorii* de los hechos inscribibles<sup>27</sup>.

La proyección de estos principios sobre el ámbito de análisis del presente trabajo implicaría, según se ha adelantado, que deberían tener acceso a nuestro Registro Civil, por una parte, los matrimonios en los que uno de los contrayentes fuera español y otro marroquí con independencia del lugar en que se celebrasen y, por otra parte, los matrimonios celebrados en territorio español siendo un contrayente español y el otro marroquí, siendo ambos contrayentes marroquíes, o siendo un contrayente marroquí y el otro nacional de un tercer Estado.

Para los individuos que gocen de la nacionalidad española, el artículo 66, apartado 1º, del Reglamento del Registro Civil indica que se harán constar en éste los hechos que les afecten «aunque determinen la pérdida de su condición de tales o hayan acaecido antes de adquirirla», referencia esta última que viene a establecer una suerte de regla de retroactividad en los criterios de inscripción registral tal y como recuerda la Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de marzo de 2007<sup>28</sup>.

En el epígrafe IV de este trabajo se acometerá el estudio de la inscripción en el Registro Civil de las variantes matrimoniales reseñadas. A tal fin distinguiremos entre el supuesto de la inscripción del matrimonio celebrado ante autoridad

---

27 Según esta última norma han de constar en el Registro civil los hechos inscribibles: a) que afecten a los españoles donde quiera que acaezcan; b) que acaezcan en España aunque afecten a extranjeros; y c) que acaezcan en el extranjero cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones marginales exigidas por el Derecho español.

28 BOE nº 101, de 27 de abril de 2007, dictada en relación con la pretendida inscripción en el Registro Civil español del matrimonio celebrado en 1970 en la ex provincia española del Sahara Occidental entre dos ciudadanos saharauis de los cuales el esposo adquiriría la nacionalidad española en 2004; la citada inscripción fue denegada por cuanto no cumplía con lo exigido en el artículo 85 del Reglamento del Registro Civil (competencia de la autoridad extranjera que la expide con base legal suficiente para ello), pues se trataba de un documento emitido «por un Registro de la denominada República Árabe Saharaui Democrática, [que] no reúne los requisitos que señala el artículo reglamentario transcrito para que pueda practicarse la inscripción. Pero, aún cuando se admitiese, que no es el caso, la certificación aportada no incluye hechos o datos exigidos para la inscripción, de los que ésta hace fe; no determina el lugar de celebración, que se señala con referencia a un territorio –Sahara Occidental–, ni la hora ni tampoco quien lo autoriza». En la misma línea, la Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de febrero de 2003 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2003, nº 4024), dictada en un supuesto de inscripción en el Registro Civil español de un matrimonio celebrado en Marruecos en 1942 por contrayentes marroquíes que posteriormente adquirieron la nacionalidad española, recordó su reiterada jurisprudencia según la cual los hechos que afectan a españoles, aunque hayan acaecido antes de adquirir la nacionalidad española, son inscribibles en el Registro Civil español competente siempre que se cumplan los requisitos establecidos al efecto.

española (sea en España, sea en el extranjero) y el más complejo de la inscripción del matrimonio celebrado ante autoridad extranjera (sea en España, sea en el extranjero). A ello añadiremos los problemas suscitados por las menciones de identidad de los ciudadanos marroquíes en los actos que acceden al Registro Civil español.

## **II. LA CAPACIDAD Y EL CONSENTIMIENTO PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO**

### **1. EL EXPEDIENTE PREVIO AL MATRIMONIO**

Con carácter previo a la celebración del matrimonio, los diferentes ordenamientos suelen exigir la apertura e instrucción de un expediente en el que una autoridad pública ha de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la validez de aquel acto, en particular acerca de la capacidad de los interesados<sup>29</sup>. Así lo hace el sistema jurídico español, que distingue dos bloques de supuestos diferentes<sup>30</sup>.

#### **A) Celebración ante autoridad española**

El citado expediente resulta preceptivo cuando el matrimonio vaya a celebrarse ante autoridad española –en España o fuera de España– si lo es en forma civil, así como cuando vaya a celebrarse en territorio español por un ministro de culto evangélico o hebreo en los términos reconocidos por el Estado (*infra*)<sup>31</sup>; resulta indiferente a estos efectos que los contrayentes sean españoles o extranjeros.

1º Las autoridades competentes para la instrucción del expediente previo al matrimonio en los dos supuestos apuntados son tanto el Juez encargado del Registro Civil (o el Juez de Paz, bajo la dirección del anterior y por delegación suya) como el encargado del Registro Civil consular correspondientes al domicilio de cualquiera de los contrayentes (artículos 238 y 239 del Reglamento del Registro Civil). A este respecto, la Resolución (2ª) de la Dirección General de los Registros

---

29 Sobre las perspectivas sustantiva y procesal del expediente previo al matrimonio véase P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho internacional privado español, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 27 ss.

30 Artículo 56, párrafo 1º, del Código Civil: «Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código». Sobre el particular véase asimismo la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de marzo de 1974 sobre el expediente previo al matrimonio civil (BOE nº 90, de 15 de abril de 1974).

31 Para los matrimonios celebrados en las formas religiosas correspondientes a las otras dos confesiones reconocidas por el Estado español (la canónica y la islámica), no se ha de instruir un expediente previo por parte de las autoridades civiles españolas según lo establecido en sus legislaciones respectivas; el control por parte de éstas del cumplimiento de los requisitos precisos para la validez del matrimonio se opera con ocasión del acceso de los mismos al Registro Civil español.



y del Notariado de 8 de junio de 1998, tras considerar que el Cónsul español en Casablanca era incompetente para autorizar el matrimonio entre un español y un marroquí, precisó que no obstante «siempre cabría que el expediente previo español terminara con la expedición del certificado de capacidad matrimonial (cfr. artículo 252 del Reglamento del Registro Civil) y que luego se autorizara el matrimonio en Marruecos según la forma establecida por la *lex loci*, y también cabría que, finalizado ese expediente con auto firme favorable, el matrimonio se autorizara en España ante órgano competente, incluso por medio de poder especial otorgado por la contrayente domiciliada en el extranjero (cfr. artículo 55 del Código Civil)»<sup>32</sup>.

El artículo 40 de nuestro Código Civil considera que para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles las personas físicas se hallan domiciliadas en el lugar de su residencia habitual; el domicilio en España de, al menos, uno de los solicitantes se acredita en el expediente previo a la celebración del matrimonio mediante la aportación de un certificado de empadronamiento o de residencia (expedidos por los Ayuntamientos y cuya validez expira a los tres meses). Lo anterior no implica que, automáticamente, un nacional marroquí en situación irregular en España no pueda celebrar matrimonio ante autoridad española por esta vía, de manera que no podría instruirse el preceptivo expediente previo que le autorizaría para tal acto; es más, de la Consulta de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 2004 sobre trámites y requisitos esenciales para la celebración del matrimonio civil se infiere la no obligatoriedad de la presentación del permiso de residencia por el contrayente extranjero<sup>33</sup>.

Dependerá de la elección de los contrayentes que el expediente se tramite bien en el Registro Civil municipal o bien en el consular cuando uno de los interesados esté domiciliado en España y el otro en el extranjero<sup>34</sup>.

---

32 Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1840 (1999), p. 503 ss. por Sobre esta cuestión véase, con mayor detalle, M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, Intervención consular en Derecho internacional privado, Universidad de Sevilla, 2005, p. 79-83.

33 Boletín de Información del Ministerio de Justicia, suplemento al nº 1986 (2005), p. 1676 ss. A modo de ejemplo, la Resolución (4ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de diciembre de 2004 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 83996) estimó que la falta de averiguación de si el que pretendía contraer matrimonio (a la sazón, un nacional marroquí con una nacional británica, ambos domiciliados en Las Palmas de Gran Canarias) era residente regular en España suponía un dato de interés para poder apreciar un posible matrimonio de complacencia aunque no podía fundamentar por sí solo la denegación de la autorización del matrimonio ante el encargado del Registro Civil español.

34 Norma 1ª de la Instrucción de 9 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los cónyuges está domiciliado en el extranjero (BOE nº 21, de 25 de enero de 1995); sobre ella véanse P. DOMINGUEZ LOZANO, «Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero», Revista Española de Derecho Internacional, 1995, nº 1, p. 317 ss. y V. SAN JULIAN PUIG, «Inmigración y Derecho de familia. Estudio de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1814 (1998), p. 151 ss.



2º El expediente se inicia con la presentación de un escrito por parte de los interesados en el que se han de contener los siguientes extremos (artículo 240 del Reglamento del Registro Civil)<sup>35</sup>: las menciones de identidad e incluso la profesión de los contrayentes; en su caso, el nombre y apellidos del cónyuge o cónyuges anteriores y la fecha de la disolución del matrimonio; la declaración de inexistencia de impedimento para el matrimonio; el Juez o funcionario elegido, en su caso, para la celebración del matrimonio; y las localidades en las que hubiesen residido en los dos últimos años<sup>36</sup>.

3º A lo largo de su tramitación el Instructor, asistido del Secretario, oirá a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (artículo 246 del Reglamento del Registro Civil), fase ésta cuya importancia ha aumentado en los últimos tiempos por cuanto en ella puede descubrirse en ocasiones el verdadero propósito fraudulento de las partes que no deseen en realidad ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que de esta institución familiar se derivan para los extranjeros, teniendo en cuenta en todo caso la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, pudiendo ser el resultado de esta actividad bien el descarte de la existencia del *animus fraudandi*<sup>37</sup>, bien la constatación de dicha existencia<sup>38</sup>. Esta es la razón por la cual la citada Instrucción de 9 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, recuerda en su norma 3ª que nos hallamos ante «un trámite esencial y del que no debe prescindirse, ni cumplirlo formulariamente».

A modo de ejemplo, la Resolución (1ª) de dicho órgano de de 27 de marzo de 2007, en un supuesto concernido por el ámbito material de este estudio, reitera que:

---

35 Dicho escrito ha de ser ratificado por los interesados; aquél que no esté domiciliado en la demarcación del Registro Civil instructor podrá realizarla por comparecencia ante otro Registro Civil español o por medio de poder especial (artículo 242 del Reglamento del Registro Civil).

36 El escrito se acompañará de la prueba del nacimiento de los contrayentes y, en su caso, de la prueba de disolución de los anteriores vínculos (artículo 241 del Reglamento del Registro Civil).

37 Como ocurrió en los supuestos abordados por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (9ª) de 3 de julio de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2001, nº 8394 (respecto de un expediente previo a la celebración de un matrimonio ante el Juez encargado del Registro Civil de Ceuta entre española y marroquí, aunque pudiera obedecer a un arreglo matrimonial familiar), (3ª) 10 de febrero de 2005, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 150250 (en relación con un expediente previo a la celebración de un matrimonio incoado ante la Juez encargada del Registro Civil de Vera en el que el solicitante era español y la solicitante marroquí, ambos residentes en España) o (1ª) de 28 de abril de 2005, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 9778 (a propósito de un expediente previo a la celebración de un matrimonio ante el Juez encargado del Registro Civil de Melilla entre un nacional español domiciliado en España y una nacional marroquí).

38 Así, y en relación con pretendidos matrimonios hispano-marroquíes, Resoluciones 30 de marzo de 2001 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2002, nº 5490); (1ª) de 17 de septiembre de 2004 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2004, nº 284760); (4ª) de 15 de junio de 2005 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 7536); y (2ª) de 3 de enero de 2006 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2006, nº 6691).

*«Se trata de la autorización que instan un español y una ciudadana marroquí para contraer matrimonio civil en España (cfr. artículo 49, apartado 1º, del Código Civil). El expediente previo para la celebración del matrimonio ha de instruirse conforme a las reglas generales (cfr. Instrucción de 9 de enero de 1995, norma 5ª, e Instrucción de 31 de enero de 2006, norma VII), siendo, pues, trámite imprescindible la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cfr. artículo 246 del Reglamento del Registro Civil)»<sup>39</sup>.*

4º Como en los demás expedientes del Registro Civil (artículos 343 y 344 de su Reglamento), también en este el Ministerio Fiscal –o quien haga sus funciones en el Registro Consular, normalmente el Canciller *ex* artículo 54 del mismo cuerpo normativo– goza de un papel activo en defensa de la legalidad, por lo que puede denunciar en su dictamen cualquier impedimento u obstáculo que le conste (artículo 247 del Reglamento del Registro Civil).

5º El expediente concluye mediante auto de aprobación o de denegación de la celebración del matrimonio, contra el que cabe recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (artículos 247, apartado 2º, y 355 ss. del Reglamento del Registro Civil).

## **B) Celebración ante autoridad extranjera**

Para aquellos supuestos en los que el matrimonio en el que, al menos, uno de los contrayentes tuviese nacionalidad marroquí fuera a celebrarse ante autoridad extranjera (en los términos explicados más adelante), los contrayentes dispondrían de las siguientes opciones<sup>40</sup>.

1ª Instar la instrucción del expediente matrimonial ante funcionario diplomático o consultar español territorialmente competente.

2ª Instar la instrucción del expediente matrimonial ante autoridad civil española en España, indicando al instructor que desean celebrar el matrimonio

---

39 BOE nº 101, de 27 de abril de 2007. En el supuesto objeto de dicha Resolución se abordaba la cuestión de la minoría de edad de la contrayente marroquí en el momento del inicio del expediente previo a la celebración del matrimonio ante autoridad española y, más concretamente, de la validez de la eventual autorización de sus padres para contraerlo (decretada por un Tribunal de Primera Instancia Marroquí); en tanto que el Ministerio Fiscal español verificó dicha dispensa conforme a lo establecido en el ordenamiento español, la Dirección General dispuso que se estuviera a lo exigido en el ordenamiento marroquí por así exigirlo el apartado 1º del artículo 9 de nuestro Código Civil (añadiendo que en este punto no cabría alegar la excepción de orden público por cuanto los artículos 48, párrafo 3º, y 75 de este cuerpo legal reconocen la capacidad nupcial a partir de los catorce años así como la convalidación *ex lege* del matrimonio del menor). En la actualidad esta cuestión es objeto de reglamentación en los artículos 20 y 21 del nuevo Código de Familia marroquí.

40 J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Matrimonio y parejas de hecho», en A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ y E. CASTELLANOS RUIZ, Derecho de familia internacional, 3ª ed., Colex, Madrid, 2005, p. 51.

en el extranjero con arreglo a las formas previstas en la Ley del país de celebración del matrimonio (art. 252 del Reglamento del Registro Civil), lo cual sólo es posible si, al menos, uno de los contrayentes tiene su domicilio en España.

3ª Instar la instrucción del expediente matrimonial ante las autoridades extranjeras del país de celebración del matrimonio, si es que la instrucción del expediente es exigida por las Leyes de dicho país. En el caso de Marruecos, según tendremos ocasión de apreciar, el actual Código de Familia ha regulado los procedimientos administrativos y formales para la celebración y el acto del matrimonio en sus artículos 65 a 69, estableciendo en el primero de ellos la necesidad de incoar un expediente relativo a la celebración del matrimonio ante el Juzgado de Familia correspondiente al lugar de celebración, el cual se habrá de conservar en la Secretaría del mismo con el número que le corresponda; una vez incluidos en él los documentos preceptivos, el titular del Juzgado concederá el visto bueno al expediente antes de autorizar la celebración del matrimonio.

### **C) El certificado de capacidad matrimonial**

Para el caso en el que los contrayentes hubieran manifestado ante el instructor español del expediente previo a la celebración del matrimonio su deseo de contraerlo en el extranjero según la forma establecida en el ordenamiento del Estado del lugar de celebración y si éste exigiera la presentación de un certificado de capacidad matrimonial, una vez concluido el expediente aludido con auto favorable el instructor entregará a aquéllos tal certificado<sup>41</sup>. Se trata de una fórmula administrativa de acreditación de la capacidad nupcial de un nacional de un Estado expedida por un funcionario de dicho Estado conforme al ordenamiento de éste; fórmula, además, que por su pretendida eficacia transfronteriza ha dado ocasión a la existencia de una notable cooperación internacional, como lo atestigua la existencia de diversos instrumentos supraestatales en los que España es parte<sup>42</sup>. Si la Ley del país en que se celebre el matrimonio exigiera al contrayente español

---

41Estando su validez limitada a los seis meses desde la fecha de su expedición, artículo 252 del Reglamento del Registro Civil. Aclara la norma 5ª de la reiterada Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995 que «la única especialidad del expediente en este caso se encuentra en que no termina con la autorización del matrimonio por funcionario español, sino con la entrega a los interesados del certificado de capacidad matrimonial». Tal certificado se extenderá conforme a lo dispuesto en la Orden Ministerial de 26 de marzo de 1988 sobre aprobación de un modelo plurilingüe de certificado de capacidad matrimonial (BOE nº 136, de 7 de junio de 1988).

42 Así, el Convenio tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, hecho en París el 10 de septiembre de 1964 (BOE nº 16, de 19 de enero de 1977) y el Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980 (BOE nº 117, de 16 de mayo de 1988), elaborados en el seno de la Comisión Internacional del Estado Civil; el Reino de Marruecos no es parte en ninguno de ellos. Sobre esta cuestión véase, entre nosotros, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Cooperación internacional en la celebración del matrimonio: certificados de capacidad matrimonial», Anuario Español de Derecho Internacional Privado, tomo 0 (2000), p. 405 ss. y La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho internacional privado español, *cit.*, p. 97 ss.

un certificado de capacidad matrimonial expedido por autoridad española y tal sujeto no lo hubiera obtenido, el matrimonio así celebrado no sería inscribible en el Registro Civil español<sup>43</sup>.

1º Este último es el caso para los extranjeros que deseen contraer matrimonio ante adules en Marruecos, a los que se les exige un certificado de capacidad matrimonial expedido por autoridades del país de su nacionalidad. A modo de ejemplo, en un supuesto en el que se planteaba la inscripción en el Registro Civil español de un matrimonio por el rito coránico celebrado en Marruecos entre un nacional marroquí residente en Marruecos y una nacional española residente en España, la Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de marzo de 2007 estableció que

*« En este caso lo que ha sucedido es que el contrayente español ha celebrado matrimonio religioso en el extranjero con contrayente extranjero y, presupuesta para tal caso la exigibilidad por parte de la Ley local marroquí de un certificado de capacidad matrimonial del extranjero, no cabe reconocer como título inscribible la mera certificación de la autoridad extranjera, por lo que, prescindiendo de la posible extralimitación reglamentaria del artículo 256 n.º 3 del Reglamento del Registro Civil respecto del artículo 73, párrafo segundo de la Ley, la aplicación de tal precepto tropieza con la excepción reconocida en el artículo 252 del propio Reglamento que impone, para los casos en él contemplados y en cuyo tipo normativo se subsume el que es objeto del presente recurso, la previa tramitación del expediente registral a fin de obtener certeza sobre la capacidad matrimonial del contrayente español »,*

por lo que en consecuencia denegó dicha inscripción por insuficiente acreditación de la capacidad matrimonial de la contrayente española pues, «partiendo de la condición de español del contrayente, no se han observado las exigencias de la forma prevista para la celebración del matrimonio por la *lex loci*»<sup>44</sup>.

2º En el ordenamiento español la cuestión resulta más heterogénea y compleja<sup>45</sup>.

---

43 Cfr. J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Matrimonio y parejas de hecho», *cit.*, p. 59.

44 BOE nº 96, de 21 de abril de 2007; del mismo tenor es la ya citada Resolución del mismo órgano de 13 de junio de 2005. Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (1ª) de 14 de septiembre de 2001, (1ª) de 20 de noviembre de 2002 y (5ª) de 11 de febrero de 2003 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2001, nº 10199; y 2003, nº 1105; y 2003, nº 4026, respectivamente) denegaron la expedición de sendos certificados de capacidad matrimonial solicitados a diferentes Jueces encargados del Registro Civil por nacionales españoles para poder contraer matrimonio en Marruecos con cónyuges marroquíes por cuanto de la audiencia de los contrayentes se concluyó la existencia de un fraude que impedía un verdadero consentimiento matrimonial.

45 Para aquellos supuestos en que resulte precisa la expedición del certificado de capacidad matrimonial por nuestras autoridades (*infra*), la Orden de 21 de enero de 1993 aprueba el modelo del mismo así como del de celebración de matrimonio religioso (BOE nº 29, de 3 de febrero de 1993), la cual resultó modificada por Orden

- a) Para el matrimonio en forma canónica y para el matrimonio civil ante autoridad española no se requiere dicho documento, con independencia de la nacionalidad de los contrayentes<sup>46</sup>; es más, como ha establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución [4<sup>a</sup>] de 7 de abril de 2006 arriba citada),

*« en caso de que el Estado de origen del extranjero establezca un requisito que no es exigible conforme a la legislación del lugar de celebración [en este caso España], cuando éste coincide con el de la residencia habitual del interesado y se trate de materia regida por la Ley determinada por tal residencia, como sucede en el presente caso, la denegación de la expedición del certificado de capacidad matrimonial por parte de las autoridades del país de procedencia del contrayente extranjero no puede ser obstáculo para su válida celebración en España ».*

- b) Para los matrimonios religiosos al amparo de las confesiones evangélica y hebrea, el artículo 7 de las respectivos Acuerdos incorporados en las Leyes 24 y 25/1992, de 10 de noviembre (*infra*), establece que las personas que deseen contraer matrimonio en la forma prevista en ellas promoverán el expediente previo al matrimonio ante el encargado del Registro Civil correspondiente (apartado 2º) el cual, cumplido este trámite, expedirá por duplicado certificación acreditativa de la capacidad matrimonial de los contrayentes, que éstos deberán entregar al ministro de culto encargado de la celebración del matrimonio (apartado 3º)<sup>47</sup>.
- c) En cambio, para el matrimonio islámico el apartado 2º del artículo 7 del Acuerdo contenido en la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación entre el Estado y la

---

de 10 de diciembre del mismo año (BOE nº 305, de 22 de diciembre de 1993) para suprimir en la primera edición de aquel certificado la referencia a la profesión de los interesados.

46 El párrafo 1º del artículo VI.1 del Protocolo final del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos se limita a disponer que « Inmediatamente celebrado el matrimonio canónico, el sacerdote ante el cual se celebró entregará a los esposos la certificación eclesiástica con los datos exigidos para su inscripción en el Registro Civil. Y en todo caso, el párroco en cuyo territorio parroquial se celebró el matrimonio, en el plazo de cinco días, transmitirá al encargado del Registro Civil que corresponda al acta del matrimonio canónico para su oportuna inscripción, en el supuesto de que ésta nos se haya efectuado ya a instancia de las partes interesadas ». Por su parte, el punto 4º de la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 1980, sobre inscripción en el Registro Civil de los matrimonios canónicos (BOE nº 47, de 23 de febrero de 1980) establece que « Sin perjuicio, en último término, de lo dispuesto por el artículo 96 del Reglamento del Registro Civil, los encargados de los Registros Civiles procurarán obtener la colaboración de los párrocos de sus respectivos territorios, a fin de que las certificaciones eclesiásticas contengan las circunstancias para la inscripción, especialmente los datos registrales de los asientos de los nacimientos de los esposos ».

47 Cfr. I. GARCIA RODRIGUEZ, La celebración del matrimonio religioso no católico, Tecnos, Madrid, 1999, p. 224-225, quien escribe que se supone que sólo cuando se ha verificado la capacidad nupcial de los contrayentes a la luz del ordenamiento español, procede su estudio bajo el prisma religioso.

Comisión Islámica de España (*infra*)<sup>48</sup>, admite este documento *ex post*: en efecto, dispone dicha norma que las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en tal forma «deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente. No podrá practicarse la inscripción si se hubiera celebrado el matrimonio transcurridos más de seis meses desde la expedición de dicha certificación»<sup>49</sup>.

En el caso de matrimonio celebrado ante autoridad extranjera, la certificación del mismo se ha de presentar ante el Registro Civil español para su inscripción, de manera que el encargado del mismo controlará que se hayan respetado los requisitos legales exigidos para dicha celebración; el control legal existe pues, si bien a posteriori<sup>50</sup>. Ahora bien, si para aquélla se otorgó un certificado de capacidad matrimonial por autoridad española no cabe que otra autoridad española verifique *ex post* la capacidad nupcial del contrayente español<sup>51</sup>.

---

48 BOE nº 272, de 12 de noviembre de 1992. Acerca del sustrato sociológico que justificó la promulgación de esta norma véase A. MOTILLA DE LA CALLE, «Identidad cultural y libertad religiosa de los musulmanes en España. Problemas en la adaptación del Derecho de familia al ordenamiento español», en A.-L. CALVO CARAVACA y P. BLANCO-MORALES LIMONES (coords.), *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, p. 381 ss.

49 Ello implica que si el matrimonio se celebra tras la obtención del certificado de capacidad matrimonial, el resto del trámite es idéntico a lo expuesto respecto de los matrimonios en forma evangélica o hebrea, limitándose el Juez encargado del Registro Civil a comprobar que el matrimonio se ha celebrado dentro de los seis meses siguientes a la expedición del certificado de capacidad nupcial; y que si el matrimonio se celebra sin instar el expediente previo para la obtención del certificado de capacidad nupcial, el representante de la comunidad islámica remitirá al Registro Civil, para su inscripción, la certificación acreditativa de dicha celebración, en la que deberán expresarse las circunstancias exigidas por la legislación reguladora de aquél. La peculiaridad consagrada para el matrimonio en forma islámica es justificada por I. GARCIA RODRÍGUEZ (*op. cit.*, p. 226-228) atendiendo a la conformación de esta institución en la confesión musulmana; *cfr.* asimismo la norma 4ª de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de febrero de 1993 sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa (BOE nº 47, de 24 de febrero de 1993), promulgada con ocasión de la entrada en vigor de las tres Leyes de 1992 que amparaban las nuevas modalidades religiosas de matrimonio (sobre la misma véase N. MARCHAL ESCALONA, «Matrimonio religioso y la Instrucción de 10 de febrero de 1993 de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *La Ley*, nº 4175 [27 de noviembre de 1996], p. 1 ss.).

50 En este sentido, por ejemplo, véase la Resolución de 4 de enero de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE nº 24, de 27 de enero de 2007), relativa a la inscripción en el Registro Civil español del un matrimonio coránico celebrado en Marruecos entre española y marroquí.

51 Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (2ª) de 17 de septiembre de 2001 y (4ª) de 5 de noviembre de 2001 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2000, nº 10200, y 2002, nº 3081, respectivamente), que ordenaron la inscripción en el Registro Civil español de sendos matrimonios coránicos celebrado en Marruecos entre nacional marroquí y nacional española en el primer caso y nacional español y ciudadana marroquí en el segundo, en los que los españoles implicados habían previamente obtenido el certificado de capacidad matrimonial de una autoridad judicial española; estimó el órgano directivo que, conforme a lo dispuesto en los artículos 65 del Código Civil, así como 252 y 256 del Reglamento del Registro Civil, no cabe segunda calificación por la autoridad consular española.

## 2. LA DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD NUPCIAL DE LOS CONTRAYENTES

Desde una perspectiva sustantiva, la nacionalidad de los contrayentes posee otra relevante función por cuanto determina la capacidad para la celebración del acto matrimonial –esto es, la capacidad nupcial– desde la óptica de los sistemas de Derecho internacional privado de los países ante cuyas autoridades se vaya a celebrar el matrimonio.

1º En efecto, en el sistema marroquí de Derecho internacional privado la conexión de la nacionalidad es la regla tradicional para determinar la Ley personal y así se consagra desde los *Dahires* de 12 de agosto de 1913 sobre condición civil de los franceses y de los extranjeros en el Protectorado francés de Marruecos<sup>52</sup> y de 1 de junio de 1914 sobre la condición de los españoles y extranjeros en el Protectorado español de Marruecos<sup>53</sup>. Mediante la nacionalidad se determina el ordenamiento aplicable a las distintas instituciones que conforman el estatuto personal en dicho ordenamiento: estado y capacidad de las personas, matrimonio, divorcio, regímenes matrimoniales, sucesiones y testamentos<sup>54</sup>. En el supuesto de concurrencia de dos ordenamientos reclamados por sendas nacionalidades –de las que ninguna sea la marroquí– de las personas afectadas en una misma institución, en el sistema de Derecho internacional privado marroquí se distinguen dos supuestos.

- a) Que el extranjero sea musulmán, en cuyo caso el ordenamiento aplicable a su estatuto personal será siempre el Derecho marroquí musulmán, y ello con independencia de cuáles sean sus nacionalidades<sup>55</sup>.
- b) Que el extranjero no sea musulmán, supuesto en el que habrá de recurrirse a un análisis casuístico de la jurisprudencia a los fines de hallar una solución unitaria<sup>56</sup>.

---

52 Artículo 3: «El estado y la capacidad de los franceses y de los extranjeros se rigen por su Ley personal»; la traducción está tomada de J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*, Edersa, Madrid, 1995, p. 524. Se considera que este *Dahir* contiene las normas de conflicto en materia de estatuto personal del sistema marroquí de Derecho internacional privado.

53 Artículo II: «El estado civil, la condición y la capacidad legal y los derechos y deberes de familia de los españoles y de los extranjeros se rigen por su Ley nacional respectiva, a cuyos preceptos vienen obligados cuando residan en la zona española de Marruecos»; la traducción está tomada de la misma obra, p. 527.

54 Cfr. S. BELMIR, «La conflictividad de las Leyes en el Derecho internacional especial marroquí y el el Derecho internacional especial español; aplicación a los vínculos familiares, al matrimonio mixto y a la nacionalidad», en Primer encuentro judicial hispano-marroquí organizado por el Consejo General del Poder Judicial (España) y la Corte Suprema de Marruecos, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, Rabat, 2002, p. 11.

55 Según explican F. SAREHANE y N. LAHLOU-RACHDI, «Maroc (Conflits de lois. Conflits de juridictions)», *Juris-Classeur de Droit Comparé*, fasc. 4, 1994, nº 67, p. 12, se trata de una solución de naturaleza jurisprudencial más tarde acogida por el *Dahir* de 24 de abril de 1959, que modificó a su vez el *Dahir* de 4 de abril de 1956 relativo a la organización judicial y al funcionamiento de los Tribunales musulmanes.

56 Cfr. A. RODRIGUEZ BENOT, «El estatuto personal común», *cit.*, p. 43. El artículo 4 del *Dahir* de 1913 dispone que en caso «de que una persona tenga simultáneamente, respecto de diversos Estados extranjeros, la



El principio de base del imperio de la conexión nacional en el estatuto personal en el Derecho marroquí sufre algunas matizaciones notables.

A falta de nacionalidad (apatridia) resulta de aplicación el ordenamiento marroquí como *lex fori*, solución que expresamente se preveía para los refugiados y apátridas en el artículo 5 del *Dahir* de 12 de agosto de 1913 sobre la condición civil de los extranjeros en Marruecos<sup>57</sup>.

2º En el sistema español de Derecho internacional privado el recurso al criterio de la nacionalidad lo establece la primera frase del apartado 1º del artículo 9 del Código Civil («La Ley personal correspondiente a la persona física es la determinada por su nacionalidad»), extendiéndose la aplicación del ordenamiento así determinado a la capacidad y al estado civil de las personas, a los derechos y deberes de familia, así como a la sucesión por causa de muerte. Se trata de una solución tradicional en el sistema español, legalmente consagrada desde la promulgación en 1889 del Código Civil<sup>58</sup>.

Una conclusión parcial en este punto nos permite resaltar, pues, la sintonía entre los sistemas jurídicos de los dos Reinos vecinos en orden a la determinación del ordenamiento aplicable al estatuto personal –y, por ende, a la capacidad nupcial– por parte de la autoridad española o marroquí que haya de autorizar la celebración de un matrimonio o por parte de la autoridad española que haya de verificar la viabilidad del acceso a nuestro Registro Civil de un matrimonio celebrado al amparo de un ordenamiento extranjero. La capacidad nupcial ha de apreciarse en el momento del inicio del expediente matrimonial o, en su defecto, en el de la inscripción en el Registro Civil español del matrimonio ya celebrado (*supra*)<sup>59</sup>.

---

nacionalidad de cada uno de ellos, el juez que conozca de un litigio determinará el estatuto personal aplicable» y el artículo III del *Dahir* de 1914 que corresponde «a los Tribunales de la zona española determinar en cada caso cuál sea el estatuto personal aplicable a las personas que puedan atribuirse válidamente diversas nacionalidades» (traducciones tomadas de J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *cit.*, p. 527).

57 Pese a que la vigencia del citado *Dahir* ha sido confirmada por el *Dahir* de 26 enero de 1965 sobre la unificación de las jurisdicciones, la marroquinización y la arabización de la justicia, entienden R. ABDELJOUAD y A. HMIDOU («Implication des conflits de loi et de compétence», Initiation et formation à la coopération et l'entraide judiciaire internationale en matière civile, Programme Euro-Med Justice, Séminaire, Marrakech, 11 a 14 de noviembre de 2006, [http://www.eipa.eu/modules/EuroMedJustice/Conferences/Marrakech\\_11Dec06/Reports/Report%20Presentation%20Delgation%20marocaine.pdf](http://www.eipa.eu/modules/EuroMedJustice/Conferences/Marrakech_11Dec06/Reports/Report%20Presentation%20Delgation%20marocaine.pdf)) que el citado artículo 5 estaría tácitamente abrogado, de manera que el refugiado o el apátrida se someterían al ordenamiento del país de su domicilio o, en su caso, del de su residencia habitual (artículo 12 del Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951 y artículo 12 del Convenio de las Naciones Unidas relativa al estatuto de los apátridas) y, en defecto de lo anterior, al Derecho marroquí en tanto que *lex fori*.

58 La redacción de la actual norma es la aprobada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, BOE nº 163, de 9 de julio. En el párrafo 2º de la misma el legislador español ha querido prever el supuesto de conflicto móvil al disponer que el cambio de Ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la Ley personal anterior; supuesto que no debe darse en el caso de españoles que adquieran la nacionalidad marroquí o viceversa, por cuanto en ambos ordenamientos la mayoría de edad, que atribuye la plena capacidad de obrar, se adquiere a los dieciocho años (artículo 315 del Código Civil español por una parte y artículos 209 y 210 del Código de Familia marroquí de 2004 por otra).

59 J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Matrimonio y parejas de hecho», *cit.*, p. 52. Si se tratase de un matrimonio celebrado ante la autoridad de un tercer Estado, sería la norma de conflicto del sistema de Derecho internacional privado de éste la que indicaría qué criterio de conexión seguir para determinar la capacidad nupcial de los



El ordenamiento designado por la nacionalidad de los contrayentes determinará asimismo la existencia, el carácter y el alcance de los impedimentos matrimoniales que pueden alterar la capacidad nupcial. Un prístino ejemplo de lo afirmado lo ofrece la antes citada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de marzo de 2007 (1ª), dictada en relación con un expediente de solicitud para contraer matrimonio ante un Juez español iniciado por un nacional español nacido en Marruecos y una nacional marroquí nacida en España:

*«Dispone el n° 1 del artículo 9 del Código Civil que «la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte». Dada la nacionalidad marroquí de la interesada no es posible a los efectos de determinar su capacidad para contraer matrimonio la aplicación de la ley española, porque en virtud del precepto transcrito dicha capacidad ha de quedar determinada por lo dispuesto en la ley personal de aquella, sin perjuicio de intervención del orden público internacional especial en los casos en que proceda (cfr. artículo 12, apartado 3º, del Código Civil), sin que el presente sea uno de ellos, ya que en el Derecho español a partir de los 14 años se reconoce la capacidad natural para contraer matrimonio (cfr. artículo 48, párrafo 3º, del Código Civil) y porque está prevista la convalidación ex lege del matrimonio del menor (cfr. artículo 75 del Código Civil)»<sup>60</sup>.*

En la práctica son diversos los posibles impedimentos que podrían afectar a la capacidad para la celebración de un matrimonio en el que, al menos, uno de los cónyuges fuese marroquí. De entre ellos nos centraremos en tres: el de vínculo o ligamen, el de la identidad de sexos y el de la disparidad de religiones.

## **A) El impedimento de vínculo o ligamen y la admisión del matrimonio poligámico en el ordenamiento marroquí**

### **a) El imposible acceso al Registro civil español de un matrimonio poligámico**

Uno de los impedimentos indicados es el de vínculo o ligamen (al que se refieren los artículos 46, apartado 2º, del Código Civil y 246 del Reglamento del Registro

---

contrayentes, si el de su nacionalidad (como hemos visto que es el caso de los sistemas español y marroquí), el de su domicilio o el de su residencia habitual.

60 La Juez encargada del oportuno Registro Civil apreció, conforme al Derecho español, la existencia del impedimento de minoría de edad de la mujer en el momento de la solicitud de la autorización del matrimonio; de ahí que la Dirección General dispusiera la retrotracción de las actuaciones para que fuesen oídos separada y reservadamente los interesados con carácter previo a la autorización o no del matrimonio así como para verificar la existencia de cualquier impedimento (artículo 246 del Reglamento del Registro Civil).

Civil), por cuya virtud no podría ser reconocido ante el ordenamiento español un matrimonio poligámico. Y ello por cuanto no cabría celebrarlo *ex novo* válidamente ante autoridad española<sup>61</sup>, como tampoco tendría acceso al Registro Civil español el válidamente celebrado al amparo de un ordenamiento extranjero. Esta solución se impone aun cuando los anteriores matrimonios no constasen en nuestro Registro Civil. Ello supondría que la autoridad española ante la que se suscitase la validez de un matrimonio poligámico admitido por el ordenamiento nacional del contrayente extranjero debería rechazarla por contrariar nuestro orden público constitucional en la materia (artículo 32 de la Constitución Española en relación con el artículo 12, apartado 3º, de nuestro Código Civil), aplicando sustitutivamente para verificar la capacidad de aquél el ordenamiento español en su calidad de *lex fori* con lo cual, insistimos, no admitiría la celebración ante ella de un tal matrimonio o no permitiría el acceso al Registro Civil español del matrimonio poligámico válidamente celebrado al amparo, por ejemplo, del Derecho marroquí<sup>62</sup>.

Los artículos 40 a 46 del Código de Familia marroquí de 2004 consagran diversos preceptos al matrimonio entre un varón y más de una esposa<sup>63</sup>, cierto es que con un carácter limitado y precautorio<sup>64</sup>. El mantenimiento de la poligamia en el Derecho marroquí se justifica, según se describe en el Preámbulo de dicho

---

61 La Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (3ª) de 4 de junio de 2001 y (4ª) de 12 de septiembre de 2002 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2002, nº 5494 y 2003, nº 136, respectivamente) no autorizaron, ex artículo 46 del Código Civil, la celebración ante los Jueces encargados del Registro de Leganés en un caso y de Sant Vicenç dels Horts en el otro de sendos matrimonios entre un nacional español y una nacional marroquí por cuanto en los correspondientes expedientes previos no se acreditó la disolución de los anteriores matrimonios que vinculaban a las contrayentes.

62 Distinto sería el caso de la pretensión de celebración de matrimonio en España ante autoridad española por solicitantes marroquíes que ya se hubieran casado previamente en forma monogámica en Marruecos: es el abordado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1996 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1997, nº 8279), respecto de la cual el órgano directivo establece, con ocasión de la incoación del expediente previo a la celebración del matrimonio, que «En cualquier caso hay que destacar que si fuera cierta esa sospecha de que los contrayentes ya han contraído entre sí matrimonio islámico en España o en Marruecos, tal matrimonio, bien como celebrado de acuerdo con una forma hoy admitida en España, bien por ajustarse a la *lex loci*, sería válido y produciría efectos civiles desde su celebración (cfr. artículos 61 del Código Civil y 70 de la Ley del Registro Civil), y la inscripción omitida de aquel hipotético enlace en el Registro español competente debería promoverse incluso de oficio (cfr. artículos 26 de la Ley del Registro Civil y 94 del Reglamento del Registro Civil), por medio de alguno de los procedimientos que señalan los artículos 256 y 257 del Reglamento, si bien es claro que estas actuaciones de oficio únicamente proceden cuando hay una justificación cierta, que aquí no concurre, del hecho inscribible no inscrito».

63 En la práctica hasta cuatro en la tradición social y religiosa del Corán (4:3), que exige que sean tratadas justa y equitativamente por el esposo.

64 Acerca de las novedades incorporadas por el Código de Familia de 2004 en la materia respecto de la reglamentación anterior véanse P. DIAGO DIAGO, «Repercusiones de la nueva Mudawanna en la inmigración marroquí», *cit.*, p. 146-149; M.C. FOBLETS y J.Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille...*, *cit.*, p. 526; F. LAROCHE-GISSEROT, «Le nouveau Code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?», *cit.*, p. 347-348; y A. QUIÑONES ESCAMEZ, «La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe», *cit.*, p. 880-884.

Código, por razones histórico-religiosas y se ha de autorizar por el juez marroquí conforme a los siguientes criterios:

- deben verificarse las posibilidades del marido de garantizar la justicia, en igualdad de condiciones, con la primera esposa y sus hijos en todos los aspectos de la vida<sup>65</sup>;
- debe asegurarse la justificación objetiva extraordinaria que fundamentaría un matrimonio poligámico; y
- debe impedirse al esposo casarse con una segunda mujer si la primera esposa impuso en su acta de matrimonio la exigencia de no permitir a aquél tal posibilidad<sup>66</sup>.

Frente a esta situación, hoy cabría considerar que el consenso constitucional básico que configura el orden público del sistema español de Derecho internacional privado en materia matrimonial (artículos 14 y 32 de la Constitución de 1978) impediría la inscripción de un matrimonio poligámico en el Registro civil español<sup>67</sup>. La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado resulta tajante en este punto, al aludir al hecho de que la admisión de la inscripción de un matrimonio poligámico en el Registro Civil español atentaría contra la concepción española de matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer<sup>68</sup>.

---

65 Como corolario de ello, el artículo 51, apartado 1º, establece que es un derecho y un deber recíproco de los esposos, entre otros, el de igualdad de trato entre esposas en caso de poligamia.

66 Si no se hubiese ejercido tal derecho, el juez habría de convocarla para que aceptase una segunda esposa para su marido. Asimismo, aquél debería informar a la segunda esposa de que su futuro marido ya está casado, así como obtener de ésta la aceptación de dicha situación; en tal caso, la primera esposa tendría el derecho de pedir el divorcio por daños y perjuicios. Acerca del arraigo de esta institución en el Corán, así como de sus diversas variantes desde la óptica de los posibles ordenamientos en presencia, véanse S. ALDEEB y A. BONOMI (eds.), *Le Droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, *cit.*, p. 96 ss.

67 Cfr. Acerca de la oposición del matrimonio poligámico con el orden público español, reiteradamente sostenida en el ámbito civil por la Dirección General de los Registros y del Notariado, véase M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO e H. GRIEDER MACHADO, «La reagrupación familiar de los extranjeros en España», en A. RODRÍGUEZ BENOT y C. HORNERO MENDEZ (eds.), *El nuevo Derecho de extranjería*, Comares, Granada, 2001, p. 124-125; I. GARCIA RODRIGUEZ, «La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)», en A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 192 ss.; P. JUAREZ PEREZ, «Hacia un Derecho internacional privado intercultural», en A.-L. CALVO CARAVACA y P. BLANCO-MORALES LIMONES (coords.), *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, p. 336-341; M<sup>a</sup>.L. LABACA ZABALA, «El matrimonio poligámico y su transcendencia en el ordenamiento jurídico español», <http://noticias.juridicas.com/areas/45-Derecho%20Civil/10-Art%EDculos/200501-6557171110453510.html> y M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, «Matrimonio poligámico, orden público y extranjería», *Actualidad Laboral*, 2003, nº 33 (8 a 14 de septiembre), margs. 581 ss., que califica la monogamia como «una distinción *esencial* que caracteriza a los sistemas matrimoniales de nuestro entorno socio-cultural, al tiempo que sirve de *atributo* de una determinada unión» (marg. 583; la cursiva es de la autora). En palabras de P. DIAGO DIAGO («La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado», *cit.*, p. 1080) la poligamia contradice nuestros principios fundamentales de igualdad y compromete la dignidad de la mujer.

68 Véanse, por todas, las resoluciones de este órgano citadas por M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, *op. cit.*, marg. 586. Ahora bien, si el matrimonio anterior ha sido disuelto cabe celebrar un matrimonio posterior, incluso aun

Incluso para el matrimonio celebrado ante autoridad religiosa musulmana al amparo de lo prevenido en el artículo 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, las exigencias de reunir los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil (apartado 1º) y de acreditar previamente la capacidad matrimonial mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente (apartado 2º) demuestran la imposible eficacia directa en el ordenamiento español de un matrimonio poligámico, pese a la nacionalidad marroquí de sus contrayentes, por la existencia de un previo vínculo o ligamen<sup>69</sup>.

**b) El reconocimiento indirecto de ciertos efectos al matrimonio poligámico válidamente celebrado al amparo del ordenamiento marroquí**

Cuestión distinta sería el reconocimiento indirecto de ciertos efectos a un matrimonio poligámico válidamente constituido al amparo del ordenamiento marroquí<sup>70</sup> pues, como ha escrito A. BUCHER, « puede no aceptarse la poligamia, pero no se la puede ignorar ni rechazarla completamente sin atribuirle la menor eficacia jurídica »<sup>71</sup>. De lo afirmado pueden hallarse muestras de, al menos,

---

cuando éste sea previo en fecha a la concesión del exequátur en España de la sentencia por la que se disuelve el primer matrimonio: así lo ha establecido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (4ª) de 21 de mayo de 2003 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2003, nº 5471), que entendió que no existía impedimento de vínculo o ligamen en el matrimonio celebrado en 1996 entre española y marroquí en Marruecos, aun cuando el anterior matrimonio de aquélla fuera disuelto en 1993 por sentencia judicial marroquí exequaturizada por auto del Tribunal Supremo en 1998, pues, afirmó el órgano directivo, tal auto produce efectos *ex tunc*, por lo cual el primer matrimonio se entendía disuelto en 1993 y, por tanto, que la celebrante gozaba de plena capacidad nupcial en 1996.

<sup>69</sup> Aun en el caso de contrayentes marroquíes previamente casados en Marruecos que desean casarse de nuevo entre sí ante autoridad española en España entiende la Dirección General de los Registros y del Notariado la existencia de impedimento de vínculo o ligamen: Resolución (1ª) de 15 de marzo de 2004 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2004, nº 3945).

<sup>70</sup> En nuestro entorno jurídico, una interesante regulación se contiene en el Capítulo 42 de la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act* británica de 1995 (que sustituye a la *Matrimonial Proceedings [Polygamous Marriages] Act* de 1992), que permite la validación ante el ordenamiento del Reino Unido de los llamados matrimonios potencialmente poligámicos, esto es, de los matrimonios de esta índole válidamente celebrados al amparo de un ordenamiento extranjero. Un comentario sobre la misma puede verse en N. BOUZA VIDAL y A. QUIÑONES ESCAMEZ, «Derecho internacional privado (información correspondiente al año 1995)», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1997, nº 1, p. 172-175; para un mayor detalle *cfr.* A.S. PRAKASH, «Attitudes to Polygamy in English Law», *International and Comparative Law Quarterly*, nº 52 (2003), p. 369 ss.

<sup>71</sup> « La famille en Droit international privé », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 283 (2000), p. 129. Entre las razones que valoran los órganos judiciales de los Estados europeos para conceder o no cierta eficacia a estos supuestos se hallan, incluso, las que atañen a circunstancias volitivas (esto es, a la existencia de buena o mala fe en la constitución de la situación conflictiva), económicas (es el caso, en sede de divorcio, del supuesto de un matrimonio de iraníes residente en Alemania abordado por la sentencia del *Oberlandesgericht de Oldenburg* de 16 de septiembre de 1980, citada por A. QUIÑONES ESCAMEZ en *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2000, p. 53, donde se valoró el hecho de que la no atribución de pensión alimenticia a la esposa por el ordenamiento iraní implicaría que la asistencia social alemana tuviera que atender a la situación de ésta) o de carácter sociológico (como ocurrió con el supuesto narrado por E. JAYME, « Identité, culture et intégration. Le Droit international privé post-moderne », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 251 [1995], p. 234 ss., a propósito de la concesión de una pensión de viudedad a la segunda esposa camerunesa de un ciudadano alemán, respecto de la cual se valoró su procedencia

dos derechos reconocidos en el ámbito jurídico administrativo: a la pensión de viudedad y a la reagrupación familiar<sup>72</sup>.

1º Se han planteado supuestos de solicitud, ante la administración española (concretamente el Instituto Nacional de la Seguridad Social), de pensiones de viudedad por al menos dos esposas, que lo fueron en vida y simultáneamente, del mismo esposo<sup>73</sup>. Sobre el particular existe alguna jurisprudencia menor de nuestros órganos judiciales de carácter contradictorio<sup>74</sup>: en tanto que una tendencia minoritaria se ha inclinado por reconocer la pensión por entero únicamente a la primera esposa alegando la incompatibilidad del matrimonio poligámico con nuestro orden público internacional y, por ende, su nulidad ante nuestro ordenamiento<sup>75</sup>, un mayor número de pronunciamientos se han decantado por el reparto de la pensión entre las esposas del causante polígamo varón fallecido<sup>76</sup>.

---

de una cultura diferente a la del Estado del foro y su creencia en la validez del matrimonio poligámico que había celebrado).

72 En el ámbito del civil se ha suscitado, igualmente, la concesión de ciertos derechos a las dos esposas simultáneas del mismo marido con ocasión de la disolución de los vínculos matrimoniales bien sobreviviendo el esposo (es el caso de la pensión compensatoria entre cónyuges y de los alimentos entre parientes) bien por fallecimiento del mismo (derechos sucesorios de carácter sustantivo). En relación con ambas hipótesis, y ante la carencia de pronunciamientos jurisprudenciales de relevancia, la doctrina española se ha manifestado a favor de la admisión de derechos para la segunda esposa en los términos previstos en el ordenamiento señalado como aplicable al fondo de las mismas por las normas de conflicto del sistema español de Derecho internacional privado: en sentido amplio, esto es, sin distinguir la nacionalidad de las esposas, véase J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Matrimonio y parejas de hecho», *cit.*, p. 54; por su parte M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA («Matrimonio poligámico, orden público y extranjería», *cit.*, marg. 589) parece matizar que sólo si la segunda esposa fuera española se le deberían atribuir en nuestro país alimentos o se le habrían de reconocer derechos sucesorios. En lo que concierne a éstos, por ejemplo, la práctica francesa se inclina por no considerar la cuestión como propia del Derecho sucesorio sino como atinente al ámbito matrimonial aplicando un concepto de orden público atenuado: *cf.* S.A. ALDEEB ABUSAHLEH y A. BONOMI, *Le Droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, *cit.*, p. 329-331.

73 Un análisis de la repercusión de la poligamia en la relación laboral de los extranjeros, así como en sus derechos de Seguridad Social, puede verse en I.A. RODRIGUEZ CARDO, «Ley personal vs. Ley territorial en el orden laboral: puntos significativos», *Actualidad Laboral*, 2007, nº 9, margs. 1052 ss. Para una visión más general de la cuestión véase G. RODRIGUEZ INIESTA, *La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2006.

74 *Cfr.* J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Matrimonio y parejas de hecho», *cit.*, p. 54-55.

75 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) de 30 de julio de 2003 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social, 2002, nº 3049), que revoca la del Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona de 10 de octubre de 2001 dictada en un supuesto de dos esposas supervivientes residentes en España con los respectivos hijos del mismo fallecido natural de Gambia (país donde se celebraron válidamente los dos matrimonios con aquéllas al amparo de la Ordenanza mahometana de matrimonios de 1941); sobre ella véase M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, «Matrimonio poligámico, orden público y extranjería», *cit.*, margs. 582-583.

76 Es el caso de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 2 de abril de 2002 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social, 2002, nº 899), que confirmó la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de La Coruña de 13 de julio de 1998 respecto de dos viudas senegalesas de un fallecido igualmente senegalés, y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) de 29 de julio de 2002 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social, 2002, nº 3324), relativa a un fallecido marroquí que había contraído matrimonio en Maruecos en 1993 con una primera esposa y en 1995 con una segunda, y en la que se tuvo en cuenta el Convenio hispano-marroquí de Seguridad Social de 6 de noviembre de 1979. Sobre la primera véase A.L. DE VAL TENA, «Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la 'extensión' del concepto de beneficiario», *Actualidad Laboral*, 2003,

2º En lo que concierne al Derecho de extranjería, nuestro ordenamiento admitiría alguna eficacia, en sede de reagrupación familiar, al matrimonio poligámico en que fuese parte un ciudadano extranjero residente en España distinguiendo que éste fuese beneficiario del régimen comunitario o que no lo fuera<sup>77</sup>.

Un beneficiario *ratione territorii* del régimen comunitario (esto es, un nacional de los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo –Islandia, Liechtenstein y Noruega–, o de Suiza) puede reagrupar consigo, como miembros de su familia, a las siguientes personas según se indica en el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero<sup>78</sup>:

---

nº 3, margs. 47 ss. y sobre la segunda P. JUAREZ PEREZ, «Hacia un Derecho internacional privado intercultural», cit., p. 339-341.

En Francia existe una variada jurisprudencia que valora la nacionalidad de los cónyuges y el lugar de celebración de los matrimonios. Dentro de ella ha resultado célebre el asunto Baaziz, resuelto por dos sentencias de la Corte de Casación (de 17 de febrero de 1982 y de 6 de julio de 1988) relativas, respectivamente, a la redacción de la declaración de defunción del ciudadano argelino Baaziz y a la concesión de pensión de viudedad a las dos esposas de éste; en la segunda de esas resoluciones la Corte francesa casó la sentencia del Tribunal a quo –que había considerado que la pensión debía dividirse entre las dos esposas por partes iguales conforme a lo dispuesto en el Convenio sobre Seguridad Social de 19 de enero de 1965 entre Argelia y Francia– por cuanto la concepción del orden público francés era contraria al hecho de que el matrimonio poligámico contraído al amparo de un ordenamiento extranjero por el marido argelino, esposo que lo era ya de una ciudadana francesa, pudiese producir efectos frente a ésta (un comentario crítico de Y. LEQUETTE puede verse en su crónica publicada en la Revue Critique de Droit International Privé, 1989, nº 1, p. 78).

77 Sobre esta institución véanse, entre nosotros, M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO e H. GRIEDER MACHADO, «La reagrupación familiar de los extranjeros en España», cit., p. 97 ss.; F. ALONSO PEREZ, «El derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros. Innovaciones introducidas por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre», La Ley, nº 6006 (28 de abril de 2004), p. 1 ss.; I. BLAZQUEZ RODRIGUEZ, «La reagrupación familiar: especial referencia a la inmigración magrebí», en I. BLAZQUEZ RODRIGUEZ y M<sup>a</sup>.D. ADAM MUÑOZ, Inmigración magrebí y Derecho de familia, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005, p. 95 ss.; P. CANEDO ARRILLAGA, «La propuesta de Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el Derecho internacional privado», en A.L CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ANGEL (eds.), Mundialización y familia, Colex, Madrid, 2001, p. 121 ss.; L. CUADRA FERNANDEZ, «Derecho a la reagrupación familiar en la legislación española», Aequalitas, nº 6 (enero-abril de 2001), p. 28 ss.; C. ESPLUGUES MOTA, «Inmigración y Derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)», en A. RODRIGUEZ BENOT (dir.), La multiculturalidad: especial referencia al Islam, cit., p. 89 ss.; M. FERNANDEZ ROMO, «Discrecionalidad administrativa en el control de entrada de los extranjeros: visados, cupos, reagrupación familiar», en Extranjeros, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 531 ss.; E. GONZALEZ LOPEZ, «Régimen jurídico de la reagrupación familiar», Diario Jurídico Aranzadi, 24 de octubre de 2002; R. MOLINER NAVARRO, «Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España», Actualidad Civil, 2001, nº 14, margs. 487 ss.; M. MOYA ESCUDERO, «El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de extranjería», La Ley, nº 4982 (1 de febrero de 2000), p. 1 ss.; L. SANTOS ARNAU, «Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad: especial referencia al visado para la reagrupación familiar», en Extranjeros, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 439 ss.; y M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, La reagrupación familiar de los extranjeros en España: normas de extranjería y problemas de Derecho aplicable, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

78 Sobre la relevancia de la reagrupación familiar en la elaboración de una política comunitaria de inmigración véase el punto 1.2. del Dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea sobre el documento «La inmigración, la integración y el papel de la sociedad civil organizada», DOCE C 125, de 27 de mayo de 2002, donde se afirma que «las políticas públicas deben adecuarse al hecho de que la sociedad europea actual y futura es una sociedad con gran presencia de personas inmigradas, y por lo tanto son necesarias políticas claras y eficaces de integración social de la población inmigrada. Nos referimos al conjunto de la población inmigrada, no sólo a la



- «su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal» (letra a),
- «sus descendientes directos, y a los de su cónyuge (...) siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal (...), menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces» (letra c) y
- «sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge (...), siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal» (letra d)<sup>79</sup>.

Cierto es que ni estos preceptos ni los correspondientes de la Directiva comunitaria que transpone a nuestro ordenamiento jurídico (artículo 2, apartado 2º, de la Directiva 2004/38/CE) aluden expresamente al supuesto de varón casado con dos o más esposas; pero no lo es menos que la referencia a la esposa, así como a los ascendientes y descendientes de ésta (habidos con el propio reagrupante o con una tercera persona) ha de entenderse realizada también a una segunda o posterior esposa siempre que el vínculo respecto de la primera o anterior se hubiera disuelto con las garantías requeridas tanto respecto de los cónyuges como de los hijos en común. A modo de ejemplo, un francés de credo musulmán casado con una primera esposa marroquí que residiera regularmente con él en España podría reagrupar a una segunda o posterior esposa igualmente marroquí (con la que se habría casado válidamente al amparo de lo establecido en los artículos 40 ss. del Código de Familia marroquí de 2004), así como a los ascendientes y/o descendientes de ésta, siempre que hubiera quedado debidamente disuelto el matrimonio con la primera o anterior esposa. Es más, para éstas el artículo 9 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, prevé expresamente el mantenimiento, a título personal, del derecho de residencia de los miembros de la familia, en caso de fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio,

---

inmigración por motivos laborales, sino también a la reagrupación familiar, refugiados y personas acogidas a otras forma de protección humanitaria».

79 La disposición final tercera del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, introduce una importante novedad al consagrar expresamente para los nacionales españoles residentes en España (es decir, que no hayan ejercido la libertad de circulación que les reconoce el artículo 18 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea en su versión consolidada por el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997) un derecho de reagrupación familiar similar al que disponen los nacionales de los Estados indicados *supra* que sí ejerzan tal derecho; a tal fin ha introducido una disposición adicional vigésima al Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, de 11 de enero, (aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, BOE nº 6, de 7 de enero de 2005) titulada 'Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo', cuyo apartado primero establece: «El Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (...), será de aplicación, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano español, cuando le acompañen o se reúnan con él, y estén incluidos en una de las siguientes categorías», categorías que conciernen, precisamente, a las señaladas en el artículo 2 del citado Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, a la que nos hemos referido en líneas anteriores.

separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada, en relación con el titular del derecho de residencia. Para el supuesto específico de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada de un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de Suiza con un nacional de un Estado que no lo sea, el apartado 4º del citado artículo establece que éste tendrá obligación de comunicar dicha circunstancia a las autoridades competentes, debiendo acreditar, para conservar el derecho de residencia, uno de los siguientes supuestos:

duración de al menos tres años del matrimonio o situación de pareja registrada, hasta el inicio del procedimiento judicial de nulidad del matrimonio, divorcio o separación legal, o de la cancelación de la inscripción como pareja registrada, de los cuales deberá acreditarse que al menos uno de los años ha transcurrido en España;

otorgamiento por mutuo acuerdo o decisión judicial, de la custodia de los hijos del ciudadano comunitario, al ex cónyuge o ex pareja registrada que no sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea, de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ni de Suiza;

cuando se acredite que han existido circunstancias especialmente difíciles como haber sido víctima de violencia doméstica durante el matrimonio o situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista una orden de protección a su favor o informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia doméstica, y con carácter definitivo cuando haya recaído sentencia en la que se declare que se han producido las circunstancias alegadas;

resolución judicial o mutuo acuerdo entre las partes que determine el derecho de visita, al hijo menor, del ex cónyuge, cónyuge separado legalmente o ex pareja registrada que no sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea, de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de Suiza, cuando dicho menor resida en España y dicha resolución o acuerdo se encuentre vigente.

Transcurridos seis meses desde que se produjera cualquiera de los supuestos anteriores, salvo que haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente, el ex cónyuge o ex pareja registrada que no sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea, de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de Suiza (por ejemplo marroquí) deberá solicitar una autorización de residencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 96, apartado 5º, del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>80</sup>. Para

---

80 Dicho plazo podrá ser prorrogado, en el tercer supuesto anterior, hasta el momento en que recaiga resolución judicial en la que se declare que se han producido las circunstancias alegadas



obtener la nueva autorización deberá demostrar que está en alta en el régimen correspondiente de seguridad social como trabajador, bien por cuenta ajena o bien por cuenta propia, o que disponen, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes, o que son miembros de la familia, ya constituida en el Estado miembro de acogida, de una persona que cumpla estos requisitos.

La interpretación lógica sostenida en las líneas precedentes se refuerza con la regla *ad hoc* prevista por el apartado segundo de la disposición final cuarta del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (rubricada 'Normativa subsidiaria y supletoria'), que establece que:

*«Las normas de carácter general contenidas en la (...) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como las normas reglamentarias vigentes sobre la materia, serán aplicables a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, con carácter supletorio y en la medida en que pudieran ser más favorables y no se opongan a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como en el Derecho derivado de los mismos».*

En efecto, en la regulación de la reagrupación familiar para los supuestos no cubiertos por el régimen comunitario, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>81</sup>, incluye reglas expresas que resultan más favorables a los ciudadanos extranjeros (por ejemplo marroquíes) envueltos en una situación de poligamia. Así, de la normativa contenida en el Capítulo II («Reagrupación familiar») del Título I de dicha Ley Orgánica, se desprenden tres datos esenciales.

- a) Por una parte nuestro legislador no ignora el matrimonio poligámico, antes al contrario lo tiene presente a efectos administrativos<sup>82</sup>: los artículos 17, letra a), de la Ley Orgánica y 32, letra a), de su Reglamento de ejecución permiten a un extranjero residente en España reagrupar a su cónyuge, previéndose para el caso del matrimonio poligámico que no «podrá reagruparse más de

---

81 BOE nº 11, de 12 de enero de 2001, reformada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre (BOE nº 307, de 23 de diciembre de 2000), 11/2003, de 29 de septiembre (BOE nº 235, de 30 de septiembre de 2003) y 14/2003, de 20 de noviembre (BOE nº 279, de 21 de noviembre de 2003). El Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 ha sido aprobado según se indicó, por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE nº 6, de 7 de enero de 2005).

82 Cfr. M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, «Matrimonio poligámico, orden público y extranjería», *cit.*, margs. 591-592 ss.

un cónyuge, aunque la Ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial»<sup>83</sup>.

- b) Por otra parte, la misma Ley Orgánica, al permitir a un extranjero residente reagrupar a una nueva esposa si «acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes» (artículos 17, apartado 1º, letra a, *in fine*, de la Ley de extranjería y 39, letra a), de su Reglamento de ejecución), dan cabida a supuestos de poligamia y/o repudio<sup>84</sup>. La alusión a la institución de la ‘separación’, de no tratarse de una errata (pues sabido es que no disuelve el vínculo matrimonial y por tanto no permite ‘una nueva esposa’), podría estar pensada para el repudio marital revocable de los ordenamientos islámicos (que además se correspondería con la expresión ‘procedimiento jurídico’ utilizada en esta regla) seguido de nuevas nupcias con otra u otras esposas<sup>85</sup>; pues bien, atento a la necesidad de protección de la mujer en supuestos como el apuntado el legislador patrio parece haber querido garantizar a la mujer repudiada un estatuto vital mínimo así como la posibilidad de obtener una autorización de residencia independiente en determinados supuestos en el artículo 18 de la Ley Orgánica 4/2000.

---

83 Los apartados 2º, letra a), y 6º del artículo 54 del Reglamento de la anterior Ley de extranjería, aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero (BOE nº 47, de 23 de febrero de 1996), ya previeron la eventualidad del matrimonio poligámico a efectos de reagrupación familiar; sobre él véase, por todos, E. SAGARRA TRIAS, «El nuevo Reglamento de la Ley de extranjería de 2 de febrero de 1996», Revista Española de Derecho Internacional, 1996, nº 1, p. 466 ss.

84 Un reciente y plausible ejemplo de exégesis de esta norma se contiene en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª) de 25 de enero de 2006 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2006, nº 4338), que consideró improcedente la denegación de visado a ciudadano marroquí para reagrupación de segunda esposa por cuanto constaba el divorcio de la primera esposa en procedimiento jurídico seguido al amparo del Derecho marroquí. En concreto el Alto Tribunal ha establecido en esta resolución que «a pesar de hacerse referencia a ‘un primer y simple divorcio’, obvio es que no nos encontramos –como se desprende del contenido del acta– en presencia de un repudio unilateral del esposo (*talaq*), de carácter, por tanto, revocable y que para tener efectos realmente disolutorios tendría que haber sido seguido de otros dos posteriores. Por el contrario, como hemos expresado nos encontramos en presencia de un *kohl* o repudio mediante compensación económica de la esposa, que [...] cuenta con el carácter de irrevocable –ya que el divorciado no puede reconciliarse con su esposa sin su consentimiento y sin levantar un nuevo acta matrimonial–, siendo instando este tipo de divorcio (a diferencia del revocable) por la esposa, y que rompe definitivamente el vínculo matrimonial, sin necesidad de posterior reiteración. En consecuencia, se trata, sin duda, de un procedimiento jurídico que supera el canon impuesto por el citado artículo 17.1.a) de la LOE 4/2000, procediendo por ello el acogimiento del motivo y la correspondiente estimación del recurso, cuando, además, en el supuesto de autos la primera esposa divorciada –según certificación expedida por la Subdelegación del Gobierno en Gerona– ‘consultados los antecedentes que obran en el Registro Informático de extranjeros (...) no resulta como residente en España’ ».

85 Sobre ello véanse C. ESPLUGUES MOTA, «Inmigración y Derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)», *cit.*, p. 116-120 y A. QUIÑONES ESCAMEZ, Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa, *cit.* p. 76-77.

- c) Finalmente, procede asimismo una alusión a los hijos habidos en poligamia en el marco de la reagrupación familiar en un doble sentido<sup>86</sup>: por una parte porque la norma aludida del artículo 17, apartado 1º, letra a), de la Ley Orgánica 4/2000 hace referencia expresa a los alimentos de los menores dependientes de los cónyuges tratando asimismo de protegerles ante un eventual abandono por el progenitor masculino; y por otra parte por cuanto, aunque las normas precitadas no lo regulen, puede entenderse que el caso de los hijos de otras esposas anteriores (poligamia) debería asimilarse a los supuestos de los hijos habidos en matrimonio antes de la separación o del divorcio (artículo 17, apartado 1º, letra b, de la Ley Orgánica 4/2000)<sup>87</sup>.

## **B) El impedimento de identidad de sexos: la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el ordenamiento español**

Otro de los impedimentos que podría surgir en orden a la determinación de la capacidad ante la celebración de un matrimonio en el que, al menos, uno de los contrayentes fuese marroquí podría concernir a la identidad de sexos entre ellos, materia en la que los ordenamientos de ambos Reinos difieren radicalmente.

Desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>88</sup>, se

---

86 Con carácter general, y en lo que atañe al *status* de los menores desde esta perspectiva, *cfr.* D. VAZQUEZ GARCIA, «El tratamiento de los menores en el marco de las migraciones europeas. El reagrupamiento familiar y la protección de los derechos humanos», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Curso 1999/2000, p. 325 ss.

87 En este sentido M. MOYA ESCUDERO, «Derecho a la reagrupación familiar (Arts. 16, 17, 18 y 19)», en M. MOYA ESCUDERO (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001, p. 693. Menos clara parece la posibilidad de reagrupar a los hijos no ya de la esposa reagrupada, sino de otra u otras esposas, menores de dieciocho años, o a los hijos mayores pero incapacitados conforme a la Ley española o conforme a su Ley personal y que se encuentren casados.

88 BOE nº 157, de 2 de julio de 2005; acerca de esta ella véase 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 (BOE nº 188, de 8 de agosto de 2005) y sobre la jurisprudencia relativa a la misma *cfr.* J.M. DIAZ FRAILE, «Exégesis de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio», *La Ley*, nº 6449 (27 de marzo de 2006), p. 1 ss. (primera parte) y nº 6450 (28 de marzo de 2006), p. 1 ss. (segunda parte). La literatura científica –y no pacífica– sobre esta Ley es considerable: *cfr.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español», *La Ley*, nº 6391 (2 de enero de 2006), p. 1 ss.; M. CHECA MARTINEZ, «Matrimonios del mismo sexo y Derecho internacional privado», en J.V. GAVIDIA SANCHEZ, *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 389 ss.; J.M. MARTIN SERRANO, «Los matrimonios homosexuales: una aproximación desde el Derecho internacional privado español», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2003, nº 1, p. 291 ss.; A. QUIÑONES ESCAMEZ, «Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo», *Revista Jurídica de Cataluña*, 2005, nº 4, p. 1171 ss.; S. SANCHEZ LORENZO, «La aplicación de la Ley 13/2005 en el caso de contrayentes extranjeros», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2005, p. 1 ss.; y J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, «Notas

admite en España la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo<sup>89</sup>. El planteamiento de esta norma se erige sobre dos elementos: la autoridad celebrante de este tipo de matrimonios por una parte y la nacionalidad o la residencia habitual de los contrayentes por otra; el resultado de la combinación de ambos factores es el que sigue.

1º La autoridad que celebre el acto ha de ser bien española, bien de un Estado que asimismo admita el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>90</sup>.

---

sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español», *Actualidad Civil*, 2005, nº 20 (noviembre), p. 2452 ss.

En lo que concierne a la deriva constitucional de la Ley 13/2005, de 1 de julio, ha de tenerse en cuenta que, por un lado, los autos del Tribunal Constitucional (Pleno) 505/2005 y 508/2005, de 13 de diciembre, inadmitieron las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por los Jueces encargados de los Registros Civiles de Denia y de Telde, respectivamente, con ocasión de los expedientes previos abiertos a la celebración de matrimonio entre sendas parejas de ciudadanas españolas; y que, por otro lado, se halla pendiente de resolver ante dicho órgano el recurso de inconstitucionalidad 6864/2005 planteado por el Grupo Parlamentario Popular y admitido a trámite el 25 de octubre de 2005. Un análisis doctrinal del debate puede verse en C. DE AMUNATEGUI RODRIGUEZ, «Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2005, nº 3 (julio-septiembre), p. 351 ss. y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «¿Es constitucional, hoy, el matrimonio homosexual (entre personas de idéntico sexo)?», *Revista de Derecho Privado*, 2005, nº 2 (marzo-abril), 2005, p. 37 ss.;

89 En un supuesto suscitado antes de dicha entrada en vigor, la Dirección General de los Registros y del Notariado estimó en su Resolución (2ª) de 24 de enero de 2005 (BOE nº 63, de 15 de marzo de 2005), respecto de un recurso interpuesto contra el auto dictado por el Juez encargado del Registro Civil de Barcelona en el expediente sobre autorización de matrimonio civil entre un varón español y un transexual costarricense, que, pese al vacío normativo, los Tribunales españoles tenían competencia judicial para celebrarlo asumiendo, además, que la prohibición de cambio de sexo contenida en el ordenamiento de Costa Rica (aplicable a la determinación de la capacidad nupcial del segundo contrayente ex artículo 9, apartado 1º, de nuestro Código Civil) resultaba contraria al orden público español para las relaciones internacionales (ex artículo 12, apartado 3º, del mismo cuerpo legal), por lo cual aplicó en su lugar el ordenamiento español que sí admite la legalidad de la transexualidad. Acerca de la misma pueden verse el Comentario de M. GOMEZ JENE en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 70 (2006), p. 89 ss. y la Nota de M. REQUEJO ISIDRO en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, nº 2, p. 988 ss.

En un supuesto que afectaba a los ordenamientos español y marroquí, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de enero de 2001 (*Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 2001, nº 2569) autorizó la celebración del matrimonio ante Juez encargado de un Registro Civil en España entre un contrayente marroquí y una contrayente española nacida varón en 1967 pero habiendo cambiado de sexo mediante operación y confirmada por sentencia judicial de 1999.

90 Un panorama general sobre la regulación comparada de la cuestión puede verse en K. BOELE-WOELKI y A. FUCH (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, *Electronic Journal of International Law*, vol. 7.3 (2003); V. CAMARERO SUAREZ, «Un apunte al Derecho europeo y estadounidense sobre el *status* jurídico de las parejas del mismo sexo», *La Ley*, nº 6105 (13 de octubre de 2004), p. 1 ss.; C. GONZALEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, *cit.*; y S. PEREZ ALVAREZ, «La incidencia de la Ley 13/2005 en el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el ámbito de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, nº 2, p. 841 ss. Junto a España, admiten idéntica validez al matrimonio entre personas del mismo sexo Bélgica y los Países Bajos, si bien la cuestión se ha suscitado desde distintas perspectivas en otros Estados de la Unión Europea (Alemania, Dinamarca, Finlandia, Francia, Reino Unido, Suecia, etc.) o de fuera de ella (Canadá, Estados Unidos, Noruega, Sudáfrica o Suiza); un atinado análisis comparado sobre el particular puede verse en M. CHECA MARTINEZ, «Matrimonios del mismo sexo y Derecho internacional privado», *cit.*, p. 391-396 y una relación pormenorizada de bibliografía sobre la materia en la misma obra p. 417-420.

2º En el caso de autoridad española celebrante sería de carácter civil (pues en la práctica esta posibilidad es descartada por las confesiones cuyo matrimonio es admitido a efectos civiles en nuestro ordenamiento, *infra*).

3º Por consiguiente, tratándose de autoridad civil española celebrante que ejerciera su competencia en territorio español el domicilio de alguno de los contrayentes debería estar fijado en España. Es más, cabe entender que las autoridades civiles españolas serían competentes para celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo en territorio español con independencia de la nacionalidad de los contrayentes (*supra*)<sup>91</sup>: así lo permite al menos la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005<sup>92</sup>. La Resolución (4ª) del citado órgano directivo de 7 de abril de 2006, dictada en un expediente relativo a las actuaciones sobre autorización para contraer matrimonio ante autoridad civil española entre un ciudadano español y uno portugués en el que las autoridades lusas denegaron a éste la expedición del certificado de capacidad matrimonial –según lo previsto en el Convenio de Munich de 1980 de 5 de septiembre de 1980 relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial (*infra*)– por tratarse de un matrimonio entre personas del mismo sexo no admitido en el ordenamiento portugués, consideró que dicha consideración no era obstáculo para la válida celebración del citado matrimonio en España<sup>93</sup>.

4º Dicho en otros términos, nuestras reglas en la materia se han configurado como normas que obvian el mecanismo conflictual de designación del Derecho aplicable a la capacidad nupcial, de tal manera que aunque el ordenamiento nacional aplicable a la determinación de ésta (por ejemplo el marroquí, ex artículo 9, apartado 1º, de nuestro Código Civil) no permitiera la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, el sistema español de Derecho internacional privado sí lo reconocería, con su consiguiente acceso a nuestro Registro Civil conforme a los principios de inscripción registral previstos en los artículos 1 y 15 de la Ley reguladora de aquél.

---

91 Acerca de las distintas tesis defendibles ante esta situación véase, por todos, J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Matrimonio y parejas de hecho», *cit.*, p. 60-66. Esta es la causa primordial del interesante debate doctrinal abierto sobre el particular: véanse al respecto S. ALVAREZ GONZALEZ, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica», *La Ley*, nº 6629 (15 de enero de 2007), p. 1 ss.; *id.* «Nota a la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la DGRN, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, nº 2, p. 1007 ss.; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 2007 (2006), p. 671 ss.; y A. QUIÑONES ESCAMEZ, «Nota a la Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 sobre los matrimonios civiles entre personas del mismo sexo», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2005, nº 4, p. 855 ss.

92 BOE nº 188, de 8 de agosto de 2005. En las cifras publicadas el 3 de julio de 2007 por el Instituto Nacional de Estadística a propósito del 'Movimiento natural de la población' se indica que 1.393 de los 4.574 matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España en 2006 (esto es, el 30,45 %) lo fueron por contrayentes de los que, al menos uno, no era español.

93 BOE nº 135, de 7 de junio de 2006.

5º En el caso de matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado ante autoridad consular española conforme a lo admitido en el artículo 5, letra f), del Convenio sobre relaciones consulares, hecho en Viena el 24 de abril de 1963 (*infra*)<sup>94</sup>, y siempre que el Estado receptor del Cónsul español no se opusiera a este tipo de matrimonio, al menos uno de los contrayentes habría de ser español y debería hallarse domiciliado en la circunscripción territorial en que el Cónsul español autorizante en cuestión ejerciera su competencia.

El razonamiento seguido en las líneas precedentes desembocaría en los dos siguientes ejemplos de matrimonios válidamente celebrados al amparo del ordenamiento español entre personas del mismo sexo en los que, al menos, uno de los contrayentes fuera de nacionalidad marroquí<sup>95</sup>.

- a) Matrimonio celebrado ante autoridad civil española en territorio español entre dos varones marroquíes, entre dos mujeres marroquíes, entre un varón marroquí y un varón español, entre una mujer marroquí y una mujer española, entre un varón marroquí y un varón nacional de un tercer Estado y, finalmente, entre una mujer marroquí y una mujer nacional de un tercer Estado.
- b) Matrimonio celebrado ante autoridad consular española entre un varón español y un varón marroquí o entre una mujer española y una mujer marroquí.

Cierto es que dichos matrimonios no serían admisibles ante el ordenamiento marroquí, por lo que nos hallaríamos ante uno de los llamados actos *claudicantes*, esto es, válidos al amparo de uno de los ordenamientos en presencia (en este caso el español) pero nulos o inexistentes al amparo del otro ordenamiento en presencia (a la sazón el marroquí)<sup>96</sup>. Serán consideraciones personales, familiares y sociales las que aconsejarán a los eventuales contrayentes celebrar un acto de esta naturaleza en función, principalmente, de cuál sea el ámbito de desarrollo de sus intereses vitales, respecto de lo cual los legisladores poca –más bien nula– competencia poseen<sup>97</sup>.

---

94 BOE nº 56, de 6 de marzo de 1970. Por las razones indicadas más adelante, no sería admisible la celebración de matrimonio ante Cónsul marroquí entre dos personas del mismo sexo.

95 A ellos se añadirían los casos de matrimonios entre personas del mismo sexo, una de nacionalidad española y la otra de nacionalidad marroquí, válidamente celebrados en un país tercero que admitiese esta fórmula conyugal.

96 En efecto, la novedosa previsión contenida en los artículos 14 y 15 del Código de Familia marroquí de 2004 (*infra*), por cuya virtud se reconocen ante el ordenamiento marroquí los matrimonios celebrados en el extranjero según la forma local admitida (donde cabría considerar, en teoría, el matrimonio entre personas del mismo sexo del artículo 44 de nuestro Código Civil), exige desde la perspectiva del Reino vecino que los contrayentes acrediten, entre otros extremos, su capacidad (artículo 14, párrafo 1º, del Código de Familia marroquí), siendo así que el ordenamiento marroquí no reconoce capacidad nupcial a una persona para casarse con otra del mismo sexo.

97 En este sentido se ha valorado si un matrimonio entre personas del mismo sexo concluido válidamente al amparo del ordenamiento de uno de los Estados de la Unión Europea en que sea admitida esta fórmula matrimonial

### C) El impedimento de disparidad de religión

Un tercer impedimento cuya operatividad cabría valorar en la celebración de un matrimonio en el que, al menos uno, de los contrayentes fuera marroquí, atañe a la prohibición de hacerlo en el caso de diversidad de religión<sup>98</sup>; nos referimos en concreto a la previsión contenida en el artículo 39 del Código de Familia marroquí de 2004, que abre el Capítulo II relativo a los impedimentos temporales, y que prohíbe el matrimonio:

*«4° de una musulmana con un hombre de otra confesión religiosa y el matrimonio de un musulmán con una mujer de otra confesión religiosa, excepto si ella pertenece a alguna de las religiones del Libro (cristiana o judía fundamentalmente)»<sup>99</sup>.*

Se trata de una regla que, planteada ex artículo 9, apartado 1º, del Código Civil ante una autoridad española en calidad de autoridad celebrante de un matrimonio, debería ser considerada contraria a nuestro orden público internacional por atentar contra el principio de no discriminación por razón de sexo y de la religión, así como contra el *ius nubendi*<sup>100</sup>. En otros términos, el matrimonio ante autoridad española entre una marroquí musulmana y un no musulmán, así como el de un marroquí musulmán con una no musulmana practicante de otra religión, podría ser válidamente celebrado aunque no fuese reconocido en Marruecos (de nuevo, una situación claudicante)<sup>101</sup>.

---

(Bélgica, España o los Países Bajos) no debería ser reconocido en el resto de los socios comunitarios al amparo del derecho de libre circulación reconocido por el Tratado de la Comunidad Europea; lo contrario podría implicar la discontinuidad transfronteriza de situaciones jurídicas personales o familiares. Sobre este particular véase M. REQUEJO ISIDRO, «Derecho internacional privado de la familia y libre circulación de trabajadores: reflexiones suscitadas por el matrimonio homosexual», en La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza, BOE, Madrid, 2003, p. 243 ss.

98 Acerca del arraigo de este impedimento en el Corán, así como de sus diversas variantes en función de la religión del otro contrayente, véanse Cfr. S. ALDEEB y A. BONOMI (eds.), *Le Droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, cit., p. 48 ss.

99 La misma evidencia, en palabras de F. LAROCHE-GISSEROT («Le nouveau Code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?», cit., p. 337-338), que el nuevo Código no supone la laicización del Derecho de familia marroquí. Es más, explica A. QUIÑONES ESCAMEZ («La réception du nouveau Code de la famille marocain [Moudawana, 2004] en Europe», cit., p. 885) que este impedimento implicará que la autoridad consular pueda no emitir el certificado de capacidad matrimonial a la mujer musulmana que quiera casarse en el extranjero con un no musulmán; para superar esta situación, la solución en la práctica suele venir de una conversión –real o ficticia– al Islam del contrayente no musulmán a fin de evitar futuras complicaciones con ocasión, por ejemplo, del posterior traslado a Marruecos del matrimonio.

100 Véanse en este sentido la Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1999 y de 27 de junio de 1992, aludidas expresamente en la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.

101 Así lo estableció la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 4 de diciembre de 1991 (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1627 [1992], p. 1035 ss.) en relación con un pretendido matrimonio ante el Juez encargado del Registro Civil de Melilla entre un español y una marroquí



## D) La dispensa de los impedimentos

Una postrera referencia a los impedimentos concierne a su eventual dispensa.

1ª En lo que atañe a la competencia de las autoridades españolas para otorgar tal dispensa, si bien nuestro Reino es parte en el Convenio tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, hecho en París el 10 de septiembre de 1964 en el seno de la Comisión Internacional del Estado Civil<sup>102</sup>, no lo es el Reino de Marruecos; ello impide su aplicación a las relaciones bilaterales entre ambos por cuanto aquél se erige sobre la base de que el nacional de un Estado parte en el Convenio que contrajera matrimonio en otro Estado parte en el que residiera habitualmente podría obtener la dispensa de impedimentos por parte de las autoridades de este último (artículo 1). Lo anterior supone que, en defecto de instrumento supraestatal que vincule a España y a Marruecos en este ámbito, serán las normas de los respectivos sistemas de Derecho internacional privado previstas en defecto de tal instrumento las que resuelvan la cuestión de la autoridad competente para la dispensa de los impedimentos; en el nuestro existe un vacío legal sobre el particular que J. CARRASCOSA GONZALEZ sugiere colmar considerando que las autoridades españolas podrían dispensar impedimentos tanto a los nacionales españoles como a ciudadanos extranjeros (por ejemplo marroquíes) siempre que éstos residieran habitualmente en España o lo solicitasen a las autoridades españolas porque desearan contraer matrimonio en España<sup>103</sup>.

2ª En lo que concierne a la determinación del ordenamiento aplicable a la dispensa de los impedimentos en los matrimonios internacionales, la regla general de nuestro sistema de Derecho internacional privado estriba en el recurso al artículo 9, apartado 1º, del Código Civil, por cuya virtud la autoridad competente para valorar la dispensa de los impedimentos aplicará el ordenamiento de la nacionalidad del contrayente; será éste el que determine el carácter dispensable o no de los impedimentos, los eventuales efectos de la dispensa, así como la legitimación para solicitarla.

---

musulmana: tal autoridad admitió en el expediente previo, como prueba de la capacidad nupcial de la contrayente, una declaración jurada sobre su estado civil de divorciada y la resolución de un Tribunal marroquí confirmando la disolución de su anterior matrimonio, y todo ello por cuanto las autoridades del país vecino se negaron a expedirle el certificado de capacidad matrimonial por impedir tal matrimonio el artículo 29, apartado 5º, de la anterior *Mudawana* al ser el futuro esposo infiel; sobre esta Resolución véase la Nota de M. AMORES CONRADI en la Revista Española de Derecho Internacional, 1992, nº 1, p. 230 ss. En el mismo sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1999 (Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 1999, p. 3383 ss.) consideró válida la celebración de un matrimonio entre un alemán y una marroquí ante Juez español en Palma de Mallorca recurriendo a la excepción de orden público para rechazar la regla del ordenamiento marroquí por cuya virtud una musulmana no puede casarse con un varón no musulmán por resultar contraria al *ius nubendi* de la mujer, por suponer una discriminación infundada por razón de religión y por vulnerar el principio de libertad religiosa (artículos 32, 14 y 16, respectivamente, de la Constitución española).

102 BOE nº 16, de 19 de enero de 1977.

103 «Matrimonio y parejas de hecho», *cit.*, p. 59.



### 3. EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL DE LOS CONTRAYENTES

#### A) La prestación del consentimiento matrimonial

Al igual que la determinación de la capacidad nupcial, la válida prestación del consentimiento de los contrayentes se somete en los sistemas de Derecho internacional privado español y marroquí a lo establecido en el ordenamiento de la nacionalidad de aquéllos en el momento de la celebración (argumento *ex* artículos 9, apartado 1º, del Código Civil, 3 del *Dahir* de 12 de agosto de 1913 y II del *Dahir* de 1 de junio de 1914, respectivamente). Ello supone que la autoridad española que hubiese de autorizar la celebración de un matrimonio en el que, al menos, uno de los cónyuges fuese marroquí habría de verificar la validez y autenticidad del consentimiento de éstos conforme a su Ley nacional: así lo viene ratificando una firme jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sintetizada en la Resolución (1ª) de 27 de octubre de 2004 dictada en un supuesto de matrimonio de dos ciudadanos marroquíes ante autoridad española, en la que el órgano directivo indicó que la cuestión de saber si el consentimiento de los contrayentes resultaba simulado o, por el contrario, auténtico se regía por el ordenamiento marroquí de los contrayentes y no por el ordenamiento español como *lex fori*<sup>104</sup>.

El ordenamiento así determinado se extiende al siguiente ámbito de cuestiones materiales.

- a) La autenticidad del consentimiento prestado, es decir, si ha resultado emitido personalmente por el contrayente y si lo ha sido o no de manera simulada, con los consiguientes efectos caso de que lo hubiese sido.
- b) La concurrencia de algún vicio en la prestación del consentimiento, por cuanto es un principio de orden público internacional que no hay matrimonio sin libre y plena prestación de aquél<sup>105</sup>; de ahí que en nuestro ordenamiento el artículo 45 del Código Civil, tras establecer que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial, prescriba que «(1)a condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta».
- c) El plazo para el ejercicio de las acciones relativas a la prestación del consentimiento así como las personas legitimadas para su ejercicio.

---

104 Citada en la Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia, BOE nº 41, de 17 de febrero de 2006. Como explica J. CARRASCOSA GONZALEZ («Matrimonio y parejas de hecho», *cit.*, p. 68), en los supuestos en que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado la aplicación del ordenamiento español para determinar la validez del consentimiento matrimonial de los extranjeros en lugar de su ordenamiento nacional (así, Resoluciones de 27 de diciembre de 2004, de 22 de enero de 2005 ó de 4 de marzo de 2005), se incurre en un error material por cuanto aquélla no ha percibido la nacionalidad extranjera de los contrayentes.

105 Artículos 16, apartado 2º, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y 23, apartado 3º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 (BOE nº 103, de 30 de abril de 1977).

El primero de los extremos a los que hemos aludido nos aboca al análisis de dos situaciones posibles en el caso de matrimonios internacionales ante autoridad española: la intervención de terceros en la prestación del consentimiento matrimonial y los matrimonios fraudulentos.

## **B) La intervención de terceros en la prestación del consentimiento matrimonial**

En lo que atañe a la intervención de terceros en la prestación del consentimiento matrimonial es preciso distinguir dos hipótesis.

1ª Por una parte es posible que un contrayente sea representado por un tercero mediante poder en el acto de celebración del matrimonio, en cuyo caso la emisión del consentimiento procede del propio contrayente y no de éste; nos referimos al llamado matrimonio por poder que es objeto de regulación por el artículo 55 de nuestro Código Civil para el supuesto de celebración del mismo ante autoridad española:

*«Podrá autorizarse en el expediente matrimonial que el contrayente que no resida en el distrito o demarcación del Juez, Alcalde o funcionario autorizante celebre el matrimonio por apoderado a quien haya concedido poder especial en forma auténtica, pero siempre será necesaria la asistencia personal del otro contrayente. En el poder se determinará la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con indicación de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad.*

*El poder se extinguirá por la revocación del poderdante, por la renuncia del apoderado o por la muerte de cualquiera de ellos. En caso de revocación por el poderdante bastará su manifestación en forma auténtica antes de la celebración del matrimonio. La revocación se notificará de inmediato al Juez, Alcalde o funcionario autorizante»<sup>106</sup>.*

Puntualiza en su norma 6ª la ya citada Instrucción de 9 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los cónyuges está domiciliado en el extranjero,

*«que esta especialidad se refiere exclusivamente al momento final de la autorización del matrimonio, de modo que en lo demás el expediente previo ha de tramitarse de acuerdo con las reglas generales indicadas, entre ellas, como es obvio, la audiencia personal y reservada del poderdante sobre la que toda insistencia es poca».*

---

106 A esta hipótesis se refiere expresamente la ya citada Resolución (2ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 1998 en un supuesto de pretendido matrimonio entre un español y una marroquí ante el Cónsul de España en Casablanca.

En el ordenamiento marroquí, aunque el matrimonio debe ser celebrado con la presencia de los contrayentes (artículo 17 del Código de Familia de 2004), esta misma regla admite el matrimonio por poder al reconocer la posibilidad de que se otorgue por uno de los cónyuges un mandato a tal fin bajo la autorización del Juez de Familia competente y cumpliendo diversos requisitos que se explicitan en seis apartados<sup>107</sup>. En opinión de M.C. FOBLETS y J.Y. CARLIER, dicha norma podría estar pensada para su aplicación al matrimonio de un marroquí residente de forma irregular en Europa que no podría o querría desplazarse a su país de origen para la celebración del matrimonio con su pareja residente en éste<sup>108</sup>.

2ª Por otra parte es posible asimismo que el título por cuya virtud intervenga el tercero en la manifestación del consentimiento matrimonial no sea la de simple apoderado o representante. Nos referimos a los supuestos regulados en algunos ordenamientos extranjeros en los que el tercero bien debe consentir previamente la prestación del consentimiento matrimonial por el contrayente (normalmente la contrayente), bien directamente concierta el matrimonio en nombre del contrayente (normalmente, de nuevo, la contrayente) sin que ésta haya emitido su consentimiento matrimonial, en cuyo caso nos hallamos ante la figura conocida como ‘matrimonio concertado’ muy arraigada en algunas culturas<sup>109</sup>.

---

107 1º Si existen circunstancias particulares que impidan al poderdante concluir el matrimonio en persona; 2º el poder deberá estar consignado en escritura pública o documento privado y portar la firma legalizada del mandante; 3º el apoderado deberá ser mayor de edad, estar en plenas facultades civiles y reunir las condiciones de tutela en el caso de que haya sido apoderado por el tutor matrimonial (*wali*); 4º el poderdante deberá indicar en el escrito del poder el nombre del otro cónyuge, su descripción y cualquier dato relativo a su identidad, así como cualquier información que considere de utilidad; 5º el poder deberá mencionar la cuantía de la dote (*sadaq*) y precisar, en su caso, el importe que habrá que pagar por anticipado o a plazo; El poderdante podrá establecer las condiciones que desee consignar en el acta y las condiciones de la otra parte, aceptadas por él; y 6º el poder deberá ser refrendado por el Juez de Familia citado anteriormente después de asegurar su conformidad con los requisitos necesarios. Distinto es el supuesto previsto en el artículo 25 del mismo Código de Familia que, tras disponer que cualquier mujer mayor de edad podrá acordar por sí misma su matrimonio, establece que también podrá solicitar a su padre o alguno de sus parientes que la representen en el mismo. Con independencia que las dudas que este precepto pueda suscitar acerca de la competencia de otras autoridades –marroquíes o extranjeras– para el otorgamiento del poder, la mención a las circunstancias de la dote no se corresponde, en el caso de matrimonio celebrado en el extranjero ex artículo 14 del mismo Código de Familia, con la previsión contenida en éste en la que únicamente se requiere que no se pacte la exclusión de la misma; es más, ni siquiera en el plano interno el artículo 27 del mismo exige hacer constar la cuantía de la dote ni su forma de abono.

108 Le Code marocain de la famille..., *cit.*, p. 22-23; en el mismo sentido, *cfr.* M.C. FOBLETS y M. LOUKILI, «Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?», *cit.*, p. 541, quienes exponen que dicho motivo estuvo expresamente presente en el debate parlamentario de esta norma.

109 El carácter impropio de la misma fue resaltado por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 843 (IX) de 17 de diciembre de 1954, que declaró incompatibles con los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945 y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 ciertas costumbres, antiguas Leyes y prácticas referentes al matrimonio y a la familia como, por ejemplo, la denegación de la libertad en la elección de cónyuge, el matrimonio de los niños o los esposales de las jóvenes antes de la edad núbil. En desarrollo de tal Resolución, y con el objetivo de abolir dichas situaciones, se concluyó el 10 de diciembre de 1962 en Nueva York la Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos (BOE nº 128, de 29 de mayo de 1969). Sobre ella véase J.A. TOMAS

Esta consideración puede llevar a una reflexión acerca de algunas prácticas generalmente admitidas en los ordenamientos islámicos (y el marroquí no resulta una excepción) en lo que concierne a la prestación del consentimiento matrimonial de la mujer<sup>110</sup>. Y la cuestión atañe no tanto al *nikah* o acuerdo previo de matrimonio celebrado entre el futuro esposo y el padre o pariente varón más cercano de la novia<sup>111</sup>, cuanto a la peculiaridad de la prestación del consentimiento de la mujer en el acto matrimonial a través del *wali* o tutor matrimonial: en efecto, la mujer debe ir presentada al matrimonio por éste –que ha de ser un varón, pariente o extraño– salvo que tenga capacidad para administrar sus bienes, sea rica o considerada o esté autorizada para ello por el propio *wali*, manifestando su consentimiento matrimonial directamente sólo cuando quien su tutor matrimonial no sea su padre o su abuelo<sup>112</sup>.

A este respecto, el actual Código de Familia marroquí considera que el matrimonio que se haya celebrado sin la presencia del *wali* cuando ésta resulte obligatoria se halla viciado y es, por tanto, anulable judicialmente (artículo 61), y ello por cuanto la participación del tutor matrimonial es un requisito *sine qua non* para la validez sustantiva de la celebración del matrimonio (artículo 13, apartado 3º, del Código de Familia de 2004). La relevancia de estas normas se manifiesta, además, en su proyección *ad extra* pues en la novedosa regla contenida en el artículo 14 del mismo cuerpo legal se condiciona el reconocimiento del matrimonio de marroquíes conforme a las formas locales de su país de residencia a que se hayan cumplido los requisitos de oferta (*ijâb*) y aceptación (*qabûl*), capacidad nupcial, presencia del *wali* en su caso<sup>113</sup>, inexistencia de impedimentos

---

ORTIZ DE LA TORRE, «El matrimonio: celebración, separación, divorcio y nulidad», en M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO Y OTROS, Lecciones de Derecho civil internacional, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 104-105.

110 Cfr. I. BLAZQUEZ RODRIGUEZ, «La celebración del matrimonio musulmán y su reconocimiento en el Derecho español», en I. BLAZQUEZ RODRIGUEZ y Mª.D. ADAM MUÑOZ, Inmigración magrebí y Derecho de familia, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005, p. 139-141.

111 Podría equipararse a la petición de mano en los países occidentales: se trata de de un acuerdo, cuya celebración no es obligatoria y que carece de efecto legal alguno, en el que los comparecientes negocian la dote que pagar y la compensación que recibir en función de la supuesta capacidad procreadora de la novia: sobre ello véase I. GARCIA RODRIGUEZ, «La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)», *cit.*, p. 168-169.

112 Cfr. I. GARCIA RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 172 y S. ALDEEB y A. BONOMI (eds.), Le Droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux, *cit.*, p. 78-79, quienes exponen las distintas variantes de esta situación en la práctica comparada de los países musulmanes. Puntualiza P. DIAGO DIAGO («La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado», *cit.*, p. 1079) que en el Derecho matrimonial islámico se distingue «entre el consentimiento matrimonial y su emisión, de manera que es el tutor matrimonial el encargado de expresar el consentimiento de la mujer, a la vez que la representa».

113 Si la presencia del *wali* es obligatoria para la mujer menor de edad (esto es, para la que no haya cumplido los dieciocho años, artículo 19 del Código de Familia de 2004), a su vez la tutela matrimonial (*wilaya*) se considera un derecho que cualquier mujer mayor de edad puede ejercer voluntariamente y con arreglo a sus intereses (artículo 24 del mismo Código). En opinión de F. LAROCHE-GISSEROT («Le nouveau Code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?», *cit.*, p. 340), la supresión de la tutela matrimonial obligatoria para la mujer

legales y no supresión de la dote (*sadaq*)<sup>114</sup>, todo ello en presencia de dos testigos musulmanes<sup>115</sup>. No obstante ello, la exigencia de orden público constitucional español de la igualdad de los cónyuges ante la Ley (artículos 14 y 32 de la Constitución de 1978) y del preceptivo consentimiento matrimonial propio para la validez del matrimonio (artículo 45 del Código Civil) no permitiría que en el caso de celebración de éste ante autoridad española se permitiera que un tercero –el wali– consintiera el acto en lugar de la contrayente marroquí, aun a riesgo de que el matrimonio así celebrado no fuera válido en Marruecos<sup>116</sup>.

### **C) La simulación o el fraude en la prestación del consentimiento matrimonial**

La posibilidad de cometer fraude en la prestación del consentimiento en la celebración de un matrimonio en el que, al menos, uno de los contrayentes sea marroquí nos conduce al análisis somero de los llamados matrimonios simulados, fraudulentos, de complacencia, de conveniencia o en blanco<sup>117</sup>. En efecto, el

---

marroquí ha sido la reforma más impactante acometida por esta cuerpo legal aunque, en la práctica, siga siendo mayoritariamente utilizada esta fórmula por ellas.

114 Al igual que la presencia del tutor matrimonial (*wali*) cuando resulte precisa, la dote es otro requisito *sine qua non* para la validez sustantiva de la celebración del matrimonio (artículo 13, apartado 2º, del Código de Familia marroquí de 2004). Consiste en una suma de dinero o en bienes que debe entregar el marido a la mujer por razón del matrimonio y que pasa a ser propiedad de ella, que será la única competente para administrarla. Su consideración ante los órganos judiciales de países europeos ha resultado por lo general complicada, hasta el punto de que H.J. HESSLER ha escrito que la dote ha suscitado verdaderos quebraderos de cabeza a los Tribunales alemanes («Islamic-rectliche Morgengabe: vereinbarter Vermögensausgleich im deutschen Scheidungsfolgenrecht», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1998, nº 2, p. 95); en efecto, en unas ocasiones se ha calificado como institución propia de los alimentos entre parientes y en otras como una institución de carácter sucesorio, lo que implicaría que, desde la perspectiva del sistema español de Derecho internacional privado, el ordenamiento aplicable se determinaría en la primera hipótesis conforme a las reglas del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias y en la segunda ex artículo 9, apartado 8º, del Código Civil. Sobre ello pueden verse, entre nosotros, P. DIAGO DIAGO, «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, p. 407 ss.; E. ZABALO ESCUDERO, «Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al Islam», en A. RODRIGUEZ BENOT (ed.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 246-252.

115 Con esta previsión, el nuevo Código de Familia, aunque imperfectamente, admite la validez de la regla *locus regit actum* en supuestos de tráfico jurídico externo matrimonial (F. LAROCHE-GISSEROT, «Le nouveau Code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?», *cit.*, p. 336).

116 Cfr. S. ALDEEB y A. BONOMI (eds.), *Le Droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, *cit.*, p. 84. Un análisis más amplio del principio de igualdad de hombre y mujer en este ámbito puede verse en M<sup>a</sup>J. HERNANDEZ CABALLERO, «La equiparación jurídica de los cónyuges en el seno de la comunidad matrimonial en una sociedad multicultural», *Revista General Informática del Derecho*, 2006, nº 1.

117 Sobre ellos véanse, entre nosotros, M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, «*Ius nubendi* y orden público matrimonial», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1862 (2000), p. 425 ss.; M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO y H. GRIEDER MACHADO, «El matrimonio de conveniencia», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1879 (2000), p. 3213 ss.; J.L. ARECHEDERRA ARANZADI, «*Ius nubendi* y simulación matrimonial», *Derecho privado y Constitución*, 1995, p. 301 ss.; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado», en A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, p.119 ss.; *id.*

matrimonio de extranjero con nacional o con extranjero residente es una de las vías admitidas en los países de la Unión Europea tanto para la consideración de aquél como beneficiario de la reagrupación familiar ya lo sea al amparo de lo previsto en la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, (*supra*), ya lo sea al amparo de las respectivas legislaciones de extranjería aplicables en defecto de régimen comunitario (como es el caso de los artículos 17, apartado 1º, letra a], de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y 39, letra a], de su Reglamento de ejecución, que expresamente requieren a tal efecto «que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de Ley»). Estos matrimonios representan igualmente una fórmula para la adquisición de la nacionalidad del otro cónyuge exigiéndose a tal fin diversos requisitos en el Derecho comparado de los países de la Unión Europea, de entre los que destaca el transcurso de un plazo de tiempo (como ocurre en el artículo 22, apartados 1º, letra d], y 3º, de nuestro Código Civil, que exige un año de matrimonio apoyado en la residencia en España durante ese período de forma legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición de adquisición de la nacionalidad española).

Si el matrimonio inscribible en el Registro Civil español en el que, al menos, uno de los contrayentes tuviese la nacionalidad marroquí fuese a ser contraído o lo hubiera sido como simple medio de adquisición del indicado *status* de extranjería preferente –comunitario o no– y/o de la nacionalidad española, nos hallaríamos ante un *fraudem legis* si se cumplieran los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el artículo 6, apartado 4º, de nuestro Código Civil. Por esta razón se aplica por nuestras autoridades un doble control sobre esta figura<sup>118</sup>.

1º Por una parte el control se puede realizar con carácter preventivo con ocasión de la instrucción del expediente previo a la celebración del matrimonio con la finalidad de impedir que ésta se produzca (*supra*). Ello supone, por consiguiente, que la autoridad celebrante habría de ser española, tanto si se pretendiese contraer el matrimonio en España como fuera de ella (en forma consular)<sup>119</sup>.

---

«Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española», *Actualidad Civil*, 1998, nº 6 (9 al 15 de febrero), p. 129 ss.; P. DIAGO DIAGO, «Matrimonios por conveniencia», *Actualidad Civil*, 1996, nº 14, margs. 329 ss.; E. FERNANDEZ MASIA, «De la ficción a la realidad: la creciente problemática de los matrimonios de conveniencia en España», *Revista de Derecho Privado*, 1998 (septiembre), p. 628 ss.; y M<sup>a</sup>.J. HERNANDEZ CABALLERO, «El ejercicio del *ius connubii* por parte de los no nacionales: el matrimonio simulado», *Actualidad Civil*, 2005, nº 17 (octubre), margs. 2053 ss.

118 Sobre esta cuestión véanse I. GARCIA RODRIGUEZ, «La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios», *Actualidad Civil*, 1999, nº 2, margs. 447 ss.; y A. RODRIGUEZ BENOT, «Regularización y tráfico ilegal de inmigrantes», en C. SANCHEZ-RODAS NAVARRO (coord.), *Migrantes y Derecho: problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España*, Laborum, Murcia, 2006, p. 26-30.

119 A modo de ejemplo de la frecuencia de estas situaciones, en la prensa española ha sido reciente noticia la denuncia realizada por un ciudadano español de 67 años, A.G.G., que pretendía casarse por poderes en España con ciudadana marroquí, contra el Cónsul de España en Casablanca, el Juez de Motril (Granada) y el representante

2º Por otra parte el control de la autenticidad de la prestación del consentimiento matrimonial se puede efectuar desde una perspectiva patológica, esto es, a fin de declarar la nulidad del que ya ha sido celebrado. Esta vía resultaría la oportuna tanto para el hipotético supuesto en que hubiese pasado desapercibido a las autoridades españolas el fraude cometido con ocasión de un matrimonio celebrado ante ellas, como para el caso en el que el matrimonio hubiese sido celebrado al amparo de un ordenamiento extranjero y bien se pretendiese su inscripción en nuestro Registro Civil (en cuyo caso el encargado de éste habría de verificar la válida prestación del consentimiento matrimonial conforme al ordenamiento que resultase aplicable según las reglas expuestas más arriba), bien ya lo hubiera sido<sup>120</sup>.

En el sistema español de Derecho internacional privado, el marco normativo de referencia para la persecución de estas prácticas en sede matrimonial lo ofrecen la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997 sobre medidas en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos<sup>121</sup>, la aludida Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia<sup>122</sup> y la Circular 1/2002, de 19 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, sobre «Aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Ministerio Fiscal en materia de extranjería», que dedica el epígrafe II al «Tratamiento en el ámbito civil de la inmigración ilegal: actuación del Ministerio Fiscal ante los matrimonios simulados».

---

del Ministerio Fiscal: respecto del primero por haber emitido un certificado de capacidad matrimonial negativo; en relación por el segundo por haber denegado la posibilidad de celebración del matrimonio en un auto fechado el 4 de junio de 2007; y en lo que atañe al tercero por haber emitido un informe negativo tras la audiencia practicada a los interesados con ocasión del expediente previo a la celebración del matrimonio al considerar que éste no obedecía a los fines propios de la institución, sino a fines fraudulentos, económicos y migratorios regulares. En el citado auto se hacía constar que existía un déficit de conocimiento previo personal de los contrayentes (que sólo se habían visto diez veces) y que no poseían un idioma común (lo que les impediría la convivencia matrimonial).

120 Cfr. J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Matrimonio y parejas de hecho», *cit.*, p. 72-74.

121 DOCE C 382, de 16 de diciembre de 1997. Sobre ella véase I. GARCIA RODRIGUEZ, «Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1998, nº 1, p. 378 ss.

122 Sobre ella véanse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Matrimonios por complacencia y la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006», *La Ley*, nº 6622 (4 de enero de 2007), p. 1 ss.; *id.*, «Reflexiones sobre la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006: los matrimonios de complacencia a examen», en A.L. CALVO CARAVACA y J. RODRIGUEZ RODRIGO (eds.), *Parmalat y otros casos de Derecho internacional privado*, Colex, Madrid, 2007, p. 135 ss.; M. GOMEZ JENE, «Nota a la Resolución de la DGRN de 24 de enero de 2005», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 70 (2006), p. 89 ss.; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006», *La Ley*, nº 6542 (5 de septiembre de 2006), p. 1 ss.; *id.*, Nota publicada en la *Revista Española de Derecho Internacional*, 2006, nº 1, p. 473 ss.; y S. SANCHEZ LORENZO, «La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia», en *Homenaje a R. Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, p. 247 ss. y



### III. LAS FORMAS DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

En el Derecho la forma, definida como el conjunto de requisitos externos o aspectos de expresión en los actos jurídicos (décima acepción del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española), ejerce una doble función: por una parte representa un vehículo de expresión de una voluntad y por otra es un medio de prueba de la existencia, autenticidad y contenido del acto jurídico en cuestión (con lo que, en definitiva, persigue proporcionar la seguridad o certeza que se precisan en el tráfico jurídico). En ambos supuestos de función de la forma de los actos jurídicos se pone de manifiesto su naturaleza respecto del fondo o contenido de los mismos entendido como voluntad humana que produce efectos por obra de la Ley o por obra de la autonomía personal<sup>123</sup>.

En las líneas que siguen, y con vistas a valorar su eficacia ante el ordenamiento español, analizaremos las distintas formas de celebración del matrimonio en el que, al menos, uno de los contrayentes sea marroquí. A tal fin la clasificación que seguidamente se acomete es el fruto de un estudio global e integrado de los ordenamientos vinculados y de los principios de solución en presencia (*locus regit actum, auctor regit actum, lex causae y lex personae*). En ella será preciso tener en cuenta la diversidad que deriva tanto del factor jurídico como del factor religioso<sup>124</sup>.

#### 1. MATRIMONIO ANTE AUTORIDAD ESPAÑOLA

En la práctica, una de las posibilidades para que resulte inscrito en nuestro Registro Civil el matrimonio en el que, al menos, uno de los contrayentes sea marroquí concierne a la celebración del mismo ante autoridad española. A estos efectos, y según lo que se acaba de exponer, hemos de distinguir dos hipótesis de celebración: ante autoridad española en territorio español (epígrafe A) y ante autoridad española en el extranjero (epígrafe B).

##### A) Ante autoridad española en territorio español

Desde una perspectiva subjetiva podrán inscribirse en el Registro Civil español los siguientes supuestos de matrimonios celebrados en España ante autoridad española de conformidad con lo establecido en los principios de inscripción registral consagrados en los artículos 1 (apartado 1º, número 9º) y 15 de la Ley del Registro Civil<sup>125</sup>:

---

123 A. RODRIGUEZ BENOT, «La forma de los actos jurídicos», en M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO Y OTROS, Lecciones de Derecho civil internacional, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 341.

124 Cfr. S. ADROHER BIOSCA, Forma del matrimonio y Derecho internacional privado, Bosch, Barcelona, 1993, p. 69. Con un carácter más amplio, y desde una perspectiva comparada, véase M.J.ª. GUTIERREZ DEL MORAL, El matrimonio en los Estados de la Unión Europea y la eficacia civil del matrimonio religioso, Atelier, Barcelona, 2003.

125 Omitimos la referencia al sexo de los contrayentes por cuanto, como se ha indicado, la nacionalidad de éstos no empece la posibilidad de que contraigan matrimonio entre sí ante autoridad civil española personas del



- el contraído entre un nacional marroquí y un nacional español;
- el contraído entre dos nacionales marroquíes; y
- el contraído entre un nacional marroquí y un nacional de un tercer país.

Desde una óptica procesal, estas posibilidades se articulan sobre la base de lo establecido en los artículos 49 (párrafo 1º), 50, 51 (números 1º y 2º), 59 y 60 del Código Civil. Conforme a lo dispuesto en ellos, cualquiera de esos tres supuestos matrimoniales podría ser celebrado ante las siguientes autoridades civiles o religiosas.

- a) El Juez encargado del Registro Civil o, en los municipios en que no resida dicho Juez, ante el delegado designado reglamentariamente.
- b) El Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien aquél delegue.
- c) Los ministros de culto de las religiones católica<sup>126</sup>, protestante<sup>127</sup>, hebrea<sup>128</sup>

---

mismo sexo; el problema estará en el carácter claudicante del matrimonio así celebrado, pues el mismo no será reconocido al amparo del ordenamiento marroquí.

126 Artículo VI, apartado I, del Acuerdo sobre asuntos jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979 (BOE nº 300, de 15 de diciembre de 1979).

127 Artículo 7 de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas (BOE nº 272, de 12 de noviembre de 1992), que dispone: «1. Se reconocen los efectos civiles del matrimonio celebrado ante los ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España. Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

2. Las personas que deseen contraer matrimonio en la forma prevista en el párrafo anterior promoverán el expediente previo al matrimonio, ante el encargado del Registro Civil correspondiente.

3. Cumplido este trámite, el encargado del Registro Civil, expedirá, por duplicado, certificación acreditativa de la capacidad matrimonial de los contrayentes, que éstos deberán entregar al ministro de culto encargado de la celebración del matrimonio.

4. Para la validez civil del matrimonio, el consentimiento habrá de prestarse ante el ministro de culto oficiante de la ceremonia y, al menos, dos testigos mayores de edad, antes de que hayan transcurrido seis meses desde la expedición de la certificación de capacidad matrimonial.

5. Una vez celebrado el matrimonio, el ministro de culto oficiante extenderá, en la certificación de capacidad matrimonial, diligencia expresiva de la celebración del matrimonio que contendrá los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos. Uno de los ejemplares de la certificación así diligenciada se remitirá, acto seguido, al encargado del Registro Civil competente para su inscripción, y el otro, se conservará como acta de la celebración en el archivo del oficiante.

6. Sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar y de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas, la inscripción podrá ser promovida en cualquier tiempo, mediante presentación de la certificación diligenciada a que se refiere el número anterior.

7. Las normas de este artículo relativas al procedimiento para hacer efectivo el derecho que en el mismo se establece, se ajustarán a las modificaciones que en el futuro se produzcan en la legislación del Registro Civil, previa audiencia de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España».

128 Artículo 7 de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas en España (BOE nº 272, de 12 de noviembre de 1992), que establece:

«1. Se reconocen los efectos civiles del matrimonio celebrado según la propia normativa formal israelita ante los ministros de culto de las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España. Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

o islámica<sup>129</sup>. Debe notarse que la posibilidad de acogerse a estas modalidades formales de celebración de matrimonio en territorio español es independiente de la nacionalidad –española o extranjera– de los contrayentes<sup>130</sup>, pues nuestro legislador las ha habilitado en atención al libre ejercicio de un credo religioso que es objeto de reconocimiento en el artículo 16 de la Constitución Española<sup>131</sup>.

---

2. Las personas que deseen contraer matrimonio en la forma prevista en el párrafo anterior promoverán el expediente previo al matrimonio, ante el encargado del Registro Civil correspondiente.

3. Cumplido este trámite, el encargado del Registro Civil expedirá, por duplicado, certificación acreditativa de la capacidad matrimonial de los contrayentes, que éstos deberán entregar al ministro de culto encargado de la celebración del matrimonio.

4. Para la validez civil del matrimonio, el consentimiento habrá de prestarse ante el ministro de culto oficiante de la ceremonia y, al menos, dos testigos mayores de edad antes de que hayan transcurrido seis meses desde la expedición de la certificación de capacidad matrimonial.

5. Una vez celebrado el matrimonio, el ministro de culto oficiante extenderá, en la certificación de capacidad matrimonial, diligencia expresiva de la celebración del matrimonio que contendrá los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos.

Uno de los ejemplares de la certificación así diligenciada se remitirá, acto seguido, al encargado del Registro Civil competente para su inscripción, y el otro, se conservará como acta de celebración en el archivo de la Comunidad Israelita respectiva.

6. Sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar y de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas, la inscripción podrá ser promovida en cualquier tiempo, mediante presentación de la certificación diligenciada a que se refiere el número anterior.

7. Las normas de este artículo relativas al procedimiento para hacer efectivo el derecho que en el mismo se establece, se ajustarán a las modificaciones que en el futuro se produzcan en la legislación del Registro Civil, previa audiencia de la Federación de Comunidades Israelitas de España».

129 Artículo 7 de la ya citada Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España, cuyo apartado 1º dispone: «Se atribuyen efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil. Los contrayentes expresarán el consentimiento ante alguna de las personas expresadas en el nº 1 del artículo 3 y, al menos, dos testigos mayores de edad. Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil»; las personas expresadas en el apartado 1º del artículo 3 de esta Ley son los dirigentes religiosos islámicos e imanes de las Comunidades Islámicas.

130 Aunque el Código Civil y la Ley del Registro Civil nada establecen sobre el particular, y el artículo 258, párrafo 2º, del Reglamento del Registro Civil sólo se refiere a la presencia de intérprete extranjero para el supuesto del matrimonio por poder, la Consulta de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de septiembre de 2004 sobre aportación de intérprete jurado en la celebración de matrimonios civiles (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, suplemento al nº 1986 [2005], p. 1734 ss.) admite dicha presencia con carácter general cuando sea precisa en los matrimonios celebrados en España para los contrayentes extranjeros, lo cual «se impone como consecuencia obligada y natural» y declara aplicable a la cuestión, *ex analogia iuris*, lo dispuesto en el artículo 86 del Reglamento del Registro Civil.

131 Sobre ellas en general véanse, entre otros, M. ALENDA SALINAS, «El matrimonio religioso en los Acuerdos del Estado español con judíos, protestantes y musulmanes», Revista General del Derecho, nº 600 (septiembre de 1994), p. 9189 ss.; *id.*, «Los acuerdos de cooperación del Estado: el sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho español con judíos, protestantes y musulmanes como garantía y regulación de objeciones de conciencia», Revista General del Derecho, nº 608 (mayo de 1995), p. 4786 ss.; S. CARRION OLMOS, «Sistema matrimonial y acuerdos con otras confesiones», Actualidad Civil, 1993, nº 5 (1 a 7 de febrero), margs. 93 ss.; I. GALLEGO DOMINGUEZ y L. GALAN SOLDEVILLA, «El matrimonio religioso no canónico celebrado en España, aproximación a las Leyes nº 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992», Actualidad Civil, 1993, nº 13 (29 de marzo a 4 de abril), margs. 217 ss.; P.L. GARCIA CALLEJÓN, «El matrimonio religioso no católico ante el Derecho español», Derecho y Opinión, 1993, nº 1, p. 21 ss.; D. GARCIA HERVAS, «Contribución

En los casos descritos en las letras a) y b), siendo de aplicación a la forma de estos supuestos matrimoniales el ordenamiento español en calidad de *lex loci celebrationis*, habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 51 a 60 del Código Civil. De entre las reglas consagradas en ellos destacaremos la que prevé que el matrimonio se celebre ante el Juez, Alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes y de dos testigos mayores de edad (artículo 57, párrafo 1º, del Código Civil), así como la que admite como excepción que, bien a petición de los contrayentes, bien de oficio, la celebración del matrimonio pueda realizarse, por delegación del instructor del expediente previo, ante Juez, Alcalde o funcionario de otra población distinta (artículo 57, párrafo 2º, del Código Civil).

De las cuatro modalidades formales religiosas reseñadas en la letra c), la más utilizada cuantitativamente por nacionales marroquíes para casarse en territorio español resulta ser la prevista en la Ley 26/1992 para la forma islámica<sup>132</sup> y, en menor medida, la admitida en la Ley 25/1992 para los de credo hebreo<sup>133</sup>. Ello

---

al estudio del matrimonio religioso en España según los acuerdos con la FERED y la FCI», Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. VII (1991), p. 589 ss.; I. GARCIA RODRIGUEZ, «Non-Catholic Religious Marriages in Spain», Spanish Yearbook of International Law, vol. 2 (1992), p. 32 ss.; A. MOLINA MELIA, «La regulación del matrimonio», en V. REINA BERNALDEZ y M.A. FELIX BALLESTA (coords.), Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 159-188; M. LOPEZ ARANDA, «El matrimonio religioso en los Acuerdos entre el Estado y las confesiones católicas en España», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 17-20 (1989-1992), p. 31-50; J.M. MARTINELL, «Derecho a celebrar ritos matrimoniales y Acuerdos de cooperación», en V. REINA BERNALDEZ y M.A. FELIX (coords.), Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias, *cit.*, p. 667 ss.; M.E. OLMOS ORTEGA, «El matrimonio religioso no canónico en el ordenamiento civil español», en Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro X, Salamanca, 1994, p. 307 ss.; J.M. PAZ AGÜERAS, «El matrimonio en forma religiosa en los acuerdos de cooperación del Estado con las confesiones religiosas no católicas», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1661 (1993), p. 90 ss.; R. RODRIGUEZ CHACON, «Autonomía de la voluntad en la eficacia civil del matrimonio celebrado según los Acuerdos españoles con las confesiones minoritarias», en V. REINA BERNALDEZ y M.A. FELIX BALLESTA (coords.), Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias, *cit.*, p. 702 ss.; *id.*; «El matrimonio religioso no católico en el Derecho español», Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. X (1992), p. 369 ss.; *id.*, «El matrimonio religioso no católico en el Derecho español», en El matrimonio en España en el año internacional de la familia (Problemática sociológica y jurídica), Universidad Pontificia de Salamanca, 1995, p. 213 ss.

132 Sobre esta fórmula matrimonial en particular véanse, entre otros, R. DOMÍNGUEZ BARTOLOME, «El matrimonio islámico en el Acuerdo con el Estado español de 1992», en A. MOTILLA DE LA CALLE (coord.), El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español, Universidad de Córdoba, 2003, p. 119 ss.; I. GARCIA RODRIGUEZ, La celebración del matrimonio religioso no católico, *cit.*, p. 226 ss. y 276 ss.; *id.* «La celebración e inscripción de matrimonios mixtos», en I. GARCIA RODRIGUEZ (ed.), Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural, Universidad de Alcalá, Madrid, 1999, esp. p. 219-221 y 223 ss.; E. ROCA TRIAS, «Las consecuencias del acuerdo con las comunidades islámicas en materia de matrimonio», en A. BORRAS RODRIGUEZ y S. MERNISSI (eds.), El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política), Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Barcelona, 1998, p. 245 ss.

133 No obstante, las estadísticas amablemente proporcionadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con las formas matrimoniales utilizadas por los ciudadanos marroquíes en España ponen de manifiesto que entre la forma civil ante autoridad española y la religiosa ante autoridad musulmana ex artículo 7 de la Ley 26/1992 la preferencia por la primera es absoluta. En efecto, de los 6.498 matrimonios en los que, al menos, uno de los cónyuges era marroquí celebrados en España e inscritos en alguno de los Registros Civiles

se explica por la proyección de las normas del sistema de Derecho internacional privado marroquí en la materia a sus nacionales que, hasta la promulgación del nuevo Código de Familia de 2004, se había venido asentando sobre una estrecha conexión entre la forma y el fondo del matrimonio a su vez fundamentada en una no menos estrecha vinculación del estatuto personal de los marroquíes con su religión<sup>134</sup>.

A este respecto hay que tener presente que la pluralidad de soluciones presentes en Marruecos en función de las confesiones religiosas admitidas hace de éste un sistema plurilegislativo de base personal<sup>135</sup>. Sistema que se articula del siguiente modo.

- a) Los nacionales marroquíes de confesión judía se someten al estatuto personal hebraico marroquí (artículo 2, párrafo 2º, del Código de Familia de 2004)<sup>136</sup>.
- b) Para el resto de nacionales marroquíes el artículo 2, párrafo 1º, del Código de Familia de 2004 consagra una norma de conflicto unilateral extensa y compleja que implica la aplicación de dicho cuerpo legal sobre la base de la combinación de dos criterios.

---

informatizados (a fecha presente un total de 357 de toda la geografía nacional, los primeros de ellos en Cartagena y Santander en junio de 2001), 5427 –esto es, el 83,5%– lo han sido en forma civil ante autoridad española y los restantes 1071 en forma religiosa (sin distinguir de qué tipo de las cuatro confesiones admitidas, aunque supuestamente islámicos en su gran mayoría). A estos datos se debe añadir otro, gentilmente proporcionado por el Consulado General de Marruecos en Barcelona: desde el año 2000 hasta la elaboración de estas líneas se han celebrado ante su titular 2.451 matrimonios en los que al menos uno de los contrayentes era marroquí.

La conclusión primordial que de estos datos se desprende resulta evidente: la preferencia abrumadora por los matrimonios consular y civil por parte de los marroquíes, antes que por el coránico; las razones jurídicas y sociológicas de ello pueden resultar variadas: la ausencia de reconocimiento directo del matrimonio celebrado ex artículo 7 de la Ley 26/1992 en Marruecos (*infra*), la eficacia directa del matrimonio consular en Marruecos, la mayor sencillez procedimental del matrimonio civil ante autoridad española (dado que el matrimonio coránico regulado en dicha Ley no deja de ser una variante de matrimonio civil), la asentada práctica de celebrar un segundo matrimonio en Marruecos, etc.

134 Acerca de la situación anterior véanse M.C. FOGLETS y J.Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille...*, *cit.*, p. 15-16; H. KOTZUR, *Kollisionsrechtliche Probleme christlich-islamischer Ehen*, JCB Mohr, Tübinga, 1988, p. 73 ss.; A. MOULAY R'CHID, «Le Droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel», en J.Y. CARLIER y M. VERWILGHEN (dirs.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et Droit international privé*, Bruylant, Bruselas, 1992, p. 157 ss.; y A. RODRIGUEZ BENOT, «El estatuto personal común», *cit.*, p. 43 ss. 135 Véase al respecto J. DEPRES, «Maroc (Pluralisme des statuts personnels. Conflits interpersonnels)», *Juris-Classeur de Droit comparé*, Fasc. 1, 1975.

136 Explican F. SAREHANE y N. LAHLOU-RACHDI («Maroc [Conflits de lois. Conflits de juridictions]», *cit.*, nº 87, p. 14) que la fuerza del criterio religioso sería tal que, en general, un matrimonio celebrado entre marroquíes judíos en forma civil en el extranjero precisaría la celebración de un posterior matrimonio ante rabino en Marruecos para la validez de la unión. En el caso español esta situación resultaría salvada, entendemos, por la posibilidad de que dichos contrayentes celebrasen el matrimonio en territorio español ante un ministro de culto hebreo conforme a lo establecido en el artículo 7 de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre (*supra*), posibilidad reforzada por la nueva previsión contenida en los artículos 14 y 15 del Código de Familia de 2004 que articulan el reconocimiento en Marruecos de los matrimonios válidamente celebrados en el extranjero conforme a lo establecido en la Ley local del país de que se trate (*infra*).

- Desde un punto de vista personal el citado cuerpo legal se aplicará a todos los marroquíes (aunque disfruten además de otra nacionalidad), así como a los refugiados y apátridas de conformidad con la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados<sup>137</sup>.
- Desde una perspectiva material, el Código de Familia de 2004 se aplicará a cualquier relación familiar (y, por ende, al matrimonio) entre dos personas siempre que una de las dos sea marroquí, o entre dos marroquíes siempre que uno de los dos sea musulmán. Esta última referencia mantiene en el sistema de Derecho internacional privado marroquí el privilegio de la religión musulmana –ya existente en la legislación precedente<sup>138</sup>– hasta el punto de atribuir al credo religioso el valor de criterio de conexión por encima de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia habitual de los esposos: se trata de una previsión basada en el orden público marroquí que puede representar un obstáculo importante en el tráfico jurídico entre Marruecos y los países de Europa (*supra*)<sup>139</sup>.

Así las cosas, el nuevo Código de Familia de Marruecos ha aportado una relevante novedad en relación con el matrimonio de nacionales marroquíes en el extranjero, ante la evidente realidad de la creciente inmigración de sus ciudadanos hacia los países de Europa occidental<sup>140</sup>. En efecto, el ya citado artículo 14 expresamente prevé la posibilidad de que un matrimonio celebrado en el extranjero por marroquíes en la forma local admitida en el país de su residencia resulte eficaz conforme al ordenamiento marroquí, tal y como se analiza en el correspondiente capítulo de esta obra<sup>141</sup>. Por consiguiente, y entendiendo con la

---

137 A. QUIÑONES ESCAMEZ («La réception du nouveau Code de la famille marocain [Moudawana, 2004] en Europe», *cit.*, p. 877) hace notar que la referencia a la Convención de Ginebra resulta confusa por cuanto no regula el estatuto de los apátridas dado que éste, en efecto, es disciplinado por la Convención de Nueva York de 28 de septiembre de 1954; y aunque Marruecos no sea parte en la última, en la *Guide pratique du Code de la Famille*, *cit.*, p. 27, se explica que ello no impide tener en consideración los principios previstos en ella con el objeto de salvaguardar los intereses de los apátridas.

138 Véanse al respecto J. DEPREZ, «Environnement social et Droit international privé. Le Droit international privé marocain entre la fidélité à l'Umma et l'appartenance à la communauté internationale», en *Droit et environnement social au Maghreb*, CNRS, Casablanca, 1989, p. 281 ss. y P. DIAGO DIAGO, «Repercusiones de la nueva Mudawana en la inmigración marroquí», *cit.*, p. 152-153.

139 Cfr. P. DIAGO DIAGO, «La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado», *cit.*, p. 1078; M.C. FOBLETS y J.Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille...*, *cit.*, p. 8 (así como la doctrina ahí citada); y M.C. FOBLETS y M. LOUKILI, «Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?», *cit.*, p. 535-536. En cambio F. SAREHANE («Le nouveau Code de la famille», *cit.*, p. 3) considera la cuestión abierta al estimar que la jurisprudencia marroquí debe precisar si bajo el nuevo Código de Familia se va a mantener o no el privilegio de religión en tanto que excepción a la aplicación de la Ley nacional en materia de estatuto personal.

140 Véanse, sobre el particular, M.C. FOBLETS y M. LOUKILI, «Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?», *cit.*, p. 536-539.

141 Artículo 14: «Los marroquíes que residan en el extranjero podrán contraer matrimonio conforme a los procedimientos administrativos locales de su país de residencia, siempre que se cumplan los requisitos de oferta y

mejor doctrina que tanto las formalidades civiles (matrimonio ante Juez o delegado designado reglamentariamente y ante Alcalde o concejal en quien delegue) como las cuatro formalidades religiosas admitidas en nuestro ordenamiento serían «procedimientos administrativos locales» para la celebración del matrimonio en España, deberían en teoría resultar válidos en los ordenamientos español y marroquí (y, por tanto, accederían a los Registros Civiles de ambos Reinos), por ejemplo, los matrimonios celebrados por nacionales marroquíes de confesión judía ante el rabino señalado por los artículos 3 y 7 del Acuerdo contenido en la Ley 25/1992, así como –en teoría– los celebrados por el resto de nacionales marroquíes ante los dirigentes religiosos islámicos e imanes indicados en los artículos 3 y 7 de la Ley 26/1992<sup>142</sup>.

No obstante, la inexistencia de un marco supraestatal ad hoc entre España y Marruecos para reconocer las actas en las que consten la celebración de estos matrimonios de marroquíes ante autoridades españolas<sup>143</sup>, exige que haya que estar a lo establecido en el sistema procesal marroquí en defecto de convenio internacional, lo cual puede acarrear algunas dificultades por cuanto los artículos 56 a 61 del nuevo Código de Familia de 2004 consideran como nulo o como viciado el matrimonio que no respete los requisitos previstos en dicho cuerpo legal (en particular en relación con el consentimiento, los impedimentos legales y la eliminación de la dote)<sup>144</sup>. Y ello, han escrito

---

aceptación, capacidad, presencia del tutor matrimonial (*wali*), en su caso, inexistencia de impedimentos legales y no supresión de la dote (*sadaq*), todo ello en presencia de dos testigos musulmanes y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21, más adelante». A su vez el artículo 15 del Código de Familia disciplina la inscripción y registro del matrimonio así celebrado.

Se quiebra con estos preceptos la regla tradicional del sistema marroquí consistente en la inadmisión de la celebración matrimonial conforme a la *lex loci* extranjera, lo que había venido implicando que si los contrayentes marroquíes se hubiesen casado en España en la forma civil española deberían contraer nuevo matrimonio en la forma prevista por el ordenamiento marroquí para que el matrimonio fuese válido, hasta el punto de que la ausencia de esta segunda celebración hubiera provocado la nulidad del primer matrimonio desde la perspectiva marroquí: *cfr.* F. SAREHANE y N. LAHLOU-RACHDI, «Maroc (Conflits de lois. Conflits de juridictions)», *cit.*, nº 86, p. 14, y jurisprudencia *ibi cit.*

142 I. GARCIA RODRIGUEZ, «La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)», *cit.*, p. 155, sostiene en relación con las cuatro modalidades religiosas admitidas en nuestro sistema jurídico para la válida celebración del matrimonio, que «no se trata de que existan distintos tipos/clases de matrimonio, civil y religiosos, sino que el único matrimonio posible según el ordenamiento jurídico español es el matrimonio civil y se permite que 'el consentimiento matrimonial' se preste según las formas dispuestas en las religiones católica, hebrea, evangélica y musulmana. Por tanto, todos los requisitos necesarios para contraer matrimonio son los del matrimonio civil»; en un sentido similar, A. QUIÑONES ESCAMEZ («La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe», *cit.*, p. 879) concluye que el matrimonio previsto en el artículo 7 de la Ley 26/1992 es «un matrimonio civil en forma religiosa».

143 No resultan de aplicación el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre España y Marruecos, ni el Convenio sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita y de devolución de menores, hechos ambos en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE nº 151, de 25 de junio de 1997), según se analiza en el epígrafe IV de este trabajo.

144 El nuevo Código de Familia de 2004 sí ha incluido un precepto *ad hoc* para el reconocimiento en Marruecos de divorcios pronunciados ante autoridades extranjeras; en efecto, establece el párrafo 2º del artículo 128: «Las

M.C. FOGLETS y J.Y. CARLIER, puede dar pie a la celebración de no pocos matrimonios claudicantes<sup>145</sup>.

- a) Por un lado, tal es el supuesto de la exigencia contenida en el antes transcrito artículo 14 del Código de Familia marroquí de 2004, por cuya virtud se erige en requisito *sine qua non* para reconocer la validez ante el ordenamiento marroquí a este tipo de matrimonios el carácter musulmán y masculino de los dos testigos. En efecto, en el caso de matrimonio celebrado ante Juez (o delegado) y ante Alcalde (o concejal) el artículo 14 de nuestra Constitución impide tanto la discriminación femenina en orden a su testificación en este ámbito, como que alguien pueda ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias<sup>146</sup>; tal no debería ser el caso del matrimonio celebrado ante autoridad religiosa islámica señalada en los artículos 3 y 7 de la Ley 26/1992, pues por lógica se exigiría la acreditación del credo musulmán de los testigos.
- b) Por otro lado, también puede suscitar alguna complicación la naturaleza de la autoridad ante la que se ha celebrado el matrimonio cuyo reconocimiento en Marruecos se pretende. En este sentido, a título ilustrativo, una sentencia del Tribunal de Familia (Primera Instancia) de Tánger, de 28 de febrero de 2007, ha denegado el reconocimiento de un acta matrimonial, otorgada ante el representante de un centro islámico en España *ex* artículo 7 de la Ley 26/1992, conforme a lo previsto en los artículos 430 ss. del Código de Procedimiento Civil de Marruecos por considerar el Tribunal marroquí que el celebrante carecía de la competencia reseñada en el artículo 432 del mismo<sup>147</sup>; de prosperar esta exégesis, se arruinaría la posibilidad de articular la eficacia transfronteriza de este tipo de actos así como el espíritu del nuevo artículo 14 del Código de Familia de 2004.

---

sentencias de divorcio, divorcio judicial, divorcio consensual retribuido (*khol'*) o resolución de matrimonio dictadas por juzgados extranjeros serán de aplicación si hubieran sido dictadas por órganos jurisdiccionales competentes y basadas en causas que no contradigan las disposiciones del presente Código en materia de extinción de las relaciones conyugales. De igual manera, tendrán validez los actos celebrados en el extranjero ante oficiales y funcionarios competentes, después de satisfacer los procedimientos legales relativos al exequátur, de conformidad con las disposiciones de los artículos 430, 431 y 432 del Código de Enjuiciamiento Civil».

145 Le Code marocain de la famille..., *cit.*, p. 17.

146 En opinión de M.C. FOGLETS y M. LOUKILI (« Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe? », *cit.*, p. 537), las autoridades civiles de los países europeos ignorarían estas exigencias del artículo 14 del Código de Familia; en cambio M.C. FOGLETS y J.Y. CARLIER (Le Code marocain de la famille..., *cit.*, p. 18) aconsejan que las autoridades civiles europeas admitan la presencia de dos testigos musulmanes e incluso, llegado el caso, de un *wali*.

147 Sentencia n° 455, caso 205-06; la misma es abordada en la Parte segunda de este Libro. Esta decisión pone sobre la mesa los reparos al reconocimiento por las autoridades marroquíes de los matrimonios celebrados por nacionales de este país en España al amparo de la forma prevista en la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, de lo que quizá se derive el escaso uso de esta fórmula matrimonial (*supra*).



La superación de estas dos dificultades puede ser articulada mediante dos tipos de medidas.

- a) De *lege ferenda* sería conveniente establecer un marco normativo bilateral entre los dos Reinos que abarcase, entre otros, el reconocimiento de este tipo de actos del estado civil, al igual que ha llevado a cabo Marruecos con algún otro Estado miembro de la Unión Europea<sup>148</sup>.
- b) De *lege lata* se precisaría una cierta flexibilidad en el proceder de las autoridades marroquíes competentes para verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Código de Familia de 2004 en cuanto a los matrimonios de marroquíes celebrados en el extranjero a fin de procurar la continuidad transfronteriza de las situaciones jurídicas válidamente constituidas al amparo de otro ordenamiento. Es más, cuando fuese preciso bastaría con completar ante el Cónsul marroquí el matrimonio celebrado en forma civil, por ejemplo en España, mediante un acta matrimonial complementaria en la que se incluyeran los requisitos exigidos por el Código de Familia de 2004 no observados en la celebración del matrimonio ante autoridad española<sup>149</sup>; a modo de ejemplo, M.C. FOBLETS y M. LOUKILI sostienen que las autoridades consulares marroquíes del país de residencia de los marroquíes redactarían una tal acta consignando la identidad de los dos testigos musulmanes varones «que podrían ser diferentes a los dos testigos que asistieron a la celebración del matrimonio civil»<sup>150</sup>. En esta línea es de reseñar que la Circular del Ministerio de Justicia del Reino de Marruecos de 13 de abril de 2004, dirigida a los agentes diplomáticos y consulares marroquíes en el extranjero con vistas a facilitar la aplicación del

---

148 Nos referimos tanto al Convenio franco-marroquí de 10 de agosto de 1981 relativo al estatuto personal y familiar así como a la cooperación jurídica, en vigor desde el 13 de mayo de 1983 (Journal Officiel de la République Française de 1 de junio de 1983), como al Protocolo de acuerdo administrativo relativo a la aplicación de las normas reguladoras del estado de la personas en los territorios de Marruecos y de Bélgica de 26 de septiembre de 1979, no publicado en el Moniteur Belge (el texto puede verse en J.Y. CARLIER y M. VERWILGHEN, Documentation sur le statut juridique des musulmans en Belgique, Université Catholique de Louvain, 1990, p. 73-74).

149 M.C. FOBLETS y J.Y. CARLIER (Le Code marocain de la famille..., *cit.*, p. 18 y 20) entienden que ello no implicaría la derogación del principio según el cual los requisitos formales del matrimonio se rigen por el ordenamiento del Estado en que éste se celebre.

150 «Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?», *cit.*, p. 538. Según se establece en la Guide pratique du Droit familial. Le nouveau Code marocain de la famille en questions, Association pour le Droit des Étrangers (ADDE), Bruselas, 2005, p. 37, en la práctica las autoridades consulares marroquíes verifican la confesión religiosa sobre la base de una presunción: se estima musulmán aquel cuyo padre lo es o que resulta originario de un país musulmán (siendo por tanto los índices de la presunción la patronimia o la nacionalidad); para los conversos, los Consulados exigen un atestado de conversión emitido por una mezquita o por una institución islámica. *Cfr.* sobre el particular M. TAK-TAK, «Conversion à l'Islam et Moudawwana. La Loi applicable en cas de mariage mixte», L'Actualité Juridique, n° 9, octubre de 1998, p. 12 ss.



nuevo Código de Familia a los marroquíes residentes fuera del país, obliga a tales funcionarios a llevar a cabo:

*«una acción de sensibilización respecto de la comunidad marroquí residente en el extranjero (...), del mismo modo que deben comunicar y hacer conocer a las autoridades locales del país de residencia las disposiciones del Código de Familia así como examinar la posibilidad de insertar en los contratos matrimoniales los requisitos exigidos en el Derecho marroquí a fin de facilitar su reconocimiento en Marruecos».*

Tal Circular ha incidido, en concreto, en la necesidad de colmar las lagunas existentes en el acta matrimonial otorgada ante autoridad local extranjera instando al interesado:

*«a completar las formalidades y las enunciaciones omitidas, tales como la presencia de testigos o cualquier otra previsión. Debe quedar claro que cualquier marroquí en posesión de un acta de matrimonio civil que desee celebrar un matrimonio conforme al Derecho marroquí puede requerir que se le expida un documento en el que conste una mención al matrimonio civil y que acredite la presencia de dos testigos, del wali si fuese preciso y la mención de la dote. Tras el análisis de esta acta complementaria y su inscripción en el Registro, se adjuntará al acta matrimonial otorgada conforme a la forma administrativa local»<sup>151</sup>.*

La regulación precedente se completa, decíamos, con el artículo 15 de dicho cuerpo legal, que establece como principio la obligación de los contrayentes de entregar una copia del acta de matrimonio en el Consulado marroquí correspondiente a la demarcación de la localidad en la que se haya celebrado dicho matrimonio en un plazo de tres meses a contar desde la fecha de celebración y, en su defecto, de remitir copia del acta de matrimonio al Ministerio de Asuntos Exteriores de Marruecos en el mismo plazo<sup>152</sup>. Seguidamente –dispone dicha norma– tal Ministerio se encargará de transmitir la copia al encargado del Registro Civil y a la Sección de Justicia Familiar del Juzgado de Familia del lugar de nacimiento de cada uno de los cónyuges; no obstante, si alguno

---

151 De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Código de Familia, la referencia a la dote debe ser entendida como a la no admisión de un pacto por el que se excluya la dote.

152 La citada Circular de 13 de abril de 2004 ha permitido incluso otorgar eficacia retroactiva a lo establecido en el artículo 14 del Código de Familia en relación con matrimonios entre marroquíes celebrados en forma civil en el extranjero antes de la entrada en vigor de éste. Conforme a los datos proporcionados por el Consulado General de Marruecos en Barcelona, desde la entrada en vigor del nuevo Código de Familia de 2004 hasta la fecha se han entregado en él alrededor de setenta actas de matrimonios celebrados por ciudadanos marroquíes ante autoridades españolas.

o ambos cónyuges no hubiera nacido en Marruecos, se remitirá la copia a la Sección de Justicia Familiar del Juzgado de Familia de Rabat y al Fiscal del Rey del Juzgado de Primera Instancia de Rabat. Ahora bien, la ausencia en el artículo 15 de cualquier referencia a una eventual competencia calificadoradora del Cónsul marroquí suscita todo tipo de dudas acerca de la práctica administrativa que planteará la aplicación de este precepto<sup>153</sup>.

## **B) Ante autoridad española en territorio extranjero**

La forma de celebración de un matrimonio puede estar sometida, como se ha indicado, a la regla *auctor regit actum*, esto es, al principio por cuya virtud aquélla se rige por las modalidades admitidas al efecto en el ordenamiento del Estado al que pertenece la autoridad ante la que se celebra el matrimonio. Aunque normalmente este principio de solución coincide con el principio *locus regit actum* (aplicación a la celebración del matrimonio de las modalidades formales previstas en el ordenamiento del Estado en que se produzca), en ocasiones difieren cuando la autoridad de un país ejerce sus funciones en el extranjero, en otras palabras, en el supuesto de matrimonio consular.

El denominado matrimonio consular representa una fórmula de celebración de este acto autorizada ante funcionario consular de un Estado acreditado en el extranjero. Su admisibilidad en Derecho internacional privado se asienta, además de en los dos principios admitidos en la materia, en el de la *lex personae* pues, en efecto, un ciudadano español o un ciudadano marroquí podrían celebrar matrimonio en el extranjero ante autoridad consular de su respectivo país.

La fundamentación jurídica de esta posibilidad se asienta, a su vez, en el ya citado artículo 5 del Convenio sobre relaciones consulares, hecho en Viena el 24 de abril de 1963, en el que son parte Marruecos y España, que establece que las funciones consulares serán, entre otras:

*«f) Actuar en calidad de notario, en la de funcionario del registro civil y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor».*

---

153 Cfr. P. DIAGO DIAGO, «Repercusiones de la nueva Mudawanna en la inmigración marroquí», *cit.*, p. 151. M.C. FOLETS y J.Y. CARLIER (Le Code marocain de la famille..., *cit.*, p. 19-20) consideran que, en tanto se resuelvan los diversos interrogantes que se plantean, la fórmula más segura para que los marroquíes residentes en un país europeo vean plenamente reconocido en Marruecos el matrimonio celebrado en dicho país ante autoridad civil seguirá siendo la de la doble celebración del matrimonio (esto es, ante aquella autoridad y ante autoridad consular marroquí acreditada en el país en cuestión). En la misma línea inciden M.C. FOLETS y M. LOUKILI («Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?», *cit.*, p. 546-547) recalando que la celebración del segundo matrimonio al amparo del ordenamiento marroquí para las parejas que mantuvieran una cierta relación con Marruecos ofrecería como ventaja a la esposa protegerla contra los riesgos de la poligamia y del repudio si, por ejemplo, conforme al Derecho matrimonial marroquí vigente, en el acta del segundo matrimonio se pactase la exclusión de aquélla o si se acordase el derecho de la mujer a la disolución del vínculo.

En el sistema español de Derecho internacional privado la cuestión se regula *ex professo*, en defecto de eventual instrumento supraestatal aplicable, en diversos preceptos del Código Civil tanto para el supuesto de matrimonio consular de españoles en el extranjero como el de extranjeros en España.

1º Tratándose de matrimonio consular de un nacional español en el extranjero (por ejemplo con nacional marroquí), las normas contenidas en los artículos 49, apartado 1º, y 51, apartado 3º, del Código Civil aportan la solución indicada: la primera de ellas permite a un nacional español contraer matrimonio fuera de España ante la autoridad española señalada por el propio Código, autoridad que la segunda concreta en el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero.

2º En el supuesto de matrimonio de extranjeros (por ejemplo marroquíes) en España, el artículo 50 del Código Civil habilita a que lo hagan en la forma consular si está admitida en la Ley personal de cualquiera de ellos (esto es, en la Ley de su nacionalidad *ex* artículo 9, apartado 1º, del mismo cuerpo legal).

En la práctica registral, la admisión de validez a esta forma de celebración del matrimonio se supedita a la concurrencia de las siguientes condiciones<sup>154</sup>.

- a) Que el Cónsul de que se trate tenga competencias para la celebración del matrimonio conforme al citado Convenio y al ordenamiento de su país.
- b) Que el Estado en que se halle acreditado el Cónsul en cuestión no se oponga al ejercicio de tal función en su territorio. A este respecto es preciso resaltar que el artículo 11 del *Dahir* de 12 de agosto de 1913 permitiría la celebración de un matrimonio entre contrayentes españoles (o entre nacional español y nacional de un tercer Estado) ante Cónsul español acreditado en Marruecos, siendo en la práctica la forma utilizada en la mayor parte de los casos<sup>155</sup>.
- c) Que exista reciprocidad en la práctica matrimonial entre los Estados concernidos.
- d) Que el nacional de un Estado no celebre matrimonio ante Cónsul extranjero acreditado en el país de la nacionalidad de aquél, condición ésta que afecta sobremanera a la cuestión objeto de análisis en este trabajo. En lo que atañe a

---

154 *Cfr.* ADROHER BIOSCA, *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 288 ss.; M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, *Intervención consular en Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 51 ss.; y R. ARROYO MONTERO, *El matrimonio consular*, La Ley, Madrid, 1991, p. 106 ss.

155 *Cfr.* F. SAREHANE y N. LAHLOU-RACHDI, «Maroc (Conflits de lois. Conflits de juridictions)», *cit.*, nº 78, p. 13, quienes aluden a la polémica jurisprudencial marroquí acerca de la interpretación del citado artículo 11. S. ADROHER BIOSCA (*Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 290-291) alude a la abundante práctica del Registro Civil Central en la inscripción de matrimonios consulares en Marruecos de españoles con marroquíes, si bien es cierto que con algunas fluctuaciones en el pasado: en tanto que, por ejemplo, el Tribunal de Primera Instancia de Casablanca declaró en resolución de 7 de abril de 1951 la nulidad del matrimonio entre un varón español y una mujer marroquí –ambos judíos– alegando que el entonces artículo 100, apartado 3º, del Código Civil únicamente facultaba a nuestros Cónsules a casar nacionales españoles entre sí, una sentencia del Tribunal de Apelación de Tánger de 8 de enero de 1954 sostuvo la exégesis contraria que hoy es la predominante.

la práctica del matrimonio entre español y marroquí ante autoridad consular española acreditada en Marruecos, la Dirección General ha dejado sentado que el mismo no resulta viable por no admitirlo la legislación marroquí; así, la Resolución (4ª) de 10 de julio de 2002 estimó que:

*«El Encargado del Registro Consular de Tetuán no está facultado, por oponerse a ello las leyes marroquíes, para autorizar un matrimonio entre un marroquí y una española (cfr. artículo 5 del Convenio de Viena de relaciones consulares), pero sí que tiene competencia para instruir, como encargado del Registro Civil del domicilio de la promotora (cfr. artículo 238 del Reglamento del Registro Civil), el expediente previo para la celebración del matrimonio, de tal modo que la prestación del consentimiento, por delegación del instructor, se realice, tal como se ha solicitado, ante el Encargado en España de otro Registro Civil –el de Ceuta en este caso–, aplicando las previsiones de los artículos 57, párrafo 2º, del Código Civil y 250 del Reglamento del Registro Civil»<sup>156</sup>.*

## **2. MATRIMONIO ANTE AUTORIDAD MARROQUÍ**

Sería inscribible en el Registro Civil español, según lo establecido en los artículos 1 y 15 de la Ley reguladora de éste, el matrimonio entre un contrayente español y un contrayente marroquí celebrado ante autoridad civil marroquí<sup>157</sup>. A este fin hemos de distinguir, asimismo, dos hipótesis de celebración: ante autoridad marroquí en territorio marroquí (epígrafe A) y ante autoridad marroquí en el extranjero (epígrafe B).

### **A) Ante autoridad marroquí en territorio marroquí**

La concepción del matrimonio en el ordenamiento marroquí responde a los caracteres generales de esta institución familiar en el Islam<sup>158</sup>: carencia del carácter sagrado que

---

<sup>156</sup> Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1926 (2002), p. 3063 ss.

<sup>157</sup> La nacionalidad española de alguno de los contrayentes es requisito *sine qua non* para que dicho matrimonio pueda acceder al Registro Civil español (*supra*): así lo reiteró la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de marzo de 2001 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2001, nº 3883) en relación con un matrimonio celebrado en Nador por el rito musulmán entre una contrayente marroquí y un contrayente español respecto del que se dudó acerca de la nacionalidad de éste por cuanto sólo aportó certificación literal de nacimiento en Melilla (con inscripción marginal en la que por auto de 31 de mayo de 1999 se decreta con valor de simple presunción la nacionalidad española) y Documento Nacional de Identidad expedido en Barcelona; el órgano directivo lo consideró nacional español.

<sup>158</sup> No se olvide que el Preámbulo del Código de Familia de 2004 efectúa una referencia expresa a las palabras del Rey de Marruecos acerca de la inspiración del mismo « en los designios del Islam tolerante que honra al hombre y defiende la justicia, la igualdad y la convivencia en armonía » y de la conveniencia de « basarse en la homogeneidad del rito malekita, así como en la Ijtihad que hace del Islam una religión adaptada a todos los lugares y todos los tiempos, con el fin de elaborar un Código de Familia moderno, perfectamente adecuado al espíritu de nuestra

posee en otras religiones monoteístas (en particular en el Catolicismo), de lo que deriva su esencial disolubilidad por voluntad de los cónyuges (concretamente del marido), y asentimiento ante testigos sobre un contrato recíproco entre hombre y mujer en el que aquél entrega una dote a ésta y le proporciona su mantenimiento; normalmente la celebración del contrato matrimonial propiamente dicho va precedida de un previo acuerdo matrimonial entre el futuro esposo y un representante varón de la futura esposa (el padre o pariente más cercano) en el que se negocia la citada dote (*supra*)<sup>159</sup>.

La concreción de la hipótesis de trabajo acogida en estas líneas en la forma de matrimonio que analizamos en el presente epígrafe implicaría la celebración ante autoridad marroquí en Marruecos de un matrimonio entre un contrayente español y otro marroquí. En este punto se ha producido una reciente evolución en la reglamentación del país vecino pues, hasta la promulgación del nuevo Código de Familia en 2004, aquélla se había venido asentando, según se ha indicado en páginas precedentes, sobre una estrecha conexión entre la forma y el fondo del matrimonio<sup>160</sup>.

En concreto, el supuesto de matrimonio entre contrayentes marroquí y español en Marruecos, que no fue regulado inicialmente en el *Dahir* de 12 de agosto de 1913, fue abordado en el *Dahir* de 4 de marzo de 1960<sup>161</sup>; en su virtud,

---

religión tolerante», del mismo modo que su artículo 400 (y último) dispone que «Para todo aquello que no esté previsto en el presente Código, convendrá referirse al rito malekita y al esfuerzo jurisprudencial (Ijtihad) que tiene en cuenta la concretización de los valores del Islam en materia de justicia, igualdad y buenas relaciones de la vida en común».

Acerca de la fidelidad a la tradición musulmana de la reforma acometida en el Derecho de familia marroquí por el Código de 2004 véanse, por todos, M.C. FOLETS y M. LOUKILI, «Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?», cit., p. 523-530; en opinión de F. LAROCHE-GISSEROT («Le nouveau Code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?», cit., p. 346-347), el mantenimiento de la fidelidad islámica en el nuevo Código de Familia ha obedecido al deseo de evitar el amplio movimiento de inquietud y protesta que se hubiera provocado en el país en el caso de haberse afectado la identidad religiosa propia mediante la importación sin más de las costumbres occidentales.

159 I. GARCIA RODRIGUEZ, La celebración del matrimonio religioso no católico, cit., p. 61-62: el acto de la celebración del matrimonio, en el que deben concurrir la oferta (*ijâb*) del varón y la aceptación (*qabûl*) por el tutor matrimonial (*wali*) ante dos testigos musulmanes, suele tener lugar ante una autoridad religiosa (*mullah* o *cadî*); no obstante, siendo la ausencia de formalidad preestablecida una característica de la celebración del matrimonio en los países musulmanes, no es infrecuente –en particular en ambientes rurales– que el contrato matrimonial se celebre de manera totalmente privada, esto es, sin presencia de autoridad religiosa o civil (lo que procura ser contrarrestado por los legisladores y gobernantes desde fechas más recientes procurando el registro público del matrimonio). Como escriben S. ALDEEB y A. BONOMI (eds.), Le Droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux, cit., p. 1, la presencia de los dos testigos en la celebración del matrimonio no sólo es requisito *sine qua non* para la validez de ésta, sino que garantiza asimismo la publicidad de éste habida cuenta de que no se exige forma escrita sino que basta la conclusión oral; el eventual documento en el que se fijan las condiciones materiales del matrimonio no es indispensable para la válida celebración de éste.

160 Cfr. J. DEPRESZ, «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), p. 66.

161 Boletín Oficial nº 2474, de 25 de marzo de 1960.

el matrimonio de cónyuge marroquí con cónyuge extranjero (por ejemplo español) debe ser celebrado en principio ante el *adul* o el rabino, y sólo podrá serlo después ante el oficial del estado civil si así lo solicitan ambos contrayentes, si no lo impide el estatuto personal del marroquí (artículo 1) y si los cónyuges han sido previamente consagrados en los requisitos de forma y de fondo previstos por dicho estatuto (artículo 2)<sup>162</sup>.

En realidad el posterior matrimonio civil no es necesario en el ordenamiento marroquí; este doble matrimonio está previsto para evitar una situación claudicante, si así lo previese la Ley nacional de contrayente extranjero<sup>163</sup>. Es más, la regla española resulta lo suficientemente amplia como para amparar la previsión del ordenamiento marroquí: el artículo 49 del Código Civil permitiría a un nacional español contraer matrimonio en Marruecos en la forma religiosa legalmente prevista en tal Reino (ante *adul* o ante rabino) o en la forma civil admitida en él (ante el oficial del estado civil)<sup>164</sup>.

El actual Código de Familia marroquí trata «De los procedimientos administrativos y formales para la celebración y el acto del matrimonio» en el Título VI (artículos 65 a 69) de su Libro primero «Del matrimonio», del mismo modo que dedica a los requisitos de forma del matrimonio los artículos 16 y 17, incluidos en el Capítulo II («Del matrimonio») del Título I («De los esponsales y del matrimonio») del mismo Libro. De un análisis de conjunto de estas reglas se desprenden las siguientes cinco previsiones en la materia<sup>165</sup>.

1ª Expediente relativo a la celebración del matrimonio (artículo 65, apartados I y II). Se deberá abrir en el Juzgado de Familia correspondiente al lugar de celebración y se conservará en la Secretaría del mismo con el número que le corresponda. Una vez incluidos en él los documentos preceptivos<sup>166</sup>, el titular

---

162 Cfr. S. ALDEEB y A. BONOMI (eds.), *Le Droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, cit., p. 3.

163 F. SAREHANE y N. LAHLOU-RACHDI, «Maroc (Conflits de lois. Conflits de juridictions)», cit., n° 84, p. 14.

164 Así, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1996, Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, 1996, n° 8279.

165 El Ministerio de Justicia de Marruecos promulgó la Circular n° 46, de 5 de diciembre de 2006, sobre matrimonio de marroquíes con extranjeros musulmanes o no.

166 A saber: a) un formulario especial de solicitud de autorización para protocolizar el acta de matrimonio, cuya forma y contenido se determinan por orden del Ministro de Justicia; b) un extracto de la partida de nacimiento (anotando el encargado del Registro Civil en el margen del extracto de la partida la fecha de expedición de la misma e indicando que dicho extracto se expide a efectos de celebración de matrimonio); c) una declaración administrativa de cada uno de los prometidos, cuyas indicaciones son fijadas por orden conjunta del Ministro de Justicia y el Ministro del Interior; d) un certificado médico de cada uno de los prometidos, cuyos datos y condiciones de entrega se determinan por orden conjunta del Ministro de Justicia y del Ministro de Sanidad; e) la autorización de matrimonio en ciertos casos siguientes (matrimonio antes de la edad de capacidad; poligamia, siempre que se cumplan los requisitos previstos en este Código; matrimonio de un discapacitado mental; matrimonio de los convertidos al Islam y los extranjeros); y f) un certificado de aptitud para el matrimonio, o certificado equivalente en el caso de los extranjeros.

del Juzgado concederá el visto bueno al expediente antes de autorizar la celebración del matrimonio<sup>167</sup>.

2ª Celebración del matrimonio (artículo 65, apartado III). Autorizado éste por el Juez de Familia, los dos *adules* levantarán el acta de matrimonio<sup>168</sup>. En ésta se consignará la declaración de ambos prometidos sobre si han estado o no casados previamente<sup>169</sup>; en caso de existir un matrimonio anterior, la declaración deberá acompañarse de cualquier documento que establezca la situación jurídica con respecto al acto que se va a celebrar<sup>170</sup>.

3ª Contenido del contrato matrimonial (artículo 67). El citado contrato debe incluir los siguientes elementos<sup>171</sup>.

- a) La mención de la autorización del Juez, el número y la fecha con la que figura, el número de orden del expediente en el que se recoge la documentación facilitada para el matrimonio y el Juzgado competente en el que se haya presentado.
- b) Los nombres y apellidos de ambos cónyuges, el domicilio o lugar de residencia de cada uno de ellos, su lugar y fecha de nacimiento, el número de su documento nacional de identidad o documento equivalente, así como su nacionalidad.
- c) El nombre y los apellidos del tutor matrimonial (*wali*), en su caso.
- d) El consentimiento pronunciado por ambos contrayentes en plena posesión de sus facultades, discernimiento y libre elección.
- e) En caso de haberse otorgado poder para la celebración del matrimonio, el nombre y los apellidos del mandatario, el número de su documento nacional

---

167 En palabras de M.C. FOBLETS y J.Y. CARLIER (Le Code marocain de la famille..., *cit.* p. 51 y 52) así como de M.C. FOBLETS y J.Y. CARLIER («Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?», *cit.*, p. 542-543) la exigencia del expediente previo al matrimonio obedece al deseo del legislador del Reino vecino de precisión en el establecimiento del acto matrimonial y de sumisión al control judicial de los documentos relacionados con él, todo ello en orden a evitar el fraude en este ámbito.

168 Recuérdese que el artículo 17 del Código de Familia de 2004 dispone que el matrimonio debe ser celebrado con la presencia de los contrayentes, si bien establece la posibilidad del matrimonio por poder (*supra*).

169 Establece el artículo 66 que en caso de maniobras dolosas con el fin de obtener la autorización o el certificado de aptitud previstos en artículo 65, o de sustraerse a estas formalidades, se aplicarán las disposiciones del artículo 366 del Código penal en contra de su autor y sus cómplices, si así lo solicita la parte perjudicada. La víctima de las maniobras dolosas tendrá derecho a solicitar la disolución del matrimonio y a reclamar la reparación de los perjuicios sufridos (tanto de carácter material como moral, aclara la Guide pratique du Code de la famille, *cit.*, p. 63-64).

170 Esta referencia incluiría los documentos expedidos por autoridades extranjeras respecto de ciudadanos marroquíes divorciados en el extranjero; caso de tratarse de España, sería el supuesto de la certificación del encargado del Registro Civil en que constase la disolución del matrimonio en cuestión.

171 Aspectos que pueden ser modificados o completados por orden del Ministro de Justicia, quien puede asimismo alterar el contenido de los mismos.



de identidad, así como la fecha y lugar en que se ha otorgado el poder para el matrimonio.

- f) La mención de la situación jurídica del cónyuge que haya contraído matrimonio previamente.
- g) La cuantía de la dote –si se hubiera determinado–, precisando cuál es la parte que habría que abonar por adelantado y cuál a plazo, y si su entrega se hubiese producido ante los adules o por reconocimiento.
- h) Las condiciones acordadas entre ambas partes.
- i) Las firmas de los cónyuges y del tutor matrimonial (*wali*), en su caso.
- j) Los nombres y los apellidos de los adules, la firma de cada uno de ellos y la fecha en la que comprobaron el acta.
- k) La homologación del Juez con aplicación de su sello en el acta de matrimonio.

4ª Expedición del acta matrimonial (artículo 16). El documento en que se consigna el acta matrimonial constituye la prueba válida del mismo (párrafo 1º). Si por motivos imperiosos no se hubiera podido expedir dicho acta de matrimonio a su debido tiempo, el juzgado admitirá entonces cualquier medio de prueba, así como un peritaje, en cualquier proceso de reconocimiento de matrimonio (párrafo 2º)<sup>172</sup>; la acción de reconocimiento de matrimonio será admisible durante un periodo transitorio máximo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Código (párrafo 4º)<sup>173</sup>, lo que supone que podrá ser ejercitada hasta principios de febrero de 2009<sup>174</sup>.

---

172 Según se explica en la Guide pratique du Code de la famille, *cit.*, p. 35-36, el Tribunal procederá a una investigación de las circunstancias y de las presunciones que establezcan la existencia del vínculo conyugal teniendo en consideración todos los medios de prueba –incluidas las declaraciones de testigos– en los términos en que lo ha confirmado la Corte Suprema de Marruecos en diversas resoluciones que establecen que «el Tribunal debe explicar este carácter excepcional, así como respecto del nacimiento de hijos en casa de los padres, fecha de nacimiento, ceremonias organizadas con esta ocasión, edad de los niños, certificado de escolarización llegado el caso, duración de la vida conyugal en común, etc.».

173 Al admitir en juicio una acción de reconocimiento de matrimonio, el juzgado tendrá en cuenta la existencia de hijos o de un embarazo fruto de la relación conyugal, así como el hecho de que se haya interpuesto la acción de reconocimiento cuando ambos cónyuges estaban vivos (apartado 3º).

174 Por su transitoriedad, el tenor de esta disposición es considerado extraño por M.C. FOLETS y J.Y. CARLIER (Le Code marocain de la famille..., *cit.* p. 21), quienes se interrogan asimismo acerca de su futura interpretación, máxime teniendo presente que el Código de Familia no prevé sanciones en este ámbito y que no considera estas uniones nulas conforme a su artículo 57 ni viciadas según su artículo 61. M.C. FOLETS y J.Y. CARLIER («Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?», *cit.*, p. 540, nota 58) reproducen la propuesta realizada por el grupo 'Justicia y Desarrollo' con ocasión del debate de esta norma en el Parlamento marroquí consistente en suprimir esta limitación temporal por su difícil aplicabilidad (propuesta que resultaría rechazada). Ciertamente la supresión de dicho plazo favorecería el reconocimiento en Marruecos de matrimonios celebrados por nacionales marroquíes en el extranjero –y ampararía la consiguiente legitimación de los hijos habidos en estos matrimonios–, para lo cual cabría pensar en la posibilidad de mandarar a un tercero para que procediera a la inscripción del matrimonio en Marruecos.



5ª Inscripción del acta matrimonial (artículo 68)<sup>175</sup>. El texto del acta de matrimonio se inscribirá en el registro previsto a esos efectos en la sección de Justicia Familiar<sup>176</sup>, del mismo modo que en el plazo de quince días contados a partir de la fecha de homologación del acta de matrimonio por el Juez se remitirá un extracto del mismo al encargado del Registro Civil del lugar de nacimiento de los cónyuges, acompañado de un certificado de expedición<sup>177</sup>; asimismo, una vez homologada el acta de matrimonio por el Juez se remitirá el original de la misma a la mujer y copia auténtica al marido (artículo 69)<sup>178</sup>.

El matrimonio entre nacional español y nacional marroquí celebrado ante la autoridad marroquí (los *adules*) cumpliendo los requisitos reseñados debería desde esta perspectiva formal resultar reconocido en nuestro ordenamiento y acceder, en consecuencia, al Registro Civil patrio<sup>179</sup>.

## **B) Ante autoridad marroquí en territorio extranjero**

De conformidad con los criterios de inscripción consagrados en los artículos 1 y 15 de la Ley del Registro Civil, y según se ha indicado, sería susceptible de acceder al Registro Civil español el matrimonio entre un contrayente español y un contrayente marroquí celebrado ante Cónsul marroquí. De acuerdo con las reflexiones realizadas en páginas precedentes acerca de esta fórmula matrimonial, la práctica de la misma ante autoridades consulares marroquíes obedecerá a los siguientes criterios.

---

175 La cuestión se regula en la actualidad en la Ley nº 37-99 relativa al estado civil, promulgada por el *Dahir* nº 1-02-239, de 3 de octubre de 2002 y por su Decreto de aplicación nº 2-99-665 de 9 de octubre de 2002 (publicados en el Boletín Oficial de 7 de noviembre de 2002).

176 La forma y el contenido de dicho registro, así como las menciones marginales, son determinados por orden del Ministro de Justicia.

177 Si alguno o ambos cónyuges no hubieran nacido en Marruecos, se remitirá la copia al Fiscal del Rey del Juzgado de Primera Instancia de Rabat.

178 Recuérdese que para el caso de marroquíes residentes en el extranjero que se hayan casado bajo una forma admitida en el Estado del lugar de celebración, el artículo 15 del nuevo Código de Familia establece la obligación de los contrayentes de entregar una copia del acta de matrimonio en el Consulado marroquí correspondiente a la demarcación de la localidad en la que se haya celebrado dicho matrimonio en un plazo de tres meses a contar desde la fecha de celebración y, en su defecto, de remitir copia del acta de matrimonio al Ministerio de Asuntos Exteriores en el mismo plazo. Seguidamente –dispone dicha norma– tal Ministerio se encargará de transmitir la copia al encargado del Registro Civil y a la sección de Justicia Familiar del Juzgado de Familia del lugar de nacimiento de cada uno de los cónyuges; no obstante, si alguno o ambos cónyuges no hubieran nacido en Marruecos, se remitirá la copia a la sección de Justicia Familiar del Juzgado de Familia de Rabat y al Fiscal del Rey del Juzgado de Primera Instancia de Rabat.

179 En efecto, explican M.C. FOBLETS y J.Y. CARLIER (Le Code marocain de la famille..., *cit.* p. 52) así como M.C. FOBLETS y J.Y. CARLIER («Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?», *cit.*, p. 543) que las disposiciones comentadas han de producir un efecto favorable desde el punto de vista del Derecho internacional privado pues facilitarán el reconocimiento en el extranjero de los matrimonios así celebrados.

- a) El caso del matrimonio de nacionales marroquíes ante Cónsul de su país acreditado en España se hallaría amparado por el Decreto marroquí 2-66-646 de 29 de enero de 1970 relativo a la aplicación del *Dahir* 421-66, de 20 de octubre de 1969, sobre las atribuciones de los agentes diplomáticos y de los cónsules en el extranjero, que habilita a éstos a ejercer como *adel* a los fines de autorizar cualquier acto que en Marruecos sea autorizado por un *adol* (en particular en orden a la celebración del matrimonio)<sup>180</sup>.
- b) Desde la perspectiva del sistema español de Derecho internacional privado podría tener acceso a nuestro Registro Civil el matrimonio celebrado ante Cónsul acreditado en España entre dos contrayentes nacionales marroquíes (en cuyo caso el Cónsul habría de serlo de Marruecos) o entre contrayentes de los que uno fuese nacional marroquí y el otro nacional de un Estado tercero (supuesto en el que el Cónsul podría serlo de Marruecos o del Estado tercero en cuestión)<sup>181</sup>. En cambio, sería considerado nulo ante el ordenamiento español, y por consiguiente no podría inscribirse en nuestro Registro Civil, el matrimonio celebrado entre españoles o entre un español y un extranjero (por ejemplo un marroquí) ante autoridad consular acreditada en España, y así lo ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado en una firme jurisprudencia –salvo alguna excepción aislada– aplicable a los supuestos de matrimonios entre españoles y marroquíes ante Cónsul de Marruecos en España (con independencia de que estos matrimonios puedan resultar válidos conforme al ordenamiento del Reino vecino)<sup>182</sup>.

---

180 Boletín Oficial de 1970, p. 258. En el sistema jurídico marroquí el *adol* es un notario tradicional de confesión musulmana con competencia para autorizar actos relativos al estado civil, a las relaciones de familia (por ejemplo el matrimonio o el divorcio bajo la autoridad y el control de un juez notario o *cadi attaouthik*) y a la sucesión *mortis causa*; a las facultades de los *adel* en el campo de la celebración matrimonial se refieren expresamente los artículos 65 y 67 del nuevo Código de Familia

181 Y ello por cuanto, como ha escrito J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE («El matrimonio: celebración, separación, divorcio y nulidad», *cit.*, p. 101) en referencia a la práctica en la materia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, («nuestro sistema se podría calificar de tolerante al admitir el matrimonio de extranjeros de distinta nacionalidad ante el Cónsul de la nacionalidad de uno de ellos».

182 Entre otras, Resoluciones de 12 de mayo de 1999 (2ª) y de 29 de septiembre de 2003 (3ª) sobre matrimonios entre un español y una marroquí ante Cónsul de Marruecos en Madrid (Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 1999, p. 3253 ss. y Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1954, 2003, p. 4151 ss.); de 28 de mayo de 2001 (1ª), de 23 de octubre de 2001 (3ª) y de 19 de enero de 2004 (5ª) sobre matrimonios entre un marroquí y una española ante el Cónsul de Marruecos en Algeciras (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1897 [2001], p. 2465-2466 y nº 1907 [2002], p. 4221 ss., y El Derecho Internet, 2004, nº 40017, respectivamente).

Un supuesto singular ha resuelto la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de marzo de 2007 (BOE nº 120, de 19 de mayo de 2007) en el caso de matrimonio celebrado por el rito islámico ante Cónsul de Marruecos acreditado en España entre un contrayente marroquí y una contrayente igualmente nacida marroquí que, no obstante, había adquirido con posterioridad la nacionalidad española por opción; el órgano directivo se atuvo al criterio temporal de la verificación de la nacionalidad de esta última en el momento de la celebración del matrimonio (29 de septiembre de 1999), que consideró era aún la marroquí, pues aunque el ejercicio del derecho de opción –incluida la renuncia a su anterior nacionalidad– se manifestó ante el encargado del Registro Civil en España el 28 de septiembre de 1999, la inscripción del acta levantada en tal fecha no se

- c) Ahora bien, conforme a lo establecido en la legislación marroquí la forma consular indicada podría ser utilizada por dos contrayentes marroquíes cuando ambos fuesen musulmanes, cuando ninguno fuese musulmán ni hebreo, o cuando el marido fuese musulmán y la mujer hebrea, pero no cuando ambos marroquíes fuesen hebreos pues su estatuto personal exigiría la celebración ante un rabino<sup>183</sup>.
- d) Esta fórmula matrimonial permitiría evitar los problemas de reconocimiento que pueden suscitar en Marruecos, *ex* artículo 14 del nuevo Código de Familia de 2004, los matrimonios celebrados por marroquíes en España ante una forma local admitida en nuestro ordenamiento (*supra*). En efecto, explican M.C. FOBLETS y J.Y. CARLIER que los contrayentes se acogerían a una fórmula *more islamico*, esto es, ante autoridad marroquí y bajo una regulación aplicable en Marruecos a los musulmanes<sup>184</sup>.

### 3. MATRIMONIO ANTE AUTORIDAD DE UN ESTADO TERCERO

Tendría asimismo acceso al Registro Civil español el matrimonio entre nacional español y nacional marroquí celebrado ante autoridad civil o religiosa de un tercer país, tanto en el territorio de éste o fuera de él (siempre que en este último supuesto no se tratase de matrimonio consular en España)<sup>185</sup>. Así lo admite, según se ha analizado, el artículo 49 de nuestro Código Civil, que permite que cualquier español pueda contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma –civil o religiosa– establecida por el ordenamiento del Estado de celebración.

En lo que concierne, en particular, a la forma religiosa se han de distinguir dos situaciones.

- a) Por una parte que se trate de la forma canónica, musulmana, protestante o hebrea, en cuyo caso una interpretación finalista y de conjunto de los artículos 49, 59 y 60 del Código Civil conducen a admitir la celebración de un matrimonio religioso bajo estas formas en el extranjero entre un contrayente español y un contrayente marroquí.

---

realizó hasta el 15 de diciembre del mismo año, circunstancia ésta considerada constitutiva para la naturalización según el artículo 330 del nuestro Código Civil.

183 *Cfr.* F. SAREHANE y N. LAHLOU-RACHDI, «Maroc (Conflits de lois. Conflits de juridictions)», *cit.*, nº 87, p. 14.

184 Le Code marocain de la famille, *cit.*, p. 18. Esta es la posible razón de la preferencia por esta fórmula matrimonial por parte de los marroquíes residentes en España.

185 En respuesta a una consulta planteada como consecuencia de las dudas formuladas por distintas oficinas consulares españolas, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de julio de 1982, sobre inscripción del matrimonio celebrado por españoles en el extranjero ante autoridad consular distinta de la española (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1282 [1982], p. 912 ss.), declaró que es inscribible un tal matrimonio «siempre que esta forma sea una de las admitidas por la Ley del lugar de celebración y que se tramite el expediente previsto en los artículos 65 del Código Civil, 73 de la Ley del Registro Civil y 249 del Reglamento del Registro Civil».

b) Por otra parte que se trate de una forma religiosa distinta a las cuatro indicadas pero que resulte válida en el Estado en cuestión, en cuyo caso habría de considerarse favor matrimonii que el imperio de la regla *locus regit actum* validaría formalmente asimismo un tal tipo de matrimonio<sup>186</sup>.

En otro orden de consideraciones, el matrimonio celebrado entre dos contrayentes marroquíes ante la autoridad de un Estado tercero no tendría acceso en principio al Registro Civil español, pues ninguno de aquéllos tendría la nacionalidad española ni el mismo se habría contraído en territorio español (artículos 1 y 15 de la Ley del Registro Civil). Cuestión distinta sería que *ex post* dicho matrimonio debiera acceder al Registro Civil español bien como anotación soporte de otras posteriores conforme a lo dispuesto en los artículos 256 y 272 del Reglamento del Registro Civil (lo que se ha denominado «competencia por conexión»<sup>187</sup>), bien por la posterior adquisición de la nacionalidad española por uno o por ambos cónyuges<sup>188</sup>. En estos casos, y ante la carencia de una norma expresa en nuestro sistema de Derecho internacional privado, la solución consistiría en verificar la validez formal de dicho matrimonio recurriendo a una aplicación analógica de los criterios contenidos en el artículo 50 de nuestro Código Civil, de manera que se consideraría válido aquél si así lo admitiese tanto el ordenamiento del país de celebración del matrimonio o la Ley personal de cualquiera de los contrayentes<sup>189</sup>.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social) de 10 de junio de 1998 ofrece un interesante ejemplo de matrimonio entre nacionales marroquíes celebrado en Marruecos en forma islámica que termina afectando al ordenamiento español: en efecto, trasladado el matrimonio con posterioridad a territorio español, adquiriendo ambos cónyuges la nacionalidad española y falleciendo el marido, la esposa supérstite solicita una pensión de

---

186 En este sentido véase J.A TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, «El matrimonio: celebración, separación, divorcio y nulidad», *cit.*, p. 98 y la doctrina allí aludida; la validez sustancial del mismo quedaría supeditada a la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en nuestro ordenamiento por el encargado del Registro Civil con ocasión de su inscripción (conforme a las competencias establecidas en el artículo 342 del Reglamento del Registro Civil). Esta tesis estaría avalada la Resolución de 25 de noviembre de 1978, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios en el extranjero en forma religiosa no canónica (Repertorio de Legislación Aranzadi, 1978, nº 179), que aludía, en la práctica de entonces, tanto al matrimonio coránico en países musulmanes como al matrimonio ante rabino o pastor protestante en el Estado de California, entendiéndose que «la forma local está expresamente admitida por un precepto específico de la legislación española, como es el (...) artículo 73 de la Ley del Registro Civil».

187 *Cfr.* S. ADROHER BIOSCA, Forma del matrimonio y Derecho internacional privado, *cit.*, p. 323.

188 Acerca de la anotación del matrimonio extranjero no inscrito en el Registro Civil español y del expediente gubernativo para declaración con simple valor de presunción véase P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho internacional privado español, *cit.*, p. 238-241.

189 *Cfr.* J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Matrimonio y parejas de hecho», *cit.*, p. 78.

viudedad al Instituto nacional de la Seguridad Social hallándose el problema para el reconocimiento de ésta en el hecho de que tal matrimonio no se había inscrito en el Registro Civil español; el Tribunal de referencia estimó la pretensión de la viuda pues, al cuestionarse acerca de si la omisión de tal inscripción atañía a un requisito esencial de orden constitutivo o simplemente a un requisito ad probationem o ad solemnitatem, estableció que

*« representa un mero defecto de forma que no puede privar de validez y eficacia, con todos los efectos legales que le son inherentes en el ordenamiento jurídico español, al matrimonio celebrado conforme a la legislación marroquí, concretamente, el de la prestación de viudedad por la condición de cónyuge sobreviviente, y ello como consecuencia lógica, normal y obligada de la adquisición de la nacionalidad española por la presunta beneficiaria y el sujeto causante »<sup>190</sup>.*

## **IV. INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL**

### **1. PRINCIPIOS DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

A los fines del estudio práctico de la inscripción en el Registro Civil español del matrimonio en el que, al menos, uno de los contrayentes sea marroquí se debe distinguir entre las actas matrimoniales otorgadas ante autoridad española (ya se haya celebrado en territorio español o extranjero) y ante autoridad extranjera (ya lo haya sido en territorio extranjero o español). La variedad de posibilidades de formas de celebración de matrimonio ofrecidas por nuestro sistema de Derecho internacional privado tienen cabida en la norma contenida en el artículo 256 del Reglamento del Registro Civil, incluido en la Sección 2ª ('De la inscripción del matrimonio en el Registro Civil') del Capítulo II ('De la Sección de Matrimonios') de su Título IV ('De los asientos en general y del modo de practicarlos'), y que dispone:

*« A salvo lo dispuesto en el artículo 63 del Código Civil y en los artículos 239, 252 y 255 de este Reglamento, se inscribirán, siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la Ley española, los matrimonios que consten por cualquiera de los documentos siguientes:*

---

190 Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social, 1998, nº 3559; véase la Nota sobre la misma de A. QUIÑONES ESCAMEZ, Revista Española de Derecho Internacional, 1999, nº 2, p. 744-747.

- 1º Acta levantada por Encargado o funcionario competente para autorizar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte.
  - 2º Certificación expedida por la Iglesia o confesión, cuya forma de celebración esté legalmente prevista como suficiente por la ley española.
  - 3º Certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración.
  - 4º Certificación expedida por funcionario competente, acreditativa del matrimonio celebrado en España por dos extranjeros, cumpliendo la forma establecida por la ley personal de cualquiera de ellos.
- El título para practicar la inscripción será, en todos estos casos, el documento expresado y las declaraciones complementarias oportunas »<sup>191</sup>.

En nuestro ordenamiento, la inscripción del matrimonio en el Registro Civil es requisito *sine qua non* para el pleno reconocimiento de sus efectos civiles, los cuales se producen desde el momento de su celebración (párrafos 1º y 2º del artículo 61 del Código Civil)<sup>192</sup>.

## **2. INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO CELEBRADO ANTE AUTORIDAD ESPAÑOLA**

Cuando el matrimonio se haya celebrado ante autoridad civil española (dentro o fuera de España, en este último caso en forma consular) o lo haya sido en territorio español ante una de las autoridades religiosas en las formas reconocidas por nuestro ordenamiento (canónica, protestante, hebrea o islámica), la inscripción en el Registro Civil se realiza con la presentación de la certificación oportuna ante el Juez encargado del lugar en que haya acaecido (párrafo 1º del artículo 16 de la Ley del Registro Civil); así lo disponen, respectivamente, los artículos 62 y 63 del Código Civil<sup>193</sup>.

---

191 Este precepto está redactado conforme a lo establecido en el artículo 1 del Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto (BOE nº 207, de 29 de agosto de 1986). En relación con las actas de matrimonios celebrados ante autoridad consular española, el sistema de inscripción se articula sobre la base del acceso de las mismas por duplicado a los Registros Civiles con competencia en la demarcación consular correspondiente y de la remisión de uno de los ejemplares al Registro Civil Central para su debida incorporación (artículos 12 de la Ley del Registro Civil y 118-119 de su Reglamento, así como Instrucción de 7 de enero de 1972, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre traslado de duplicados entre los Registros consulares y el Registro Central, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 903 [1972]). En lo que atañe a las certificaciones extranjeras, y en concreto a la práctica de la cambiante práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado, véase P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho internacional privado español, *cit.*, p. 227 ss.

192 Entretanto, el matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas (párrafo 3º del citado artículo).

193 Véase asimismo el artículo 255 del Reglamento del Registro Civil.

### 3. INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO CELEBRADO ANTE AUTORIDAD EXTRANJERA

Los matrimonios que accedan al Registro Civil español en los que, al menos, uno de los contrayentes sea marroquí pueden haber sido celebrados ante autoridad extranjera, tanto en España (matrimonio consular) como fuera de España (en Marruecos o en un tercer país). En tales casos será preciso proceder al reconocimiento del acta o certificación extranjeras en cuestión para que puedan ser inscritos en aquél por parte del encargado del Registro Civil, quien verificará la concurrencia de los requisitos legales para su celebración (artículos 65 del Código Civil y 256 del Reglamento del Registro Civil)<sup>194</sup>. A estos efectos, la regulación contenida en nuestro sistema de Derecho internacional privado se clasifica en las normas supraestatales y en las aplicables en defecto de instrumento supraestatal<sup>195</sup>.

---

194 Acerca de la evolución de la doctrina española en la consideración del control o verificación indicada véase E. GAYAN RODRIGUEZ, *Derecho registral civil internacional*, Eurolex, Madrid, 1995, p. 186-189. Un reciente ejemplo de denegación de la inscripción en el Registro Civil español de un matrimonio celebrado en Marruecos por contrayentes español nacido en Marruecos y marroquí nacida en Marruecos lo ofrece la Resolución (2ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de noviembre de 2004 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 61569) que verificó la inexistencia de certificación del Registro marroquí y la ausencia de acreditación de la celebración en forma del matrimonio exigida por el artículo 257 del Reglamento de nuestro Registro Civil: en efecto, en el expediente se aportó una copia de acta notarial del matrimonio en la que no constaba claramente la fecha de celebración en Marruecos, del mismo modo que el nombre y apellidos de los solicitantes que aparecían en unos y otros documentos eran diferentes (lo que generaba un problema de identidad); en consecuencia, el citado órgano directivo ni siquiera admitió la anotaciones previstas en el artículo 271 del Reglamento o, a través de un expediente con valor de presunción (*cf.* artículo 38, apartado 2º, de la Ley del Registro Civil), regulada por los artículos 335, 339 y 340 del propio Reglamento.

En la misma línea las Resoluciones (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de mayo de 1998 y (4ª) de 31 de agosto de 1998 (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1840 [1999], p. 468-469 y nº 1845 [1999], p. 1426 ss., respectivamente) inadmitieron la inscripción en el Registro Civil español de sendos matrimonios entre dos ciudadanos marroquíes –que posteriormente adquirirían la nacionalidad española– celebrados en Marruecos: en el primer supuesto por cuanto la certificación acompañada de tal acto no acreditaba la celebración del mismo, pues se trataba de un acta notarial que recogía las manifestaciones de unos testigos que declaraban saber que los interesados estaban casados desde 1970 pero en la que no se precisaban datos fundamentales como los relativos a lugar y a la fecha del matrimonio, así como a la presencia de los dos *adultes*; en el segundo caso porque no se aportó una certificación registral del matrimonio expedida por autoridad marroquí, sino de otro acta notarial con declaraciones testificales en la que no se aludía a la existencia de testigos presenciales de la celebración, ni a la fecha, lugar o autorizante del acto. En ambos casos, pues, no se cumplía con el requisito del apartado 3º del artículo 256 del Reglamento del Registro Civil por lo que cabía, todo lo más, acudir al medio supletorio del expediente al que se refiere el artículo 257 del mismo cuerpo normativo.

En cambio, la ya citada Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de febrero de 2003 admitió la inscripción en el Registro Civil español de un matrimonio celebrado en Marruecos en 1942 entre dos cónyuges marroquíes que posteriormente adquirieron la nacionalidad española, pues, pese a no existir certificación del Registro Civil marroquí, en el expediente seguido conforme al artículo 257 del Reglamento del Registro Civil se acreditaron debidamente los requisitos exigidos –en particular, el lugar y la fecha de la celebración del matrimonio islámico– por la información testifical que constaba en los documentos notariales marroquíes acompañados al expediente.

195 Sobre esta cuestión *cf.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho internacional privado español*, *cit.*, p. 217 ss.



A esta realidad se refiere, mediante una estructura algo confusa, el Reglamento del Registro Civil. De entrada, y en aras del principio de reconocimiento – concreción, a su vez, del más general principio de cooperación internacional– se declara la validez del documento auténtico extranjero (sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial) con fuerza en España con arreglo a las Leyes o a los Tratados internacionales, como título para inscribir el hecho de que da fe (artículo 81). Las dudas comienzan al averiguar cómo se verifica si el documento extranjero tiene fuerza en España: en tanto que el artículo 83 del Reglamento del Registro Civil dispone que «si para tenerla requiere exequátur, [éste] deberá ser previamente obtenido», el artículo 84 aborda dos supuestos en que no resulta necesario que tengan fuerza directa en España (excepto cuando lo impida el orden público): 1º las sentencias o resoluciones extranjeras que determinen o complementen la capacidad para el acto inscribible y 2º las autorizaciones, aprobaciones o comprobaciones de autoridad extranjera en cuanto impliquen formas o solemnidades del acto en el país en que se otorga.

Si doctrinalmente se entiende como necesario el exequátur para inscribir una sentencia extranjera en España existiendo inscripción de un acto anterior (por ejemplo, matrimonio), en los supuestos en que el documento extranjero incorporara el contenido de un acto de jurisdicción voluntaria relacionado con el ordenamiento marroquí que debiera acceder al Registro Civil español no sería preciso el exequátur, pues por regla la eficacia extraterritorial de tal documento se despliega con ocasión de su acceso al Registro Civil de un Estado distinto del de la autoridad ante la que fue otorgado<sup>196</sup>. Lo que implica que deba ser el encargado de éste el que haya de verificar si la resolución extranjera en cuestión (otorgada ante una autoridad marroquí o de un tercer Estado) reúne los requisitos que se exigen para desplegar su eficacia en el Estado donde se pretende su acceso al Registro Civil (a la sazón de España); en expresión de E. RODRÍGUEZ GAYÁN, «(e)n tanto no se produzca dicho control no habrá certeza de la validez del acto»<sup>197</sup>.

Como ha escrito J.M<sup>a</sup>. ESPINAR VICENTE, la eficacia extraterritorial de tal acto a nivel formal dependerá de la valoración que se asigne en el foro al documento extranjero que certifica que, al amparo de un determinado precepto, se ha constituido el derecho que se pretende hacer valer<sup>198</sup>. Dicha valoración habrá de efectuarse conforme a lo establecido, según se ha indicado, en las normas supraestatales de nuestro sistema de Derecho internacional privado que vinculen

---

196 P. DE MIGUEL ASENSIO, Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, Eurolex, Madrid, 1997, p. 242.

197 *Op. cit.*, p. 181.

198 J.M<sup>a</sup>. ESPINAR VICENTE, Curso de Derecho internacional privado español. Derecho procesal civil internacional (competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de actos y decisiones extranjeros), Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1993, p. 232.

y, en su defecto, por lo dispuesto en las normas del mismo aplicables en defecto de tales instrumentos.

1º En lo que concierne a las normas supraestatales que nos puedan vincular en este punto con Marruecos, se ha de indicar que no resultaría de aplicación el ya aludido Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre ambos Reinos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997, pues las actas matrimoniales no son equiparables a las resoluciones judiciales o ni a los documentos auténticos ejecutivos que podrían ser reconocidos por la vía establecida en el Título III del citado instrumento<sup>199</sup>.

2º Así las cosas, las normas que nuestro sistema de Derecho internacional privado destina a regular esta materia en defecto de instrumento supraestatal distinguen entre la fuerza probatoria extrínseca del documento público extranjero (esto es, su existencia o veracidad) y la fuerza probatoria intrínseca del mismo (es decir, su capacidad para servir de prueba de la existencia del acto jurídico que se ha plasmado en dicho documento)<sup>200</sup>, para lo cual la norma de base la constituye el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000. Este precepto, tras definir en su apartado 1º como documentos públicos extranjeros, a efectos procesales, aquellos a los que, en virtud de Tratados o Convenios internacionales o de Leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de la misma Ley<sup>201</sup>, dispone en su apartado 2º que cuando no sea aplicable ningún Tratado o Convenio internacional ni Ley especial, se considerarán públicos los documentos extranjeros que reúnan ciertos requisitos<sup>202</sup>.

---

199 Tampoco lo sería el también citado Convenio sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita y de devolución de menores, hecho igualmente en Madrid el 30 de mayo de 1997, pues no cubre este ámbito de aplicación material. Sobre estos dos instrumentos véanse, entre otros, R. ARROYO MONTERO, «Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 0 (2000), p. 598 ss.; F. GARAU SOBRINO, «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», en *Derecho internacional y Relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, BOE, Madrid, 1999, p. 167 ss.; M. MOYA ESCUDERO y H. ZEKRI, «El nuevo régimen bilateral de asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1997, nº 2, p. 369 ss.; J.A. PEREZ BEVIA, «El convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997», *Justicia*, 1998, nº 1-2, p. 73 ss.; y M. SABIDO RODRIGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A.-L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, p. 347 ss.

200 *Cfr.* A. RODRIGUEZ BENOT, «La forma de los actos jurídicos», *cit.*, p. 358 ss.

201 La fuerza probatoria de los documentos públicos extranjeros consistirá, según el apartado 1º del artículo 319 de la misma Ley, en hacer prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella.

202 Un ejemplo de la aplicación de los preceptos equivalentes de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 600 y 601) en relación con un acta o declaración de separación realizada por dos nacionales marroquíes y

- a) En lo que concierne a la fuerza probatoria extrínseca del documento público extranjero (eventualmente otorgado ante autoridad marroquí), de la aplicación del artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de otros artículos de nuestra legislación se desprende que los requisitos exigidos en este punto son los siguientes.
- Constancia de la legalización o apostilla, así como de los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España (artículo 323, apartado 2º, de la Ley de enjuiciamiento civil)<sup>203</sup>. Como reglas especiales en el ámbito del Registro Civil los artículos 88 a 91 de su Reglamento contienen una regulación *ad hoc* en la que merece particular atención el artículo 89, apartado 1º, que deroga el requisito de la legalización para el supuesto en el que conste al encargado del Registro Civil la autenticidad del documento extranjero, bien directamente, bien por haberle llegado el documento por vía oficial o por diligencia bastante; en caso contrario, prevé el artículo 90 del Reglamento que la legalización de aquellos documentos extranjeros que hubieran de surtir efecto en los Registros Civiles españoles se realizará por el Cónsul español del lugar en que se expidan o por el Cónsul en España del país donde se otorgaron.
  - Traducción del documento si no estuviera redactado en castellano ni en ninguna de las demás lenguas oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas: artículos 144, párrafo 1º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 86 del Reglamento del Registro Civil, en particular, que permite al encargado del Registro prescindir de ella bajo su responsabilidad si conociera el idioma en que estuviese redactado o si le constara el contenido del documento en cuestión<sup>204</sup>. La traducción o copia suficiente que ha de acompañarse para la inscripción en el Registro Civil español habrá de ser en todo caso oficial, esto es, «hecha por Notario, Cónsul, Traductor u otro órgano o funcionario competente» (artículo 86 del Reglamento del Registro Civil), con lo cual no se admite en este ámbito la copia privada a la que se refiere el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- b) En lo que atañe a la fuerza probatoria intrínseca del documento público extranjero (eventualmente otorgado ante autoridad marroquí), el régimen del

---

autenticada por autoridades notariales de tal país lo ofrece el auto del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1986, Revista Española de Derecho Internacional, 1987, nº 1, p. 204 ss., con Nota de I. MILANS DEL BOSCH PORTOLES.

203 Téngase presente que Marruecos no es parte en el Convenio suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (BOE nº 229, de 25 de septiembre de 1978). El artículo 40 del Convenio bilateral de 30 de mayo de 1997 sobre cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa dispensa de legalización a los documentos amparados en su ámbito de aplicación (en el cual no se incluirían, según se ha advertido, las actas matrimoniales).

204 El artículo 40 del Convenio citado en la nota anterior contiene asimismo normas específicas sobre lenguas utilizadas y traducción de documentos.

artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resulta mucho más impreciso que el contenido en el artículo 600 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, que contenía una serie de prescripciones que, por su carácter general, pueden seguir siendo consideradas vigentes en este punto<sup>205</sup>.

- En orden a la validez del acto jurídico plasmado en el documento en cuestión, se ha de exigir: por una parte, y desde un punto de vista material, que el contenido del acto no sea contrario al orden público español para las relaciones internacionales (artículo 12, apartado 3º, del Código Civil, el cual ha de ser entendido en clave constitucional a la vez que interpretado restrictivamente)<sup>206</sup>; por otra parte, y desde un ángulo personal, que los otorgantes tengan capacidad para obligarse, cuestión que, sabido es, pertenece al estatuto personal y se somete pues a la Ley personal, determinada en los sistemas marroquí y español de Derecho internacional privado por la nacionalidad del interesado (*supra*)<sup>207</sup>.
- Observancia formal, en el otorgamiento o confección del documento, de los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio (artículo 323, apartado 1º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil)<sup>208</sup>; al igual que ya se matizó respecto del régimen de la anterior Ley rituaria, se debe reiterar que aunque ese artículo sólo prevea la conexión *loci actus*, habrá que recurrir al artículo 11 del Código

---

205 Con un alcance general, el artículo 600 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil partía de la equiparación entre los documentos otorgados al amparo de nuestro ordenamiento o de un ordenamiento extranjero al disponer que «los documentos otorgados en otras naciones tendrán el mismo valor en juicio que los autorizados en España» si reunían ciertos requisitos. Con independencia de alguna incorrección técnica y de su limitación al ámbito judicial de esa formulación, se trata de un planteamiento que hoy se omite en el artículo 323 de la vigente Ley rituaria.

206 A dicho precepto se aludió expresamente en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (2ª) de 14 de mayo de 2001 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2002, nº 1728) para denegar la inscripción en el Registro Civil español del matrimonio celebrado en Marruecos en 1972 entre un conyacente originariamente marroquí que adquirió la nacionalidad española en 2000 y una conyacente marroquí, por hallarse aquél vinculado con un matrimonio previo con otra nacional marroquí que no había sido disuelto en el momento de la celebración del segundo.

207 A modo de ejemplo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de febrero de 2000 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2000, nº 3099) no admitió la inscripción en el Registro Civil Central del matrimonio contraído en Rabat entre un nacional español y una nacional marroquí por cuanto no se había inscrito previamente en aquél el divorcio –pronunciado en Suecia– del anterior matrimonio del citado conyacente; en cambio, la Resolución del mismo órgano de 23 de septiembre de 2000 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2000, nº 9349) sí admitió la inscripción de un matrimonio entre un conyacente español (originariamente marroquí) y una conyacente marroquí en Rabat en 1997 pues constaba la disolución del anterior matrimonio de aquél, siendo aún marroquí, mediante repudio revocable dictado en 1973 que fue declarado definitivo por un Tribunal de Casablanca en 1986.

208 E. GAYAN RODRÍGUEZ (Derecho registral civil internacional, *cit.*, p. 188) se hace eco, en sentido crítico, de cierta jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado denegatoria de inscripciones de matrimonios celebrados por españoles en Marruecos al considerar que las actas acreditativas de los mismos no lo eran del Registro regular y auténtico (Tribunal del *Cadí* Notario de Nador).

Civil para verificar si se han cumplido los requisitos reclamados por cualquier otro ordenamiento aplicable a la forma de los actos jurídicos<sup>209</sup>.

La verificación de los requisitos que permitan acreditar la eficacia probatoria extrínseca e intrínseca del acta o certificación matrimonial expedidas por una autoridad –civil o religiosa– extranjera compete al encargado del Registro Consular español en cuya demarcación se haya celebrado el mismo, según dispone el ya aludido artículo 16, párrafo 1º, del Código Civil: «Los nacimientos, matrimonios y defunciones se inscribirán en el Registro Municipal o Consular del lugar en que acaecen»<sup>210</sup>.

#### **4. MENCIONES DE IDENTIDAD DE LOS NACIONALES MARROQUÍES EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL**

La intensificación de las relaciones de tráfico externo entre Marruecos y España provoca, en primer término, el acceso al Registro Civil español de numerosos actos de Derecho de familia en los que participan nacionales marroquíes (en particular, y como venimos analizando en estas líneas, actas matrimoniales) y, seguidamente, la necesidad de rectificación de errores cometidos en las inscripciones registrales con nombres y apellidos de ciudadanos marroquíes<sup>211</sup>.

Dado que en los sistemas español y marroquí el nombre y apellidos de la persona se consideran materia propia del estatuto personal (*supra*), resultará de aplicación a su régimen el ordenamiento de la nacionalidad de la persona en cuestión (eventualmente el marroquí cuando de ciudadanos marroquíes se trate). Así lo establece en el plano supranacional el artículo 1, apartado 1º, del Convenio

---

209 Cfr. A. RODRIGUEZ BENOT, «La forma de los actos jurídicos», *cit.*, p. 363.

210 En el mismo sentido se pronuncia el apartado 1º del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil; el apartado 2º del mismo establece que si el promotor del matrimonio celebrado en el extranjero ante autoridad extranjera está domiciliado en España, deberá practicarse con carácter previo la inscripción y el Registro Civil Central para, posteriormente, trasladar la inscripción al Registro Consular correspondiente cfr. J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Matrimonio y parejas de hecho», *cit.*, p. 80 y la jurisprudencia allí referida. En el supuesto abordado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de abril de 2001 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2001, nº 5191), los contrayentes –ella española y él marroquí– de un matrimonio coránico celebrado en Nador solicitaron la inscripción del mismo a través del Consulado de España en Francfort al ser ésta la ciudad del domicilio del matrimonio.

211 Sobre ello véase R. VIÑAS FARRE, «Las menciones de identidad de ciudadanos de países árabes y musulmanes en el Registro civil español», en A. RODRIGUEZ BENOT (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 343 ss. y «Problemas relativos a las menciones de identidad de los ciudadanos de países árabes y musulmanes, especialmente marroquíes, en el Registro Civil español», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1822 (1998), p. 5 ss. El citado autor señala (p. 9-10) como problemas que surgen en relación con las menciones de identidad de ciudadanos de países árabes y musulmanes en general: la lengua y el alfabeto árabes y su transliteración; las posibilidades varias de traducción de un mismo nombre; el uso de expresiones (*Abu, Ben, Bent, Beni*), artículos (*El, Al*) y prefijos (*Abd, Golam*) utilizados por una sola generación; y el recurso a normas consuetudinarias o escritas sobre el sistema de nombres y apellidos en los documentos o certificaciones.

relativo a la Ley aplicable a los nombres y apellidos, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980 en el ámbito de la Comisión Internacional sobre el Estado Civil<sup>212</sup>; y en el plano interno el artículo 219 del Reglamento del Registro Civil: «El nombre y apellidos de un extranjero se rigen por su Ley personal»<sup>213</sup>.

En lo que a los ciudadanos marroquíes concierne, al analizar la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado R. VIÑAS FARRÉ ha identificado diversos problemas de coordinación en las actas que les afectan a la hora de su acceso a los Registros Civiles español y marroquí, problemas que han obligado a la incoación de expedientes de rectificación de las inscripciones practicadas en el Registro Civil español<sup>214</sup>. De entre ellos destacamos, en lo que atañe al objeto de estudio en estas páginas, el relativo a la alteración del nombre y apellido de los marroquíes que adquieren la nacionalidad española, afectados por lo previsto en el artículo 1, apartado 2º, del Convenio de Munich de 5 de septiembre de 1980 para estos supuestos de conflicto móvil: «En caso de cambio de nacionalidad, se aplicará la Ley del Estado de la nueva nacionalidad»<sup>215</sup>.

## V. APÉNDICES

### 1. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA MANEJADA

- P. ABARCA JUNCO, «La celebración del matrimonio y su nulidad», en P. ABARCA JUNCO (dir.), Derecho internacional privado, Vol. II, 2ª ed., UNED, Madrid, 2004

---

212 Boletín Oficial del Estado nº 303, de 19 de diciembre de 1989; dado que el ordenamiento señalado aplicable lo será aun cuando se trate del de un Estado no parte en el Convenio (artículo 2), nos hallamos ante un instrumento de alcance universal o *erga omnes*. Sobre la materia véanse, entre nosotros, J.M. DIAZ FRAILE, «Régimen de los apellidos en el Derecho español y comunitario a la luz del nuevo Convenio de la Comisión Internacional sobre el Estado Civil», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1989 (2005), p. 2105 ss.; J.J. FORNER DELAYGUA, Nombres y apellidos. Normativa interna e internacional, Barcelona, 1994; y A. LARA AGUADO, El nombre en Derecho internacional privado, Comares, Granada, 1998.

213 M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «El estatuto personal», en M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO Y OTROS, Lecciones de Derecho civil internacional, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 41 ss.

214 R. VIÑAS FARRE, «Problemas relativos...», *cit.*, p. 10-16.

215 El citado autor (*op. cit.*, p. 18) concluye, de *iure condendo*, en la conveniencia del establecimiento de una regla en el sentido de que, si hubiera elementos importantes de la situación vinculados con España (por ejemplo, residencia continuada en suelo español sin perspectivas de cambio, nacimiento y educación de los hijos en España, integración en la sociedad española, etc), se tuvieran en cuenta las Leyes españolas en lugar del ordenamiento de la nacionalidad de la persona afectada (por ejemplo, el marroquí) si éste resultara poco acorde o contrario a los principios constitucionales españoles. Sobre este particular véase la reciente Instrucción de 23 de mayo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español (BOE nº 159, de 4 de julio de 2007).

- P. ABARCA JUNCO, «La regulación de la sociedad multicultural», en A.-L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ANGEL (eds.), Estatuto personal y multiculturalidad de la familia, Colex, Madrid, 2000, p. 163 ss.
- S. ADROHER BIOSCA, Forma del matrimonio y Derecho internacional privado, Bosch, Barcelona, 1993
- S.A. ALDEEB ABU-SAHLIEH y A. BONOMI, 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 Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse), Schulthess, Zurich, 1999
- M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, «El matrimonio consular», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1937 (2003), p. 825 ss.
- M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, Intervención consular en Derecho internacional privado, Universidad de Sevilla, 2005
- E. ARTUCH IRIBERRI, «Matrimonios mixtos: diversidad cultural y Derecho internacional privado», Homenaje a R. Arroyo Montero, Iprolex, Madrid, 2003, p. 199 ss.
- R. ARROYO MONTERO, El matrimonio consular, La Ley, Madrid, 1991
- S. BELMIR, «La conflictividad de las Leyes en el Derecho internacional especial marroquí y el el Derecho internacional especial español; aplicación a los vínculos familiares, al matrimonio mixto y a la nacionalidad», en Primer encuentro judicial hispano-marroquí organizado por el Consejo General del Poder Judicial (España) y la Corte Suprema de Marruecos, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, Rabat, 2002, p. 9 ss.
- M. BENRADI, H. ALAMI M'CHCHI, A. OUNNIR, M. MOUAQIT, F. ZORA BOUKAËSSI y R. ZEIDGUY, Le Code de la Famille: perceptions et pratique judiciaire, Friedrich Ebert Stiftung (FES MAROC), Rabat, 2007
- I. BLAZQUEZ RODRIGUEZ, «La celebración del matrimonio musulmán y su reconocimiento en el Derecho español», en I. BLAZQUEZ RODRIGUEZ y M<sup>a</sup>.D. ADAM MUÑOZ, Inmigración magrebí y Derecho de familia, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005, p. 135 ss.
- I. BLAZQUEZ RODRIGUEZ y M<sup>a</sup>.D. ADAM MUÑOZ, Inmigración magrebí y Derecho de familia, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005
- A. BORRAS RODRIGUEZ, «La sociedad multicultural: la integración del mundo islámico», en A. BORRAS RODRIGUEZ y S. MERNISSI (eds.), El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política), Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Barcelona, 1998, p. 163 ss.
- A. BORRAS RODRIGUEZ y S. MERNISSI (eds.), El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política), Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Barcelona, 1998,
- J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Celebración del matrimonio en casos internacionales y constitución de parejas de hecho en casos internacionales», Nuevos temas de Derecho internacional (2006), <http://vlex.com/vid/288696>



- J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Matrimonio y parejas de hecho», en A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ y E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de familia internacional*, 3ª ed., Colex, Madrid, 2005, p. 47 ss. y en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 7ª ed., Comares, Granada, 2006, p. 43 ss.
- Z. COMBALIA, «Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial islámico», *Aequalitas*, nº 6 (enero-abril de 2001), p. 14 ss.
- J. DEPRez, «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), p. 13 ss.
- J. DEPRez, «Environnement social et Droit international privé. Le Droit international privé marocain entre la fidélité à l'Umma et l'appartenance à la communauté internationale», en *Droit et environnement social au Maghreb*, CNRS, Casablanca, 1989, p. 281 ss.
- J. DEPRez, «Maroc (Pluralisme des statuts personnels. Conflits interpersonnels)», *Juris-Classeur de Droit Comparé*, Fasc. 1, 1975
- *Derecho registral civil internacional (Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero)*, Iprolex, Madrid, 2003
- P. DIAGO DIAGO, «La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español», *Aequalitas*, nº 6 (enero-abril de 2001), p. 6 ss.
- P. DIAGO DIAGO, «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, p. 407 ss.
- P. DIAGODIAGO, «La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2004, nº 2, p. 1078 ss.
- P. DIAGO DIAGO, «Repercusiones de la nueva Mudawanna en la inmigración marroquí», en A. VICENTE (ed.), *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*, Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, Zaragoza, 2004, p. 141 ss.
- R. DOMÍNGUEZ BARTOLOME, «El matrimonio islámico en el Acuerdo con el Estado español de 1992», en A. MOTILLA DE LA CALLE (coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Universidad de Córdoba, 2003, p. 119 ss.
- P. DOMINGUEZ LOZANO, «Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995, nº 1, p. 317 ss.
- J.Mª. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996
- M.C. FOGLETS y J.Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du Droit international privé en Europe*, Bruylant, Bruselas, 2005

- M.C. FOBLETS y M. LOUKILI, «Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2006, n° 3, p. 521 ss.
- J.-J. FORNER DELAYGUA, «La familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y extranjería», en A. BORRAS RODRIGUEZ y S. MERNISSI (eds.), *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Barcelona, 1998, p. 199 ss.
- I. GARCIA RODRIGUEZ, «La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios», *Actualidad Civil*, 1999, n° 18 (3 al 9 de mayo), p. 447 ss.
- I. GARCIA RODRIGUEZ, «La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)», en A. RODRIGUEZ BENOT (ed.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 143 ss.
- I. GARCIA RODRIGUEZ, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Tecnos, Madrid, 1999
- I. GARCIA RODRIGUEZ, «La celebración e inscripción de matrimonios mixtos», en I. GARCIA RODRIGUEZ (ed.), *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*, Universidad de Alcalá, Madrid, 1999, p. 205 ss.
- I. GARCIA RODRIGUEZ, «Non-Catholic Religious Marriages in Spain», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 2 (1992), p. 32 ss.
- *Guide pratique du Code de la Famille*, 3ª ed., Association de Diffusion de l'Information Juridique et Judiciaire, Rabat, 2005
- *Guide pratique du Droit familial. Le nouveau Code marocain de la famille en questions*, Association pour le Droit des Étrangers (ADDE), Bruselas, 2005
- Mª.J. HERNANDEZ CABALLERO, «La equiparación jurídica de los cónyuges en el seno de la comunidad matrimonial en una sociedad multicultural», *Revista General Informática del Derecho*, 2006, n° 1
- H.J. HESSLER, «Islamic-rectliche Morgengabe: vereinbarter Vermögensausgleich im deutschen Scheidungsfolgenrecht», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1998, n° 2, p. 95 ss.
- P. JUAREZ PEREZ, «Hacia un Derecho internacional privado intercultural», en A.-L. CALVO CARAVACA y P. BLANCO-MORALES LIMONES (coords.), *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, p. 331 ss.
- H. KOTZUR, *Kollisionsrechtliche Probleme christlich-islamischer Ehen*, JCB Mohr, Tubinga, 1988
- F. LAROCHE-GISSEROT, «Le nouveau Code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?», *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2005, n° 4, p. 335 ss.
- N. MARCHAL ESCALONA, «Matrimonio religioso y la Instrucción de 10 de febrero de 1993 de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *La Ley*, n° 4175 (27 de noviembre de 1996), p. 1 ss.

- S. MERNISSI, «El estatuto de la mujer en Marruecos», en A. BORRAS RODRIGUEZ y S. MERNISSI (eds.), *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Barcelona, 1998, p. 103 ss.
- P. DE MIGUEL ASENSIO, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Eurolex, Madrid, 1997
- A. MOTILLA DE LA CALLE, «Identidad cultural y libertad religiosa de los musulmanes en España. Problemas en la adaptación del Derecho de familia al ordenamiento español», en A.-L. CALVO CARAVACA y P. BLANCO-MORALES LIMONES (coords.), *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, p. 381 ss.
- A. MOULAY R'CHID, «Le Droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel», en J.Y. CARLIER y M. VERWILGHEN (dirs.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et Droit international privé*, Bruylant, Bruselas, 1992, p. 143 ss.
- P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Cooperación internacional en la celebración del matrimonio: certificados de capacidad matrimonial», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo 0 (2000), p. 405 ss.
- P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho internacional privado español*, Aranzadi, Pamplona, 2002
- Primer encuentro judicial hispano-marroquí organizado por el Consejo General del Poder Judicial (España) y la Corte Suprema de Marruecos, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, Rabat, 2002
- A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2000
- A. QUIÑONES ESCAMEZ, «La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2004, n° 3, p. 877 ss.
- A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones*, Tomo I: África del Norte y América Latina, Atelier, Barcelona, 2006
- A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho internacional privado*, Atelier, Barcelona, 2007
- E. ROCA TRIAS, «Las consecuencias del acuerdo con las comunidades islámicas en materia de matrimonio», en A. BORRAS RODRIGUEZ y S. MERNISSI (eds.), *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Barcelona, 1998, p. 245 ss.
- A. RODRIGUEZ BENOT (ed.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002

- A. RODRIGUEZ BENOT, «El estatuto personal común», Primer encuentro judicial hispano-marroquí organizado por el Consejo General del Poder Judicial (España) y la Corte Suprema de Marruecos, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, Rabat, 2002, p. 43 ss.
- A. RODRIGUEZ BENOT, «Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento jurídico español», en A. RODRIGUEZ BENO (ed.), La multiculturalidad: especial referencia al Islam, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 15 ss.
- A. RODRIGUEZ BENOT y A. YBARRA BORES, «Familia, inmigración y multiculturalidad: la experiencia europea», en N. GONZALEZ MARTIN (coord.), Familia, inmigración y multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada, Porrúa / UNAM, México, 2006, p. 83 ss.
- A. RODRIGUEZ BENOT, «Regularización y tráfico ilegal de inmigrantes», en C. SANCHEZ-RODAS NAVARRO (coord.), Migrantes y Derecho: problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España, Laborum, Murcia, 2006, p. 13 ss.
- E. RODRIGUEZ GAYAN, Derecho registral civil internacional, Eurolex, Madrid, 1995
- V. SAN JULIAN PUIG, «Inmigración y Derecho de familia. Estudio de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1814 (1998), p. 151 ss.
- F. SAREHANE, «Le nouveau Code de la famille», Gazette du Palais (Chonique Judiciaire), n° 247-248 (3-4 de septiembre de 2004), p. 2 ss.
- F. SAREHANE y N. LAHLOU-RACHDI, «Maroc (Conflits de lois. Conflits de juridictions)», Juris-Classeur de Droit Comparé, fasc. 4, 1994, n° 67, p. 1 ss.
- J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, «El matrimonio: celebración, separación, divorcio y nulidad», en M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO Y OTROS, Lecciones de Derecho civil internacional, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 86 ss.
- A.L. DE VAL TENA, «Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la ‘extensión’ del concepto de beneficiario», Actualidad Laboral, 2003, n° 3, margs. 47 ss.
- M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, «Matrimonio poligámico, orden público y extranjería», Actualidad Laboral, 2003, n° 33 (8 a 14 de septiembre), margs. 581 ss.
- R. VIÑAS FARRE, «Las menciones de identidad de ciudadanos de países árabes y musulmanes en el Registro civil español», en A. RODRIGUEZ BENOT (dir.), La multiculturalidad: especial referencia al Islam, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 343 ss.
- R. VIÑAS FARRE, «Problemas relativos a las menciones de identidad de los ciudadanos de países árabes y musulmanes, especialmente marroquíes, en el Registro Civil español», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1822 (1998), p. 5 ss.

- E. ZABALO ESCUDERO, «Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al Islam», en A. RODRIGUEZ BENOT (ed.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 221 ss.

## 2. LEGISLACIÓN BÁSICA MANEJADA

- Circular 1/2002, de 19 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, sobre «Aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Ministerio Fiscal en materia de extranjería», epígrafe II: ‘Tratamiento en el ámbito civil de la inmigración ilegal: actuación del Ministerio Fiscal ante los matrimonios simulados’
- Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE nº 151, de 25 de junio de 1997)
- Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita y de devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE nº 151, de 25 de junio de 1971)
- Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980 en el seno de la Comisión Internacional sobre el Estado Civil (BOE nº 117, de 16 de mayo de 1988)
- Convenio relativo al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, hecho en Nueva York 10 de diciembre de 1962 (BOE nº 128, de 29 de mayo de 1969)
- Convenio sobre relaciones consulares, hecho en Viena el 24 de abril de 1963 (BOE nº 56, de 6 de marzo de 1970)
- Convenio tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, hecho en París el 10 de septiembre de 1964 en el seno de la Comisión Internacional sobre el Estado Civil (BOE nº 16, de 19 de enero de 1977)
- Consulta de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 2004 sobre trámites y requisitos esenciales para la celebración del matrimonio civil se infiere la no obligatoriedad de la presentación del permiso de residencia por el contrayente extranjero (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, suplemento al nº 1986 [2005], p. 1676 ss.)
- Consulta de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de septiembre de 2004 sobre aportación de intérprete jurado en la celebración de matrimonios civiles (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, suplemento al nº 1986 [2005], p. 1734 ss.).
- *Dahir* de 12 de agosto de 1913 sobre condición civil de los franceses y de los extranjeros en el Protectorado francés de Marruecos

- *Dahir* de 1 de junio de 1914 sobre la condición de los españoles y extranjeros en el Protectorado español de Marruecos
- Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DOUE L 158, de 30 de abril de 2004)
- Instrucción de 22 de marzo de 1974, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el expediente previo al matrimonio civil (BOE nº 90, de 15 de abril de 1974)
- Instrucción de 10 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa (BOE nº 47, de 24 de febrero de 1993)
- Instrucción de 9 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los cónyuges está domiciliado en el extranjero (BOE nº 21, de 25 de enero de 1995)
- Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia (BOE nº 41, de 17 de febrero de 2006)
- Instrucción de 23 de mayo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español (BOE nº 159, de 4 de julio de 2007)
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE nº 11, de 12 de enero de 2001), reformada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre (BOE nº 307, de 23 de diciembre de 2000), 11/2003, de 29 de septiembre (BOE nº 235, de 30 de septiembre de 2003) y 14/2003, de 20 de noviembre (BOE nº 279, de 21 de noviembre de 2003)
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8 de enero de 2000)
- Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 (BOE nº 151, de 10 de junio de 1957)
- Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas (BOE nº 272, de 12 de noviembre de 1992)
- Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas en España (BOE nº 272, de 12 de noviembre de 1992)
- Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación entre el Estado y la Comisión Islámica de España (BOE nº 272, de 12 de noviembre de 1992)



- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE n° 157, de 2 de julio de 2005)
- Ley marroquí n° 70-03 por la que se promulga el Código de Familia (*Mudawana*) aprobado por el *Dahir* de 3 de febrero de 2004 (Boletín Oficial n° 5184 de 5 de febrero de 2004 en árabe y n° 5358 de 6 de octubre de 2005 en francés)
- Ley marroquí n° 62-06 por la que se modifica y completa la Ley de 6 de septiembre de 1958 que aprobó el Código de la nacionalidad marroquí, promulgada por el *Dahir* n° 1-07-80, de 23 de marzo de 2007 (Boletín Oficial n° 5513 de 2 de abril de 2007 en árabe y n° 5514 de 5 de abril de 2007 en francés)
- Orden Ministerial de 26 de marzo de 1988 sobre aprobación de un modelo plurilingüe de certificado de capacidad matrimonial (BOE n° 136, de 7 de junio de 1988)
- Orden de 21 de enero de 1993 por la que se aprueba modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso (BOE n° 29, de 3 de febrero de 1993), modificada por Orden de 10 de diciembre del mismo año (BOE n° 305, de 22 de diciembre de 1993)
- Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE n° 6, de 7 de enero de 2005)
- Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE n° 51, de 28 de febrero de 2007)
- Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958 (BOE n° 296, de 11 de diciembre de 1958)
- Resolución de 25 de noviembre de 1978, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios en el extranjero en forma religiosa no canónica (Repertorio de Legislación Aranzadi, 1978, n° 179)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de julio de 1982, sobre inscripción del matrimonio celebrado por españoles en el extranjero ante autoridad consular distinta de la española (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1282 [1982], p. 912 ss.)
- Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997 sobre medidas en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DOCE C 382, de 16 de diciembre de 1997)
- 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 (BOE n° 188, de 8 de agosto de 2005)



### 3. JURISPRUDENCIA CITADA

- Auto del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1986, Revista Española de Derecho Internacional, 1987, n° 1, p. 204 ss.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de diciembre de 1991, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1627 (1992), p. 1035 ss.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de octubre de 1992, Repertorio de Legislación Aranzadi, 1992, n° 9461
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1996, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1997, n° 8279
- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de mayo de 1998, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1840 (1999), p. 468-469
- Resolución (2ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 1998, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1840 (1999), p. 503 ss.
- Resoluciones (4ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de agosto de 1998, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1845 (1999), p. 1426 ss.
- Resolución (2ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 1999, Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 1999, p. 3253 ss.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1999, Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 1999, p. 3383 ss.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de febrero de 2000, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2000, n° 3099
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de septiembre de 2000, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2000, n° 9349
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de enero de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2001, n° 2569
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de marzo de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2001, n° 3883
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de marzo de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2002, n° 5490
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de abril de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2001, n° 5191
- Resolución (2ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de mayo de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2002, n° 1728

- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo de 2001, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1897 (2001), p. 2465-2466
- Resolución (3ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2002, n° 5494
- Resolución (9ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de julio de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2001, n° 8394
- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2001, n° 10199
- Resolución (2ª) de 17 de septiembre de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2001, n° 10200
- Resolución (3ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de octubre de 2001, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1907 (2001), p. 4221 ss.
- Resolución (4ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de noviembre de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2002, n° 3081
- Resolución (4ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de julio de 2002, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1926 (2002), p. 3063 ss.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (4ª) de 21 de mayo de 2003, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2003, n° 5471
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (4ª) de 12 de septiembre de 2002, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2003, n° 136
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (1ª) de 20 de noviembre de 2002. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2003, n° 1105
- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de febrero de 2003, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2003, n° 4024
- Resolución (5ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de febrero de 2003, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2003, n° 4026
- Resolución (3ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de septiembre de 2003, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1954 (2003), p. 4151 ss.
- Resolución (5ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de enero de 2004, El Derecho Internet, 2004, n° 40017
- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de marzo de 2004, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2004, n° 3945
- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de septiembre de 2004, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2004, n° 284760

- Resolución (4ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de diciembre de 2004, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 83996
- Resolución (2ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de noviembre de 2004, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 61569
- Resolución (2ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de enero de 2005, BOE nº 63, de 15 de marzo de 2005
- Resolución (3ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de febrero de 2005, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 150250
- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de abril de 2005, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 9778
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (1ª) de 14 de junio de 2005, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 7534
- Resolución (3ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de junio de 2005, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 7536
- Resolución (2ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de enero de 2006, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2006, nº 6691
- Resolución (4ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2006, BOE nº 135, de 7 de junio de 2006
- Resolución de 4 de enero de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE nº 24, de 27 de enero de 2007)
- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de marzo de 2007, BOE nº 96, de 21 de abril de 2007
- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de marzo de 2007, BOE nº 101, de 27 de abril de 2007
- Resolución (2ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de marzo de 2007, BOE nº 101, de 27 de abril de 2007
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de marzo de 2007, BOE nº 120, de 19 de mayo de 2007
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social) de 10 de junio de 1998, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social, 1998, nº 3559
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) de 30 de julio de 2003, Repertorio Aranzadi Social, 2002, nº 3049
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 2 de abril de 2002, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social, 2002, nº 899
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) de 29 de julio de 2002, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social, 2002, nº 3324
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª) de 25 de enero de 2006, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2006, nº 4338

## **CAPÍTULO II. LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO**

**Ana Quiñones Escámez**  
**Profesora Titular de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona**



## I. INTRODUCCIÓN: TRADICIÓN Y REFORMA EN LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

Cuando el derecho de familia se asocia a los nacionales de países islámicos suele evocarse una realidad normativa compleja e inmutable, donde la costumbre y las prescripciones religiosas mantienen a la mujer en un tradicional estatuto jurídico de inferioridad. Ciertamente, existen normas y prácticas jurídicas que no suscitan conflicto alguno, pero no son éstas las que hacen historia ante los tribunales. Pongamos algunos ejemplos de estos puntos conflictivos: la prohibición de que la mujer musulmana se case con un no-musulmán; el tutor matrimonial de la mujer mayor de edad; los matrimonios forzados y el matrimonio de menores; el privilegio masculino y religioso de la poligamia (poliginia); el privilegio del repudio marital (divorcio); el que, tras el divorcio, la tutela de los hijos corresponda al padre y la guarda a la madre, y el que las hijas reciban un caudal hereditario consistente en la mitad de lo que reciben los hijos varones. Se trata de aspectos contestados, no sólo fuera sino también dentro, del mundo musulmán. Nos ocuparemos, aquí, de la disolución del matrimonio y sus efectos, que entrecruza varios puntos conflictivos y tiene un gran alcance práctico, con la mirada puesta, no en la protección abstracta de los ordenamientos sino, en la protección efectiva de los derechos individuales de las personas que se ven afectadas por la disparidad y la falta de coordinación de los sistemas jurídicos.

En el mundo árabe, el modo tradicional de disolución del matrimonio, en vida de los esposos, es el repudio marital. El matrimonio es un contrato que se perfecciona con el acuerdo de las partes, pero que puede rescindir el marido al ser considerado el responsable del sustento de la familia. El repudio otorga al esposo la facultad de poner fin –unilateralmente y sin motivo alguno– a su matrimonio. La tradición religiosa le es desfavorable; según un célebre *hadith* (tradición formalizada relativa a la vida y a las enseñanzas del profeta Mahoma) el repudio es el más detestable de los comportamientos lícitos de un musulmán. Sin embargo, sólo dos países, Turquía y Túnez, lo han suprimido<sup>216</sup>, y alzan la barrera del orden público internacional frente a las legislaciones islámicas extranjeras que aún lo contemplan<sup>217</sup>.

---

216 El derecho tunecino tras la reforma del Código de Estatuto Personal (1956) viene a otorgar la facultad de repudiar (el divorcio judicial unilateral) tanto al hombre como a la mujer. Al respecto, M. CHARFI, «Le droit tunisien de la famille entre l'islam et la modernité», *RTD*, 1973, p. 11, esp. p. 29-30. La poligamia es igualmente abolida sobre la base del versículo del Corán que obliga al marido a tratar por igual a sus esposas, lo que sólo se consigue suprimiendo (limitando a una y no a cuatro mujeres) esta práctica pre-islámica. La poligamia se encuentra penalizada con un año de prisión. Respecto a esta interpretación acorde con la religión, M. CHARFI, *Introduction à l'étude du droit*, Tunis, C.E.R.E.S Editions, 1997, p. 77, nº 117.

217 Tribunal de Túnez, 19 de abril de 1977, que considera contraria al orden público la ley marroquí por las exigüas compensaciones económicas que corresponden a la mujer, *RTD*, 1977, p. 91, nota A. MEZGHANI, y Tribunal Supremo, 16 de junio de 1987, *RJL*, 1987, p. 223, ambas citadas por K. MEZIOU y A. MEZGHANI en,

En los otros países islámicos, la tendencia actual por cuanto hace al repudio marital (Argelia en el año 1984 y 2005, Egipto en el año 2000, entre otros) es la de sujetarlo a control judicial, y la de restringirlo reglamentando su publicidad y sus efectos sobre la esposa y los hijos. Es el caso de Marruecos que reformó su *Código del Estatuto Personal* (1957) en los años 1993 y 2004<sup>218</sup>.

Desde la reforma de 1993, la sociedad civil marroquí ha ido compeliendo al legislador a un cambio más radical del Código del Estatuto personal. Tras acceder Mohamed VI al trono se ha ido gestando la reforma actual con la idea inicial –dentro del *Plan nacional de acción en vistas a la integración de la mujer en el desarrollo*–, de remplazar el repudio por el divorcio judicial y de ampliar el concepto de pensión alimenticia para que comprenda el domicilio conyugal (vivienda). Estas expectativas se han visto plasmadas, aunque sólo en parte, en el texto hoy vigente. Si bien la reforma trae consigo, adicionalmente, un cambio de mentalidades y un avance en el principio de la igualdad de los sexos (personas), contemplado como requisito necesario para la democratización del país<sup>219</sup>.

El nuevo Código de la Familia marroquí (2004) es fruto de una voluntad reformadora y de un difícil consenso. El texto ofrece un resultado complejo y ambiguo<sup>220</sup>. Parece redactado por plumas diversas, pues casa el repudio y otros modos tradicionales de disolución del matrimonio (arts. 98 a 113) con otras modalidades más innovadoras (arts. 94 a 97, 99 y 114), que amplían las modalidades y las causas de disolución del matrimonio a petición de la mujer o de ambos esposos. La discriminación estructural intrínseca a la continuidad de

---

«Les musulmans en Europe», *CDM*, 1995, p. 70. Téngase en cuenta que las normas de DIP han reforzado las posibilidades de intervención del orden público internacional (art. 36 del nuevo Código de 27 de noviembre de 1998, que ha entrado en vigor el 1 de marzo de 1999, *JORT*, nº 96, 1 de diciembre de 1998). Un comentario a la reforma en, M. EL ARBI HACHENA, «Le code tunisien de droit international privé», *RCDIP*, 1999-2, esp. p. 240. Tras esta reforma: Trib. Primera Inst. Túnez, 18 de mayo de 2000, *Rev. Tun. Dr.*, 2000, p. 247, nota A. MEZGHANI (en parte en lengua árabe). Tribunal de Apelación de Tunes, 6 de enero de 2004 y Tribunal Supremo, 20 de diciembre de 2004, *JDI*, 2005, p. 1193, nota S. BEN ACHOUR, citadas por A. MEZGHANI, «Quelle tolérance pour les répudiations ?», *RIDC*, 2006-1, p. 70 («Considerando que el repudio que constituye una modalidad clásica y religiosa de disolución del matrimonio, basado en la voluntad unilateral del esposo sin tener en cuenta el interés de la familia, vulnera el orden público internacional tunecino como se desprende del art. 6 de la Constitución y de los artículos 1,2,7 y 16-1-c del Convenio de Naciones Unidas de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación con respecto a las mujeres»). Véase, también, la nota de jurisprudencia de M. BELLAMINE, *JDI*, 2007-1, p. 165 y siguientes, al hilo de una decisión del Tribunal Cantonal de Túnez, de 5 de mayo de 2005, relativa a un repudio tipo *khol*, procedente de Egipto, en la que se atenúa el orden público en atención a un análisis en concreto de la situación jurídica (cabe recordar que este tipo de repudio requiere el acuerdo entre los esposos). 218 Introducido por la Ley nº 03-70, promulgada por el dahir nº 1-04-22 de 3 de febrero de 2004. *BOM*, nº 5184 de 5 de marzo de 2004 (texto en árabe). Una primera traducción árabe/catalán en, COLEGIO DE ABOGADOS DE BARCELONA (Grup d'Advocats Joves i la Comissió de Dones Advocades de l'II-lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona), *El nou Codi de família marroquí*. Moudawana, Ed. Mediterránea, 2005.

219 En este sentido M. BENRADI, «Le droit a l'égalité: les enjeux de la démocratie (L'espace familial comme lieu de construction démocratique)», en *Colloque sur La Moudouana: les actes*, Université Mohamed V- Soussi, Rabat, Noviembre 2003, p. 3-13.

220 F. LAROCHE-GISSEROT, «Le nouveau Code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?», *Revue de droit international et de droit comparé*, 2005, p. 335 y siguientes



las instituciones más contestadas, el repudio y la poligamia, intenta compensarse mediante el control judicial y otras causas o modalidades alternativas de divorcio. La auténtica reforma va a depender del uso que de las previsiones innovadoras hagan los particulares y, notablemente, de la interpretación y aplicación de los tribunales, a los que el nuevo texto confiere un gran poder moderador. Por ejemplo, para autorizar la poligamia, el matrimonio de menores, el divorcio a solicitud de la esposa o para determinar la indemnización debida tras un repudio marital.

## **II. APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE FAMILIA MARROQUÍ (2004)**

Nos ocuparemos, aquí, de la disolución del matrimonio en el Código del Estatuto Personal de 1957, reformado en los años 1993 y 2004 (más conocido, tras esta última reforma, como Código de la Familia).

Nuestro objetivo consiste en detectar los problemas de aplicación de las disposiciones del Código de la familia (2004) cuando las autoridades españolas conocen de la crisis matrimonial. Y, también, el detectar, prevenir o aminorar los problemas de reconocimiento en Marruecos de las decisiones dictadas por las autoridades españolas.

Pero antes de entrar en el primer extremo, y proceder a examinar las normas que regulan la disolución del matrimonio, habrá que determinar en qué casos será posible aplicar el nuevo Código marroquí (2004). La respuesta será distinta según que conozca de la crisis matrimonial la autoridad marroquí o la autoridad española, como veremos a continuación.

### **1. UNILATERALISMO Y BILATERALISMO EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA APLICABLE: LA RELIGIÓN COMO CONEXIÓN**

El nuevo Código de la Familia marroquí (2004) cuenta con una norma de conflicto unilateral o, aunque la terminología es menos utilizada, de extensión (F. KAHN) que fija su ámbito de aplicación en el espacio (art. 2)<sup>221</sup>. Esta norma determina los casos en los que se aplican las disposiciones del código en supuestos conectados a más de un ordenamiento jurídico. Y, no sólo estatal sino, también, religioso.

Se trata de una norma única y general para todas las materias integradas en el código. No hay un elenco de normas de derecho internacional privado específicas para las distintas categorías o relaciones de familia con elemento extranjero.

---

221 Como ya indicamos en, A. QUIÑONES ESCAMEZ, «La reception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004-3, p. 877-878.

No cuenta, por consiguiente, el Código de Familia (2004) con disposiciones específicas para las crisis matrimoniales.

Tampoco prevé el código normas especializadas para restringir el alcance extraterritorial de las instituciones más contestadas: el repudio o la poligamia. Aunque el nuevo texto dificulta la poligamia y el repudio en un plano sustantivo o material, tal voluntad reformadora no se prolonga en el ámbito del derecho internacional privado. No se prevé, por ejemplo, una aplicación cumulativa de la ley nacional de cada uno de los esposos y de la ley de su última residencia habitual común, para que el marido pueda prevalecerse, sólo en tales casos, de los privilegios masculinos y religiosos de la poligamia o el repudio cuando existen elementos de extranjería. El espíritu restrictivo de la reforma respecto del repudio o la poligamia no alcanza a la escena internacional. Un marido musulmán puede celebrar un segundo matrimonio o repudiar a su esposa extranjera, en Marruecos, aunque no resida en el país. En un trabajo precedente<sup>222</sup> abogamos, atendiendo a la lógica que preside la reforma, por la introducción de una norma de conflicto orientada que exigiera un cúmulo de leyes para autorizar la poligamia (o el repudio) en supuestos internacionales. M<sup>a</sup> Claire FOBLETS y J-Yves CARLIER consideran, empero, poco viable el que se introduzca tal previsión al no formar parte de los objetivos del legislador marroquí el constreñir el ámbito de aplicación del nuevo código<sup>223</sup>.

Todo y dándonos cuenta de la dificultad, y de la voluntad ciertamente expansiva del legislador en la aplicación del nuevo texto, consideramos plausible el pensar que, el afán de extraterritorialidad que manifiesta el legislador tiene como objetivo el proyectar los aspectos reformistas o innovadores del código más que los privilegios maritales del repudio y de la poligamia. Tal extraterritorialidad, aunque tuviera su eco en la práctica de los tribunales (tradicionalmente conservadores), venía siendo criticada por la doctrina internacional privatista en Marruecos<sup>224</sup>. En definitiva, la previsión genérica que determina el ámbito de aplicación del Código, podría ser compatible con un afinamiento del sistema de normas de derecho internacional privado que aminorara, por especialización, las instituciones más conflictivas de la poligamia y el repudio en los supuestos internacionales. Tales previsiones específicas serían acordes con el espíritu de la reforma (que intenta limitar la poligamia y el repudio), impedirían situaciones

---

222 A. QUIÑONES ESCAMEZ, «La reception du nouveau Code de la famille marocain (*Moudawana*, 2004) en Europe», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004-3, p. 883-884.

223 M<sup>o</sup> CL. FOBLETS y J-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille*, Bruylant, 2005, p. 40, y concretamente en la nota n<sup>o</sup> 102.

224 Cabe recordar los célebres cursos de la Academia de La Haya de los profesores J. DEPREZ y M. CHARFI, entre otros trabajos (M. CHARFI, *L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans*, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1987, pág 321 y siguientes y J. DEPREZ, «Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France: aspects de droit international privé», en FOBLETS, M<sup>a</sup>.CL: (ed.), *Familles-Islam-Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, 1996, p. 57 y siguientes.

claudicantes (respecto a los no residentes) y facilitaría el reconocimiento recíproco de normas y decisiones.

Hoy por hoy, lo cierto es que el Código de Familia marroquí (2004) determina unilateralmente su ámbito de aplicación en el espacio, y lo hace a través de una norma de conflicto unilateral o de extensión que da un amplio alcance a sus disposiciones en los litigios relativos a la persona y a la familia con elemento extranjero. El artículo 2 del Código de la familia (2004) extiende sus normas a:

- todos los marroquíes, aunque tengan otra nacionalidad;
- los refugiados, incluyendo los apátridas, conforme al Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951, relativo a la situación de los refugiados<sup>225</sup>.
- las relaciones cuando uno de ellos sea marroquí, y
- la relación entre nacionales de Marruecos cuando uno sea musulmán.

No escapan, pues, a su ámbito de aplicación los matrimonios binacionales o mixtos en los que uno de los esposos es marroquí. Tampoco admite modulación la doble nacionalidad ni la residencia en el extranjero, pues la nacionalidad marroquí es automáticamente priorizada en todas las hipótesis de conflicto de nacionalidades<sup>226</sup>.

Cabe traer a colación, además, las repercusiones de la reciente reforma del Código de la nacionalidad marroquí (*Dahir* n° 1-07-80, de 23 de marzo de 2007, por el que se promulga la Ley n° 62-06 que modifica y completa el *dahir* n° 1-58-250 relativo al Código de la nacionalidad marroquí)<sup>227</sup>. La reforma en materia de nacionalidad ampliará los supuestos de aplicación del nuevo código<sup>228</sup>. En

---

225 Respecto a los apátridas, en la *Guide pratique du Code de la Famille* (2006) del Ministerio de Justicia se precisa –respecto al art. 2- que, aunque Marruecos no haya ratificado el Convenio de Nueva York relativo a los apátridas de 28 de septiembre de 1954, nada impide utilizar sus principios (...) en vistas a salvaguardar, en su defecto, los intereses de esta población». El Convenio de Ginebra sólo regula, empero, a los refugiados.

226 Es la solución clásica contenida en los convenios internacionales (1930) y, también, en el art. 9.10 del Código Civil español, aunque se ha visto alterada, al menos en un ámbito comunitario, con el asunto García Avelló (A. QUIÑONES ESCAMEZ, «Ciudadanía europea, doble nacionalidad y cambio de los apellidos de los hijos: Autonomía de la voluntad y conflicto positivo entre las nacionalidades de dos Estados miembros. STJCE, As C-148/02 García Avello, 2 de octubre de 2003», *Revista jurídica de Catalunya*, 2004-3, p. 203 y siguientes). La tendencia en algunos países occidentales es a apreciar la ley nacional de manera más flexible (nacionalidad efectiva o vinculada) teniendo en cuenta la necesidad de no fraccionar las cuestiones relativas al estatuto personal (Holanda y Bélgica).

227 *Dahir* n° 1-07-80 rabii I 1428 (23 de marzo de 1958) por el que se promulga la Ley n° 62-06 por el que se modifica y completa el *Dahir* n° 1-58-250 du 21 Safar 1378, de 6 de septiembre de 1958, sobre el *Código de nacionalidad marroquí* (Ver la reforma en el *Bulletin Officiel*, 5 de abril de 2007, n° 5514, p. 457-460), que ha entrado en vigor ese mismo día de su publicación en el diario oficial. El objetivo principal de la reforma es permitir al hijo nacido de madre marroquí adquirir, por filiación, la nacionalidad marroquí de origen (desde el nacimiento). A tales efectos, se reforma el art. 6 del Código de la nacionalidad para que la *madre marroquí* transmita su nacionalidad al hijo, al igual que ya ocurre con el padre. Nótese que con esta previsión se ampliarán las posibilidades de aplicación del Código de Familia, pues de acuerdo con su art. 2 se aplica a todas las relaciones en las que concurra un nacional marroquí.

228 El art. 3 de la reforma del Código de nacionalidad se refiere, expresamente, a la incidencia entre ambos textos al determinar la nacionalidad el ámbito de aplicación del nuevo Código de la Familia (2004).

definitiva, el amplio ámbito de aplicación del Código de la familia (2004), podrá verse incrementado, en la práctica, por la vía de la atribución de la nacionalidad marroquí no sólo por la vía de la filiación paterna sino de la filiación materna (art. 6), y aun cuando la madre marroquí se case con extranjero (musulmán<sup>229</sup>). En tal caso, la madre comunica al hijo su nacionalidad y éste debe efectuar la declaración oportuna para conservar sólo la nacionalidad de uno de sus padres (caso de pérdida). Entendemos, en consecuencia, que los nacidos de madre marroquí, aunque ésta se case con extranjero, podrán ser tenidos por ciudadanos de Marruecos y estar sujetos, en dicho país, al estatuto de la persona, familia y sucesiones que regula dicho Código.

Sin embargo, aunque el Código de Familia marroquí (2004) tenga vocación de aplicarse a los nacionales marroquíes residentes en España; y, también, a sus hijos y a su familia –con independencia de la residencia y de su/s otra/s nacionalidad/es–, sus disposiciones no se verán siempre reclamadas ni aplicadas fuera de Marruecos. No está garantizado ni su reclamo ni su aplicación por las autoridades extranjeras o ante un foro distinto al marroquí.

Esto es así, porque el derecho internacional privado de la familia de los sistemas confesionales y aconfesionales se sostiene sobre lógicas jurídicas distintas. En un sistema confesional, la prioridad dada a la nacionalidad sirve a la conexión religiosa. Tiene por objetivo la continuidad de las normas religiosas aunque los nacionales residan en el extranjero. Pero en un sistema secularizado, como el español, la competencia internacional de los tribunales y el derecho aplicable al litigio dependen, no de pautas o de la pertenencia a una religión sino, de conexiones jurídicas que pueden estar basadas en la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual y la autonomía de la voluntad.

Cabe detenerse un momento en este extremo. En el derecho internacional privado de un sistema aconfesional las normas de conflicto son la puerta de entrada del derecho extranjero; y, por ende, la de las normas religiosas que lo impregnan. La religión no es retenida como conexión. El ser musulmán (o marroquí) no entraña automáticamente la aplicación del «estatuto personal y familiar» vigente en Marruecos. Ni, por ende, el ser extranjeros musulmanes los dos esposos. Un ejemplo coadyuvará a ilustrar, brevemente, lo que venimos diciendo: En España, la disolución de un matrimonio entre un marroquí y una argelina, residentes en el territorio, no se regula por la ley coránica de inspiración común (derecho musulmán) ni se solventa por una elección entre el Código de familia marroquí o el argelino<sup>230</sup> en razón de su

---

229 Si no es musulmán el padre, el matrimonio es inexistente según el Código, y, en tal caso, la madre comunica al hijo la nacionalidad por ser el hijo ilegítimo (de padre desconocido) como indica las normas que regulan la nacionalidad en Marruecos.

230 Por ejemplo basada en la conexión neutra de la nacionalidad coincidente con la última residencia común o –aunque discriminatoria– de la ley nacional del marido, como haría el derecho argelino.

inspiración común islámica<sup>231</sup>. La ley aplicable a la disolución del matrimonio, a falta de nacionalidad común, es la ley (española) de la residencia habitual común sean o no sean originarios de un país musulmán los esposos.

En todo caso, las autoridades españolas aplican el nuevo Código de familia marroquí (2004) conforme al ordenamiento jurídico español. El cauce necesario de entrada del derecho extranjero son las normas de Derecho internacional privado, que se encuentran, básicamente, en el Título Preliminar del Código Civil español.

## **2. LA RESIDENCIA HABITUAL Y LA COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

La tendencia que actualmente se aprecia en el Derecho internacional privado en los países europeos apunta hacia el retroceso de la conexión de la nacionalidad y el avance de la conexión de la residencia habitual<sup>232</sup>. Varios son los factores coadyuvan a este retroceso de la nacionalidad, de los que destacaríamos dos a nuestros fines: por un lado, la presencia de una inmigración asentada; y, por otro, los procesos de integración regional, que hacen caer sobre la conexión de la nacionalidad la sospecha de un trato discriminatorio.

Una lectura rápida del genérico art. 9 del C. civil español podría dar a entender que no serán escasos los supuestos en los que quepa aplicar el derecho extranjero (marroquí), dado el tradicional papel prioritario que ha dado nuestro sistema a la conexión de la nacionalidad en el ámbito de la persona y de la familia. Pero tal afirmación sufre no pocas excepciones si atendemos a las recientes reformas legislativas (v. gr., la norma de conflicto del art.107 C. Civil relativa al divorcio<sup>233</sup>); a la preferencia por la nacionalidad del foro en los casos de doble nacionalidad (art. 9.10 C. civil), y a la tendencia *lege fori* de todas las jurisdicciones frente a instituciones desconocidas (invocación de la falta y acreditación del contenido del derecho extranjero o de su falta de equivalencia o su contrariedad con el orden público).

Contamos, además, con un haz de convenios multilaterales, suscritos por España, notablemente de la Conferencia de La Haya que, por su eficacia *erga omnes*, tiene la virtualidad de sustituir las normas del Derecho internacional privado autónomo contenidas en el citado título preliminar, y que se decantan por la conexión de la residencia habitual. Es notablemente, a nuestros fines, el

---

231 Aspecto que tratamos en anteriores trabajos, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación «la Caixa», Col. Premios Duocastella, Barcelona, 2000, p. 23-65, especialmente p. 28-29 y p. 173-175.

232 Recientemente, abogando por su generalización, M. HUNTER-HENIN, «Droit des personnes et droits de l'homme: Combinaison ou confrontation?», *Revue Critique de droit international privé*, 2006-4, p. 743-775.

233 A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «La loi applicable au divorce en Espagne (Loi Organique 11/2003, du 29 septembre 2003, concernant les mesures concrètes en matière de sécurité publique, violence domestique et intégration sociale des étrangers», *Revue Critique Droit International Privé*, 2003-4, p. 783-790.

caso del Convenio de la Haya, de 2 de octubre de 1973, sobre ley aplicable a los alimentos<sup>234</sup>.

Este avance de la residencia habitual en detrimento de la conexión de la nacionalidad se encuentra bastante generalizado en el derecho internacional privado de los países europeos. No es imputable sólo al derecho español. La disparidad cultural y la progresiva sedentarización, el carácter estable y familiar de aquellos que un día fueron «inmigrantes» ha suscitado en Europa un debate en torno a la conveniencia de continuar aplicando la ley nacional a las relaciones personales y familiares de los extranjeros residentes en el territorio. Las respuestas doctrinales y los desarrollos legislativos más recientes tienden a reforzar el recurso a la ley del foro, y a restringir las posibilidades de aplicación del derecho extranjero (lo que alcanza, también, al nuevo Código de la familia marroquí). Sirve de botón de muestra del avance de la ley de la residencia habitual, en las últimas codificaciones de los países de Europa, el art. 48 del Código de Derecho internacional privado belga (2004), pues invierte la escalera de G. Kegel dando prioridad a la conexión de la residencia sobre la de la nacionalidad para regular los efectos del matrimonio<sup>235</sup>.

En un ámbito europeo el avance de la residencia (y también la introducción de la autonomía de la voluntad) en detrimento de la nacionalidad se ve igualmente confirmado. Cabe, antes, recordar que tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (1997), en 1999, el derecho internacional privado de origen comunitario ha ido tomando cuerpo en el ámbito del derecho procesal civil internacional de los Estados miembros. Se ha visto afectado el ámbito de la competencia judicial internacional y el reconocimiento de decisiones, con los reglamentos: 44/2001 o Bruselas I (alimentos) 1347/2000 o Bruselas II, y 2201/2003 o Bruselas II-bis (divorcio y responsabilidad parental)<sup>236</sup>. Se trata de textos que regulan las cuestiones de derecho procesal internacional en las que la residencia habitual (o el domicilio) tienen lógicamente una mayor importancia al facilitar el acceso a la justicia. Sin embargo, se prevé, en un futuro próximo, que el protagonismo del derecho internacional privado comunitario alcance al derecho aplicable y se extienda a otros ámbitos del derecho de familia y sucesiones<sup>237</sup>,

---

234 B.O.E núm. 222, de 16 de septiembre de 1986.

235 Art. 48 de la *Loi belge portant Code de droit international privé* de 16 de julio de 2004, comentado por J.-Y. CARLIER, en *Revue Critique Droit International Privé*, 2005, p. 22.

236 El Reglamento 2201/2003 substituye al Reglamento 1347/2000. Estos textos pueden consultarse, al completo, en la dirección electrónica de la «Red judicial europea». Se encuentran recopilados y comentados en el libro, QUIÑONES/ORTUÑO/CALVO (coord.), *Crisis matrimoniales: protección del menor en un marco europeo (Jornadas de cooperación judicial europea 25-27 de octubre de 2004)*, La Ley, Madrid, 2005. Sobre las crisis matrimoniales en España las monografías de R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004; J.C. ESPLUGUES MOTA, *Divorcio internacional: jurisdicción, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

237 En este sentido, cabe traer a colación la publicación, en el año 2005, de una Propuesta de Reglamento sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias

como es el caso de la ley aplicable al divorcio<sup>238</sup>. Los Ministros de Justicia de la Unión Europea ya se han pronunciado sobre los grandes principios del Reglamento «Roma III» relativo al divorcio, en el reciente Acuerdo del Consejo del pasado 19 de abril de 2007, dando un papel importante a la elección por las partes del tribunal y de la ley aplicable<sup>239</sup>. En los ámbitos cubiertos por el derecho comunitario se da y dará prioridad a los textos europeos que (con independencia de la nacionalidad) regularán la competencia y la ley aplicable al divorcio y sus efectos afectando a los extranjeros (marroquíes) residentes. Conexiones como la de la residencia habitual o la autonomía de la voluntad podrán cobrar un papel importante. Si bien, pesará sobre la autonomía de la voluntad –al igual, en definitiva, que sucede, hoy, con la nacionalidad– el límite del orden público. No parece pues una solución definitiva en el ámbito que nos ocupa, como ya indicamos en trabajos anteriores<sup>240</sup>.

La Unión europea es, además, desde el 3 de abril de 2007, miembro oficial de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, por lo que cabe prever la ratificación y entrada en vigor de textos pendientes, como es el caso del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 *sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y cooperación en materia de protección de menores*<sup>241</sup>, del que Marruecos fue un primer firmante y es Estado parte. Dicho texto regula los efectos sobre los hijos de las crisis matrimoniales y los supuestos de desplazamiento ilícito del menor, pudiendo completar (cuando no desplazar) el Convenio bilateral hispano-marroquí (1997) sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores<sup>242</sup>.

---

[COM (2005) 649 final]. Y, también, la publicación, el pasado 17 de julio de 2006, de dos iniciativas más de la Comisión europea, destinadas a introducir normas de derecho internacional privado comunitario en el ámbito del derecho aplicable al divorcio y la regulación de los regímenes matrimoniales, respectivamente. La iniciativa, relativa al derecho aplicable al divorcio, trae causa en un Libro verde, presentado en marzo de 2005 [COM (2005) 82], y revisará el vigente Reglamento nº 2201/2003 o Bruselas II bis, añadiendo normas de conflicto comunes a los Estados miembros. La segunda iniciativa, en el ámbito de los regímenes matrimoniales, lanza un libro verde [COM (2006) 400 final] con una consulta pública, destinada a lograr una propuesta de Reglamento con normas de Derecho internacional. Respecto a la materia de las sucesiones y los testamentos, se ha lanzado una consulta en el ámbito comunitario, a través de un Libro Verde [COM (2005) 65 final], precedida de un estudio jurídico, encargado al *Deutsches Notarinstitut* y elaborado por DÖRNER y LAGARDE (2002). La consulta ha recibido casi una centena de contribuciones y, en este momento, se ultima una propuesta de Reglamento, que parece que podrá darse a conocer este año.

238 Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, 17.7.2006, COM (2006), 399 final.

239 Fuente: Consejo UE, comunicado de 19 abril de 2007.

240 A, QUIÑONES ESCAMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Premio 1999, Fundación La Caixa, 2000, p. 32-40 y p. 176-178; Idem, «La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004-3, p. 898-899; o, en «Espagne. Divorce. Loi Organique 11/2003, du 29 septembre 2003...», *Revue Critique de droit international privé*, 2003, p. 783-790.

241 Entró en vigor en el año 2002. ([http://hcch.e-vision.nl/index\\_fr.php?act=conventions.text&cid=70](http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.text&cid=70)).

242 Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (B.O.E. núm. 150, de 24 de junio de 1977).



En este contexto que se avecina, comunitario o europeo, con el Reglamento Bruselas II bis, Roma III y el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores, la posibilidad de celebrar nuevos convenios en la materia con un Estado tercero (Marruecos) se verá afectada por la comunitarización, sin perjuicio de la subsistencia de los textos ya existentes. Es el caso del ya citado convenio bilateral hispano-marroquí podrá verse, empero, desplazado por el Convenio de La Haya de 1996. Ambos tratan de cuestiones sensibles, como la guarda y la sustracción internacional, que suelen, desafortunadamente, surgir en el marco de las crisis matrimoniales o al margen de éstas. De llegar a buen puerto los textos existentes y los que se avecinan, la ley de la residencia habitual común; y, en algunos casos, la autonomía de la voluntad, van a ganar terreno a la conexión de la nacionalidad común, privilegiada en los sistemas internos o autónomos de algunos Estados miembros, como el español (art. 9 del Código Civil)<sup>243</sup>.

### **3. IGUALDAD DE LOS ESPOSOS EN LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y DERECHO APLICABLE**

El derecho español requiere que la disolución del vínculo del matrimonio en España sea decidida por los tribunales españoles. Cuando el divorcio es internacional, el juez español es competente para conocer del mismo sobre la base del Reglamento Bruselas IIbis (2201/2003) o, residualmente, de la LOPJ. Ya el Reglamento CE 1347/2000 en materia matrimonial y responsabilidad parental, que entró en vigor el 1 de marzo de 2001, amplió las posibilidades de acceso a los tribunales españoles para obtener el divorcio<sup>244</sup>: introdujo un *forum actoris* limitado, sobre la base de la residencia habitual de al menos un año del demandante, que puede reducirse a seis meses si el demandante es nacional. Al igual que el Reglamento 1347/2000, el actual Reglamento 2201/2003, que lo ha sustituido, permite a la mujer marroquí o a la española casada con un marroquí (si se cumplen unos mínimos requisitos de residencia) acceder a los tribunales españoles para obtener el divorcio. Este *forum actoris* no se obtiene de los artículos 22. 2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (1985) no contando tampoco nuestro sistema con foros exorbitantes o privilegios de nacionalidad –como es el caso de los artículos 14 y 15 del Código Civil francés o del art. 32 de la Ley italiana de DIP de 1995– que permitan, como foros de necesidad, a la esposa nacional, el acceder a los propios tribunales para obtener el divorcio cuando no concurre ninguna otra condición relativa a la residencia.

---

243 A, QUIÑONES ESCAMEZ, «Espagne. Divorce. Loi Organique 11/2003, du 29 septembre 2003...», *Revue Critique de droit international privé*, 2003, p. 790.

244 Extremo ya destacado en nuestro trabajo *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Premio Rogelio Duocastella (1999), *Barcelona*, 2000, p. 91 y siguientes.

El motivo principal del nuevo Reglamento nº 2201/2003 ha sido la ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento nº 1347/2000 al que substituye. Pero no se innova en todos los ámbitos. En materia matrimonial sólo la cuestión de la relajación o disolución del vínculo matrimonial queda cubierta por la normativa comunitaria. Se perdió, con la revisión del texto, la ocasión de incluir las consecuencias patrimoniales de la crisis matrimonial. Por el contrario, en materia de responsabilidad parental el nuevo Reglamento amplía el ámbito de aplicación material del texto anterior introduciendo normas ex novo. El Reglamento 1347/2000 sólo resultaba aplicable a los hijos comunes de un matrimonio en crisis que inician un procedimiento de disolución o relajación del vínculo matrimonial. El nuevo texto, dota a las acciones de responsabilidad parental de un *carácter autónomo* con respecto a la cuestión matrimonial. El Reglamento se aplica, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las cuestiones relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental (art. 1.1. b). La noción de «responsabilidad parental» es definida de modo extenso, como el conjunto de derechos y obligaciones conferidos a un titular de la responsabilidad parental en relación a la persona o los bienes del niño (art. 2.7). Algunos problemas de calificación respecto a lo que se entiende por «materias civiles» podrán plantearse e irán clarificándose por el Tribunal de Justicia. Una lista no exhaustiva de materias incluidas se ofrece a título ilustrativo (art. 1.2). El nuevo texto incluye a todos los niños –matrimoniales, no matrimoniales y habidos de anteriores matrimonios, lo que en derecho inglés, escocés u holandés se denomina «hijos de familia»– garantizando la igualdad de todos los niños con independencia del modelo familiar en el que se eduquen<sup>245</sup>. Todos los niños y todos los litigios que les afecten, incluidos los litigios post-divorcio –que el texto anterior no comprendía– están cubiertos por el nuevo Reglamento. Esta ampliación supone un importante avance con respecto al texto anterior. Puede consultarse, al respecto, la SAP Tenerife de 1 de junio de 2004 cuando invoca el nuevo Reglamento nº 2201/2003 como refuerzo a la solución que aporta el vigente Reglamento nº 1347/2000 a un litigio post-divorcio<sup>246</sup>. Más interesantes resultan las exclusiones que encuentran su razón de ser en la complejidad de las materias o en la existencia de otros instrumentos internacionales (art. 1.3). Tal acontece con las obligaciones de alimentos que seguirán rigiéndose por el Reglamento nº 44/2001<sup>247</sup>.

---

245 Este objetivo se manifiesta en el considerando nº 5 del preámbulo del Reglamento « Con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, el presente Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial ».

246 JUR 2004\198314. Vid., nuestra nota en *Revista española de derecho internacional*, 2005-1, p. 364-368. El tribunal se da cuenta de que el caso no entra en el ámbito temporal de aplicación, pero justifica la invocación hermenéutica de tales preceptos para reforzar la normativa existente. No se percata, empero, de que el Reglamento anterior nº 1347/2000 no cubre los litigios post-divorcio relativos a la responsabilidad parental.

247 El R. 2201/2003 no incorpora la materia de alimentos como ya se desprende de los considerandos núm. 9: «Las medidas relativas a los bienes del menor que no se refieran a la protección del mismo deben seguir

El art. 3 del Reglamento 2201/2003 establece como criterios de competencia en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial los siguientes:

«1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

- a) en cuyo territorio se encuentre:
  - la residencia habitual de los cónyuges, o
  - el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o
  - la residencia habitual del demandado, o
  - en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
  - la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
  - la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su «domicile»;
- b) de la nacionalidad de ambos cónyuges (o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del «domicile» común).».

En materia de responsabilidad parental El nuevo Reglamento se inspira en el *Convenio de la Conferencia de La Haya sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños* de 19 de octubre de 1996, que habrá que tener pronto en cuenta.

El criterio de competencia principal es el de la *residencia habitual del menor* en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional (art. 8)<sup>248</sup>. La previsión general obedece al interés superior del menor y al principio de proximidad<sup>249</sup>. La «residencia habitual» es un concepto autónomo y propio al

---

rigiéndose por el Reglamento nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.» y núm. 11: Las obligaciones alimentarias, al estar ya reguladas en el Reglamento nº 44/2001, están excluidas del ámbito de aplicación del presente Reglamento. Los órganos jurisdiccionales competentes en virtud del presente Reglamento tendrán generalmente competencia para pronunciarse en materia de obligaciones alimentarias en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento nº 44/2001.».

248 Inspirado en el art. 5 del Convenio de La Haya de 1996 que refuerza el criterio de la residencia para superar los problemas de concurrencia con las autoridades nacionales del Convenio de La Haya de 1961.

249 Como indica su considerando nº 12: «Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental.».

Derecho internacional privado. Expresa una realidad fáctica que se corresponde con el medio social estable donde vive la persona. Para determinar la residencia habitual del menor ha de atenderse a su integración en el medio y sus vínculos familiares, sociales y escolares en el tiempo. Y, si cabe, su voluntad (*animus manendi*). No obedece al concepto jurídico del domicilio legal del menor o el de sus padres o guardadores<sup>250</sup>.

La competencia general regulada en el art. 8 establece que:

*«1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menores que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.»*

Cabe la prórroga de la competencia:

«1. Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al artículo 3 en una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial tendrán competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda:

- a) cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor, y
- b) cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.

La competencia ejercida en virtud del apartado 1 cesará:

- a) en cuanto sea firme la resolución estimatoria o desestimatoria de la demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial, o
- b) en cuanto sea firme una resolución sobre responsabilidad parental, en aquellos casos en que en el momento indicado en la letra a) aún estén en curso procedimientos relativos a la responsabilidad parental, o
- c) en los casos considerados en las letras a) y b), en cuanto hayan concluido los procedimientos por otras razones.»<sup>251</sup>

---

250 Con respecto a una aproximación entre el domicilio y la residencia habitual en este ámbito, véase B. ANCEL y H. MUIR-WATT, *op. cit* en nota nº 14, p. 418.

251 Respecto a las medidas provisionales y cautelares, el art. 20 establece que:

1. En caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación en relación

Los citados Reglamentos no son aplicables a todos los supuestos y cuestiones matrimoniales. Es posible acudir al Reglamento 44/2001 para los alimentos (siendo posible concentrar la competencia para conocer del litigio ante el juez que conoce del divorcio, conforme al art. 5.2). Y, en defecto de reglamento aplicable, habrá de estar a lo previsto en el Derecho internacional privado autónomo. El art. 22 de la LOPJ establece la competencia de los tribunales españoles:

2.º Con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España.

3.º En defecto de los criterios precedentes y (...) en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro; (...) en materia de alimentos, cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio español (...).

Respecto al derecho aplicable, siendo competentes los tribunales españoles (y no será infrecuente que lo sean), la norma de conflicto del art. 107 del C. Civil español, prescribe, entre otros, la aplicación de la ley nacional común de los esposos. Si el matrimonio está compuesto por dos ciudadanos de Marruecos residentes en España la ley marroquí podrá ser, en principio, la competente suscitándose la cuestión de la posible actuación de la excepción de orden público no ya como cláusula general sino por la cláusula especial prevista en el mismo artículo 107.2, a cuyo tenor:

*«La separación y el divorcio se regirán por la Ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la Ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la Ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.*

*En todo caso, se aplicará la Ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:*

*Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.*

---

con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro, aun cuando, en virtud del presente Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo.

2. Las medidas tomadas en virtud del apartado 1 dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud del presente Reglamento para conocer del fondo del asunto haya adoptado las medidas que considere apropiadas.

*Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.*

*Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público. ».*

La previsión se alinea a la tendencia actual, en la Europa continental, de aplicar la ley propia –o la autonomía de la voluntad y la ley de la residencia habitual– frente a las leyes extranjeras que no permiten (u obstaculizan) el divorcio. Este favor divortii subyace a las normas de conflicto unilaterales (art. 310 –hoy 309– del C. civil francés) a las cláusulas especiales de orden público (art. 17.1. EGBGB alemán o art. 61. 3 LFDIP)<sup>252</sup> y a la norma de conflicto bilateral holandesa (art. 1 (4) de la ley de 25 de marzo de 1981) relativa a la disolución del matrimonio. Esta norma de conflicto holandesa contiene varias conexiones jerarquizadas. Pero la primera, la nacionalidad común, puede ser descartarla por los esposos en favor de la ley holandesa<sup>253</sup>.

#### **4. DIFICULTADES DE RECONOCIMIENTO DE UN DIVORCIO SIN CAUSA (LEY ESPAÑOLA) A SOLICITUD DE LA ESPOSA**

Nuestro derecho se ha incorporado a la tendencia a la aplicación de la *lex fori* en las crisis matrimoniales, tardíamente, a través de la redacción que al art. 107 del Código Civil ha dado la ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros<sup>254</sup>. Sin embargo, cualquier uso facultativo o excepcional de la ley española, por parte del juez y/o la esposa o esposos, debe sostenerse en un buen asesoramiento legal que sopesa las consecuencias de dictar una decisión claudicante o ineficaz. Si cabe una sentencia satisfactoria, sobre la base derecho extranjero aplicable, esa es la solución que debe ser retenida –de acuerdo con la primera conexión de la norma de conflicto– a fin de garantizar a las partes que la decisión adoptada surta efectos en el país de origen (Marruecos).

---

252 Respecto a las cláusulas especiales de orden público en este ámbito: P. LAGARDE, *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française*, en *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, y « Public Policy », *Int. Enc. Comp. L.*, vol. III/11, Tubinga/Dordrecht/Boston/Lancaster, 1994, p. 279, y A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Derecho e inmigración*, *op.cit.*, p.55 y siguientes.

253 De manera que, dos esposos de nacionalidad marroquí tendrían en Holanda, en virtud de la citada ley, la posibilidad de elegir el derecho holandés, siempre que los tribunales holandeses fueran competentes (es decir si uno de los esposos lleva residiendo al menos un año en Holanda, tanto a tenor del reglamento comunitario como, anteriormente, del art. 814 del Código de Procedimiento civil, reformado en 1993).

254 Boletín Oficial del Estado nº 234, de 30 de septiembre de 2003, p. 35398-35404 (Vid., nota A. QUIÑONES ESCÁMEZ, en *Revue Critique Droit international privé*, 2003-4, p. 783-790).

El riesgo existe de dictar una decisión claudicante sin que sea necesario. La cuestión puede ilustrarse, con las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de febrero de 2000, y de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de abril de 2002<sup>255</sup>. En los dos casos hubiera sido posible el solicitar en primera instancia un «divorcio por perjuicio o sevicias» conforme al derecho marroquí (ley nacional común) en lugar de una «separación» conforme a la ley española. Sin embargo, se solicita la «separación» de un matrimonio marroquí, de acuerdo con el derecho español, sin atender a que el artículo 107 del Código civil exigía aplicar el derecho marroquí (que no conoce la figura de la separación). Y la cuestión se complica cuando el pleito llega hasta la Audiencia Provincial, que se percata de la inaplicación de la ley nacional común, pero se encuentra atada de manos ante el *petitum* de una «separación» que es inexistente en el derecho nacional común de los esposos. El resultado general es que la separación declarada en primera instancia es desestimada. Pero, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de abril de 2002 mantiene la separación declarada por el juez de primera instancia atendiendo a las circunstancias del caso<sup>256</sup>.

---

255 Se solicita la «separación» y no el divorcio de dos ciudadanos de Marruecos en base a la ley española cuando la ley marroquí los hubiera divorciado («divorcio por sevicias»). La Audiencia se encuentra ya atada de pies y manos ante el *petitum* de la separación, pues aún queriendo atender al derecho extranjero, esta figura es desconocida en Marruecos. La situación trae causa en un mal asesoramiento inicial. Véase: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 21 de febrero de 2000, AC 2000\111, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 6 de abril de 2000, AC 2000\1088, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de abril de 2002, rollo nº 1300/2000, y nota A. QUIÑONES ESCÁMEZ en *Revista Española de derecho internacional* (REDI), 2003, p. 414-424.

256 «Existen indicios suficientes para concluir que la nacionalidad de ambos cónyuges es la marroquí. Partiendo de esta premisa, sobre la base de los arts. 12.6 y 107 del Código civil (= C.c.), la separación debería regirse por la ley marroquí, la cual, sin embargo, no ha sido alegada ni probada por ninguna de las partes (arts. 12.6.II C.c., en su redacción derogada por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, y art. 281.2 de esta Ley). Ante tales circunstancias, es doctrina reiterada del TS que si no se alega ni prueba el derecho extranjero deberá juzgarse y fallarse según la ley material española (STS 15 de marzo de 1984, STS 7 de septiembre de 1990 y STS 13 de diciembre de 2000, entre otras), como *lex fori*. A pesar de que por esta vía se pueda incurrir en el riesgo de dejar a la elección de las partes la cuestión de la ley aplicable (puede no interesarles alegar el derecho extranjero designado por la norma de conflicto, prefiriendo, en cambio, la *lex fori*), según el Tribunal Constitucional la doctrina jurisprudencial de que en defecto de prueba del derecho extranjero debe estarse al Derecho español es más respetuosa con el contenido del art. 24.1 de la Constitución española que la solución de tener por decaída la demanda, «dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige» (STC 155/2001, de 2 de julio, Fundamentos Jurídicos, 5; ello parece desprenderse también, si bien en otros términos, de la STC 33/2002, de 11 de febrero, Fundamentos Jurídicos, 6). Por todo ello, y en aras a procurar una tutela judicial efectiva de los intereses en juego (art. 24 Constitución Española), evitando la indefensión, y procurando proteger el interés superior, fundamental y básico, del menor y la solución del caso concreto procede mantener la separación decretada por el juzgador de instancia (pronunciamiento que la norma de conflicto española avalaría sin más si, residiendo los dos en España como ocurre en el caso de autos, tuviesen distinta nacionalidad y que, habida cuenta de las circunstancias del caso, se considera más adecuado que proceder a la desestimación en esta alzada de la pretensión común de ambos cónyuges por falta de alegación y prueba del derecho extranjero). Ello ha de permitir: por un lado, atender a la petición hecha por ambos esposos (que coinciden en solicitar la separación) y regularizar la suspensión de la vida en común y la posibilidad de los cónyuges de vivir separados (sin que tenga sentido mantener la obligación de convivencia, perjudicial sobre todo para la esposa, que ha sido objeto de diversas



El problema surge si se opta por la solución (en los citados casos) de aplicar la ley española sin necesidad, debido a un mal conocimiento del derecho internacional privado, del derecho extranjero; y, en definitiva, a un mal asesoramiento legal a las partes. Es decir, cuando es posible solicitar el divorcio conforme a la ley marroquí por causa de perjuicio, maltrato o sevicias (denunciados y probados con anterioridad) u otra causa contemplada en el derecho extranjero aplicable. De haber sido así, la decisión de divorcio (que había respetado el derecho de la nacionalidad común) podría ser reconocida en Marruecos tanto al amparo del Convenio bilateral (1997)<sup>257</sup> como del art. 128 del nuevo Código de Familia marroquí<sup>258</sup> (sobre los que volveremos), pues el motivo invocado por la esposa (perjuicio por sevicias), conforme al que dicta sentencia el juez español, no encontrará obstáculos en su paso por Marruecos por motivos de orden público internacional. Incluso en el caso de que los tribunales de Marruecos aplicaran las causas de divorcio del Código como si fueran de aplicación necesaria, en presencia de un marroquí (musulmán), también podría reconocerse la decisión española, pues el derecho marroquí ofrece a la esposa la posibilidad de solicitar el divorcio por perjuicio.

Podría especularse, incluso, que no hace falta que la decisión española aplique el derecho marroquí, pues el Convenio bilateral de reconocimiento de decisiones no exige un control conflictual o de ley aplicable y no cabe una revisión de fondo en el ámbito del exequátur. Pero si que parece necesario el que, cuando el divorcio lo solicita la mujer, la causa o los motivos del mismo sean conformes al Código de Familia reformado (art. 128 de dicho código).

La dificultad surge, hoy, por cuanto el derecho español, tras la reforma de 15/2005, permite un divorcio no causal. Este podrá ser reconocido si lo obtiene el marido, pero encontrará dificultades si lo obtiene la mujer, salvo que exista acuerdo entre los esposos o que el juez al redactar su sentencia intente motivarla sobre la base de algún motivo contemplado en el derecho marroquí, en principio, aplicable. Es decir, atienda a una equivalencia en el resultado.

Notablemente, tras la reforma del código marroquí, puede ofrecer cierta apertura el motivo de la « discordia » (*chiqaq*) que trataremos con mayor detalle en el apartado siguiente. Y sin olvidar las causas tasadas de divorcio a solicitud de la mujer, ya contempladas en el texto anterior que, si concurren, pueden garantizar a la esposa una indemnización (cosa que no ocurre siempre con el *chiqaq*), pues

---

agresiones, existiendo incluso una condena contra el esposo como autor de una falta de lesiones [folios 57-58]); y, por otro lado, adoptar sin dilación medidas relativas al hijo común que se presentan necesarias y perentorias en interés del mismo» (Vid., Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de abril de 2002, rollo nº 1300/2000, nota A. QUIÑONES ESCÁMEZ en *Revista Española de derecho internacional* (REDI), 2003, p. 414-424).

257 M. MOYA ESCUDERO y H. ZEKRI, «El nuevo régimen bilateral de asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos», *Revista Española de derecho internacional*, 1997-2, p. 369 y siguientes.

258 En cuanto al procedimiento, los artículos 430-432 del Código de Procedimiento Civil.

se considera al marido culpable. Esta es otra dificultad a la que se enfrenta el derecho español, los vasos comunicantes existentes entre el divorcio culpable y la indemnización o pensión que recibe el esposo inocente. Dificultad, que no se suscita sólo con respecto al derecho marroquí sino con otros derechos extranjeros.

En este sentido, cabe encomiar algunas decisiones de las Audiencias Provinciales que miran de aplicar el nuevo texto marroquí o de buscar cierta motivación equivalente para garantizar el reconocimiento de la decisión española en Marruecos, lo que ofrece algunas dificultades no tanto en la disolución del vínculo como en el monto de la prestación<sup>259</sup>.

Por el contrario, no parece tan afortunada la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 1 de septiembre de 2006<sup>260</sup>, cuando descarta el derecho extranjero y atiende al derecho español que ofrece un divorcio sin causa: «Según reiterada doctrina jurisprudencial, la invocación de derecho extranjero al ser una mera cuestión de hecho, como tal ha de ser alegada y probada, siendo necesario acreditar no solamente la exacta entidad del derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles, todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente, no considerándose suficiente para justificar la obligación en ellos determinada la cita aislada de artículos de Códigos extranjeros.

*(...) Que solicitado, conforme a la nueva legislación, Ley 15/2005, que entró en vigor al día siguiente de su publicación (9 de julio de 2005), el divorcio, no es preciso argumentar ni demostrar causa alguna, porque de acuerdo a la Exposición de Motivos de la nueva Ley, “el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado en el art. 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desee seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no seguir casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de la voluntad expresada en la solicitud, ni desde luego, de una previa e ineludible situación de separación».*

---

259 Es el caso de: Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 3 de mayo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ. JUR 2006\261212; Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 8 de junio de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ. JUR 2007\19193; Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 28 de marzo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. JUR 2006\231410 y Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 25 de abril de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. JUR 2007\261987. Las iremos viendo en función de la causa alegada. Respecto de todas ellas, véase la nota conjunta de A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Aplicación del nuevo Código de familia marroquí (2004) en supuestos de disolución del matrimonio», en *AEDIPriv.*, 2006 (en prensa).

260 Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, Sentencia de 1 de septiembre de 2006. JUR 2006\224583.

El juez tenderá más fácilmente a descartar el derecho extranjero si, en el caso concreto, valora que es débil el riesgo de que su decisión conforme a la ley española sea ineficaz debido al arraigo, *animus manendi* y los vínculos que la pareja mantiene con el territorio español, y la falta de vínculos con el país de origen. Sin embargo, este análisis, ha de incardinarse en el marco que permite el art. 107 del C. Civil. No puede conducir, por ejemplo, a aplicar la conexión de la residencia habitual en lugar de la conexión de la nacionalidad común situada en primer lugar por el legislador. Si tal hiciera, estaría dando una solución no conforme al art. 107 del C. Civil, que no prevé tampoco una cláusula de escape o que la voluntad de las partes determinen si se aplica la ley nacional o la de la residencia. Tal posibilidad sólo puede utilizarse con mesura en el marco de la excepción de orden público internacional (vínculos con el foro) o en los límites que el art. 107 permite que se aplique la ley española (que no siempre coincidirá con la de la residencia habitual). La norma de conflicto del art. 107 C. Civil debe ser aplicada de oficio por el juez, y éste no debe invertir el orden de las conexiones. En este sentido cabe observar críticamente el razonamiento de la Sentencia de la AP de Barcelona de 24 de octubre de 2006 cuando indica: «Y, cabe señalar también que algún sector de la doctrina concluye, en casos como el que nos ocupa, que la conexión es particularmente negativa para los emigrantes extranjeros que viven en España y que se hallan occidentalizados, cuando la nacionalidad común no sea más que un mero ligamen formal, en que cabe defender la presencia de una laguna axiológica en el art. 107.1 (conexión primera), por lo que se podrá pasar a la siguiente conexión, de residencia habitual común; y así en el presente caso, el esposo lleva desde el año 1992 en España en habiendo abierto dos negocios, es decir, hace catorce años, y la esposa cierto que ha venido en fecha más reciente, pero aparece por su estancia en otra población, la voluntad de continuar en España, en lo que podemos hablar de la adquisición de dicha occidentalidad que conlleva incluso en la preferencia como se ha visto de aplicar la ley catalana, siendo en Cataluña donde nació su hijo, y residen y trabajan ambas partes.». Y no habiéndose planteado «... en la instancia, ni consta referencia alguna en la sentencia, sobre la problemática de la legislación aplicable, atendiendo a la promulgación del nuevo Código de Familia Marroquí –la Mudawana– antes de la interposición de la presente demanda.»<sup>261</sup>. La conexión de la residencia habitual no es la principal sino la subordinada de primer grado en nuestro sistema. El legislador belga en el Código de Derecho internacional privado de 2004 ha invertido el orden dando prevalencia a la ley de la residencia sobre la ley de la nacionalidad, pero tal cosa no la ha previsto nuestro legislador. Es a través de las posibilidades que ofrece el art. 107 de aplicar la ley española que podrá atenderse

---

261 Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), Sentencia de 24 de octubre de 2006, Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Alavedra Farrando, JUR 639/2006, rec.26/2006.

a la aplicación de la ley de la residencia habitual. En algunos casos, notablemente en primera instancia, ni llega a plantearse –como apunta la citada sentencia– la cuestión de la aplicación del derecho extranjero al divorcio internacional.

Por todo lo anterior, sería conveniente, en principio, que los tribunales españoles argumenten su decisión relativa al divorcio, cuando es a solicitud de la esposa, invocando alguna de las causas contempladas en el derecho marroquí –cuando concurra– o el motivo de «discordia» para facilitar a los particulares (esposa) el que la decisión obtenida en España sea reconocida en Marruecos, el país con el que se han mantenido, mantienen o pueden mantenerse lazos.

M<sup>a</sup> Claire FOGLETS y J-Y CARLIER señalan que el Tribunal Supremo marroquí, en un asunto posterior a la reforma de 2004, no ha reconocido una decisión de divorcio a demanda de la mujer obtenida en el extranjero sin el acuerdo del marido<sup>262</sup>. Lo que, como venimos apuntando, da a pensar que el control de orden público en Marruecos recaerá sobre los motivos o causas del divorcio que motiven la decisión española cuando es a solicitud de la mujer. No vemos, empero, dificultad en el reconocimiento en Marruecos de un divorcio no causal a solicitud del esposo, pues cuenta con el repudio con o sin el acuerdo de la mujer.

Nótese, pues, y para sintetizar, que el control sobre las causas o los motivos del divorcio se llevará a cabo cuando éste sea a solicitud la mujer, pues en un sistema en el que el marido tiene el repudio, que no le exige invocar causa ni motivo alguno, carecería de sentido que se controlara la causa en sede de exequátur. El divorcio para el marido no es causal (o necesariamente causal) en Marruecos. El que el marido pueda obtener un divorcio (no causal) conforme a la ley española no activará el límite del orden público en sede de reconocimiento. El problema se dará sólo cuando lo haya obtenido la mujer. De ahí la necesidad, aunque pueda ser paradójica, de que el juez se cuide de motivar la decisión, aunque fuere conforme a la ley española, buscando cuando menos cierta equivalencia en el resultado. El recurso al motivo de la «discordia» podría ser una causa genérica y residual en tales casos.

Y todo lo anterior en el bien entendido de que si la esposa no pudiera obtener el divorcio más que conforme al derecho español éste sería aplicable de acuerdo con los principios constitucionales (libre desarrollo de la personalidad) y con el art. 107.2 del Código Civil español.

En cualquier caso, la aplicación del derecho marroquí, reclamado por la norma de conflicto española o la búsqueda de una motivación equivalente que garantice el reconocimiento de la decisión española, nos exige conocer las disposiciones del derecho marroquí a fin de esbozar un uso acertado de los motivos o causas y de

---

262 «Le nouveau Code marocain de la famille», *Revue Critique dr. Int. Pr.*, 2006-3, p. 521-555, esp., p.545 y las decisiones de la nota nº 67 (Cour Supreme Maroc arret nº 188 de 30 de marzo de 2005, *Revue jurisprudence de la Cour supreme* nº 63, 12-115, decisión nº 333 de 15 de junio de 2005, *Ibidem*, nº 63, 126-128.

sopesar la incidencia de los correctivos que acompañan a la técnica conflictual y al límite del orden público<sup>263</sup>.

## **5. MODALIDADES DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO DE FAMILIA MARROQUÍ (2004)**

Cabe recapitular que el derecho islámico considera el matrimonio como un contrato que se perfecciona con el acuerdo de las partes y que puede rescindir el marido. La legislación islámica le otorga esta prerrogativa al considerarlo el responsable del mantenimiento de la familia<sup>264</sup>. Pero la ruptura del matrimonio, como base de la familia y la sociedad, no es vista de forma positiva. El art. 70 del Código de familia (2004) indica que: «Sólo ha de recurrirse a la disolución del vínculo matrimonial, mediante el repudio o el divorcio, de forma excepcional, teniendo en cuenta el principio del mal menor, la ruptura de la familia y el daño que a los hijos la disolución comporta.». De ahí que, obligatoriamente, se intente conciliar a los esposos en la casi totalidad de las modalidades de disolución del matrimonio previstas legalmente.

El mantenimiento del vínculo recae, empero, en mayor medida sobre la mujer que sobre el hombre, pues el repudio y la poligamia son una facultad marital Como se desprende del art. 78 los esposos no están sujetos a las mismas condiciones por lo que a la disolución del matrimonio se refiere. Para el marido, el divorcio no es causal (repudio). Para la mujer, el divorcio es causal, salvo que logre acordar con el marido el poner fin a su matrimonio. Tal acuerdo, con carácter preventivo, puede pactarse en el contrato de matrimonio.

El Código de familia de Marruecos (CF) prevé como modos de disolución del matrimonio en vida de los esposos: el repudio marital (Título III: arts 78-93<sup>265</sup>), el divorcio judicial (Título IV: arts. 94-98) a solicitud de la mujer, e incluyendo el divorcio por discordia a solicitud de cualquiera de los esposos, y el repudio a petición de la mujer mediante compensación (khol) al marido (Título V) e incluyendo, en el mismo Título, el divorcio por mutuo acuerdo (art. 114)<sup>266</sup>.

Empezaremos por examinar el divorcio a solicitud de la esposa.

---

263 Cuestión que centra, hoy, el interés de la doctrina (Resolución del IDI, P. LAGARDE, «Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille», *Annuaire IDI*, 2005).

264 Cuestión esta última destacada en la Sentencia del Tribunal Supremo (contencioso-administrativo), de 25 de enero de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde, *JUR* 2006\4338

265 Que, pese a las traducciones, no ha sido abolido. Para el Código de Familia marroquí (2004) se ha tenido en cuenta el texto bilingüe árabe/catalán, en cuya elaboración participamos, *Códi de família marroquí /Mudawana* (2004), publicado por el Grup d'Advocats Joves i la Comissió de Dones Advocades de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona Ed. Mediterrànea, Barcelona (en prensa). También cabe tener en cuenta la traducción «no oficial» al francés disponible en la dirección electrónica del Ministerio de Justicia de Marruecos [http://ejjustice.justice.gov.ma/justice/fr/legislation/legislation\\_.aspx?ty=2&id\\_\]=122#1122](http://ejjustice.justice.gov.ma/justice/fr/legislation/legislation_.aspx?ty=2&id_]=122#1122).

266 La nulidad se excluye, en este capítulo, al tener mejor encaje al tratar el matrimonio.

## **A) Divorcio causal a solicitud de la esposa**

La esposa tiene derecho a obtener el divorcio alegando y probando ante el juez que concurre uno de los motivos tipificados en el art. 98 del CF. Las causas ya estaban contempladas en el texto anterior (reformado en el año 1993):

- el incumplimiento del marido de una de las condiciones estipuladas en el contrato de matrimonio
- el perjuicio
- la falta de sustento
- la enfermedad grave o vicio redhibitorio
- la ausencia del marido
- la promesa de continencia o de abandono.

Este divorcio pronunciado por el juez es irrevocable, salvo en los supuestos de la falta de sustento o de la promesa de continencia (art. 121 CF). El « divorcio » se revoca si el marido demuestra su voluntad de asegurar la obligación debida para con su mujer tras el pronunciamiento del divorcio revocable por el juez, pudiendo en tal caso reanudar el matrimonio aunque la mujer quiera divorciarse.

La novedad en la reforma de 2004 es que a la mujer que persiste en su deseo de divorciarse le queda abierta la vía del divorcio por discordia o *chiqaq*.

Las causas de este divorcio judicial a solicitud de la mujer son:

### **a) Incumplimiento de las condiciones estipuladas en el contrato de matrimonio**

Los esposos pueden insertar las cláusulas que les van a obligar en virtud de una autonomía material de la voluntad que se ve limitada por las normas religiosas (*Sharia*)<sup>267</sup>. Es posible, por ejemplo, introducir en el contrato de matrimonio una cláusula que permita a la mujer reservarse la iniciativa del repudio a cambio de una compensación económica, aunque difícilmente los contrayentes podrán pactar que el esposo musulmán no pueda repudiar a la esposa. La reforma de 2004 no parece haber cambiado tales parámetros, aunque refuerza la importancia a la autonomía de la voluntad que abre a la mujer el divorcio por incumplimiento del marido de una de las cláusulas del contrato (art. 98.1 CF)<sup>268</sup>.

Nótese que la previsión de que la mujer se reserve, en igualdad de condiciones con el marido, la iniciativa del repudio en el contrato matrimonial permite, de forma preventiva, el acceso al divorcio de la esposa. El problema, claro está, es que la negociación de tales cláusulas raramente se lleva a cabo antes de iniciarse

---

267 Ver el art. 47 del CF que expresa *mutatis mutandis* algo parecido al 1.255 del Código Civil español, pero aplicado al matrimonio.

268 Art. 98.1 « La mujer tendrá derecho a pedir el divorcio (...): 1. En caso de que el marido incumpla alguna de las cláusulas del contrato matrimonial. ».

la vida conyugal. Sólo las mujeres más informadas y con más recursos (o, más bien, sus familias) imponen tales precauciones.

Sería, quizás, conveniente que los contratos de matrimonio se acompañaran de formularios-tipo, con casillas que hubiera que tachar, en las que se expresara que el modo de disolución del matrimonio será el divorcio judicial por discordia y el divorcio por mutuo acuerdo.

Pero, en cualquier caso, se trata de una solución preventiva, no única, dentro de un complejo sistema de modalidades que iremos desgranando.

### **b) Perjuicio: malos tratos o sevicias**

Los malos tratos son un perjuicio que justifica la demanda de divorcio. En concreto, cuando la esposa alega y prueba que es objeto por parte de su marido de «un comportamiento difamatorio o contrario a las buenas costumbres». Un ejemplo de esta causa, ya recogida en el art. 56 del Código de Estatuto Personal, nos lo ofrece la sentencia del tribunal Supremo marroquí, de 19 de noviembre de 2003, cuando considera: «... motivada la sentencia de divorcio basada en una resolución de carácter correccional que condena al marido a una pena de prisión firme por haber inflingido malos tratos contra su mujer». Considera el tribunal que: «... el marido había comenzado a maltratar a su familia; que incumplía con su obligación de satisfacer los alimentos de ésta; que, como consecuencia de sus ausencias había dejado de cumplir con su deber de mantenerles; que además había sido condenado a una pena de prisión firme por haber inflingido malos tratos contra su mujer; que tras el perjuicio material y moral sufrido, la vida en común le resultaba prácticamente imposible; y que, por todo ello, solicitaba al Tribunal que decretase su divorcio...<sup>269</sup>. Se considera perjuicio los malos tratos o sevicias o el incumplimiento por el marido de las condiciones a que se sujeta el matrimonio, incluidas las incluidas en el contrato matrimonial. Ambos justifican el divorcio judicial a solicitud de la mujer perjudicada (art. 99 CF).

El juez, si aprecia que concurre tal causa, pronuncia el divorcio y fija la indemnización, conforme a las disposiciones del Código. Y si la mujer no logra probar el perjuicio, y persiste en su demanda de divorcio, le queda la vía del divorcio por discordia (*chiquq*), que inicialmente fue pensado para intentar conciliar a los esposos, a tenor del art. 97 del nuevo Código de Familia.

El divorcio por discordia persistente tras el fracaso de la conciliación, es la salida que se da, también, a la mujer que no quiere vivir en poligamia. Si la mujer se opone, el tribunal inicia de oficio el procedimiento del *chiquq* o discordia que culminará en divorcio si la esposa persiste, conforme al art. 45 del Código de Familia. Se entiende, dejando a salvo el caso en el que exista una cláusula anti-poligamia en el contrato

---

269 Expediente nº418/21/2003. Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia nº 530) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>



de matrimonio que permita probar un incumplimiento del contrato. Pero fuera de este caso de anti-poligamia pactada, la esposa ha de probar el perjuicio o la discriminación que le causa el vivir en poligamia. Esta previsión es conforme al precepto del Corán que exige al polígamo el tratar por igual a todas sus esposas. Es decir, no causar perjuicio a ninguna de ellas.

No constituye una novedad, como pone de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de Marruecos, de 1 de octubre de 2003, el divorcio por perjuicio debido a las desavenencias, discordias y nuevo matrimonio del marido: «Carece de fundamento legal, la sentencia que descarta el divorcio sin tener en cuenta, por una parte, las desavenencias y discordias entre los esposos, y por otra parte, el nuevo matrimonio del esposo al margen del artículo 30 del C.E.P y que atenta contra el honor de la primera esposa».<sup>270</sup>

Los jueces españoles podrían tener en cuenta las disposiciones del derecho marroquí que permiten el divorcio a solicitud de la mujer por esta causa del «perjuicio» (que, como vemos ofrece varias posibilidades) si concurre en las crisis entre nacionales marroquíes residentes, conforme al art. 107 del Código Civil (ley de la nacionalidad común), para garantizar en Marruecos el reconocimiento del divorcio obtenido en España a solicitud de la mujer.

El motivo de los malos tratos, perjuicio o del incumplimiento de las condiciones estipuladas en el contrato de matrimonio podría integrarse en el razonamiento del juez español, interpretando el perjuicio –concretamente los malos tratos– de la misma manera que se interpretan en nuestro país, pues es el medio donde se producen y donde se vive.

En este sentido sorprende, con las reservas que ofrecen las noticias de prensa, que un Tribunal de Frankfurt, el pasado 22 de marzo de 2007, haya rechazado a una mujer con doble nacionalidad marroquí y alemana, y residente en Alemania, el divorcio rápido de su esposo, de nacionalidad marroquí, invocando que el Corán autoriza los malos tratos<sup>271</sup>. Es decir, haciendo caso omiso del derecho positivo y de la jurisprudencia<sup>272</sup>.

El divorcio a solicitud de la mujer sobre la base de esta norma del Código de Familia –o motivado por esta causa– no debería suscitar problemas de aplicación ni de reconocimiento en nuestro país. Baste para ilustrarlo la Sentencia de la

---

270 Expediente nº108/2/1/2003. Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia nº 421) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>

271 *Libération*, 23 de marzo de 2007, entre otros medios de prensa <http://www.liberation.fr/actualite/monde/242950.FR.php>

272 Un ejemplo de esta causa, ya recogida en el art. 56 del Código de Estatuto Personal, nos lo ofrece la citada sentencia del tribunal Supremo marroquí, de 19 de noviembre de 2003 Expediente nº418/21/2003. Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia nº 530) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>

Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 noviembre de 2005<sup>273</sup>, que estima el divorcio de un matrimonio de nacionales de Marruecos residentes en España conforme a las disposiciones del nuevo Código del Estatuto Personal y de la Familia marroquí (*Mudawana*, 2004): «A sensu contrario del parecer jurisdiccional del Juzgador a quo, entiende este Tribunal *ad quem*, que concurre en el caso de autos la causa de divorcio contenida en el artículo 98 del Estatuto de Familia, Ley Marroquí 70.03, promulgada por el *Dahir* 1.04.22, en fecha 3 de febrero de 2.004, que fue publicada en el Boletín Oficial 5184, de 5 de febrero, dado el incumplimiento de las condiciones del acta de matrimonio con remisión al artículo 99 de tal legislación que proclama la justificación del divorcio por comportamiento infamante por parte del esposo, frente a su consorte, y contrario a los buenos modales, con la causación de perjuicio moral a la esposa, que la expone a la imposibilidad de seguir en la vida conyugal. Así se deduce de la incoación de causa criminal al esposo, por la presunta comisión de un delito de lesiones causadas a su esposa, que motivaron asistencia facultativa, habiendo recaído sentencia condenatoria, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de

---

273 Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, Sentencia de 17 de noviembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. JUR 2006\66471. Vid. Nota de A. QUIÑONES ESCAMEZ, en *REDI*, 2006-1, p. 482-484 y la nota de A. QUIÑONES ESCAMEZ, en *Anuario Español de DIPr.* 2006 (en prensa). El texto se encuentra en el anexo número 2. Se trata, a nuestro conocimiento, de una de las primeras aplicaciones del nuevo Código. Hay otra decisión coetánea, pero sólo menciona el nuevo texto. Es el caso de la SAP de Huesca, de 14.12.2005, relativa a los efectos sobre el régimen económico matrimonial de una separación, ya declarada, entre ciudadanos de Marruecos. En ésta última decisión, el tribunal atiende al derecho extranjero marroquí, sobre la base del art. 9.2 del Código Civil, conforme al cual los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo. Invocando el nuevo Código de la Familia y del Estatuto Personal marroquí (2004) considera que rige entre los cónyuges el régimen de separación, lo que excluye el régimen de gananciales; y, por ende, impide incorporar al inventario, para la liquidación de los bienes, el inmueble comprado constante matrimonio. Esta era ya la interpretación sostenida (entre otras, la SAP Tenerife 7.2.2000) con anterioridad a la reforma del Código marroquí (2004) O, mejor dicho, la interpretación a la que se viene recurriendo, a falta de otra mejor. Y es que, se habla de «separación de bienes absoluta», no porque haya un régimen económico matrimonial sino, al no existir siquiera el concepto de régimen económico matrimonial. Lo que tiene hasta cierto punto su lógica, si pensamos que el sistema islámico permite la poligamia y el repudio, y que estas instituciones pueden hacer añicos cualquier patrimonio marital si hubiere que dividirlo o liquidarlo. Breve, cuando se quiere buscar un equivalente a nuestros términos jurídicos, se recurre a la idea de la más absoluta separación de bienes entre los esposos. En consecuencia, el que la vivienda adquirida durante el matrimonio corresponda a ambos esposos –o a uno de ellos– es, en tal contexto, en definitiva, una cuestión de prueba acerca de la propiedad del bien. Pienso, empero, que se podría haber tirado del hilo que ofrece el nuevo art. 4 del Código marroquí (2004), que establece la dirección conjunta de la familia por parte de los esposos para tener en cuenta la gestión y compra común de los bienes durante el matrimonio, olvidando la falacia legal, anterior, de que sólo al marido, como «mantenedor de la esposa y los hijos», corresponde hacer frente a tales cargas, mientras que la mujer que administra sus propios bienes sin hacerse cargo de las necesidades comunes de la familia ni responder frente a terceros (a fin, en cierto modo, de preservar la dote y sus bienes privativos para el caso de que fuere repudiada). La realidad corrobora que tal lógica anterior es obsoleta y falaz, pues la mujer compromete sus haberes y su trabajo en la compra de bienes tan importantes como la vivienda familiar que, además, debe merecer una especial protección. Estas consideraciones, empero, no se desprenden de la SAP de Huesca de 14.12.2005 que se limita a constatar la equivalencia con el régimen de separación haciendo mención al Código reformado marroquí.

Manresa, en fecha 26 de abril de 2.005, según se constata por la documental incorporada a las actuaciones propias de la presente alzada procedimental.».

La Audiencia Provincial invoca el cambio que produce el texto reformado, que no se tuvo en cuenta en primera Instancia: «El Juzgador de la primera instancia no tuvo en cuenta la reforma legislativa marroquí, publicada en el Boletín Oficial de fecha 5 de febrero de 2.004, y en consecuencia ya vigente en el momento de la presentación de la demanda iniciadora de la relación jurídico procesal, no obstante los intentos de la parte accionante, evidenciados en el acto de la vista del juicio oral, en cuyo acto procesal solicitó la incorporación del Código de Familia de Marruecos, acompañando el fax remitido al Consulado Marroquí, el cual no fue contestado hasta fecha posterior a la celebración de la vista, siendo solicitada en la formalización del recurso de apelación, la incorporación de la documental referida al derecho Marroquí vigente, lo que fue plenamente aceptado por este Tribunal de apelación, por Auto dictado en el rollo en fecha 7 de septiembre de 2.005.».

Siendo aplicable la ley nacional al ser nacionales de Marruecos los esposos residentes: «La aplicación de la Ley nacional marroquí deviene de las prescripciones de los artículos 9.2 y 107 del Código Civil, siendo de apreciar pues en esta alzada procedimental la concurrencia de la causa de divorcio antes meritada.».

Efectivamente, en apelación, la aplicación del art. 98.2 del CEP marroquí permite declarar el divorcio al concurrir una de las causas por las que hemos visto puede solicitarlo la esposa: el perjuicio. La Audiencia invoca el nuevo Código de familia marroquí; y, en concreto el artículo 99 argumentando la existencia de «comportamiento infamante por parte del esposo».

Es de destacar, en este sentido, la Sentencia de la AP de Barcelona, de 8 de junio de 2006<sup>274</sup> que, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar una decisión eficaz conforme a lo previsto en el art. 128 CF, aplica los arts. 98, 84 y 101 motivando la decisión en los malos tratos e injurias:

*«En el derecho marroquí, por otra parte, el artículo 128 de la Moudawana, o Código de Familia, reconoce la eficacia de las resoluciones dictadas por los tribunales extranjeros en esta materia, siempre que se apliquen instituciones equivalentes a las previstas en el referido cuerpo legal. En consecuencia, no son de aplicación los artículos 41 ni 84 del Código de Familia de Cataluña. El error en la causa de pedir determinaría la desestimación del recurso, más tratándose de cuestión sobre estado civil, corresponde al Tribunal subsanar tal deficiencia técnica, por aplicación del principio «iura novit curia», que ha de extenderse al derecho extranjero,*

---

274 Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 8 de junio de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz. JUR 2007\19193. Nota de A. QUIÑONES ESCÁMEZ en *Anuario Español de DPriv.* 2006.

como ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC nº 10/2000, de 17 de enero (...)

*El artículo 98 de la Mudawana marroquí establece el divorcio, a instancias de la esposa, por incumplimientos graves del marido respecto de determinadas obligaciones, como la del mantenimiento y la de la ausencia del domicilio familiar. Para tales supuestos y, atendida la gravedad de la causa, la duración del matrimonio y la situación de la familia, faculta al juez para la imposición de una indemnización a cargo del marido, en los artículos 84 y 101.*

*Los cónyuges contrajeron matrimonio en Marruecos en 1973, y han residido alternativamente en dicho país y en España. Desde hace más de diez años, los incumplimientos de las obligaciones conyugales por el esposo han sido graves y reiterados. Se han acreditado las siguientes faltas: a) vejaciones y malos tratos, (informe médico del doctor Evaristo), b) desatención personal, concretada a la maniobra por la que dio de baja del padrón a la esposa y a la hija menor; c) abandono económico de la esposa, que ha tenido que incorporarse al trabajo precario de empleada de hogar; y d) total ausencia del domicilio familiar tras contraer nuevo matrimonio en Marruecos.*

*La causa de divorcio determina que deba imponerse al demandado la obligación de pago de una indemnización... “*

E Igualmente, la sentencia de la AP Barcelona de 25 de abril de 2006<sup>275</sup>:

*« ... habrá de ser aplicada la Ley nacional común de las partes al tiempo de la interposición de la demanda, tal como previene el artículo 107.2 del Código Civil. En suma ha de estarse a las prescripciones del nuevo Código de Familia Marroquí de 2004, denominado LA Mudawana, con la consideración subsidiaria de la legislación española en materia de separación matrimonial, dado el no reconocimiento de tal instituto jurídico en la ley nacional marroquí.*

*La observancia de la ley nacional común de las partes, y en concreto de La Mudawana hace inaplicable las pretensiones de la accionante basadas en el artículo 84 y 41 del Código de Familia de Cataluña... “*

O la sentencia de la AP de Gerona, de 7 de junio de 2004<sup>276</sup>, pues señala que:

---

275 Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 25 de abril de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. JUR 2007\261987. Nota de A. QUIÑONES ESCÁMEZ en *Anuario Español de DIPriv.* 2006 (en prensa).

276 JUR 2004/216585.

«... su petición de divorcio por sevicias amparada en la legislación marroquí corresponde al supuesto de separación establecido en el art. 82.1 Cc («conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de deberes conyugales»), con lo que no concurriría el obstáculo por el cual no llegó a estimarse la demanda en la instancia (no concurrir ninguna de las causas de divorcio previstas en el Código Civil)...».

Criticar las audiencias el trato procesal dado en primera Instancia al derecho extranjero. No es, empero, el divorcio por sevicias o malos tratos una novedad por lo que no es ésta la razón que motivó al juez de primera instancia a omitirlo. Quizás fuera el hábito de invocar el conocido derecho español, por parte del abogado (quizás de oficio), aunque tenga el inconveniente de no garantizar el reconocimiento de la decisión en Marruecos. Atajo que, hoy, facilita el art. 107 del Código Civil, pero cuyas consecuencias han de sopesarse como venimos apuntando siguiendo anteriores trabajos<sup>277</sup>.

Pero de aplicarse la ley española tampoco habría que entender que sería imposible el que la sentencia española se reconociera *a posteriori* en Marruecos. No hay un control conflictual que, al amparo del art. 23 del Convenio bilateral hispano-marroquí, exija o permita verificar la aplicación de la ley marroquí a un matrimonio integrado por esposos marroquíes residentes o a un matrimonio mixto hispano-marroquí.

Asimismo, no cabe en el ámbito del *exequátur* que el juez requerido proceda a una revisión del fondo de la sentencia, pues como es doctrina general y de acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional español, el procedimiento de *exequátur* es homologador<sup>278</sup>.

Por lo anterior, cabría que se reconociera la decisión española de divorcio solicitado por la esposa, aunque se hubiera aplicado el derecho español, si el juez español tomara –como ya se ha indicado– la precaución de argumentar o motivar su decisión intentando buscar cierta equivalencia o la existencia del motivo del perjuicio (por sevicias u otros) a la esposa. O, como veremos más adelante, se argumentara sobre la base de la existencia de una discordia profunda y persistente que vaya a dar lugar a la separación de los esposos.

En algunas decisiones españolas se ha razonado teniendo en cuenta la equivalencia. Es el caso de la ya citada Sentencia de la AP de Barcelona de 8 de junio de 2006 que aplica el derecho marroquí<sup>279</sup>. Pero, también, de la sentencia

---

277 Por ejemplo, en nuestra nota a varias decisiones de las AA PP, en *REDI*, 2003-1, p. 418-422 y en el capítulo, A. QUIÑONES ESCAMEZ, «La disolución del matrimonio: el repudio islámico», en *Multiculturalidad e Islam* (dir. A. RODRIGUEZ BENOT), Cuadernos del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 261-341.

278 Tribunal Constitucional (STC 132/1991), destacado por numerosos autos del TS (AATS 5 de mayo de 1998, 8 de septiembre de 1998 y 27 de abril de 1999, entre otros).

279 Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 8 de junio de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz. JUR 2007\19193, nota de A. QUIÑONES ESCÁMEZ en *Anuario Español de DPriv.* 2006. «En el derecho marroquí, por otra parte, el artículo 128 de la Moudawana, o Código de Familia, reconoce la eficacia

de la AP Barcelona, de 28 de marzo 2006<sup>280</sup> que aplica, conforme al art. 107 CC, el derecho español de la residencia (a una pareja mixta), aunque precisando que a una solución equivalente se hubiera llegado con el nuevo Código de familia marroquí (2004). Lo que se invoca frente al argumento del demandado de que las creencias religiosas comunes con la esposa demandada conducirían a la aplicación de otra normativa. La AP considera que la legislación marroquí reconoce la disolución del matrimonio de sus nacionales por causa de divorcio aún ostentando unas creencias y sentimientos religiosos comunes a la de la parte demandada en el proceso:

*«El alegato del recurrente de sus creencias religiosas, que no describe ni identifica, si bien ostenta la nacionalidad marroquí, carece también de relevancia jurídica, al aplicarse en el caso de autos, la normativa propia del Código Civil, por la prescripción contenida en el artículo 107 de tal Texto Legal, sin que deba obviarse que incluso de haber sido de aplicación la Ley nacional marroquí, que no es el caso, la misma mediante la regulación contenida en LA Mudawana o Código de Familia de Marruecos, regula la disolución del matrimonio por repudio (artículo 78 y siguientes), el divorcio por causa de desacuerdo (artículo 94 y siguientes), y por otras causas previstas en el artículo 98. Es decir que la legislación marroquí reconoce la disolución del matrimonio por tales causas de divorcio, en cuanto a sus nacionales, aún ostentando unas creencias y sentimientos religiosos comunes a la de la aquí parte demandada en el proceso.»*

El Tribunal Supremo marroquí, en su sentencia de 18 de octubre de 2000, ha considerado «perjuicio» justificativo de divorcio el ataque a la moral consecutivo al tráfico de estupefacientes del marido siendo condenado por dicho delito por un tribunal extranjero (francés), por el que cumplió pena de prisión y que dio lugar a la expulsión del territorio:

*«La condena al esposo por un delito de tráfico de estupefacientes ocasiona un perjuicio justificativo de divorcio, al tratarse de un ataque contra la moral que imposibilita la convivencia conyugal. La prueba del perjuicio ocasionado y justificativo del divorcio puede basarse en una decisión dictada por un tribunal extranjero.»*<sup>281</sup>

---

de las resoluciones dictadas por los tribunales extranjeros en esta materia, siempre que se apliquen instituciones equivalentes a las previstas en el referido cuerpo legal.»

280 Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 28 de marzo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. JUR 2006\231410 JUR 2006\231410, Nota de A. QUIÑONES ESCÁMEZ en *Anuario Español de DPriv.* 2006 (en prensa).

281 Expediente nº 482/2/98. Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia nº 988) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>

En este caso, la esposa aportó, también, una sentencia de los tribunales franceses que decretaron el divorcio. La pena de prisión no llegó a los tres años, supuesto en el que concurriría, también, la causa del abandono, sobre la que volveremos. Téngase en cuenta, empero, que, pese a la existencia de la sentencia de divorcio francesa no se trata de un exequátur: la mujer marroquí solicita (de nuevo) el divorcio y el juez marroquí lo pronuncia invocando una de las causas (a solicitud de la mujer) previstas en su derecho atendiendo a los hechos probados ante la jurisdicción francesa.

### **c) Incumplimiento de la obligación de manutención (*nafaqa*)**

En el derecho musulmán la mujer no tiene la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio. Su manutención corresponde al esposo (art. 194 CF). El incumplimiento de esta obligación permite a la mujer solicitar el divorcio (art. 102 del CF).

Sorprende, en cierta medida, que esta causa de divorcio coexista con el art. 51 que introduce, por primera vez, la idea de una responsabilidad conjunta, con derechos y deberes recíprocos en la gestión de los asuntos que conciernen a la familia. Es una disposición, empero, de contornos no bien definidos y cuyo alcance deberá aún delimitar la jurisprudencia.

El Código de Familia establece tres hipótesis:

1. el esposo dispone de fondos,
2. el esposo es insolvente, y
3. el esposo rechaza cumplir con la obligación.

Si el marido dispone de fondos, el tribunal decidirá que proceda al cumplimiento de la obligación sin que ello de lugar a un divorcio firme. Es un supuesto de divorcio revocable.

Si el marido prueba que es indigente, el tribunal le acuerda un plazo (que no debe exceder de un mes) transcurrido el cual, si no asegura el sustento de su esposa, pronunciará el divorcio, salvo circunstancias excepcionales como pudieran ser la pérdida del empleo del marido.

Por último, el juez pronuncia el divorcio si el marido solvente rechaza el asumir la obligación de alimentos.

La sentencia de la AP de Madrid de 12 de diciembre de 2005 (sección 22<sup>o</sup>)<sup>282</sup> nos ofrece un ejemplo de aplicación de esta causa de divorcio. Empieza señalando el tribunal que, el 24 de Junio de 2004, el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n<sup>o</sup> 1 de Alcorcón dictó sentencia a cuyo tenor literal:

---

282 JUR 2006/56720.



*«1.- Se decreta la disolución del matrimonio por divorcio por falta de alimentos conforme determina el artículo 53 de la Legislación marroquí, y ello por cuanto alegada dicha causa de divorcio por la parte demandante, y habiéndose opuesto a ello el demandado, éste no aporta ninguna prueba que desacredite la causa alegada. En cambio la parte actora aporta prueba documental, que prueba su escasa economía y necesidad de acudir a Centros de carácter social para obtener ayudas económicas, así como sus remuneraciones y salarios de carácter precario.».*

Y añade que:

*«La pretensión de incremento de la primera parte apelante debe correr la misma suerte que la anterior, ya que la cantidad de 250 euros mensuales actualizables anualmente fijada en la sentencia de instancia es conforme con el artículo 127 del Código del Estatuto Personal y de Sucesiones de Marruecos ... “.*

Disposiciones que se corresponden, una vez más, con el texto anterior a la reforma.

#### **d) Enfermedad grave o vicio redhibitorio**

Si la esposa descubre que su marido tiene una enfermedad incurable o cuya cura no es posible de sanar antes de un año, lo que le imposibilita hacer vida marital, o le causa, de hacerla, un daño para la misma, podrá pedir el divorcio.

Un ejemplo, sobre la base del texto anterior a la reforma, lo ofrece la sentencia del Tribunal Supremo de Marruecos, de 20 de diciembre de 2000 en la que se considera que:

*« ... cabe estimar pretensión de la demandante hoy recurrente ya que el párrafo primero del artículo 54 del C.E.P (actualmente es el art. 98.5 del CF) es claro al precisar que la mujer cuyo marido se halle afectado de un vicio como la demencia, la lepra, el vitiligo o la tuberculosis, está legitimada para solicitar al juez la disolución del vínculo matrimonial, tanto en el caso de que el marido estuviese afectado antes del matrimonio y ella no lo supiera, como en el caso de que haya sobrevenido después y que ella no pudiera soportarlo, que el juez acordará al marido un plazo de un año y si tiene lugar la curación, se decretará el divorcio; que en el caso de autos, la enfermedad de vitiligo quedó constatada por el informe pericial médico de 21/11/1998 realizado por el doctor Mohamed y que forma parte del expediente, tal y como confirmó el Tribunal en su decisión; que sin embargo éste señaló al motivar su sentencia que la enfermedad no tenía incidencia alguna sobre la vida sexual del interesado y que no*

*era contagiosa; a pesar de constituir un prejuicio que legitima a la esposa para solicitar el divorcio; que todo lo señalado se extrae que el Tribunal no aplicó correctamente la ley al no tomar en consideración dicho vicio como causa del divorcio y que la sentencia queda expuesta a casación»<sup>283</sup>.*

Cabe añadir que el Tribunal Supremo de Marruecos, en su sentencia nº 895, de 27 de septiembre de 2000<sup>284</sup>, ha considerado que en el caso de divorcio por vicio o defecto redhibitorio la tentativa de conciliación no es obligatoria:

*«En el desarrollo de un proceso de divorcio por vicio redhibitorio, no es obligatoria la tentativa de conciliación prevista en el artículo 212 del Código de Procedimiento Civil (C.P.C), ya que deben imperativamente aplicarse otras disposiciones del Código del Estatuto Personal (C.E.P) que no prevén dicha tentativa. Si el marido se halla afectado por una enfermedad incurable, no es necesario retrasar el desarrollo del proceso de divorcio por defecto redhibitorio». Es de destacar que la fase de conciliación, en la práctica, suele alargar el procedimiento, pues el plazo de seis meses previsto por el Código para la obtención del divorcio se cuenta a partir de que ha fallado el intento de conciliación.*

*El vicio invocado en la sentencia anterior hace referencia a la impotencia del marido (« sexualmente incapaz »). La esterilidad del marido, en cambio no constituye causa de divorcio. Si bien, el Tribunal Supremo marroquí, en su sentencia de 14 de septiembre de 1999, ha considerado que: «La esterilidad provocada por el marido con el objeto perjudicar a su esposa y privarla de la maternidad, está considerada como un perjuicio justificativo de divorcio»<sup>285</sup>.*

Las diferencias en la situación jurídica y los roles de los esposos se ponen de manifiesto en este supuesto. El marido puede repudiar a la esposa sin motivo alguno y reclamarle la dote si concurre un tal motivo (vicio). En concreto, las repercusiones jurídicas que tiene la existencia de un vicio redhibitorio respecto a la entrega de la dote (*sadaq*) en los casos en los que el marido descubre un vicio o defecto redhibitorio en la mujer varían si el matrimonio no se ha consumado y según el conocimiento que tuviera del mismo. Si el matrimonio no se ha consumado, la mujer no recibe la dote. Si se ha consumado, el marido puede

---

283 Expediente nº 142/2/1/2000. Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia nº 1211) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>

284 Expediente nº 668/2/2/95. Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia nº 895) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>.

285 Expediente nº 478/2/1/98 Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia nº 775) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>

reclamarle la dote si ha sido inducido a error o se ha ocultado la existencia del vicio (por ejemplo, el tutor matrimonial o wali). Si el marido tuvo conocimiento del vicio antes de la conclusión del matrimonio debe entregar a la esposa la mitad de la dote.

### **e) Ausencia o abandono de hogar del marido**

La mujer puede solicitar el divorcio si su marido se ausenta sin motivo por un período superior a un año (art. 104). Se establecen previsiones de búsqueda, si se conoce el paradero, para facilitar el reintegro al hogar.

Un ejemplo de divorcio por ausencia lo ofrece la sentencia del Tribunal Supremo de Marruecos n° 51, de 11 de febrero de 2004, aplicando todavía el art. 57 del CEP (anterior a la reforma, pero que recoge la misma causa) en la que se considera que la presencia del marido, y no la de su defensor, es una condición *sine qua non* para descartar la ausencia<sup>286</sup>.

También se aprecia esta causa en la Sentencia n° 979 del Tribunal Supremo marroquí, de 18 de octubre de 2000, en al que se indica que:

*« ... el Tribunal de Apelación al declarar que la sentencia en primer grado aplicó correctamente la ley al decretar el divorcio de Nadia respecto a su marido Abdeljalil, basándose en que queda probado el perjuicio sufrido, y que el artículo 57 del C.E.P. establece la cohabitación como uno de los deberes recíprocos entre los cónyuges y que de dicha obligación se derivan otras obligaciones como las recogidas en los artículos 35 y 36 del mencionado código; y que la interesada compareció y presentó declaración jurada de la ausencia, tal y como prevé el procedimiento para su determinación; que de lo señalado se extrae que la sentencia mencionada es ajustada a derecho y está suficientemente motivada ... ».*<sup>287</sup>

También puede la esposa pedir el divorcio en caso de prisión del marido por un tiempo superior a los tres años (art.106). La demanda es aceptada cuando transcurre el primer año. Cabe recordar que el Tribunal Supremo marroquí en su sentencia de 18 de octubre de 2000 ha considerado «perjuicio» justificativo de divorcio el ataque a la moral consecutivo al tráfico de estupefacientes del marido condenado por dicho delito por un tribunal extranjero (francesa), que dio lugar a la expulsión del territorio.<sup>288</sup> La pena de prisión impuesta por los tribunales

---

286 Expediente n° 575/2/1/2003. Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia n° 51) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>

287 Expediente n° 852/2/1/2000. Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia n° 979) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>

288 Expediente n° 482/2/98. Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia n° 988) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>

(franceses) no llegó a los tres años (fue de unos dos años) que son necesarios para invocar esta dudosa causa (pensada en situaciones de prisión en las que no está previsto el contacto entre los esposos), y que cabe reconducir al perjuicio. Es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo nº 56 de 23 de enero de 2002 en la que se invoca que el marido es condenado a prisión de tres años por falsedad lo que genera derecho al divorcio (de la mujer): «La condena al marido a tres años de prisión firme por falsedad, supone la privación a la esposa de los derechos y deberes recíprocos entre esposos, tales como la convivencia o las buenas relaciones, y causa a la esposa un perjuicio justificativo de divorcio»<sup>289</sup>.

#### **f) Promesa de continencia (Ilaa) o incumplimiento del deber conyugal (Hajr)**

Si el marido hace un juramento de continencia o abandona sus deberes íntimos, la mujer podrá pedir el divorcio al juez que fijará un plazo de cuatro meses al marido para que reflexione. Si transcurrido ese plazo no modifica su actitud, el juez pronunciará el divorcio (art. 112).

En todo caso, el juez al pronunciar el divorcio a solicitud de la mujer fija los derechos de la esposa y los de los hijos, conforme a los arts 84 y 85, sobre los que volveremos al tratar de los efectos del divorcio.

### **B) Divorcio por discordia (chíqaq) a demanda de cualquiera de los esposos tras fracasar la conciliación**

El «divorcio por discordia» (*chíqaq*<sup>290</sup>) se ha ido desvelando, en la práctica, como la gran novedad de la reforma del Código de Familia marroquí (2004). Pero fue concebido con una finalidad preventiva: evitar el litigio cuando existen diferencias, por cualquier motivo, entre los esposos, que pudieran dar lugar a separación.

En la práctica se está convirtiendo en una nueva modalidad de divorcio para ambos esposos cuando, como no será infrecuente, la diferencia persiste y no se llega a conciliar a los esposos (conciliación que es generalmente obligatoria para el repudio y el divorcio<sup>291</sup>).

Ocurre que viene a ofrecer a la mujer (el marido no necesita alegar una causa para romper con el matrimonio) una causa de divorcio suplementaria y general (discordia) que se añade a las causas tasadas previstas en el Código para el divorcio a solicitud de la mujer. En definitiva, vendría a permitir a la mujer el divorciarse por otro motivo, distinto a los tasados en el art. 98, que incumbe valorar al juez.

---

289 Expediente nº 472/2/1/2001. Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia nº 475) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>

290 Escrito, a veces, *chikak*.

291 Con alguna salvedad, ya vista, como el caso del divorcio por vicio rehibitorio (T.S. sentencia nº 895, de 27 de septiembre de 2000. Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia nº 895) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>)

El divorcio por discordia (*chiquaq*) se está convirtiendo, por esta razón, en la innovación más importante en la práctica porque sirve a la mujer para solicitar el divorcio cuando no concurren o no puede probar las causas examinadas en el apartado anterior (ni puede pactar el repudio *khol* o un divorcio por mutuo acuerdo con el marido). Es, también, la solución que se le ofrece cuando no se acepta la poligamia en caso de nuevo matrimonio del marido. Si la mujer se opone a vivir en poligamia (art. 45) el juez abre, de oficio, el procedimiento de desacuerdo o *chiquaq*.

Se trata, empero, de un procedimiento que pueden solicitar ambos esposos, y del que van a derivarse consecuencias económicas distintas (en función de la responsabilidad de cada cónyuge en la ruptura).

Cabe pensar que el marido –que cuenta con un rápido repudio sin causa o motivo– puede tener poco interés en acogerse a un «divorcio por discordia o *chiquaq*». Sin embargo, su interés va a residir en los distintos efectos del mismo. En caso de repudio el marido es considerado responsable de las cargas y de la ruptura y compelido a abonar y consignar ante el tribunal los gastos del divorcio, la pensión alimenticia debida a la mujer y a los hijos, y el «don de consolación» o indemnización fijado por los tribunales, según el tiempo de matrimonio, los recursos y el grado de abuso de derecho que aprecie el tribunal.

El marido que repudia a su mujer sin motivo o el que incumple los deberes matrimoniales (divorcio a solicitud de la mujer por causas tasadas que debe alegar y probar en juicio) es, en definitiva, visto como «culpable» de la ruptura del matrimonio. Pero cuando se llega al divorcio por persistir la «discordia», estamos ante un litigio, que pueden plantear cada uno de los esposos, y del que se establecerá la reparación en función de la responsabilidad de cada uno en la ruptura del matrimonio. Esta indemnización no incumbe al marido sino al culpable de la discordia. De suerte que, aquí, puede ser el marido el indemnizado (o al que se exima de los gastos y las compensaciones que acompañan al repudio).

Habrà que ir viendo los casos en los que los tribunales de Marruecos aprecian el motivo de discordia, pues la «discordia» no es un motivo bien definido en el Código. La *Guide pratique du Code de la famille* (2005) habla de una diferencia profunda y permanente que haga imposible la continuidad de la vida conyugal<sup>292</sup>.

Por el momento –aunque las estadísticas son desiguales según las ciudades– se trata de un modo de disolución del matrimonio que va teniendo bastante éxito y facilita el reconocimiento del divorcio dictado por el juez marroquí fuera de Marruecos. De esta opinión son Jean-Yves CARLIER y M<sup>a</sup> Cl. FOBLETS al referirse a los tribunales europeos<sup>293</sup>. Y más aún si cabe en nuestro sistema por cuanto el divorcio no es siquiera causal en el derecho español.

---

292 *Guide pratique du Code de la famille*, marzo 2005, p. 69.

293 M<sup>a</sup> Cl. FOBLETS y J-Y CARLIER, *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruylant, 2005., p. 65.

Aunque las decisiones de los países europeos que aplican el nuevo Código son aún escasas, la Cour d'Appel de Paris, en su sentencia de 2 de diciembre de 2004 (*Kadmiri*)<sup>294</sup> se han mostrado abiertas a esta nueva modalidad de disolución del CF marroquí del divorcio por desacuerdo.

Es, en conclusión, recomendable que ésta sea la vía de disolución del matrimonio seguida por los nacionales de Marruecos, en dicho país, cuando quieran que se reconozca la decisión en Europa (país de la residencia).

En algunas decisiones españolas se invoca el divorcio por discordia en la búsqueda de equivalencias. Es el caso de la ya citada Sentencia de la AP de Barcelona, de 28 de marzo 2006<sup>295</sup> que aplica, conforme al art. 107 CC, el derecho español de la residencia, pero precisando que a una solución equivalente se hubiera llegado con el nuevo Código de familia marroquí (2004):

*«... sin que deba obviarse que incluso de haber sido de aplicación la Ley nacional marroquí, que no es el caso, la misma mediante la regulación contenida en LA Mudawana o Código de Familia de Marruecos, regula la disolución del matrimonio por repudio (artículo 78 y siguientes), el divorcio por causa de desacuerdo (artículo 94 y siguientes), y por otras causas previstas en el artículo 98. Es decir que la legislación marroquí reconoce la disolución del matrimonio por tales causas de divorcio, en cuanto a sus nacionales...».*

Seguramente el divorcio por discordia facilitará el reconocimiento en el extranjero de las decisiones de divorcio dictadas en Marruecos. No estamos, empero, tan de acuerdo en que esta modalidad proporcione un equilibrio entre ambos cónyuges que pueda dar lugar al reconocimiento del repudio marital<sup>296</sup>.

### **C) Divorcio por mutuo consentimiento**

El divorcio por mutuo consentimiento está contemplado en el Código de familia (2004). El art. 114 del CF dispone que: « Los dos cónyuges pueden acordar el poner fin a su matrimonio sin condiciones o en condiciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Código ni atenten contra los intereses de los hijos. ». Los esposos, o uno de ellos con el consentimiento del otro, presentan el acuerdo a homologar ante los tribunales de familia con la finalidad de que se autorice el divorcio y el registro del mismo.

---

294 Vid. la nota de F. MONÉGER en *Droit & Patrimoine*, 2005, p.105-106 y A. QUIÑONES ESCAMEZ, la nota introductoria « El nou Codi de família marroquí (2004): Primeres aplicacions de les novetats al Marroc i a Europa », en *La Mudawana. Codi de família marroquí...*, p. 14-15.

295 Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 28 de marzo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. JUR 2006\231410, nota A. QUIÑONES ESCAMEZ en *Anuario DIPr.*, 2006 (en prensa).

296 Razonando en torno a tal equilibrio, M<sup>a</sup> Cl. FOBLETS y J-Y CARLIER, *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruylant, 2005, p. 66.

Este divorcio por consentimiento mutuo (art. 114) permite una ruptura discreta y pacífica del matrimonio. El juez debe intervenir para garantizar los derechos de los hijos en lo que se refiere a la guarda y a los alimentos. Si en el acuerdo o en el convenio se establece que quedan el alojamiento y los alimentos de los hijos a cargo de la madre, el juez deberá verificar el que pueda hacer frente a tales cargas. En definitiva, el juez controla que no existe detrás de la ruptura una suerte de «chantaje» por parte del marido cuando es la esposa la que quiere divorciarse. Es decir que ésta no pague su libertad matrimonial y que tal pago repercuta en los hijos.

Es un problema que puede darse en el ámbito del repudio *khol* o mediante compensación al marido cuando la madre es insolvente. Con anterioridad a la reforma, véase la Sentencia del Tribunal Supremo marroquí nº 394, de 17 de septiembre de 2003, que indica, siguiendo el art. 56 del CEP, que: «El compromiso de la madre a asumir la pensión alimenticia de sus hijos en caso de *jula* se extinguirá si se demuestra su insolvencia y será el padre quien se ocupará de los alimentos».<sup>297</sup> El texto reformado (art. 119 CF) en el supuesto del repudio *khol*, limita los efectos perversos sobre los hijos por falta de recursos del progenitor (madre) que paga su libertad matrimonial.

Como suele ocurrir para la mayoría de modalidades de divorcio, la tentativa de conciliación es obligatoria.

La modalidad del divorcio por mutuo consentimiento es reconocida sin problema alguno por los tribunales europeos y cabe espolearla entre los marroquíes residentes si quieren ver aplicada la ley marroquí o ver reconocidas las decisiones de divorcio de los tribunales de Marruecos en nuestro país.

Y no sólo en nuestro país. Si bien, las decisiones de los países europeos que tienen en cuenta el nuevo Código son aún escasas, la citada decisión de la *Cour d'Appel de París*, en su sentencia de 2 de diciembre de 2004 (*Kadmiri*) se ha mostrado favorable a esta nueva modalidad de disolución del CF marroquí del divorcio por consentimiento mutuo al igual que para la modalidad del divorcio por discordia (*chiquaq*).<sup>298</sup>

Es, en conclusión, recomendable que los nacionales de Marruecos residentes sigan esta vía para la disolución de su matrimonio en Marruecos –además de

---

297 Sentencia nº 349 de 17 de septiembre de 2003 (Expediente nº 482/2/1/2003). Y, también con anterioridad a la reforma, la Sentencia nº 61 del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2002 (Expediente nº 2/2/2/2000), donde se indica que: «La renuncia por parte de la madre a su derecho de remuneración y a la pensión alimenticia de sus hijos, tras repudio mediante compensación, se extinguirá si los hijos optan, una vez alcanzada la edad exigida, por residir con su madre. En tal caso, los derechos señalados correrán a cargo del padre, conforme a las disposiciones del artículo 102 del Código del Estatuto Personal (C.E.P)». Véanse ambas en la dirección electrónica del Proyecto ADL <http://www.proyectoادل.com/index1024x768.html>,

298 Vid., la nota de F. MONÉGER en *Droit & Patrimoine*, 2005, p. 105-106 y nuestro comentario en la nota introductoria «El nou Codi de família marroquí (2004): Primeres aplicacions de les novetats al Marroc i a Europa», en *La Mudawana. Codi de família marroquí...*, p. 14-15.



la ya citada del divorcio por discordia (*chiqaq*)– cuando quieran que la decisión obtenida en Marruecos surta efectos en España (país de la residencia).

La práctica de los últimos tres años parece demostrar, empero, que los divorcios suelen tener en su mayoría un carácter contencioso en Marruecos. Pero, aunque parece estar más generalizado el divorcio por discordia que por consentimiento mutuo, ambos podrían ser reconocidos como modalidades de disolución del matrimonio (alternativos al repudio marital) en sede de *exequátur*.

## **D) El repudio**

El Código de familia (2004) define el repudio como la disolución del vínculo matrimonial, por parte del esposo y la esposa, pero «cada uno según sus condiciones», bajo control judicial, y de acuerdo con lo previsto en el Código (art. 78).

### **a) Repudio marital: carácter revocable y límites temporales**

Tras la reforma del Código de Familia (2004) el marido que quiera repudiar a su esposa ha de solicitar por escrito a los tribunales que le autoricen a declarar el repudio ante los notarios (*adouls*) tras un intento de conciliación obligatorio. El esposo debe dirigirse a los tribunales del domicilio conyugal, del domicilio de la esposa o de conclusión del matrimonio (art. 79).

El repudio marital es registrado en Marruecos por los notarios (*adoul*) en presencia de los esposos, después de un intento de conciliación por parte del juez, que ha de autorizar su inscripción en el registro. El juez no controla la causa o motivo del repudio (el repudio no requiere causa ni motivos). Ha de intentar conciliar a los esposos; y, en el caso de que fracase la conciliación y persista el marido en su voluntad de repudiar a la esposa, ha de fijar, el juez, los efectos del repudio y garantizar la publicidad del acto convocando a la esposa. Otra cosa es que la invocación de motivos por parte del marido pueda servir al juez para fijar la indemnización que pueda recibir la esposa.

Si en el acto de conciliación el marido no comparece se entiende que desiste en su demanda. Si no comparece la esposa, se la notifica mediante los servicios de los procuradores, haciéndose constar que si no comparece se seguirá sin ella el procedimiento si el marido mantiene su decisión de repudiarla. La reforma de 1993 ya había constreñido el privilegio marital del repudio con estas exigencias de publicidad que se refuerzan con el nuevo texto de 2004.

El juez interviene básicamente para fijar sus efectos respecto a los derechos de alimentos de la esposa y a los hijos comunes conforme a los arts 84 y 85 del CF. Respecto a la mujer repudiada, éstos comprenden la parte relícuota o restante de la dote (*sadaq*) si el marido no la ha entregado en su totalidad. Nótese que la dote aunque sea criticada y se considere, ahora, simbólica es una suerte de freno (o pago) frente a la amenaza o arbitrariedad del repudio marital.

La mujer también tiene derecho a una pensión alimenticia durante el período de continencia (*idda*)<sup>299</sup>, pero se trata de un período breve (un plazo de reflexión en el que el repudio es revocable o equivalente a la «separación») y que por lo general es de tres meses.

Y, además, tiene derecho a un «don de consolación» que será evaluado en función de la duración del matrimonio, de la situación financiera de los esposos y del abuso de derecho del marido. De las razones que alegue al repudiar a su esposa (si las alega) podrá apreciarse el grado de abuso de derecho que se desprenda de su decisión de poner fin al matrimonio. Nótese, empero, que esta indemnización se la denomina «don de consolación» y realmente es un consuelo ya que, en la práctica, las cantidades son exiguas. No está en la mente del legislador una pensión periódica o una indemnización global que permita a la mujer continuar, salvo que tenga bienes propios, en una situación parecida a la anterior salvo que tenga empleo y recursos propios. En no pocas ocasiones vuelve a su casa familiar y queda a expensas de su familia. En otras, queda en la calle y queda en manos de la beneficencia.

Sea como fuere, lo cierto es que si el juez constata que el repudio es abusivo (de las declaraciones de las partes) podría acordar a la mujer una compensación económica acorde con el tiempo de duración del matrimonio (art. 84 CF). Esta posibilidad confiere un gran poder de moderación al juez, y no parece que haya excesiva dificultades para que lo apliquen los jueces españoles cuando conocen del divorcio.

Así, la AP de Barcelona (Sección 12) en su sentencia de 25 de abril de 2006<sup>300</sup> considera aplicable al divorcio, no el art. 41 del Código de Familia catalán sino la indemnización prevista en el art. 84 del nuevo Código de Familia marroquí (2004) atendiendo a la ley nacional común de las partes al tiempo de la interposición de la demanda, tal como previene el artículo 107.2 del Código Civil.

Sin embargo, cuando se trata de reconocer una decisión marroquí en la que se han aplicado tales compensaciones ha de verificarse el resultado y las consecuencias para el nivel de vida de los esposos en el país de residencia.

Un problema añadido es el de determinar los ingresos y bienes del marido cuando son ocultados, de manera que las compensaciones económicas que se presentan a *exequátur* suelen ser, muchas veces, simbólicas.

Está por ver si la reforma va a espolear que los jueces resuelvan de otra manera la cuestión de la indemnización y del domicilio familiar. No existen baremos

---

299 La *idda* es el período durante el cual la mujer divorciada, repudiada o viuda no puede casarse ni tener relaciones sexuales. Esta abstinencia está destinada a que no haya confusión posible en la atribución de la paternidad. El lugar donde la mujer reside durante este plazo es, prioritariamente, el domicilio conyugal. La esposa puede, con el acuerdo de su marido, fijar su domicilio en casa de un pariente.

300 Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 25 de abril de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. JUR 2007\261987, nota A. QUIÑONES ESCÁMEZ en *Anuario Español de DIPr.*, 2006 (en prensa).

que faciliten la determinación de la pensión ni un control de los ingresos de la población que haga fácil el determinar los recursos del marido. Situación que es fuente de litigios.

Respecto a los bienes adquiridos durante el matrimonio, el derecho islámico ignora la idea de un régimen matrimonial y de fusión de patrimonios durante el matrimonio. Existe una absoluta separación de bienes. Teóricamente no hay patrimonio que dividir tras el divorcio. Por la misma razón, la idea de preservar la situación adquirida durante el matrimonio, o la de mantener un equilibrio económico entre los esposos, está ausente en las preocupaciones del legislador islámico. Cada esposo es propietario de los bienes adquiridos antes del matrimonio y, en caso de duda, la liquidación de los bienes se solventa mediante la prueba de la propiedad del bien. El art. 49 del nuevo Código es incompleto y poco aclara en este punto.

Tal regulación no se aviene con el hecho de que los esposos adquieren conjuntamente bienes y cooperan en interés de la familia, que refuerza el nuevo Código (art. 4). Ahora bien, el principio de separación de bienes abre la posibilidad de conceder la gestión de los bienes adquiridos durante el matrimonio. Y la esposa puede pedir su parte en lo que serían los bienes gananciales de la familia si logra probar ante los tribunales que ella había participado en su adquisición. Es una cuestión de prueba.

No habiendo un régimen primario para la vivienda ni un régimen económico matrimonial propiamente dicho, salvo que consideremos que se trata de una absoluta separación de bienes, queda por ver si la esposa podrá verse protegida cuando el inmueble está registrado a nombre del marido, aunque haya participado en su adquisición. Es una cuestión de prueba.

Respecto a los derechos de los hijos, se han reforzado los relativos a la vivienda de los hijos. Por esta vía entendemos que la mujer cuando tiene a su cuidado los hijos (veremos a continuación que tiene la guarda) ha de permanecer en el domicilio conyugal (u otro similar), pero la solución no es diáfana. Lo cierto es que el derecho positivo ha venido privilegiando la propiedad, al propietario y al arrendatario sobre la estabilidad familiar y la protección de los hijos. De lo que cabría deducir que la mujer sólo tiene derecho a la vivienda conyugal en el caso de que le pertenezca, y que, en los demás supuestos debe volver con su familia. Sin embargo, el nuevo texto (2004) atiende a los hijos, y –como ya se ha apuntado– parece que por esta vía cabe asegurar a la mujer guardiana el derecho a la vivienda, según las posibilidades del marido, y si el marido no tiene otras posibilidades podrá reservarle un lugar en el domicilio conyugal.

Entendemos pues que, en caso de divorcio, la madre podrá, al menos, no ser expulsada del domicilio como madre guardiana de los hijos, al estar éstos protegidos en la atribución de la vivienda familiar. Antes de la reforma ya respaldaba esta solución el Tribunal Supremo marroquí a través de su sentencia nº 1245 de 4 de abril de 2002 al indicar que: «Es errónea la decisión del juez que

pronuncia la expulsión de la madre, repudiada y titular de la guardad y custodia, del domicilio conyugal en el que reside con sus hijos, basándose en que se trata de una ocupación sin derecho ni título. Si la presencia en el domicilio conyugal de la madre es legítima durante el periodo de retiro legal (*idda*), y cuya duración depende del repudio, dicha legitimación se extinguirá tras la expiración del plazo del retiro; sin embargo, la madre titular de la guarda y custodia que continúe residiendo en el hogar no puede ser considerada como ocupante carente de título y derecho»<sup>301</sup>.

El derecho islámico prevé compensaciones económicas para la mujer repudiada, pero éstas son exiguas. Consisten en una pensión alimenticia, limitada al tiempo de la *idda* y en una eventual indemnización llamada don de «consolación» (*mout'a*), cuyo nombre ya indica que se trata de un «consuelo». El único derecho de inspiración coránica que permite establecer claramente una pensión de duración indeterminada tras el divorcio es el derecho tunecino. Prevé el pago de una pensión mensual, revisable según el costo de la vida, y pagadera hasta la muerte de la mujer o un cambio de su posición social por nuevo matrimonio o mejora en sus ingresos<sup>302</sup>. Esta deuda se trasmite a los herederos del marido difunto constituyendo una carga sobre la herencia. Junto a ello, el legislador tunecino ha establecido un fondo de garantía para el pago de las pensiones<sup>303</sup>. En Marruecos se proyecta crearlo.

Por último, respecto a las clases de repudio marital; y, en concreto, al repudio revocable, ha de tenerse en cuenta sus límites temporales. En el derecho musulmán clásico el esposo puede repudiar a la mujer pronunciando sucesivamente por tres veces la formula del repudio («yo te repudio») lo que entraña la disolución definitiva e irrevocable del matrimonio. Pero el Corán recomienda un plazo de reflexión antes de que el repudio sea definitivo para que la disolución del matrimonio no traiga causa en una reacción momentánea del esposo. Algunos ordenamientos han excluido el repudio irrevocable –pronunciado por tres veces en un mismo acto– a fin de salvaguardar dicho período de reflexión, evitar un repudio compulsivo, y mantener en lo posible el matrimonio (art. 123 CF). Mientras dura el plazo de reflexión el repudio es revocable y el matrimonio subsiste a todos los efectos legales (v. gr., sucesorios). Si el esposo, en ese plazo, se vuelve atrás en su decisión de repudiar a su mujer, se restablece el *statu quo* ante y se reanuda el matrimonio sin necesidad de nueva celebración (art. 124 CF).

---

301 Expediente nº 2039/3/2/2000. Ver en la dirección electrónica del Proyecto ADL <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>

302Art. 31, punto 3, de la ley nº 81-7 de 18 de febrero, *Journal officiel de la République tunisienne*, 20 febrero de 1981, nº 11, p. 334.

303El legislador tunecino ha instituido (ley nº 93-65 de 5 julio de 1993) un «fondo de garantía de la pensión alimenticia y de la renta de divorcio» ante las dificultades con que se encuentran algunas mujeres de percibir la pensión. Acerca de este tema, N. SRAIEB, «Chronique intérieure (Tunisie)», *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1995, p. 606.

Al expirar el plazo de la idda es cuando el repudio alcanza un carácter irrevocable es cuando estamos realmente ante un divorcio y cuando el acto adquiere firmeza (art. 125 CF). Mientras es revocable puede equipararse, *mutatis mutandis*, a una suerte de separación, aunque el derecho islámico no contemple esta figura.

El carácter revocable del repudio es, empero, temporal o limitado en el tiempo. Cuando un marido repudia a su mujer, ésta debe observar un período de retiro legal (idda) de tres meses de duración (que se amplía a unos diez si está embarazada) durante el cual el marido puede cambiar de opinión y manifestar su deseo de reemprender la vida en común. Pero sólo en el caso de que el marido se retracte durante esos tres meses (ese período) y reanude la vida familiar, antes de concluida la idda, puede volver a repudiar a su mujer por una segunda vez –en la misma forma que en la primera– y así hasta una tercera vez, pues en la tercera, desde el mismo momento en que se pronuncia, en el que el repudio es ya irrevocable. Pero si el marido deja pasar los tres meses consecutivos al primer repudio sin retractarse, éste deviene definitivo e irrevocable y el matrimonio queda disuelto.

Esta peculiaridad, en ocasiones, no ha sido bien entendida por los tribunales. Es el caso del Auto del Tribunal Supremo español de 23 de julio de 1998, aunque un Auto anterior, de 21 de abril de 1998, procedió a una interpretación ajustada al carácter temporal de la revocabilidad del repudio<sup>304</sup>. Esta misma dificultad se aprecia en la práctica administrativa que se desgaja de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>305</sup>.

---

304 RJ 1998\3563 y RJ 1998\5337. Vid. nuestra nota conjunta a los dos ATS, en *REDI*, 1999, p. 203-207. Y A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Premio R. Duocastella (1999), Fundación La Caixa, Barcelona, 2000 (jurisprudencia española). En el Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 23 julio 1998, se solicita el exequatur de una decisión de repudio «revocable» de los Adules adscritos al Tribunal de Primera Instancia de Tánger –Marruecos–, legalizada por el Cadí de Tánger. La mujer es la que formuló la demanda de exequátur y el TS la desestima. En el Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 21 abril 1998, el acta de divorcio procede de Egipto. El TS otorga el exequátur siendo la mujer española (y habiendo el marido contraído posterior matrimonio). Se hace en este caso una apreciación al «caso concreto». En la Resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001, sobre autorización de matrimonio civil (*BIMJ*, 1.8.2001, núm. 1898, p. 2644-2646)

305 Vid., la Resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001, sobre autorización de matrimonio civil (*BIMJ*, núm. 1898, 1 de agosto de 2001, p. 2644-2646) donde no se autoriza el matrimonio porque. «... la contrayente marroquí no ha probado la disolución de su matrimonio anterior:: En este caso la contrayente marroquí, a quien incumbe la carga de la prueba, no ha llegado a justificar la disolución para la ley marroquí de su primer matrimonio. Sólo acredita que éste fue objeto de un repudio revocable por el esposo que no conlleva automáticamente consigo la disolución del vínculo.» Y la RDGRN, de 27 de abril de 1999, *BIMJ*, 15 de noviembre de 1999, núm. 1857, pp. 3440-3442, donde: «En efecto, la certificación primeramente acompañada recoge un divorcio –más bien repudiación– pronunciado por primera vez y, por ello, revocable, al no concurrir las dos repudiaciones posteriores que, conforme al Derecho musulmán, transforman tal acto en irrevocable y provocan la disolución del vínculo».

**b) Repudio pactado con el marido (*tamlik*) y repudio a iniciativa de la mujer mediante acuerdo de compensación al marido (*khol*)**

La mujer puede pedir al marido que la repudie si el marido lo ha consentido en el momento de la conclusión del contrato de matrimonio (art. 89). El nuevo texto de 2004 completa esta previsión que figuraba en el texto anterior.

El juez procede a una tentativa de reconciliación entre los esposos. Si la tentativa de reconciliación fracasa, el tribunal autoriza, finalmente, a la esposa a registrar el repudio y decide acerca de los efectos sobre los hijos y económicos.

Esta modalidad pone, una vez más, en relieve el carácter contractual del matrimonio, el importante papel que tiene la autonomía de la voluntad, y la importancia de redactar un contrato con cláusulas que permitan evitar la discriminación entre los esposos. Ciertamente nadie piensa en el divorcio cuando se casa ni en tomar precauciones, pero la discriminación existente entre los esposos lo aconseja.

Más usual es la modalidad del repudio marital a iniciativa de la mujer compensando económicamente al marido. Esta modalidad de repudio *khol* o mediante compensación de la esposa al marido (art. 120 CF) era conocida antes de la reforma. La mujer que no podía divorciarse (al no concurrir una de las causas previstas legalmente) debía conseguir que el marido la repudiasse mediante el pago de una cantidad. El nuevo Código, aunque introduce el divorcio por discordia y el divorcio por consentimiento mutuo, no suprime esta modalidad tradicional, ampliando su regulación.

El art. 120 CF distingue dos hipótesis. Por una parte, el supuesto en el que los esposos están de acuerdo en el repudio *khol*, pero no en la compensación. Y, por otra, el supuesto en el que el marido se opone a la ruptura del matrimonio (repudio). En el primer caso, el tribunal, después de la tentativa obligatoria de conciliación, ordena el repudio evaluando la compensación que debe dar la mujer en contrapartida, teniendo en cuenta la dote, la duración del matrimonio, las razones que invoca la esposa y su situación financiera. En el segundo supuesto, si la esposa persiste en la solicitud del repudio *khol* mientras que el marido se opone, ha de acudir al divorcio por discordia o *chiqaq* (art. 94 CF). Modalidad residual a la que puede, ahora, acudir cuando ni concurre una de las causas tradicionales y previstas en el art. 98 CF ni logra la mujer pactar el repudio con el marido.

Como ya avanzamos, el juez ha de controlar que la compensación que paga la mujer al marido, cuando no tiene suficientes recursos, no transija en cuanto a la guarda o que no asuma cargas de alojamiento y manutención de los hijos que no pueda soportar (art. 119 CF).

El reconocimiento de tales repudios exige que los esposos acuerden no sólo la compensación a pagar sino disposiciones relativas a la manutención y régimen de visitas de los hijos (cuestión de orden público), como indica el Auto de la

Audiencia Provincial de Toledo, núm. 62/2006, de 1 de marzo de 2006<sup>306</sup>. Es el juez, en su defecto, el que determina las consecuencias sea cual sea la modalidad de repudio conforme a lo previsto en el Código.

También se ha tenido en cuenta en la concesión de visado para poder reagrupar a la segunda esposa en el ámbito de las leyes de extranjería (permiso de residencia por reagrupación familiar) en la sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid núm. 914/2005 (sala de lo contencioso, Sección 7) de 30 de mayo de 2005<sup>307</sup>, puesto que conforme a la normativa de extranjería para reagrupar a la segunda esposa el extranjero residente ha de haberse divorciado de la anterior en un procedimiento que garantiza los derechos de la primera (art. 17.1. a) LO 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros), lo que considera el TSJ que se da en el caso.

En la primera instancia se consideró que el art. 17.a) de la LO 4/2000 prohíbe la reagrupación de más de un cónyuge aún cuando la ley personal del extranjero permita esa situación. Es necesaria, pues, la disolución del primer matrimonio si se quiere hacer venir a la segunda esposa. A partir de aquí, la cuestión es si cualquier procedimiento jurídico permite entender que se ha satisfecho la exigencia que aquí se contempla, en orden tanto a la evitación del fraude de ley como a la garantía de los derechos del ex-cónyuge y de los descendientes, pues no se trata meramente que quede en manos del marido la decisión de traer a una de las dos esposas (como daba a entender la normativa de extranjería inicialmente<sup>308</sup>).

La decisión anterior es avalada por la STS de 25 de enero de 2006 (sección 5º Sala de lo contencioso-administrativo)<sup>309</sup> afirmando el derecho al visado de residencia por reagrupación familiar de la segunda esposa de un nacional marroquí cuyo matrimonio anterior ha sido disuelto mediante *khol*, pues el extranjero residente casado en segundas nupcias que pretende reagrupar a su segunda esposa debe acreditar la separación de la primera mediante un procedimiento en el que se haya resuelto la situación del anterior cónyuge. El procedimiento jurídico debe superar unas garantías o condiciones de reconocimiento, como es el caso del *kohl* o repudio mediante compensación económica de la esposa, siendo relevante en este caso la concurrencia de la voluntad de la primera esposa para disolver el matrimonio (aunque supone el «pagar» al marido el repudio).

---

306 Audiencia Provincial de Toledo, núm. 62/2006, de 1 de marzo de 2006, JUR 2006\127284.

307 JUR 2006\217475.

308 Lo que ya observamos en, A. QUIÑONES, *Derecho e inmigración*, op. cit., (conclusiones).

309 Tribunal Supremo, Sala III de lo Contencioso-Administrativo, Sección.5, Sentencia de 25 de enero de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde, JUR 2006\4338. RJ 2006/4338.



## 6. EFECTOS DEL DIVORCIO CON RESPECTO A LOS HIJOS: TUTELA Y HADANA

El Código de Familia de 2004 refuerza los derechos de los hijos tras las crisis matrimoniales. El art.168 CF prevé que la vivienda, los alimentos y la reenumeración de la guarda –los gastos de la madre guardiana– sean independientes.

Los hijos que se benefician de la guarda (hasta la mayoría de edad) sólo deben abandonar el domicilio conyugal si el padre les ha previsto otro alojamiento adecuado. Es al padre a quien pertoca la obligación de garantizar el mantenimiento de los hijos en el domicilio familiar o el que debe entregar la suma necesaria para alquilar una vivienda.

Sin embargo, este modo de ver las cosas puede no adaptarse a la realidad cuando, en contexto de inmigración, ambos padres obtienen recursos económicos. La Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sentencia de 3 de mayo de 2006<sup>310</sup>, adapta el derecho marroquí en un caso en el que se solicita la revocación parcial de la sentencia de primera instancia que decreta la separación matrimonial, con la única pretensión de que se rebajen los alimentos y se elimine la obligación de pagar el alquiler de la vivienda familiar y la deuda acumulada por tal concepto, para evitar el desahucio.

Respecto a la obligación de alimentos considera la Audiencia que: «La *Moudawana*, o ley de familia del Reino de Marruecos, país de nacionalidad común de ambos litigantes y de sus hijos, establece en sus arts. 54.3 y 198 la obligación de alimentos consecuente con la paternidad, por lo que tal obligación, que pertenece a la esfera del orden público, ha de ser cumplida según los criterios ponderados de las necesidades de los hijos y de las posibilidades de ambos progenitores.».

Respecto a la obligación de pagar el importe del alquiler del domicilio familiar en el que vive la esposa con los hijos, el tribunal acoge parcialmente la pretensión revocatoria: «El Derecho marroquí, por otra parte, preceptúa en la *Moudawana*, art. 171, que el progenitor a quien se atribuya la custodia de los hijos tras la crisis conyugal, debe garantizar un alojamiento decente para los mismos, siendo ésta una de las obligaciones de la pensión», lo que debe ser interpretado en el sentido de que la responsabilidad de facilitar y proveer de morada digna a los hijos, es en el caso de autos, de la madre con la que han quedado conviviendo, sin perjuicio de la obligación del padre de contribuir con el pago de la pensión, a los alimentos del menor que, en la formulación de la teoría general de tal institución jurídica, comprende no únicamente la manutención alimenticia, sino también el vestido, la sanidad, la educación y la habitación. Establecer otra cosa atentaría, incluso,

---

310 Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 3 de mayo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz. JUR 2006\261212, nota de A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *AEDIPriv.*, 2006 (en prensa).

al derecho de la mujer a establecer su residencia donde tenga por conveniente, y con quién tenga por conveniente, al vincular el domicilio del núcleo familiar materno a la vivienda cuyo alquiler paga el ex marido, lo que vulneraría derechos fundamentales consagrados en la Constitución Española, que amparan a todos los ciudadanos que, sean nacionales o no, residan en el territorio español.».

Sin embargo, añade que: «La consecuencia de lo anterior es que se denominó prestación por alquiler de la vivienda a lo que, realmente, constituía una clara porción de la prestación alimenticia que, en consecuencia, debe quedar integrada en la parte proporcional correspondiente, dentro de la prestación por alimentos para los hijos menores, y que la imposición de la obligación el pago de los atrasos por alquiler, debe quedar excluida de este litigio por su devengo anterior a la interposición de la demanda de separación, sin perjuicio del derecho de la actora de reclamar su concreto importe en el juicio declarativo que corresponda.».

En definitiva: «Las consideraciones precedentes determinan que la medida sobre el pago del alquiler deba ser dejada sin efecto tal como viene formulada, pero integrando parcialmente el gasto relativo a la vivienda, en la pensión alimenticia, que ha de concretarse, en conjunto, en 200 euros para cada uno de los hijos, puesto que la madre también obtiene ingresos propios, tiene consolidada su permanencia en España, y está integrada en las actividades laborales.».

El resultado que ofrece la Audiencia es ecuaníme. No obstante, el Código de familia exigiría que el padre, que es el tutor legal, se haga cargo de la vivienda de los hijos. La madre, que sólo tiene la guarda física, no es la que elige tal alojamiento. Sobre la base de los arts. 54.3 y 198 del CF marroquí, la AP considera que existe una obligación de alimentos consecuente con la paternidad, por lo que tal obligación, que pertenece a la esfera del orden público, ha de ser cumplida según los criterios ponderados de las necesidades de los hijos y de las posibilidades de ambos progenitores. Pero respecto a la obligación que le ha sido impuesta de pagar el importe del alquiler del domicilio familiar en el que vive la esposa con los hijos, la pretensión revocatoria se recoge parcialmente. La AP atiende a las posibilidades de ambos esposos. Es más, interesa destacar que se atiende a que, conforme al art. 171 del CF, la guarda se confía, en primer lugar, a la madre tras la crisis conyugal. Pero, el tribunal interpreta que ello acarrea que la responsabilidad de proveer una morada digna a los hijos, sin conviven, sin perjuicio de la obligación del padre de contribuir con el pago de la pensión de los alimentos. Esta interpretación olvida que la madre no tiene más que la guarda física del niño y que el padre tiene la tutela o la potestad parental (*patria potestad*) en dicho sistema extranjero. Es, al padre, a quien, en principio, le corresponde asegurar esa vivienda digna a los hijos. De manera que, como apuntamos, por esta vía, la madre guardiana puede no ser expulsada de la vivienda familiar si el marido es el propietario. Sin embargo, la AP intenta adaptar las disposiciones a la situación real de los padres, pues los dos trabajan y pueden repartirse las cargas correspondientes, y dispone que el pago del alquiler se integre parcialmente en la

pensión de alimentos «puesto que la madre también obtiene ingresos propios». A una solución parecida podría llegarse atendiendo a otras disposiciones. El art. 168 del CF marroquí dispone que: «los gastos del alojamiento del niño sometido a guarda son distintos de los de la pensión de alimentos ...»; y, que el «padre debe asegurar a sus hijos el alojamiento o pagar el alquiler ...». Sin embargo, el art. 199 CF indica que si el padre es totalmente o parcialmente incapaz de asumir la carga y la madre tiene recursos, ésta deba llegar allí donde los recursos del padre no llegan para garantizar la pensión a los hijos. Cabe tener en cuenta estas disposiciones al adaptar el CF marroquí, a las circunstancias y a nuestro país, para evitar el desnaturalizar el derecho extranjero.

La guarda de la madre divorciada se remunera (art. 167) por parte del que debe proporcionar los alimentos a los hijos (el padre) que debe igualmente garantizar, en principio, el alojamiento del menor. De lo que cabe extraer que la madre guardiana no ha de ser tampoco expulsada del domicilio, como ya se ha apuntado, si el marido es el propietario y no puede proporcionar otro alojamiento adecuado.

En lo que concierne a la determinación de la pensión de alimentos debe, en principio, atenderse al nivel de vida y la situación escolar de los hijos anterior al divorcio (art. 85 CF). Para evaluarla, el tribunal se basará en las informaciones que aporten las partes y podrá recabar la ayuda de expertos (art. 190 CF). Estos pueden alcanzar hasta la edad de 25 años en función de los estudios.

Dado el carácter urgente y de orden público de estas medidas, el juez ha de adoptarlas en el plazo máximo de un mes (art. 190). Salvo causas excepcionales, cabe solicitar la revisión de la decisión relativa a la pensión de alimentos tras haber transcurrido un año (art. 192). Los casos de divorcio anteriores a la reforma están igualmente sujetos a las previsiones de la reforma en materia de alimentos.

Respecto a la guarda de los hijos, el Código establece la igualdad en cuanto a la edad de los hijos e hijas (la mayoría de edad es, ahora, a los 18 años para ambos sexos). Si éstos tienen 15 años pueden elegir al progenitor que tendrá la guarda (art. 166 CF). Esta es la novedad del Código de Familia (2004): permite al menor de 15 años elegir el progenitor con el que quiere vivir en caso de ruptura.

Los ordenamientos inspirados en la Sharia islámica otorgan la patria potestad al padre (tutela) y atribuyen el cuidado del menor (hadana o guarda física) a la madre. Suelen recoger, además, las tres causas de pérdida de la hadana por parte de la madre: nuevas nupcias, residencia alejada de la del padre-tutor<sup>311</sup>, notablemente si es en el extranjero, y la no-educación del hijo en la fe musulmana

---

311 Vid., Tribunal Supremo de Marruecos sentencia nº 1252 de 27 de julio de 1995. Se trata de un supuesto de repudio marital en el que el padre se aleja a 300 Km y solicita luego la privación de la guarda y custodia de la madre, lo que no cabe –según el tribunal– al velar la madre por el menor y poder el padre supervisar su educación (Expediente nº 5198/94. Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia nº 530) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>).

que es subyacente a la lógica del sistema (v. gr., art. 173.3 CF). La madre guardiana está, pues, sujeta a esta serie de limitaciones que afectan a su libertad matrimonial y a su libertad de circulación o desplazamiento.

Los motivos que conducen a la privación de la guarda han de ser invocados por la persona beneficiaria de la misma si tiene conocimiento de los mismos. De guardar silencio, pierde la guarda. El Tribunal Supremo marroquí, en su sentencia nº 380, de 16 de mayo de 2002, ha dictaminado que el padre que conociendo el matrimonio de su mujer ha guardado silencio durante un año, sea privado (como beneficiario en defecto de la mujer) de la guarda<sup>312</sup>.

En el nuevo Código de Familia, el matrimonio sigue siendo una causa de pérdida de la guarda de la madre, aunque no en todos los casos<sup>313</sup>. Se establecen algunas excepciones con respecto a las nuevas nupcias de la madre (art. 175) que atienden, entre otros, a la baja edad del menor (menos de siete años) y a la incapacidad o enfermedad del mismo. Sin embargo, el padre no pierde la guarda si contrae matrimonio<sup>314</sup>. Ni siquiera en caso de que viva poligamia aunque exista mayor riesgo de que el hijo no reciba un trato igual al de los otros hijos por parte de sus madastras.

Para que el matrimonio de la madre sea un supuesto de pérdida de guarda el grado de parentesco del marido ha de entrar entre los previstos en el derecho. Indica, así, el Tribunal Supremo marroquí en su sentencia nº 247, de 26 de marzo de 1984 que la persona que acogió a la madre en kafala (acogimiento) no es pariente del menor y que el matrimonio de la abuela no tiene impacto alguno. Ha de tratarse de supuestos en los que se den los requisitos de parentesco previstos por la ley<sup>315</sup>.

La abuela materna no puede ejercer el derecho de guarda, si vive junto a su hija privada de ese derecho indica el Tribunal Supremo marroquí en su Sentencia nº 1208, de 4 de octubre de 1994. Si bien se trata de un supuesto que sólo puede

---

312 «...privado de la guarda, el beneficiario de dicho derecho que guardase silencio durante un año, a partir del día en que tuviera conocimiento de la consumación del matrimonio de la mujer guardiana del menor con persona distinta de un pariente próximo (en grado prohibido) de dicho menor». La mujer había sido repudiada y solicitaba que el marido pagara la pensión de 200 Dh del hijo. El demandado reconvino invocando que pagaba la pensión y que la madre debía ser privada de la guarda al haber contraído matrimonio con un pariente con un grado de parentesco con el menor prohibido (Expediente nº418/21/2003. Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia nº 530) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>).

313 Respecto a las nuevas nupcias de la madre, la novedad del Código es que introduce algunas excepciones (art. 175).

314 Como acuerda el Tribunal Supremo, en su sentencia nº 369, de 6 de mayo de 1999: «Ahora bien, considerando que el artículo 105 del C.E.P señala que el matrimonio de la titular de la guarda con una persona distinta a un pariente próximo (en grado prohibido) del niño o de su tutor testamentario, pierde dicho derecho; que el artículo no se refiere al padre, casado o no, sino a la madre y como consecuencia de la repudiación y de la existencia de una causa que acarree la privación de la guarda y custodia» (Expediente nº446/2/97 Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia nº 369) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>)

315 «El matrimonio de la mujer que ejerce la guarda con una persona distinta de un pariente próximo (en grado prohibido) del menor, implica la pérdida de dicho derecho, incluso si la madre hubiese sido acogida por esa persona bajo el régimen de la Kafala, desde la infancia hasta el matrimonio. Si esa persona no figura en la enumeración del artículo 105 del Código del Estatuto Personal (C.E.P), su matrimonio con la mujer que ejerce la guarda no tendrá ninguna incidencia sobre el derecho de guarda de ésta». (Expediente nº95332. Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia nº 247) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>).

darse si el padre no es el beneficiario, pues la reforma de 1993 situó al padre en el segundo lugar como beneficiario de la guarda (antes la abuela materna era la segunda beneficiaria)<sup>316</sup>.

La madre guardiana, tiene restringido el derecho a viajar y desplazarse con sus hijos, notablemente si el desplazamiento es al extranjero (arts. 174-179 CF). Necesita, en principio, la autorización del tutor legal (el padre) o de los tribunales para desplazarse con el hijo fuera del territorio (art. 179 CF). En caso de desacuerdo, la madre puede acudir a los tribunales para que le autoricen el viaje en caso de necesidad (por ejemplo, en caso de enfermedad o muerte de un pariente).

Pero ninguna de las causas por las que puede privarse del cuidado del menor a la madre (matrimonio, educación del hijo en otra fe que la musulmana del padre, fijación de la residencia en el extranjero) será tomada en cuenta por los tribunales europeos cuando decidan sobre la custodia del hijo, siendo usual la intervención de la excepción de orden público internacional.

Sí pueden ser tomadas en cuenta por los tribunales de los países islámicos; por ejemplo, cuando se pronuncian acerca del retorno de un hijo desplazado ilícitamente a su territorio. En algunos casos el interés del hijo podrá hacer coincidir, en el resultado al caso concreto, las previsiones de ambos sistemas jurídicos. Por ejemplo, si se considera que el interés del menor consiste en continuar en el país (y la religión) en el que venía viviendo y se venía educando el hijo a fin de no modificar su situación, y si éste país es Marruecos.

El que Marruecos haya suscrito el Convenio de La Haya de 1996 debiera aportar soluciones objetivas basadas en la estabilidad del menor en el país de su residencia habitual en caso de desplazamiento y lo mismo ocurre con los convenios bilaterales sobre custodia y devolución de menores como el que han suscrito España y Marruecos. Pero la imperatividad del orden público religioso puede hacer fracasar tales soluciones. No en todos los casos, el Tribunal Supremo marroquí en su sentencia nº 1158 de 30 de noviembre de 2000 se ha decantado por devolver al menor desplazado con su madre residente en Francia sin entrar a pronunciarse sobre la guarda y los motivos de orden público que permiten privar de ella a la madre extranjera. Señala en este sentido que:

*«Considerando que el demandante en casación señala que la sentencia impugnada carece de base legal, ya que el artículo 4 del Convenio señalado permite a uno de los Estados no aplicarlo si es incompatible con el orden público; que entre los textos relativos al orden público se halla el C.E.P, y la sentencia impugnada al ordenar la entrega de los niños a su madre*

---

316 (Expediente nº5465/93 Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia nº 1208) <http://www.proyectoادل.com/index1024x768.html>).

*contraviene los artículo 98, 99 y 107 de dicho Código, ya que ésta última es incapaz de cuidar a sus hijos, a la vista de su conducta reprochable, y que además es extranjera y el hecho de que se haga cargo de la guarda de sus hijos puede afectar a su futuro, su formación religiosa y tendrá también consecuencias en su comportamiento ya que les causará una gran tristeza la separación de su padre, quien no podrá controlar sus condiciones de vida, dado que la lejanía le va impedir ejercer su derecho de guarda mientras el vínculo del matrimonio persista; que la sentencia incurre en una ambigüedad al no subordinar la entrega de los menores a un plazo, que una vez transcurrido le permita recuperar la guarda de sus hijos (...) No obstante, considerando que el juez se ha basado, al motivar su decisión, en la aplicación del artículo 25 del mentado Convenio franco-marroquí, que establece que el juez del Estado en el que el menor se encuentra desplazado o retenido debe ordenar, a título provisional, la inmediata entrega del niño a la persona que ejerce dicho derecho, todo ello antes de cualquier litigio; y que, por lo tanto la sentencia no afecta al fondo del derecho de guarda, ni aplicado la ley del Estado demandante, y se extrae que el juez no está obligado a comprobar si dicha ley es, o no, contraria al orden público marroquí... »<sup>317</sup>. La solución es respetuosa con el Convenio bilateral, que sigue los pasos del Convenio de La Haya de 1980 en materia de sustracción internacional, y con el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores del que es (este último) parte Marruecos (y bien pronto España).*

Como medida de precaución, algunas mujeres residentes en Europa conviven en pareja de hecho con los padres de sus hijos, originarios de países musulmanes, a fin de conservar la patria potestad (no sólo la guarda) en ambos países. De este modo, a tenor del Código de Familia, los hijos nacidos fuera del matrimonio no serían considerados del padre. El padre no tendría sobre ellos la patria potestad. Por consiguiente, quedarían con la madre tras la ruptura de la pareja.

### **III. RECONOCIMIENTO DE LAS DECISIONES DE DIVORCIO PRONUNCIADAS EN MARRUECOS**

En el supuesto de plantearse ante nuestros tribunales la eficacia de una decisión marroquí que disuelve el matrimonio de un nacional español o residente, su reconocimiento estará sujeto a una serie de condiciones precisadas en los artículos 951 a 954 de la LEC (1881) –a tenor de la LEC de 2000–, salvo –como será, hoy, ya

---

317 Expediente nº 206/21/98, en la dirección electrónica <http://www.proyectoادل.com/index1024x768.html>

frecuente— que sea aplicable el convenio bilateral hispano-marroquí de de 30 de mayo de 1997<sup>318</sup>.

Pero antes despejaremos cualquier duda que pueda existir acerca de si es susceptible de exequátur o si puede surtir eficacia un divorcio o repudio pronunciado en el territorio (España), ante una autoridad religiosa o la autoridad consular marroquí. Es decir como si se tratara de una decisión (nacional o extranjera).

## **1. INEFICACIA DEL REPUDIO PRONUNCIADO EN ESPAÑA ANTE AUTORIDAD RELIGIOSA O CONSULAR**

En los países europeos el divorcio es judicial y, a veces, administrativo. En España, la Constitución española (1978) consagra la potestad jurisdiccional de nuestros tribunales sobre el territorio español (art. 117.3). Los Acuerdos de Cooperación del Estado español y la Comisión Islámica de España (1992) no otorgan a las autoridades religiosas islámicas acreditadas facultades en esta materia. Un repudio pronunciado en territorio español, ante tales autoridades no sería eficaz ni en España (ni tampoco en Marruecos) ni podría, por ejemplo, paralizar la acción de divorcio planteada por la esposa ante los tribunales españoles.

Cabe ilustrar este extremo con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de mayo de 1995, donde se plantea la cuestión de si existe un impedimento de ligamen en el varón (nacional de la República China de Taiwán) para contraer matrimonio en España con una compatriota. Resulta de los hechos que el futuro esposo había contraído matrimonio islámico con una nacional marroquí en Barcelona (1984) y que este matrimonio estaba disuelto. Pero tal hecho se acreditaba con la presentación de un certificado del Centro Islámico donde, también, contrajo matrimonio en el que se afirmaba que los contrayentes se habían divorciado en el propio centro en el año 1993. Como señala la Resolución: «Es patente la absoluta incompetencia de tal Centro para dictar un divorcio dentro del territorio español»<sup>319</sup>.

Tampoco es posible al amparo del Código de Familia marroquí (2004) el acudir a los adoul (notarios) o a cualquier autoridad religiosa musulmana (sita en España o en Marruecos) para disolver el matrimonio mediante repudio sin obtener la autorización judicial.

---

318 *BOE* núm. 151, de 25 de junio de 1997. Desde el 15 de enero de 2004 el exequátur ya no es competencia del TS, conforme al art. 136 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social que modificó el art. 955 LEC dando competencia de los Juzgados de Primera Instancia. Y sin perjuicio de los Convenios internacionales que les confieren tal competencia. Sorprende que la incompetencia del TS para conocer del exequatur continúe planteándose todavía (ATS 17.5.2005 JUR 2005\127626, ATS TS 20 de diciembre de 2005 JUR 2006\117459 y ATS 26 de septiembre de 2006 JUR 2006\245038).

319 *RJ* 1995\4360. Por otra parte, también era incompetente para la celebración del matrimonio en el año 1984.



Otro tanto ocurre con las autoridades consulares. España permite que los cónsules celebren matrimonios, pero esta competencia no se extiende al ámbito de la disolución del matrimonio. El Convenio de Viena de 24 de abril de 1963 atribuye a los cónsules la facultad de actuar en calidad de funcionarios del Registro civil salvo oposición del Estado de residencia.

Es, también, necesario que el país al que representa el cónsul le confiera estas funciones. Ciertamente es que el *dahir* (ley) marroquí de 20 de octubre de 1969, completado por un decreto de 29 de junio de 1970, confiere a los cónsules facultad para recibir los repudios pronunciados en el extranjero por habilitación de los ministerios de Justicia y de Asuntos Exteriores. Pero el nuevo Código de la Familia (2004) refuerza el control judicial del repudio marital. Hace obligatoria la conciliación entre los esposos y la garantía de audiencia a la esposa. Tales exigencias desaconsejan la competencia de los cónsules. Aunque los consulados pudieran facilitar la conciliación y la audiencia, vemos difícil que se admita el inicio de un repudio consular (que facilite la presencia de la esposa residente) cuando cabe acudir a la jurisdicción española de la residencia.

En la hipótesis de que se pronuncie en España un repudio ante autoridad consular cabe hacer, por analogía, las mismas consideraciones que hacíamos respecto al repudio pronunciado ante autoridad religiosa. Ciertamente es que algunos autores abogan por la extraterritorialidad de los consulados y consideran la situación es comparable a la del exequátur de una decisión extranjera, pero los convenios bilaterales en materia de exequátur no confieren tal alcance a los actos llevados a cabo por autoridades consulares. Estos actos no serían reconocidos en España. La necesidad de que exista una resolución judicial, dictada en un Estado y reconocida en el otro, se aprecia en el convenio hispano-marroquí sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales de 1997. En definitiva, un repudio pronunciado en un consulado no es una sentencia extranjera susceptible de exequátur. No vemos oportuno el facilitar la disolución del matrimonio por esta vía consular, que no ofrece las garantías de un juzgado) cuando los esposos tienen abierta la vía judicial española.

## **2. EFICACIA DE LAS DECISIONES DE DIVORCIO-REPUDIO PRONUNCIADAS EN MARRUECOS**

España y Marruecos han concluido un Convenio bilateral para el reconocimiento de las resoluciones judiciales en materia civil. Las decisiones relativas al divorcio estarían comprendidas, salvo lo relativo a las medidas cautelares y provisionales, y a no ser que se refieran a cuestiones relativas a los alimentos (art. 22). La decisión a reconocer, al amparo de dicho convenio bilateral, presupone la intervención de una autoridad judicial autorizada para el ejercicio de tales funciones. Indica el art. 23 que: «Las resoluciones *judiciales* en materia civil, mercantil y administrativa, *dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes* de España y

Marruecos, respectivamente, tendrán autoridad de cosa juzgada en el territorio del otro Estado, si reúnen las condiciones siguientes»).

Estas condiciones son:

1. La resolución emana de un órgano jurisdiccional competente según las normas aplicables en el país en que hubiera sido dictada;
2. Las partes han sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes;
3. La resolución ha adquirido autoridad de cosa juzgada y ha llegado a ser ejecutiva conforme a las leyes del Estado en que haya sido dictada;
4. La resolución no contiene disposiciones contrarias al orden público del Estado en que se solicite la ejecución, ni a los principios del derecho internacional que sean aplicables en el mismo. Tampoco deberá ser contraria a una resolución judicial dictada en ese mismo Estado y que haya adquirido autoridad de cosa juzgada;
5. Que no se encontrase pendiente ningún proceso entre las mismas partes y por el mismo objeto ante algún órgano jurisdiccional del Estado requerido antes de iniciarse la acción ante el tribunal que haya dictado la resolución que deba ejecutarse.

Deben examinarse de oficio por el juez de exequátur (art. 26).

Examinemos las dificultades de éstas y otras condiciones:

### **A) Intervención de una autoridad judicial**

La decisión a reconocer, al amparo de dicho convenio bilateral, presupone la intervención de una autoridad autorizada para el ejercicio de tales funciones (art. 23). El Tribunal Supremo español en el marco del exequátur de decisiones extranjeras ha considerado, a veces, que el carácter privado y extrajudicial<sup>320</sup> del divorcio constituye un obstáculo a su reconocimiento. En tales casos, suele indicarse que no considera *probado*, en el caso concreto, que los notarios que intervinieron en el acto tuvieran la condición de autoridad judicial o de funcionario público revestido de *imperium*. Es, empero, un argumento que se utiliza «a mayor abundamiento» en supuestos que convergen otras causas de rechazo. No son diáfanas las razones por las que en algunos casos se considera probado (y en otros no) el que los notarios estuvieran revestidos de *imperium*. Sirven de botón de muestra los Autos del TS de 21 de abril de 1998 (que otorga el exequátur al repudio de una española por un egipcio) y de 23 de julio de 1998 (que deniega el exequátur al repudio de una marroquí por un español residente

---

320 Un simple acto de repudio marital, que no sea ni comunicado ni respaldado la autoridad extranjera de origen de los esposos, no tendría eficacia alguna (Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 6 de abril de 2000, AC 2000\1088, donde el marido marroquí demandado repudia a su mujer y la expulsa a su mujer del domicilio conyugal con su hija).

en Marruecos)<sup>321</sup> siendo el mismo el ponente. La diferencia de trato no se justifica a tenor del contenido de las dos legislaciones extranjeras (Egipto y Marruecos)<sup>322</sup> que revisten a los notarios de las mismas facultades a fin de dar un carácter oficial al repudio. Son cuestiones de orden público (conexión con el territorio, al ser nacional el esposo) más que la naturaleza de la autoridad las que justifican la diferencia de trato por cuanto la autoridad interviniente tiene atribuidas funciones judiciales para recibir y para fijar los efectos del repudio.

La Conferencia de La Haya de DIP, desde principios de siglo, ha intentado aportar una solución a esta cuestión. El Convenio de 1970 sobre reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio, en su art. 1, incluye: «los divorcios (...) que se han obtenido en otro Estado contratante a consecuencia de un procedimiento judicial u *otro oficialmente reconocido en éste último*, y que tiene legalmente efecto.». P. Bellet y B. Goldman comentan el texto indicando que: «el convenio cubre no sólo las decisiones judiciales, sino las decisiones legislativas, administrativas y religiosas»<sup>323</sup>. Lo esencial es que el divorcio sea el resultado de un procedimiento desarrollado de acuerdo a la *lex loci*.

En los Estados musulmanes, el legislador también ha intervenido para superar los obstáculos relativos al carácter privado y extrajudicial del acto, exigiendo la presencia de un juez (Argelia) o de dos notarios (*adoul*) y la homologación judicial (Marruecos)<sup>324</sup>. La situación en Marruecos se ha reforzado con la reforma de 2004. Hoy es posible equiparar el repudio «bajo control judicial», que regula el Código de Familia (2004), con una sentencia judicial de divorcio extranjera, al intervenir un juez como tal y al tratarse de un divorcio oficial reconocido como tal por las autoridades del país en el que es pronunciado y que despliega en dicho país la fuerza de cosa juzgada modificando el estado civil de los esposos. Lo esencial es que la decisión extranjera (sea cual sea la autoridad que interviene) venga avalada por el país extranjero en el que es dictada (la autoridad sea competente para ejercer tales funciones). Esta apertura puede contrapesarse con un escrupuloso

---

321 ATS 21 de abril de 1998 (*RJ* 1998\3563) y ATS de 23 de julio de 1998 (*RJ* 1998\5337). Vid, nuestra nota, en *REDI*, 1999, p. 203-207.

322 El legislador egipcio, en 1979, y el marroquí, en 1993 y 2004, han reforzado el control estatal del repudio exigiendo parecidas formalidades: registro por los Notarios –*ma'dhûn* en Egipto o los *Adul* en Marruecos– y aviso a la mujer de su nueva situación

323 «La convention de La Haye relative à la reconnaissance des divorces et des separations de corps», *JDI (Clunet)*, 1969, p. 843.

324 El Código de estatuto personal de Marruecos, ya previó en su art. 44 (modificado el 10 de septiembre de 1993), dispone que: «El repudio no puede ser registrado por los *adul* más que en presencia de las dos partes y después de la autorización judicial». En este último caso, parece que el legislador no se contenta con imponer la publicidad del acto (registro y notificación obligatoria del acto a la mujer) y que franquea el límite de una verdadera judicialización por la presencia simultánea de las partes ante el juez. Sin embargo, si la mujer no comparece se hace caso omiso de la causa de su ausencia. La reforma de 2004 (véase el art. 79) refuerza este extremo exigiendo la autorización judicial para el repudio (es traducido, a veces, como divorcio bajo control judicial).

control de los otros requisitos de exequátur y una atención particular al límite del orden público<sup>325</sup>.

En cualquier caso, no es posible considerar una decisión «extranjera», o susceptible de exequátur, a la pronunciada por una autoridad religiosa en España. Ahora bien, tampoco en Marruecos se considera a tales autoridades religiosas una autoridad competente al no estar en modo alguna acreditada y exigirse el control judicial. Nos remitimos a las consideraciones hechas en torno a la ineficacia del repudio pronunciado en España ante autoridad religiosa o consular.

## **B) Firmeza del acto: el repudio revocable**

La revocabilidad del repudio se ha invocado para denegar el reconocimiento y, también, para denegar la autorización al matrimonio conculcándose el derecho fundamental al *ius nubendi*<sup>326</sup>. Se trata, empero, de un límite temporal<sup>327</sup>. De hecho es prácticamente imposible que pueda aportarse en el momento del exequátur un repudio que sea revocable, lo que no siempre es bien entendido por los tribunales.

El Auto del Tribunal Supremo español, de 23 de julio de 1996, que señala:

*« Se ha de advertir ya inicialmente sobre el carácter revocable del divorcio acordado ante los notarios autorizantes del acto, lo que confiere a la disolución del vínculo matrimonial un notorio carácter de provisionalidad o, como se dijo en el ATS de 16 de julio de 1996, resolutorio de un caso similar, un tinte de condicionalidad que, de una parte, pugna con la exigencia de la firmeza de la resolución a conocer (...); y de otra, se alza como un elemento añadido a la disolución del vínculo que se antoja contrario a los principios que inspiran y conforman el concepto de orden público (...) ello repugna a la estabilidad y certeza que ha de darse en las situaciones que conforman el estado civil de las personas y, por ende, a la*

---

325 Vid. A. BUCHER, *Jurisprudence suisse*, nota a la decisión del TFS, 3 de septiembre de 1996, *RSDIE* 2/98, p. 267.

326 Sirva de botón de nuestra la Resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001, sobre autorización de matrimonio civil (BIMJ, núm. 1898, 1 de agosto de 2001). Se deniega, aquí, la autorización para contraer matrimonio civil a un español, soltero, (don Sinfiriano Patón Simón) y a una nacional marroquí (doña Zohra Saadi), que fue repudiada por su marido en Marruecos en el año 1984. No se tenía sospecha de matrimonio blanco ya que esta pareja reside en España y tienen una hija en común nacida en Leganés el 13 de octubre de 2000, según consta en el libro de familia. Al respecto nuestro trabajo, «Limitaciones infundadas al *ius nubendi*: el repudio revocable», *Derecho registral internacional (Libro homenaje a R. Arroyo Montero)*, Madrid, Iprolex, 2002. Con anterioridad, entre otras, la RDGRN, 27 de abril de 1999, BIMJ, 15 de noviembre de 1999, núm. 1857, p. 3440-3442. («En efecto, la certificación primeramente acompañada recoge un divorcio –más bien repudiación– pronunciado por primera vez y, por ello, revocable, al no concurrir las dos repudiaciones posteriores que, conforme al Derecho musulmán, transforman tal acto en irrevocable y provocan la disolución del vínculo»). Mas recientemente, la RDGRN de 27 junio 2006, (BOE, 12 septiembre de 2006) y las RDGRN de 26 y 27 octubre de 2006 (BOE, 13 diciembre de 2006).

327 Es el caso de los ATS español de 6 de febrero de 1996, 13 de junio de 1996, 16 de julio de 1996, 24 de septiembre de 1996, 28 de enero de 1997 y 23 de julio de 1998.

*igualdad de derechos y deberes del marido y de la mujer que desde el art. 14 de la Constitución Española... »<sup>328</sup>.*

Y, con consideraciones similares, en el Auto del TS de 23 de julio de 1998 se indica:

*« no se ha aportado el informe exigido (...) sobre si el divorcio así declarado supone la ruptura definitiva del vínculo matrimonial, extremos éstos que en modo alguno se revelan de los términos del acta de divorcio aportada cuyo reconocimiento se pretende (...) y , de otra parte, no queda acreditado el carácter definitivo e irrevocable de la disolución del vínculo, requisito éste que en nuestro ordenamiento jurídico resulta de inexcusable cumplimiento (...). Por todo ello, siguiendo el criterio sentado con anterioridad por esta Sala (...) la petición de exequátur no puede prosperar »<sup>329</sup>.*

Sin embargo, en un Auto anterior, de 21 de abril de 1998, el Tribunal Supremo procedió a una interpretación ajustada al carácter temporal de la revocabilidad del divorcio. Tras hacer constar los argumentos de las decisiones anteriores expuso que:

*« Sin embargo, no puede desconocer esta Sala las particulares circunstancias que concurren en el presente supuesto y que aconsejan resolver sobre la homologación que se demanda con la mira puesta tanto en la observancia de los principios que presiden el reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras cuanto en un elemental principio de justicia material; y así, ha de tomarse en consideración el hecho de que es la esposa quien solicita ahora el exequátur, unido al dato de que ha transcurrido con creces el período de tiempo al que la legislación de origen sujeta el ejercicio de la facultad de revocación por el marido, quien, como consta acreditado en autos, ha contraído, por ende, nuevas nupcias. A la vista de semejantes circunstancias, no es posible elevar la barrera del orden público (...) sin olvidarse el trascendental dato de que la situación de desequilibrio ha desaparecido en el momento en que se solicita el exequátur (...) no se encuentra ya la facultad del esposo de reanudar el estado marital (...) ha desaparecido la nota de inestabilidad e incertidumbre en el estado civil... »<sup>330</sup>.*

Es muy difícil, por tanto, que nuestros tribunales lleguen a conocer del reconocimiento de un repudio revocable.

---

328 RJ 1998\2907

329 RJ 1998\5337. Vid nuestra nota en REDi, 1999, p. 203-207.

330 RJ 1998\3563 y el Auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996, RJ 1998\2908.

### C) Carácter unilateral del repudio e indefensión de la esposa

El juez de exequátur no otorgará el exequátur si ha habido indefensión. Tanto el derecho común (art. 954.2 LEC) como el art. 23.2 del Convenio entre España y Marruecos, de 30 de mayo de 1997<sup>331</sup> tienen en cuenta esta condición de exequátur. Por otra parte, los principios de orden público procesal contenidos en el art. 24 CE y en los textos internacionales sobre derechos humanos coadyuvan, también, a este control nutriendo el límite del orden público internacional.

Este control de la indefensión, al amparo del art. 23.2 del citado Convenio bilateral, lo ilustra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de junio de 2001<sup>332</sup>, donde la falta de prueba de la citación legal de la esposa constituye en este caso un obstáculo a la eficacia del repudio. Y, también, con la sentencia de la AP de Madrid, de 13 de febrero de 2002<sup>333</sup> que concede el exequátur considerando que no se produce indefensión al concurrir el asentimiento de la esposa:

*« ... procede, estimando el presente recurso de apelación interpuesto por la representación legal de D<sup>a</sup> Lamia Lahnini B. S., conceder el exequátur a la resolución del Tribunal de Primera Instancia de Tánger de 14 de Enero de 1994 por la que se concede el divorcio del matrimonio de D<sup>a</sup> Lamia Lahnini B. S. y D. MOHAMMED H. y ello por cuanto de la documentación presentada se deduce que se han cumplido los requisitos del artículo 23 y 28 del citado Convenio, pues se trata (documento 9) del acta del divorcio ya consignado en el Registro de Matrimonios lo que hace presumir que dicho acceso al Registro no hubiera podido efectuarse de no haber sido dictado el divorcio por órgano competente y a través del documento o certificación pertinente de autenticidad y firme. Además, adviértase, que se ha tratado de un divorcio en el que asistieron ambas partes, en concreto asistió D<sup>a</sup> Lamia y su padre y consta que consintieron en el divorcio, luego ya no cabe hablar de rebeldía; por lo dicho y por este consentimiento (...) ni de necesidad ahora y para el éxito de la presente pretensión de acreditar la notificación de la resolución a las partes. ».*

En Francia, el rechazo a reconocer el repudio es sostenido por numerosos autores<sup>334</sup>. La *Cour de Cassation*, a partir de un asunto de 1º de junio de 1994<sup>335</sup>, invoca

---

331 BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997. Art. 23.2: « legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes ».

332 AC 2001\1539.

333 JUR 2002/148661

334 Vid., F. MONEGER, « Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français ?, *Journal Droit international*, 1992, p. 347, y las decisiones y la nota de L. GANNAGE, en *Revue Critique de droit international privé*, 2001, p. 704 y 2002. p. 730.

335 Cass. Civ. 1<sup>er</sup> juin 1994, D. 1995, Jur., p. 263, y B. ANCEL & Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2001, n° 64.

el principio de igualdad en el procedimiento previsto en el art. 5 del Protocolo nº 7, de 22 de noviembre de 1984, del Convenio Europeo sobre derechos humanos (1950). Pero en cinco fallos, pronunciados el 17 de febrero de 2004, se rechazaba el reconocimiento por motivos de orden público respecto a esposos marroquíes o argelinos, domiciliados –los dos esposos o la esposa– en el territorio francés. Estas decisiones atienden a un «orden público de proximidad»<sup>336</sup>; es decir, que atiende a los vínculos existentes con el foro.

Pero el debate no está cerrado. El TEDH en el asunto .D.D c. Francia, de 8 de noviembre de 2005, aunque se trata de un asunto de radiación, refuerza la jurisprudencia francesa de 2004 (a la que siguieron otras sentencias en un sentido similar) con respecto al rechazo de repudios procedentes de Argelia y de Marruecos, y por motivos que no es evidente que se diluyan ante el Código de Familia reformado.

Sin embargo, en el supuesto del repudio el problema de la indefensión no trae causa en una maniobra fraudulenta sino en la desigualdad intrínseca entre el marido y la mujer en el acceso al divorcio. Desde esta óptica, no se trata tanto de verificar el respeto a los derechos de la defensa (del vencido en juicio) sino del respeto a la voluntad de la esposa por cuanto la ley ha organizado un modo de disolución del matrimonio basado en la voluntad unilateral del esposo sin ofrecer a la mujer la misma posibilidad. Es la solicitud del exequátur del repudio por parte de la mujer (vencido en juicio) lo que puede hacer superfluo el control de los derechos de la defensa en caso de repudio marital.

En este sentido, la conclusión precisada en el punto C. 2 de la *Résolution de l'Institut de droit International*, adoptada el 25 de agosto de 2005, relativa a las *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*, que precisa al respecto que: «El orden público podrá oponerse al reconocimiento de un repudio unilateral de la mujer por su marido cuando la mujer tenga o haya tenido la nacionalidad del Estado de reconocimiento o de otro Estado que rechaza el repudio o cuando tiene su residencia habitual en uno de esos Estados, a menos que haya consentido o que se haya beneficiado de una protección pecuniaria suficiente»<sup>337</sup>.

---

336 Cour de cassation, civile, nº02-11.618, nº 01-11.549 y nº 02-17.479. <http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/02-15766.htm> Vid., P. COURBE, « Le rejet des répudiations musulmanes », *D.*, 25 marzo 2004, p. 815-823. Respecto a la evolución del derecho francés, P. LAGARDE, « Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial », *Festschrift für H.Jürgen Sonnenberger*, 2004, p. 491, y « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », *Mélanges F. Rigaux*, 1993, p. 272 et 281.

337 Résolution IDI, rapporteur P. LAGARDE. [http://www.idi-iil.org/idiF/navig\\_chron2003.html](http://www.idi-iil.org/idiF/navig_chron2003.html) (adoptada el 25 de agosto de 2005). « 2. L'ordre public pourra être opposé à la reconnaissance d'une répudiation unilatérale de la femme par son mari lorsque la femme a ou a eu la nationalité de l'Etat de reconnaissance ou d'un Etat refusant la répudiation ou lorsqu'elle a sa résidence habituelle dans l'un de ces Etats, à moins qu'elle y ait consenti ou qu'elle ait bénéficié d'une protection pécuniaire suffisante. ».



La solución permite atender a la libertad matrimonial, al consentimiento de la mujer y al control de las consecuencias económicas del repudio, que suelen ser la «manzana de la discordia» en los pleitos matrimoniales.

Cabe notar que, al menos en un primer momento, la mayor parte de solicitudes de exequátur de repudios islámicos con las que se ha enfrentado el Tribunal Supremo español han sido a iniciativa de la mujer, a diferencia de lo que ocurre en otros países, en los que el reconocimiento del repudio suele plantearlo el marido para paralizar una demanda de divorcio o de contribución a las cargas del matrimonio por parte de su mujer. Pero tal proceder obedece a un momento, distinto del actual, en el que la obtención del divorcio en España, a solicitud de uno de los cónyuges, suponía iniciar un procedimiento más lento que el del *exequátur*.

Otro supuesto frecuente de solicitud del repudio ha sido en el caso del tipo *khol* que comporta el acuerdo entre ambos esposos en la ruptura del vínculo (y la compensación a pagar por la esposa). Un ejemplo, anterior a la reforma del Código de familia y al Convenio bilateral, lo ofrece el ATS de 8 de junio de 1999<sup>338</sup>, cuando indica que:

*« ... la conformidad con el orden público español –en sentido internacional– es plena (...) el acto aparece refrendado y sancionado por una autoridad en ejercicio de funciones jurisdiccionales; y en segundo lugar, mediante la resolución de que se trata se origina la destrucción del vínculo matrimonial de forma definitiva e irrevocable y ello porque el divorcio pronunciado es el divorcio o repudio de los llamados «Khole» del Estatuto Personal y de Sucesión del Reino de Marruecos de fecha 10 de septiembre de 1993, que en la legislación marroquí se regula en el Capítulo III del citado Código bajo el título «Del repudio (o divorcio, según otras traducciones) mediante compensación», y que se abre con el art. 61, que reza: « los esposos pueden convenir entre ellos el repudio –o divorcio– mediante compensación», proclamando por su parte, el artículo 67 de la misma norma el carácter irrevocable de este tipo de divorcio o repudio... ”.*

Cabe recordar que el repudio *khol* se ha tenido en cuenta en los supuestos de concesión de visado (reagrupación de la segunda esposa) en las citadas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, de 30 de mayo de 2005<sup>339</sup> y del Tribunal Supremo (contencioso-administrativo), de 25 de enero de 2006<sup>340</sup>.

---

338 1999/4346.

339 JUR 2006\217475.

340 RJ 2006/4338. *La Ley* núm. 6497, 5 de junio de 2006.

## **D) La competencia del juez de origen, fraude a la jurisdicción y litispendencia**

Cuando se trata de un matrimonio de extranjeros instalados en España aparece, a veces, la sombra del fraude en el supuesto del llamado «repudio veraniego o migratorio», que se produce cuando el esposo viaja al país de origen para repudiar a su mujer y solicitar luego el exequátur, o, para paralizar la decisión de divorcio instada por su mujer en España. Se controla esta práctica teniendo en cuenta la litispendencia. El art. 23.4 del Convenio bialeteral hispano-marroquí (1997) prescribe: «Que no se encontrase pendiente ningún proceso entre las mismas partes y por el mismo objeto ante algún órgano jurisdiccional del Estado requerido antes de iniciarse la acción, ante el tribunal que haya dictado la resolución que deba ejecutarse.».

Esta práctica se controla, también, al verificar la competencia del tribunal de origen (o la existencia de vínculos razonables con el país donde se pronuncia el repudio) o la inconciliabilidad de decisiones, condiciones recogidas en el Convenio bilateral hispano-marroquí (1997).

La primera condición de exequátur que exige dicho Convenio es que la autoridad de origen sea *internacionalmente* competente según las normas aplicables en el país en que hubiera sido dictada. El control sigue un sistema unilateral basado en las normas del juez de origen (art. 23.1). El sistema de control unilateral favorece el reconocimiento de las decisiones dejando en manos del legislador el control de la competencia de sus propios tribunales. Cabría deducir, del art. 79 del CF (e igualmente del art. 212 del Código de Procedimiento civil marroquí), si es que se aplica al ámbito internacional, la competencia de los tribunales de Marruecos si la demanda se presenta ante los tribunales del domicilio conyugal o, en su defecto, del domicilio o de la residencia de la esposa o de la conclusión del matrimonio.

Se limitan las posibilidades de acceso a la jurisdicción marroquí cuando el matrimonio reside en el extranjero. Sin embargo, la proyección internacional de la norma de competencia interna no es diáfana. Parece que si no hay domicilio conyugal ni la esposa reside ni se han casado en Marruecos, se ofrece al demandante un foro residual en Marruecos ante los tribunales de familia en Rabat. Y no se trata de un foro de necesidad susceptible de evitar la denegación de justicia, pues la residencia no se encuentra en Marruecos. En nuestra opinión subyace cierto *forum legis* a la previsión por el cual si el asunto entra en el ámbito de aplicación del Código de familia (art. 2) se busca la manera de que los tribunales sean competentes. La separación *forum* y *ius* no es diáfana en un sistema que, al no tener normas de competencia internacional autónomas, cabe entender que extiende las normas de competencia interna. La práctica de los tribunales deberá aclarar esta cuestión.

### **E) Límite del orden público: exequátur parcial y modificación de las medidas adoptadas**

El art. 23.4 del Convenio bilateral hispano marroquí (1997) precisa otra condición de exequátur: «La resolución no contiene disposiciones contrarias al orden público del Estado en que se solicite la ejecución, ni a los principios del derecho internacional que sean aplicables en el mismo».

Al amparo del régimen autónomo (art. 954 LEC 1881), la práctica judicial española (Autos del Tribunal Supremo) que se ha pronunciado sobre el exequátur de los repudios musulmanes ha manifestado inicialmente una percepción mecánica y abstracta del mismo. Pero existen ejemplos de un orden público selectivo, funcional y circunstanciado. El Auto del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1998 nos sirve para ilustrarlo. Este Auto pone en relieve que es imposible rechazar toda eficacia a esta institución importada sin que ello se vuelva en contra de la destinataria del acto:

*«... no puede desconocer esta Sala las particulares circunstancias que concurren en el presente supuesto y que aconsejan resolver sobre la homologación que se demanda con la mira puesta tanto en la observancia de los principios que presiden el reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras cuanto en un elemental principio de justicia material; y así, ha de tomarse en consideración el hecho de que es la esposa quien solicita ahora el exequátur, unido al dato de que ha transcurrido con creces el período de tiempo al que la legislación de origen sujeta el ejercicio de la facultad de revocación por el marido, quien, como consta acreditado en autos, ha contraído, por ende, nuevas nupcias. A la vista de semejantes circunstancias, no es posible elevar la barrera del orden público en sentido internacional (...) Mantener lo contrario significaría elevar el formalismo del principio igualatorio por encima del resultado material que se produce en el caso concreto, convirtiendo en perjuicio lo que debiera actuar en protección de la mujer discriminada, al obligarla a acudir a un juicio de divorcio en España para obtener una definitiva disolución del vínculo matrimonial ya producida en el Estado de origen, cuando a través del exequátur se recibiría la sentencia con ese mismo contenido».*

La solución es pragmática, no se vea para nada en ello un favor a esta institución ni una aceptación a todos sus efectos. Si la mujer no está de acuerdo, existen hijos menores cuyo interés in concreto no es protegido, cabría un reconocimiento parcial (disolución del vínculo matrimonial) abriéndose a la mujer repudiada residente y al marido, y en interés de los hijos, el acceso a nuestros tribunales. Y es que esta institución es un símbolo en el debate político dentro y fuera del mundo musulmán; y, si bien es legítimo ser beligerante con ella –en aras de una reforma o de la función pedagógica del derecho–, se debe cuando se administra justicia no perjudicar a los

destinatarios de las normas discriminatorias en favor de una justicia abstracta, de uno u otro signo, que no atienda a las circunstancias que concurren en el caso<sup>341</sup>.

La situación cada vez más común es que, con independencia del reconocimiento se entra a valorar los efectos. Es el caso de la SAP Castellón 184/2005, de 13 de septiembre de 2005, en la que se precisa:

*«... es contraria al orden público de nuestro Ordenamiento ya que la causa de aquel fue el «repudio de la esposa» tal y como se desprende de la simple lectura de la misma, lo que supone e implica que según el convenio de Cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos firmado en Madrid al 30 de mayo de 1997 ( RCL 1997, 1526) y de acuerdo con lo dispuesto en su art. 23 ...(...) no puede ser reconocida por nuestro derecho (...)Pero el caso que nos ocupa se trata simplemente de adecuar las pensiones establecidas en la sentencia de relaciones paterno filiales en favor de la esposa y de la hija del matrimonio (la cursiva es nuestra), y en este sentido dicha resolución que es perfectamente reconocida y ejecutable en España al concurrir en la misma los requisitos legalmente establecidos en el art. 23 del convenio citado, acontece que habida cuenta de que ambos litigantes tienen residencia en España...». Añadiendo que: “ ... en el presente caso se trata no de modificar una resolución extranjera sino simplemente de adecuar a nuestra sociedad la pensión de alimentos establecida en favor de la hija de 15 dirhams es decir, 7.400 ptas., al mes, y la de la esposa, con mayor razón y fundamento es obvia la competencia de nuestros Tribunales. ».*

En un sentido parecido se pronuncia la AP de la Rioja 286/2003 (sección 1º) el 7 de octubre de 2004<sup>342</sup> en el marco de un exequátur sujeto al Convenio bilateral de 30 de mayo de 1997. Se establece la posibilidad de modificar los efectos de las medidas adoptadas por la sentencia extranjera respecto a los hijos y a los alimentos con independencia de lo previsto en la decisión marroquí. Esta, diríamos, recibe un exequátur parcial. Señala la AP en concreto que:

*«... aun cuando se haya dictado una sentencia de divorcio por el tribunal del Reino de Marruecos, con una orden de fijación de obligaciones dimanantes del divorcio, entre las que se cuenta la fijación de una pensión alimenticia, ello no impide que por el tribunal español se dicte una segunda sentencia modificando este pronunciamiento (la cursiva es nuestra), por otro más*

---

341 Vid., A.QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2000 (jurisprudencia española) y la nuestra nota en *REDI*, 1999, p. 203-217.

342 JUR 2004/286103.

*ajustado a la realidad socio-económica del lugar de residencia de los litigantes y de sus hijos.». Fijándose los alimentos atendiendo a la ley española, lo que permite el Convenio de La Haya de 1973: «... la Ley aplicable al caso es la española, conforme a la cual debe fijarse una pensión alimenticia ajustada a las circunstancias concurrentes en los litigantes y en sus hijos».*

Del mismo modo se manifiesta la AP de Barcelona en su sentencia de 4 de enero de 2006:

*«La parte demandante se alza frente a la sentencia de instancia, que desestima su demanda en solicitud de medidas sobre guarda y custodia y alimentos a favor de una hija menor de edad (...) Lo que ahora se discute no es, no obstante, la determinación de la legislación aplicable, habida cuenta de la existencia de una sentencia de divorcio reconocida por ambas partes, pero cuya ejecución no ha sido instada por ninguna de las partes y este es el fundamento de la denegación de la pretensión actora por el juzgador de instancia que efectúa un detallado y correctísimo análisis jurídico de la normativa aplicable. Efectivamente, tal y como resulta de lo dispuesto en el artículo 25 del Convenio de cooperación jurisdiccional en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos firmado el 30 de Mayo de 1.997, el tribunal de instancia concederá el derecho a la ejecución de la resolución dictada por el tribunal marroquí a solicitud de parte interesada, partiendo tanto de la existencia de un matrimonio celebrado en Marruecos de cuerdo a su legislación y en consecuencia con plena eficacia, no sólo en aquél país, sino por supuesto en España.», Añade que: «incluso en autos recientes, el Tribunal Supremo ha denegado el exequátur de las resoluciones dictadas por los tribunales marroquíes, cuya ejecución puede solicitarse directamente ante el tribunal de instancia (Auto del T.S. de fecha 2 de Marzo de 2.004 o 20 de Abril de 2.004 o 4 de Mayo de 2.004) (...) procede aprobar el pacto suscrito por las partes, como en su día el mismo juzgador de instancia aprobó como medidas provisionales las acordadas por los litigantes ...». E igualmente, la AP de Madrid, en su sentencia de 25 abril 2006<sup>343</sup>. Y, con anterioridad, el Auto de la AP de Madrid de 30 de noviembre de 2005<sup>344</sup>.*

---

343 El texto de ambas decisiones SAP AP de Barcelona, de 4 de enero de 2006 y SAP de Madrid de 25 de abril de 2006 con nota de F. CALVO BABIO, en *Sepin FAM-64*, Marzo de 2007, nº 64, p. 34-39. En general, S. ALVAREZ GONZALEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, p. 227 y siguientes. Asimismo, la nota de Y. DUTREY GUANTES, al Auto de la AP de Madrid, de 30 de noviembre de 2005, AC 2006/49, en la *REDI*, 2006-1, p. 478-481.

344 Auto de la AP de Madrid, de 30 de noviembre de 2005, AC 2006/49, nota y extractos de Y. DUTREY GUANTES, en la *Revista Española de Derecho internacional*, 2006-1, p. 478-481.

## F) Exequátur parcial (vínculo) y adopción de medidas o modificación de las adoptadas

La solicitud de medidas relativas a los alimentos o a la responsabilidad parental y la modificación de medidas dictadas en resoluciones extranjeras, se repite, como vemos, ante nuestros tribunales. La solicitud de modificación de las medidas de guarda y custodia y de alimentos dictadas en Marruecos se plantea al margen del reconocimiento previo de la resolución extranjera sin ni siquiera pretenderse el exequátur de la decisión. La tutela judicial efectiva<sup>345</sup>, la competencia de nuestros tribunales para conocer de tales medidas, y su intrínseca posibilidad de modificación militan a favor de proceder a una adaptación a los ingresos y al nivel de vida en el país de residencia (en la SAP de Madrid de 25 de abril de 2006 los alimentos del menor ascienden a 38 euros mensuales). Cuestión relativa a los alimentos a los que es aplicable la ley española siendo residente el acreedor (en virtud del convenio *erga omnes* de La Haya de 1973).

En nuestra opinión, sería oportuno, en estos casos, un exequátur parcial (relativo a la ruptura del vínculo) y que abriera la vía para solicitar los efectos que no lo obtienen sin que fuera necesario un procedimiento *ex novo* relativo a los alimentos. Más dudas ofrece el solicitar que se fijen los efectos, al margen del exequátur, en un procedimiento destinado sólo a tales efectos<sup>346</sup>. La modificación de las medidas de las sentencias dictadas en el extranjero no es pacífica. F. CALVO BABIO<sup>347</sup>, siguiendo a Y. GUANTES DUTREY (y ésta a M.A. MICHINEL ALVAREZ y L. CARBALLO PIÑEIRO<sup>348</sup>) aboga por el reconocimiento incidental en el procedimiento en el que se solicita la modificación de medidas. Se trataría de un reconocimiento que sólo serviría para el proceso en curso, no otorgaría el efecto de cosa juzgada ni eficacia *erga omnes*, efecto y eficacia, que, por otro lado, no se precisan de una sentencia que inmediatamente se va a modificar.

Lo más oportuno, a nuestro entender, es la solicitud de exequátur parcial (modificación del estado civil o ruptura del vínculo) que dejara la puerta abierta a nuestros tribunales para fijar los efectos que no son reconocidos, en la misma instancia, para ofrecer una justicia efectiva siempre que los tribunales españoles fueren internacionalmente competentes, como apuntamos en anteriores trabajos<sup>349</sup>,

---

345 Al respecto, cabe recordar la STC 61/2000 (Sala 1ª) de 13 de marzo de 2000. Véase el trabajo de L. CARBALLO PIÑERO, «Competencia judicial internacional y modificación de prestaciones de ejecución continuada: más allá de la STC 61/2000», *AEDIPr.*, 2001, p. 463-482.

346 S. ALVAREZ GONZALEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, p. 227 y siguientes. Asimismo, la nota de Y. DUTREY GUANTES, al Auto de la AP de Madrid, de 30 de noviembre de 2005, AC 2006/49, en la *REDI*, 2006-1, p. 478-481

347 F. CALVO BABIO, en *Sepin* familia marzo 2007, nº 64, p. 34-39, donde cita a Y. DUTREY GUANTES, «Divorcio, modificación de medidas», *El Derecho*, Ref. 2006/102720.

348 M.A. MICHINEL ALVAREZ, «La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias», *REDI*, 2002, p. 641-668 y L. CARBALLO PIÑERO, «Competencia judicial internacional y modificación de prestaciones de ejecución continuada: más allá de la STC 61/2000», *AEDIPr.*, 2001, p. 463-482

349 A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Derecho e inmigración...*, op. cit., (conclusiones y propuestas *de lege ferenda*).

por economía procesal y dado el carácter de orden público y urgente de las medidas. Se trataría de excluir el reconocimiento de la parte de la sentencia relativa a los efectos si otorga escasos alimentos por contravenir su resultado al orden público español y teniendo en cuenta el interés del menor. Lo que permitiría adecuar el montante de los alimentos a las necesidades del acreedor de los mismos y a los recursos del deudor (art. 11 del Convenio de La Haya de 1973) en el país donde actualmente residen<sup>350</sup>.

La demanda de reconocimiento incidental de la decisión de divorcio (con exequátur parcial que afectaría a la disolución del vínculo) podría ir acompañada de una solicitud de medidas sobre los menores y pensiones de alimentos que pueden variar en atención de las circunstancias (cambio de país) en que fueron dictadas cuando sobre éstas no proceda el exequátur.

Son estos litigios, los relativos a la revisión o al aumento de la pensión alimenticia de los hijos y de la remuneración de la guarda, los que nutrirán las dificultades de reconocimiento, ya sea en Marruecos como en España, no sólo por existir una heterogénea regulación sino por tratarse de medidas no definitivas que requieren de adaptación al caso y momento concreto en el que son solicitadas. No obstante, tendría que darse en los casos en los que no fuera posible un exequátur total de la sentencia (contrariedad con el orden público), pues no se trata de abrir meramente la puerta a la especulación derivada de la disparidad de legislaciones<sup>351</sup>.

Un ejemplo, en Marruecos, lo ofrece la sentencia n° 38, del Tribunal Supremo de Marruecos, de 28 de enero de 1997: «... considerando que todo lo esgrimido por la demandante es cierto, porque junto con el escrito de la demanda presentó 8 facturas, 5 recetas médicas, 3 recibos, entre los que se encuentra el mencionado n° 42942 que tuvo en cuenta la jurisdicción de primer grado; que el Tribunal de Apelación ignoró el resto de la documentación e incluso la factura n° 9 mencionada por el Tribunal de Primera Instancia y que asciende a 3572,28 Dh; que el primer juez fijó la pensión alimenticia y la remuneración debida por la guarda en 500Dh mensuales; que el segundo juez redujo dicha cantidad a 300Dh alegando que los recursos económicos del demandado eran limitados y sin justificar el porque de dicha conclusión; que de lo señalado se extrae que la mencionada resolución adolece de falta de motivación y queda expuesta a casación.». Se indica en la sentencia que el demandado «tenía la doble condición de comerciante y propietario inmobiliario<sup>352</sup>. Para el reconocimiento mutuo de tales medidas (y su revisión) ha de estarse al caso concreto.

---

350 C. PARRA RODRIGUEZ, «Aspectos prácticos en la aplicación de la normativa internacional de obligaciones alimenticias», *Sepin familia*, núm. 57, julio-agosto 2006, p. 24-26

351 Respecto al fraude en tales solicitudes, M.A. MICHINEL ALVAREZ, «La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias», *REDI*, 2002, p. 641-668.

352 Expediente n° 338/2/2/1997. Véase en la dirección electrónica del Proyecto ADL (jurisprudencia: sentencia n° 38) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>



Un ejemplo en España lo ofrece la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de junio de 2006<sup>353</sup>, a cuyo tenor: «La sentencia que puso fin en forma definitiva al proceso declarativo suscitado en el primer orden jurisdiccional, sobre materia propia de patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas y pensión de alimentos de menores de edad, ha sido objeto de apelación por la parte demandada D.Plácido, que ha aducido en la formalización escrita de su recurso, se estime el régimen de visitas para regular las relaciones de los menores con el progenitor no custodio, expresamente postulado en la fase expositiva de la contestación a la demanda, y; que se reduzca la cuantía de la pensión de alimentos en favor de los menores, hasta la suma de 120 euros mensuales (...) «La determinación de la cuantía de las pensiones de alimentos en favor de los menores, del orden de 100 euros mensuales, para cada uno de ellos, responde a los parámetros del artículo 246 del Código de Familia de Cataluña. Se han tenido en cuenta los gastos de los menores, encuadrados en el concepto amplio de alimentos, y las posibilidades económicas de las partes. Así es de observar que el demandado tiene una actividad laboral de carácter fija, percibiendo una retribución de 649 euros mensuales, y satisfaciendo una renta de alquiler de vivienda del orden de 225 euros mensuales, mientras que la contraparte desarrolla actividad de limpiadora con un salario de 240 euros mensuales, abonando un alquiler de la vivienda que ocupa junto a su madre de 230 euros mensuales. Estas circunstancias determinan la procedencia de mantener la pensión de alimentos de cada uno de los menores, en la suma de 100 euros mensuales, como forma de subvenir sus necesidades vitales mínimas, sin que sea de estimar la reducción postulada por la parte recurrente, pues de aceptarse impediría que los alimentistas tuvieran cubiertos tales mínimos vitales, que tampoco podrían ser atendidos por la madre, ante su precaria situación económica».

Y la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de mayo de 2006<sup>354</sup> que ofrece una interpretación adaptada al derecho español del Código de Familia marroquí. Respecto a la obligación de alimentos considera la Audiencia que: «La Moudawana, o ley de familia del Reino de Marruecos, país de nacionalidad común de ambos litigantes y de sus hijos, establece en sus arts. 54.3 y 198 la obligación de alimentos consecuente con la paternidad, por lo que tal obligación, que pertenece a la esfera del orden público, ha de ser cumplida según los criterios ponderados de las necesidades de los hijos y de las posibilidades de ambos progenitores.» (...) La consecuencia de lo anterior es que se denominó prestación por alquiler de la vivienda a lo que, realmente, constituía una clara porción de la prestación alimenticia que, en consecuencia, debe quedar integrada

---

353 Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 1 de junio de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. JUR 2007\11587.

354 Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 3 de mayo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz. JUR 2006\261212. Nota de A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *AEDIPriv.*, 2006 (en prensa).

en la parte proporcional correspondiente, dentro de la prestación por alimentos para los hijos menores, y que la imposición de la obligación el pago de los atrasos por alquiler, debe quedar excluida de este litigio por su devengo anterior a la interposición de la demanda de separación, sin perjuicio del derecho de la actora de reclamar su concreto importe en el juicio declarativo que corresponda.». En definitiva: «Las consideraciones precedentes determinan que la medida sobre el pago del alquiler deba ser dejada sin efecto tal como viene formulada, pero integrando parcialmente el gasto relativo a la vivienda, en la pensión alimenticia, que ha de concretarse, en conjunto, en 200 euros para cada uno de los hijos, puesto que la madre también obtiene ingresos propios, tiene consolidada su permanencia en España, y está integrada en las actividades laborales.». El resultado que da la Audiencia es ecuaníme y adaptado a los recursos y las circunstancias actuales de la familia.

#### **IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES**

1. El nuevo Código de familia marroquí (2004) fija su ámbito de aplicación en el espacio a través de una norma de conflicto unilateral o de extensión de amplio alcance extraterritorial (art. 2). No escapan a su ámbito de aplicación los matrimonios binacionales o mixtos, cuando uno de los esposos es marroquí, ni sus hijos y su familia, con independencia de su residencia y de su/s otra/s nacionalidad/es. La religión –notablemente, el ser musulmán– es una conexión jurídica, y permite solventar la pluralidad jurídica desde una óptica confesional.

No prevé el código normas especializadas para restringir el alcance extraterritorial de las instituciones más contestadas: el repudio o la poligamia. El espíritu restrictivo de la reforma, respecto del repudio o la poligamia, no alcanza a la escena internacional. Un marido musulmán podría celebrar un segundo matrimonio o repudiar a su esposa extranjera, en Marruecos, aunque no resida en el país. Atendiendo al contenido del código y al espíritu de reforma, el legislador podría dotar a su sistema de derecho internacional privado de una norma de conflicto orientada que exigiera un cúmulo de leyes (la ley nacional de cada uno de los esposos y la ley de su última residencia habitual común) para autorizar la poligamia o el repudio en supuestos internacionales. La previsión sería acorde con la reforma y facilitaría el reconocimiento recíproco de normas y decisiones. La voluntad expansiva del legislador en la aplicación del nuevo texto tiene por objetivo el proyectar los aspectos reformistas o innovadores del código más que el alentar los privilegios maritales del repudio y de la poligamia. Por la vía de la reforma del sistema de derecho internacional privado sería posible limitar estas instituciones más polémicas tanto fuera como dentro del mundo musulmán.

Con todo, pese a la vocación extensiva del código, sus disposiciones no siempre se verán reclamadas fuera de Marruecos. Esto es así, porque en los derechos

secularizados las normas de conflicto son la puerta de entrada del derecho estatal extranjero; y, por ende, a las normas religiosas que lo impregnan. Baste un ejemplo: el ser marroquí o musulmán no entraña en España la aplicación del «estatuto personal y familiar» vigente en Marruecos ni del derecho coránico. La disolución de un matrimonio entre un marroquí y una argelina residentes en el territorio no se regula por el derecho musulmán de inspiración común. La ley aplicable a la disolución del matrimonio, a falta de nacionalidad común, es la ley (española) de la residencia, sean o no sean originarios de un país musulmán uno o, incluso, los dos esposos.

En definitiva, el cauce de entrada del nuevo Código de familia marroquí (2004) son las normas de Derecho internacional privado español que atienden a conexiones jurídicas (nacionalidad, residencia u otras) y no a pautas religiosas.

2. El nuevo Código de la Familia marroquí (2004) ofrece en su conjunto un resultado complejo y ambiguo, que es fruto de un difícil consenso. El texto casa el repudio y otros modos tradicionales de disolución del matrimonio (arts. 98 a 113) con otras modalidades innovadoras (arts. 94 a 97, 99 y 114), que amplían las causas de disolución del matrimonio a petición de la mujer o de ambos esposos. La persistencia de la desigualdad estructural existente entre los esposos en la disolución del matrimonio (repudio) será un freno a la aplicación de las normas o al reconocimiento de las decisiones dictadas a su amparo (STEDH, 8 noviembre de 2005, D.D. c. *France*) hasta que la práctica no consolide un cambio de rumbo acorde con el espíritu reformador.

Quizás la situación, hoy, en Marruecos, guarde cierto paralelismo con el proceso legislativo que vivió nuestro país, en la etapa de transición, en los años ochenta, cuando re-introdujo el divorcio en nuestro derecho de familia. Es sabido que la ley de divorcio de 1981 se vio obstaculizada por las tensiones existentes en el partido gobernante, por una influyente Conferencia Episcopal; y, por unas circunstancias de transición harto difíciles, con golpe de Estado incluido en la fase de tramitación al Senado de la ley. Baste asomarse a una hemeroteca para recordar las dificultades del entonces Ministro de Justicia, F. Fernández-Ordóñez, para sacar adelante una ley que, junto a otras reformas, tenía por objetivo el normalizar y modernizar el país.

También la Ley 30/1981, de 7 de julio, conocida como ley del divorcio, –aunque útil; y, contra pronóstico, longeva–, fue fruto del consenso en nuestro país. El texto ofrecía un resultado complejo, al intentar casar causas o modalidades distintas de disolución del matrimonio, pero hoy, bien puede decirse que el divorcio por mutuo acuerdo (sin culpables), por aquel entonces polémico, o el divorcio por cese de la convivencia nos parecen ya tan de cajón que quisiéramos incluso verlos reflejado en los textos de otros países, aunque llegar a ello nos costara lo nuestro.

En definitiva, la clave de la reforma en Marruecos reside en el uso que del texto hagan, en la práctica, los particulares y los tribunales –a los que se confiere un gran poder moderador– según se acojan o apliquen unas u otras disposiciones.

Pero es pronto aún para hacer un balance. Los pocos datos existentes muestran diferencias entre las regiones de Marruecos y las distintas zonas (urbana y rural).

3. La sociedad contemporánea reclama cada vez más al juez soluciones ad hoc, creadoras, que le llevan a asumir responsabilidades en la protección efectiva y no abstracta de los derechos fundamentales. Nuestro derecho reposa en los principios de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica, pero tales parámetros no deben entenderse como un freno a la adaptación y a la necesaria búsqueda de la justicia en el resultado. La solución a la mayor parte de las cuestiones que nos han ocupado, requiere evitar un juicio abstracto y apriorístico sobre el derecho extranjero; no atar corto al juez, y dejar en sus manos una aplicación lúcida del correctivo del orden público internacional. Entendido, no sin cierta dosis de pragmatismo, como un *mecanismo de adaptación* del derecho extranjero circunstanciado, no perezoso, atento a la posible contrariedad en el caso concreto. En otras palabras, poniendo el límite del orden público internacional al servicio de los destinatarios de las normas y la protección de los derechos individuales más que al respeto en abstracto de los ordenamiento jurídicos.

La dificultad (y el mérito) de la excepción del orden público internacional radica en saber si el esfuerzo hermenéutico del juez no resulta excesivo (juez Hércules de *Dworkin*), puesto que no se trata de juzgar al legislador o al derecho extranjero en abstracto (en tal caso, sería siempre o nunca contrario al orden público) sino de decidir, en el caso concreto, si la decisión o el derecho extranjero puede aplicarse o surtir determinados efectos en el foro.

El carácter flexible y excepcional del correctivo del orden público internacional es puesto, hoy, en entredicho por la variedad de respuestas que provoca y por el reclamo de una aplicación imperativa de los derechos fundamentales. Frente a la incertidumbre que genera la cláusula de orden público general, se ha propuesto que sea el propio legislador, mediante cláusulas especiales, el que prescriba una solución legislativa que garantice un resultado acorde con los principios del foro. Es decir que permita: por una parte, la aplicación de la *lex fori*, cuando el derecho extranjero discrimina a la esposa en el acceso al divorcio (art. 107 del C. Civil español); y, por otra, que permita rechazar el reconocimiento de decisiones basadas en una modalidad discriminatoria de divorcio, como es el caso del repudio marital, salvo que fuera la esposa repudiada quien invocara su eficacia.

En este sentido, siguiendo la conclusión precisada en el punto C. 2 de la *Résolution de l'Institut de droit International*, adoptada el 25 de agosto de 2005, relativa a las *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*, en materia de divorcio: «El orden público podrá oponerse al reconocimiento de un repudio unilateral de la mujer por su marido cuando la mujer tenga o haya tenido la nacionalidad del Estado de reconocimiento o de otro Estado que rechaza el repudio o cuando tiene su residencia habitual en uno de esos Estados, a menos que haya consentido o que se haya beneficiado de una protección pecuniaria suficiente». La redacción sugiere, empero, que el

legislador ha de tener en cuenta varios parámetros para poder cubrir mediante cláusulas especiales de orden público la variedad de respuestas que han de dar los tribunales en la práctica, lo que no siempre es plausible.

4. El repudio marital es siempre, en España, una institución importada del extranjero. No es posible pronunciar un repudio eficaz en el territorio, sea cual sea la autoridad, ni obtenerlo de nuestros tribunales aunque sea bajo control judicial, aunque sea aplicable el derecho extranjero según la norma de conflicto, por ser contrario al orden público internacional español. Pero si es posible, bajo ciertas condiciones y límites, reconocer la modificación que en el estado civil (libertad matrimonial) provoca el divorcio por repudio obtenido en el extranjero.

El reconocimiento de la ruptura del vínculo matrimonial puede facilitar a la esposa la libertad matrimonial. Y, también, servir de base a la ex esposa y a los hijos el acceso a los tribunales españoles para determinar los otros efectos de la ruptura (los derechos económicos o los relativos a la guarda) cuando no se han establecido o cuando los establecidos sean contrarios al orden público (no susceptibles de exequátur). En otras palabras, cabe un exequátur parcial.

Es posible y conveniente, para evitar la duplicidad de pleitos, que, en la instancia en que se solicitan medidas relativas a los alimentos y a la guarda de los hijos, se reconozca incidentalmente la cuestión del estado civil (exequátur del repudio con respecto al efecto directo de la ruptura del vínculo) como base para determinar o adaptar los otros efectos a las circunstancias y al país en el que se vive (pues generalmente el interés y el acceso a los tribunales españoles estará condicionado por la residencia).

El divorcio, tras la reforma española de 2005, se ha independizado de la separación, se ha aligerado y ha dejado de ser causal. No cabe pronunciar un repudio marital en nuestro país, pero si es posible reconocer la ruptura del vínculo de un repudio obtenido en Marruecos.

Cabe un reconocimiento parcial (estado civil), incluso a *demanda del marido*, cuando el matrimonio es *de facto* inexistente y no cabe apreciar un fraude a la jurisdicción. No ha de verse en tal solución un favor a la institución del repudio marital ni una aceptación a todos sus efectos. El repudio es un símbolo en el debate político fuera y *dentro* del mundo musulmán; la tradición religiosa islámica le es desfavorable, y su supresión coadyuvaría a facilitar la cooperación judicial civil en el ámbito que nos ocupa. Pero, si bien es legítimo ser beligerante con esta modalidad discriminatoria –espolear su abolición en aras de una función pedagógica del derecho–, cabe, cuando se administra justicia, no perjudicar a los que fueron destinatarios de las normas del país en el que residían, exigiéndoles una duplicidad innecesaria de litigios si el repudio se ha obtenido antes de entrar en el territorio.

5. Una vez entrado en el territorio. Un divorcio no causal, como el que permite, hoy, la ley española puede pronunciarse en España sin temer un rechazo a su reconocimiento en Marruecos cuando el solicitante es el marido.

Sin embargo, un divorcio no causal a solicitud de la mujer, conforme a la ley española, difícilmente será reconocido en Marruecos. Es por tanto recomendable, si se quiere obtener una decisión eficaz en ambos países, que los tribunales españoles atiendan a las causas de divorcio del derecho marroquí o motiven su decisión buscando cierta equivalencia en el resultado, pues, aunque no existe un control de la ley aplicable (en base al Convenio bilateral de 1997) ni cabe una revisión de fondo en el ámbito del exequátur, habrá que evitar que la decisión española se vea obstaculizada con el límite del orden público internacional marroquí (art. 128 del CF y art. 23 del Convenio bilateral de 1997).

El juez español cuando conoce de un divorcio de nacionales de Marruecos debe ser consciente de que la discriminación existente entre sexos se proyecta al ámbito del reconocimiento de decisiones. Si los tribunales españoles o los esposos quieren que su decisión sea eficaz en Marruecos han de tener en cuenta que el reconocimiento del divorcio, obtenido en España, va a estar desigualmente garantizado según que la crisis matrimonial sea de mutuo acuerdo o a solicitud del marido o que el divorcio lo haya solicitado la esposa. En éste último caso, es aconsejable aplicar (si posible) el derecho marroquí o, cuando menos, de tomar la precaución de motivar la decisión de forma compatible con las causas de divorcio previstas en el nuevo Código de Familia (art. 128 CF).

La sentencia del juez español que acuerda el divorcio no causal a solicitud del marido, conforme a la ley española, no suscitará problemas de orden público en Marruecos. Cabe deducirlo del hecho de que se admita el repudio marital (unilateral y no causal). El problema puede suscitarse cuando el divorcio no causal lo haya obtenido la mujer. Es, por tanto, aconsejable, en tales casos, hacer un uso mesurado de la posibilidad de aplicar el derecho español, descartando el derecho marroquí de la nacionalidad común de los esposos, para garantizar el que la sentencia sea reconocida en Marruecos. Cierto es que la mujer tiene la posibilidad de acceder a un divorcio no causal en España conforme a la ley española (al igual que el marido), pero, también, lo es que puede pesar sobre la decisión del juez español un posible carácter claudicante (en Marruecos).

Por todo lo anterior, o teniéndolo en cuenta, recomendamos que, con carácter preventivo, el juez español se cuide de motivar su decisión buscando cierta equivalencia con las causas por las que la mujer puede solicitar el divorcio según el Código de Familia marroquí o con la causa general de la «discordia». En definitiva, para que el divorcio pronunciado en España, a solicitud de la mujer, sea eficaz en Marruecos, cabe tomar la precaución de aplicar el derecho marroquí (si reclamado por la norma de conflicto) invocando una de las causas tasadas previstas (si es el caso) o acudiendo a la causa general de la discordia.

O, cuando menos, si es la ley española la que se aplica, cabe motivar la decisión aludiendo a una discordia que haga imposible la continuidad del matrimonio. En el bien entendido de que no hay control conflictual (que exija la aplicación de la ley marroquí) ni una revisión de fondo en el ámbito del exequátur. Se trata,



repetimos, de evitar que la decisión española vea mermada su eficacia al ser rechazada a su paso por Marruecos con el límite del público internacional (art. 128 del CF).

6. El divorcio ha dejado de ser causal en nuestro sistema. La disolubilidad del matrimonio va siendo admitida de modo amplio (libre desarrollo de la personalidad) sin discriminación entre los esposos. Son las cuestiones relativas a los hijos o las repercusiones económicas las que centran y van a centrar los litigios en el futuro.

El Código de Familia (2004) no permite afirmar que haya un cambio sustantivo en este punto. En principio, la indemnización por abuso de derecho del marido, en caso de repudio, se denomina «don de consolación». Como dice su nombre, puede no ser más que un «consuelo» alejado de una indemnización global o de una pensión periódica que permita los mínimos alimentos a la ex esposa dedicada al hogar. Se une a lo anterior, el que no existe el concepto de régimen matrimonial en el derecho islámico sino una absoluta separación de bienes entre los esposos, de manera que quedan en manos de su propietario tras la ruptura. La dote pertenece a la esposa repudiada o divorciada, según la culpa del marido en la ruptura, pero la reforma ha reforzado su carácter simbólico no siendo, hoy, un freno (pago) al repudio.

Con todo, la indemnización (el «don de consolación») queda a la discrecionalidad del tribunal –sin baremos, aunque siguiendo algunos parámetros legislativos que establece el Código (duración del matrimonio, recursos etc.)–, lo que hace difícil especular sobre las cantidades y los problemas de orden público internacional con carácter general. Ha de estarse, en cada caso, a lo que diga la decisión extranjera y a los medios económicos de los esposos. Si la indemnización es inexistente o irrisoria y la esposa queda sin recursos (a cargo público) no se verá reconocida en nuestro país si el marido tiene recursos. La práctica indica que, a menudo, deben adaptarse las medidas económicas al país de residencia, debido a la nueva situación inmigratoria; a las diferencias de nivel de vida, y a la posible ocultación de bienes o salarios por parte del cónyuge acreedor cuando obtiene la decisión en otro país.

Una dificultad añadida es la relación existente entre la causa del divorcio (divorcio culpable) y la indemnización a percibir. En el supuesto del repudio y del divorcio causal a solicitud de la mujer ésta recibe una pensión e indemnización, pues el marido le impone el divorcio o es la causa del mismo. Sin embargo, en el divorcio por *chitaaq* (al menos no en todos los casos), por mutuo consentimiento y *khol*, puede ser el marido el indemnizado en función de la culpa de la esposa. Existen, también, discrepancias en este punto.

7. Los derechos de los hijos se encuentran más protegidos con la reforma de 2004 tanto respecto a la vivienda como a los alimentos. Por esta vía, de manera indirecta, incluso la madre guardiana puede quedar protegida y no ser expulsada de la vivienda familiar. Sin embargo, la capacidad contributiva de cada padre



es la que debe determinar el cálculo de las pensiones a los hijos cuando ambos tengan ingresos propios, al igual que compete, en principio, a ambos padres la potestad parental. También en este ámbito existen discrepancias.

Ninguna de las causas por las que puede privarse del cuidado del menor a la madre (matrimonio, educación del hijo en otra fe que la musulmana del padre, fijación de la residencia en el extranjero) será tomada en cuenta por los tribunales españoles cuando decidan sobre la custodia del hijo o respecto al reconocimiento de tales medidas, siendo usual la intervención del orden público internacional a uno y otro lado. Pero en algunos casos la atribución de la guarda podrá coincidir con el interés del hijo en el caso concreto. Por ejemplo, si se considera que el interés del menor consiste en continuar en el país (y la religión) en el que venía viviendo y se venía educando a fin de no modificar su situación, y éste país es Marruecos.

Las disposiciones y las decisiones relativas a la tutela y a la guarda, en la medida en que atribuyen automáticamente una u otra en función del sexo del progenitor, podrán ser contrarias al orden público en la medida en que no respeten, en el caso concreto, el interés superior del menor. Interés superior que como concepto jurídico indeterminado se ha de precisar atendiendo a la idea general, presente en los convenios internacionales de protección del menor, de mantener en lo posible su situación anterior a la crisis matrimonial (religión, residencia etc.). Siendo Marruecos –y bien pronto– España– parte en el Convenio de La Haya de 1996 de protección de menores será oportuno acudir a sus soluciones. Estas podrán superar las previstas en el infratutilizado convenio bilateral sobre custodia y devolución de menores (1997). El Convenio multilateral de la Haya aportará soluciones objetivas basadas en la residencia y el mantenimiento del *status quo ante* del menor en caso de desplazamiento. La mediación (que está entre las funciones de la autoridad central) podrá coadyuvar, también, a solucionar los supuestos difíciles intentando evitar el desplazamiento internacional ilícito de menores, al facilitar el derecho del menor a mantener lazos con ambos progenitores.

## V. ANEXOS

Las referencias doctrinales o las decisiones de los tribunales que podrían figurar en estos anexos son ya legión, y pueden encontrarse en los trabajos que nos han precedido o que se citan a pie de página. En estos anexos sólo incluimos los materiales doctrinales menos conocidos, por recientes, y que tienen en cuenta el nuevo Código de Familia marroquí (2004).

### 1. SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

- AA.VV., - *Colloque sur la Moudouana. Les actes*, Université Mohamed V- Soussi, noviembre de 2003.

- AA.VV., (Malika Benradi, Houria Alami M'chichi, Abdellah Ounnir, Mohamed Mouaqit, Fatima Zohra Boukaïssi et Rabha), *Code de la famille: perceptions et la pratique judiciaire*, Rabat, Fundación Friedrich Ebert, 2007.
- ADVOCATS JOVES-COMISSIÓ DONES ADVOCADES DE L'I-LUSTRE COL·LEGI D'ADVOCATS DE BARCELONA, *La Mudawana. El nou Codi de Família marroquí (2004)*, trad. Árabe- catalán (traducción Angel Mestres y adaptación jurídica y nota introductoria: Ana Quiñones Escámez, Editorial Mediterránea, Barcelona, 2005.
- BERJAOUI (K.) y TAGMANT (M.), «L'impact des dispositions du nouveau Code de la Famille sur la communauté marocaine en Espagne», 2007 (inérito).
- CARLIER (J-Y) y FOBLETS (M<sup>a</sup>Cl.), *Le Code marocain*, Bruylant, 2005.
- DIAGO DIAGO (M<sup>a</sup> P.), «La nueva Mudawana marroquí y el derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho internacional*, 2004-2, p. 1078.
- ESTEBAN DE LA ROSA (G.), OUALD (K.) y SAGHIR (T.), Reconocimiento en Marruecos de las decisiones españolas de divorcio? Sentencia del JPI de Nules de 30 de diciembre de 2005, [http://www.refdugr.com/4166/libro/comentarios\\_jurisprudencia/jurisprudencia\\_001.pdf](http://www.refdugr.com/4166/libro/comentarios_jurisprudencia/jurisprudencia_001.pdf)
- FOBLETS (M<sup>a</sup> Cl.) y LOULIKI (M), «Marriage et divorce dans le nouveau code amrocaïn de la familia: quelles implications pour les marocains en Europe?», *Revue Critique droit int. privé*, 2006-3, p. 521.
- FULCHIRON (H.) « Ne répudiez point... », *Revue International de droit comparé*, 2006-1, p. 37.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Résolution 25.8.2005, « Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille » (véase P. Lagarde). ,
- LAGARDE (P.), « Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial », *Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger*, 2004, p. 481.
- Idem, Résolution IDI de 25 agosto 2005, « Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille » (rapport P. Lagarde).
- LAROCHE-GISSEROT (F), «Le nouveau Code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?», *Revue de droit international et de droit comparé*, 2005, p. 335.
- LIGUE DEMOCRATIQUE POUR LES DROITS DES FEMMES, Rapport Annuel sut l'application du code de la famille, 2005 y Rapport sur l'application du Code de la famille deux ans après son entrée en vigueur, 2006.
- MEZGHANI (A.), «Quelle tolérance pour les répudiations ?», *Revue International de droit comparé*, 2006-1, p. 70.
- MINISTERIO DE JUSTICIA EN MARRUECOS, *Guide pratique du Code de la Famille*, 2006, n° 1.

- QUIÑONES ESCAMEZ (A), «La reception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004-3, p.877.
- Idem, «Aplicación del nuevo Código de familia marroquí (2004) a supuestos de disolución del matrimonio» (nota conjunta a cinco decisiones de las AAPP), *AEDIPriv.*, 2006.
- RODRIGUEZ BENOT (A) y YBARRA BORES (A), «Familia, inmigración y multiculturalidad: la experiencia europea», en N. GONZALEZ MARTIN (coord.), *Familia, inmigración y multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada*, Porrúa / UNAM, México, 2006, p. 83.
- ROSANDER ( E.E.), *Getting a Divorce in Spain: Gender, Migration and Legal Pluralism*, Uppsala University, 2007, en [http://www.ku.dk/satsning/Religion/sekularism\\_and\\_beyond/pdf/Rosander\\_Paper.pdf](http://www.ku.dk/satsning/Religion/sekularism_and_beyond/pdf/Rosander_Paper.pdf)
- SAREHANE (F), «Le nouveau Code marocain de la famille», *Gaz. Pal.*, 3-4 sept. 2004, p. 2.
- Ídem, « La répudiation, quelques obstacles pour les marocains résidants en France? *Revue Internationale de droit comparé*, 2006-1, p. 47.
- VARGAS GOMEZ-URRUTIA (M), *La reagrupación familiar de los extranjeros en España: normas de extranjería y problemas de Derecho aplicable*, Aranzadi, Navarra, 2006

## 2. SELECCIÓN DE DECISIONES

### A) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1. TEDH, Asunto D.D. c. FRANCIA, 8 de noviembre de 2005 (definitivo 08/02/2006)

### B) España

1. Tribunal Supremo español, Sala III de lo Contencioso-Administrativo, Sección.5, Sentencia de 25 de enero de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde, JUR 2006\4338.
2. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, Sentencia de 17 de noviembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.. JUR 2006\66471.
3. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), Sentencia de 20 de enero de 2006 Ponente: Ilma. Sra. Doña Carmen Neira Vázquez. REC: 710/2005
4. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 28 de marzo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. JUR 2006\231410.
5. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 25 de abril de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. JUR 2007\261987.

6. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), Sentencia de 25 de abril de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández. REC:191/2006
7. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 3 de mayo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz. JUR 2006\261212.
8. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 1 de junio de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. JUR 2007\11587.
9. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), Sentencia de 8 de junio de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz. JUR 2007\19193.
10. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), Sentencia de 24 de octubre de 2006, Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Alavedra Farrando, JUR 639/2006, rec.26/2006.

### **C) Marruecos**

- Tribunal Supremo

Se encuentran en la web del Proyecto ADL:

(<http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>):

1. Sentencia nº 41: Privación de la guarda por mala conducta de la madre - corresponde su apreciación a los jueces del fondo del asunto.
2. Sentencia nº 988: Delito de tráfico de estupefacientes - condena al marido por dicho delito - divorcio por perjuicio ocasionado.
3. Sentencia nº 1211: Solicitud de divorcio por hallarse el marido afectado por uno de los vicios previstos en el artículo 54 del Código del Estatuto Personal
4. Sentencia nº 38: Reducción de la pensión alimenticia - motivación.
5. Sentencia nº 979: Divorcio por ausencia - prueba de la ausencia y del perjuicio causado.
6. Sentencia nº 51: Divorcio por ausencia - la presencia del marido es indispensable poner fin a la consideración de ausente.
7. Sentencia nº 244: Divorcio por consentimiento mutuo - decisión judicial dictada por un tribunal extranjero- Exequatur.
8. Sentencia nº 421: Divorcio por perjuicio - obligación de respetar las disposiciones del artículo 30 del Código del Estatuto Personal (C.E.P.) en caso de nuevo matrimonio.
9. Sentencia nº 530: Divorcio por sevicias.
10. Sentencia nº 895: Divorcio por vicio o defecto redhibitorio - la tentativa de conciliación no es obligatoria.
11. Sentencia nº 380: Guarda y custodia, silencio durante un año de la persona beneficiaria de dicho derecho.
12. Sentencia nº 247: Guarda y custodia de un menor - matrimonio de la mujer que ejerce dicha potestad - condiciones.

13. Sentencia n° 63: Guarda y custodia del menor - requisitos.
14. Sentencia n° 1252: Alejamiento de la persona que ejerce la guarda o del tutor - no cabe la privación de la guarda y custodia si es posible velar por el menor.
- 15 Sentencia n° 1208: Guarda y custodia: el menor no puede vivir junto a la persona privada de dicho derecho.
- 16 Sentencia n° 406: Renuncia a la potestad de guarda - condiciones.
- 17 Sentencia n° 369: Privación de la guarda y custodia - no cabe la aplicación del artículo 102 del Código del Estatuto Personal (C.E.P.)
- 18 Sentencia n° 702: Guarda y custodia - no cabe la aplicación del artículo 99 del Código del Estatuto Personal (C.E.P)
- 19 Sentencia n° 56: Marido condenado a prisión por falsedad - perjuicio que genera derecho al divorcio.
- 20 Sentencia n° 61: Repudio mediante compensación (jula) - desistimiento por parte de la madre a su derecho de remuneración y a la pensión de sus hijos - edad necesaria para la opción de residencia - obligación de la pensión y de la guarda y custodia.
- 21 Sentencia n° 394: Repudio mediante compensación (jula) - compromiso de la mujer a hacerse cargo de la pensión alimenticia - insolvencia de la madre - pensión alimenticia a cargo del padre.
- 22 Sentencia n° 775: Divorcio por esterilidad - distinción entre esterilidad natural y la provocada por el marido con el objeto de causar un perjuicio a su esposa.
- 23 Sentencia n° 1245: Guarda y custodia-permanencia de la repudiada en el domicilio conyugal como titular de la guarda de los hijos (sí)-posee título y derecho para ocupar la vivienda.
- 24 Sentencia n° 1158: Potestad de guarda - Convenio Franco-Marroquí de 10 de agosto de 1981 - aplicación del artículo 25.

- Tribunales de primera instancia y apelación

Cabe completar la información sobre las decisiones del Tribunal Supremo de Marruecos—que no aplican pero coadyuvan a la gestación e interpretación del nuevo texto—, con las que figuran en el citado informe, «Code de la famille: perceptions et la pratique judiciaire» (Malika Benradi, Houria Alami M'chichi, Abdellah Ounnir, Mohamed Mouaqit, Fatima Zohra Boukaïssi et Rabha). En particular, el Capítulo V «Analyse de la jurisprudence» (Rabha Zeiguy), pues contiene referencias inéditas a la práctica del nuevo texto en los tribunales de primera instancia y de apelación en Marruecos (notablemente Rabat). El documento ha sido publicado por la Fundación Friedrich Ebert, 2007 y difundido recientemente por internet. No teniendo nosotros acceso a las sentencias que cita dicho informe ni pudiendo traducir en lengua árabe para contrastar las opiniones, consideramos oportuno que el lector lea, de primera mano, lo indicado por los autores del informe.



**PARTE SEGUNDA.**

**MATRIMONIO Y DIVORCIO EN MARRUECOS**





**CAPÍTULO III.  
EL RECONOCIMIENTO DE LOS MATRIMONIOS  
Y LOS DIVORCIOS DE LOS MARROQUÍES  
RESIDENTES EN ESPAÑA Y EN MARRUECOS**

**Profesor Khalid BERJAQUI, Jefe del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho Rabat-Souissi**  
**Profesor Mohammed TAGMANT, Jefe del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho Salé**

## **ABREVIATURAS**

CLUNET: Journal de Droit International

C.P.C.: Código de Procedimiento Civil

C.S.P.: Código de Familia Marroquí

D.C.C.: Dahír sobre la condición civil de los extranjeros

D.I.P.: Derecho Internacional Privado

R.C.A.D.I: Selección de Cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya

R.C.D.I.P: Revue Critique de Droit International Privé

REMALD: Revista marroquí de administración local y de desarrollo

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional privado regula las relaciones internacionales privadas, es decir, aquellas relaciones en las que se da un elemento de extranjería.

Según este derecho, se considera internacional toda aquella relación jurídica relacionada con varios ordenamientos jurídicos nacionales<sup>355</sup>.

Las normas sobre conflictos de leyes atribuyen la competencia al ordenamiento jurídico más próximo, respetando en todo momento las consideraciones de igualdad, el respeto a los derechos humanos así como los intereses de los Estados.

Las normas sobre conflictos de jurisdicciones determinan el tribunal competente para resolver un conflicto que contiene un elemento de extranjería.

La aplicación de una resolución dictada por la jurisdicción de un Estado sobre el territorio de otro queda sometida al procedimiento de «exequátur».

En la primera parte abordaremos las condiciones del exequátur de las resoluciones españolas en Marruecos y en la segunda parte trataremos el impacto de las disposiciones del nuevo Código de Familia sobre la comunidad marroquí residente en España<sup>356</sup> haciendo especial hincapié en el reconocimiento del matrimonio y el divorcio en Marruecos.

## II. LAS CONDICIONES DE EXEQUÁTUR DE LAS RESOLUCIONES ESPAÑOLAS EN MARRUECOS

El legislador marroquí reguló esta materia en el Código de Procedimiento Civil de 1974, concretamente en los artículos 430 y 431<sup>357</sup>.

Se observa que el legislador marroquí no dio importancia al exequátur de las resoluciones marroquíes en el extranjero, ya que de ello se encargaría la ley extranjera del país interesado en salvaguardar los efectos de tal resolución en su territorio.

El legislador marroquí estableció ciertas condiciones esenciales para dotar de fuerza ejecutiva a las resoluciones dictadas en el extranjero (en España), a saber,

---

355 BERJAOUI KHALID : *Le Droit International Privé en matière de statut personnel*, Dar Al Qalam, 2001 p. 5 et s, BELMIR SAADIA: *Le statut personnel des étrangers en droit marocain, les relations familiales*, Publications Asociación de desarrollo de las investigaciones y estudios judiciales, Imprenta L'océan Rabat 198, y también *Las relaciones familiares en el derecho internacional privado marroquí*, Publicación Asociación de desarrollo de las investigaciones y estudios judiciales, 1988.

356 EL GEDDAWY A.KESSMAT: *Relation entre système confessionnel et laïc en droit international privé*, Librería Dalloz 1971

357 El artículo 430 del Código de Procedimiento Civil dedicado por el legislador a las resoluciones dictadas en el extranjero establece que: « las decisiones de justicia dictadas por las jurisdicciones extranjeras sólo serán ejecutables en Marruecos una vez dictado el exequátur por el tribunal de primera instancia del domicilio o de la residencia del demandado, o en su defecto, del lugar de ejecución de la misma, el tribunal competente deberá comprobar la validez del acto y la competencia de la jurisdicción extranjera que lo dictó. Asimismo comprobará que ninguna cláusula de tal resolución perjudique el orden público marroquí. »

que la jurisdicción que dictó dicha resolución garantizó los mismos derechos de defensa a las dos partes de la acción y que la resolución no perjudica al ordenamiento jurídico marroquí.

Asimismo, el artículo 418 del Código de Obligaciones y Contratos regula algunos de los efectos de las resoluciones dictadas en el extranjero. En este sentido, las considera como actos auténticos, es decir que antes de poder ser ejecutados en Marruecos tienen valor probatorio con respecto a su contenido.

Además, el artículo 19 del DCC somete la ejecución de las resoluciones extranjeras sin revisión del fondo a dos condiciones: que el Estado renuncie al privilegio judicial y la reciprocidad.

Si bien desde la independencia de Marruecos ya no se habla del privilegio judicial, se plantea la duda de saber si Marruecos sigue teniendo en cuenta el principio de reciprocidad.

Por otra parte, el artículo 290<sup>358</sup> del antiguo Código de Procedimiento Civil regulaba la revisión mientras que el artículo 430 del nuevo Código no prevé nada en este sentido, por lo que cabe preguntarse si el legislador marroquí ya no toma en consideración esta condición.

Con el fin de responder a esta cuestión y a todas aquellas que se derivan de la misma, hay que tener en cuenta el artículo 430 del nuevo Código de Procedimiento Civil de 1974 sin olvidar la doctrina y la jurisprudencia sobre esta materia.

La lectura de estas condiciones demuestra que en algunos sectores se plantea un debate doctrinal y jurisprudencial (1), mientras que en otros existe unanimidad (2).

En el tercer apartado (3) analizaremos la autoridad de las resoluciones españolas entre el procedimiento de ejecución y los efectos independientes del exequátur.

## **1. LAS CONDICIONES OBJETO DE DEBATE**

### **A) Primera condición: la reciprocidad**

El principio de reciprocidad ha abierto por una parte un debate doctrinal y jurisprudencial y por otra, un debate entre los sistemas jurídicos comparados.

Una parte considera que este principio permite encontrar un equilibrio para ejecutar las resoluciones extranjeras en Marruecos y viceversa mientras que otra parte considera que tal equilibrio no es más que una apariencia ya que algunos de los elementos previstos son difíciles de realizar e incluso incompatibles con el exequátur de resoluciones extranjeras.

---

358 El artículo 290 somete las resoluciones al exequátur sin prever ninguna otra condición como la competencia de la jurisdicción que dictó la resolución, o el respeto de los derechos de defensa ante el tribunal, la reciprocidad o la no contradicción con el orden público marroquí, lo que convierte este artículo en ambiguo, mientras que el artículo 19 del DCC prevé todas estas condiciones.

En este sentido el análisis de los principales sistemas jurídicos demuestra que este principio no se encuentra entre las condiciones del exequátur o del reconocimiento de las resoluciones dictadas en el extranjero, con excepción de la legislación alemana que sí la toma en consideración<sup>359</sup>.

En cuanto a la ley marroquí el artículo 19 del DCC establece que:

*« las resoluciones dictadas en el extranjero por los tribunales de los estados que hubieran renunciado al privilegio de la jurisdicción durante el protectorado francés en Marruecos serán declaradas ejecutables sin revisión del fondo con la única condición de la reciprocidad ».*

Según este artículo, el legislador marroquí estableció dos condiciones esenciales : el privilegio judicial y la reciprocidad.

Sin embargo, esta regla supone una excepción a la regla prevista por el artículo 290 del antiguo código de procedimiento civil y el artículo 430 del nuevo código. Cabe sin embargo señalar que en la época en que se instauró, esta condición constituía la regla general y no la excepción.

El artículo 19 del DCC no es más que una reacción de la doctrina frente a la jurisprudencia francesa que revisaba todas las resoluciones extranjeras de manera que el tribunal marroquí que recibía las demandas de exequátur no tenía derecho a revisar el fondo de las mismas<sup>360</sup>.

Así, el trabajo de los tribunales marroquíes consistía en comprobar si la resolución había sido dictada por uno de los tribunales internacionales previstos por el artículo 19 y a continuación, ver si la resolución cumplía las condiciones previstas para ser dotada de fuerza ejecutiva.

Si la resolución cumplía estas condiciones el tribunal debía ordenar su ejecución sin revisión del fondo.

En cuanto a las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Civil, cabe destacar el silencio del legislador sobre este principio, lo que nos lleva a plantearnos la siguiente cuestión:

¿Debe el juez marroquí dotar de fuerza ejecutiva a una resolución dictada por una jurisdicción extranjera (española) si esta última acepta a su vez dotar de fuerza ejecutiva a una resolución marroquí con las mismas condiciones?

---

359 Artículo 328/5 de la ley alemana, ver RIAD FOUAD: *Le droit international privé*, p:108, MERCIER PIERRE: *Conflits de civilisations et DIP: polygamie et répudiation* Genève, Droz 1972, EIMNHAN, nota a *La revue critique*, 1969 p: 118, WENGLER, nota al *Clunet* 1968, p: 949

360 Resulta indispensable precisar que el DCC fue escrito por juristas franceses. En este sentido, ver : MENARD PIERRE: *Traité de droit international privé marocain*, Tomo I Les éditions internationales 1935, DECROUX PAUL: *Droit Privé*, Tomo II, Colección manual de derecho y de economía de Marruecos, Edición La Porte Rabat 1963, MOUSSA ABOUD: *La condition juridique du mineur au Maroc*, Colección de la facultad de Derecho Rabat, Ediciones La Porte Rabat 1968.

La jurisprudencia marroquí no prevé la condición de reciprocidad para la ejecución de las resoluciones extranjeras en Marruecos, pero algunas resoluciones contradicen esta tendencia, como por ejemplo la sentencia de 6 de octubre de 1975<sup>361</sup> dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Casablanca que establece que:

*«El tribunal solicita el informe de deliberaciones para que el demandado pruebe de manera legal que el Estado extranjero que dictó la resolución aplica el principio de reciprocidad».*

Cabe sin embargo señalar que esta sentencia fue anulada por una resolución del tribunal de apelación el 3/1/1981<sup>362</sup>.

Desde nuestro punto de vista consideramos que el principio de reciprocidad no tiene ya razón de ser puesto que el artículo 490 del Código de Procedimiento Civil resulta claro y que el artículo 19 del DCC carece de valor ya que las condiciones económicas, políticas y sociales no son las mismas tras la independencia.<sup>363</sup>

Además, la mayoría de las legislaciones ha descartado esta condición por lo que la jurisprudencia marroquí debería tener en cuenta este cambio.

## **B) Segunda condición: el control de la competencia de la jurisdicción extranjera**

El Artículo 430.2 del Código de Procedimiento Civil estipula que una resolución dictada en el extranjero sólo podrá ser ejecutada en Marruecos una vez que comprobada la competencia del tribunal que la dictó.

Así, se plantea la cuestión de determinar a qué competencia se refiere el artículo. ¿Se trata de la competencia internacional o de la competencia interna del país que dictó la resolución?

En otras palabras, ¿debe el juez marroquí comprobar si la resolución objeto de la demanda de exequátur fue dictada por un tribunal internacionalmente competente o si éste es únicamente competente para conocer de este tipo de litigios en ese país?

---

361 Sentencia del tribunal de primera instancia de Casablanca, dossier número 6273 (no publicado), 1975.

362 Sentencia del tribunal de apelación de Casablanca dictada el 3 de abril de 1981 expediente número 6273 (no publicado), en este sentido ver DERMICH ABDELAH: « Le valeur du jugement étranger au Maroc à la lumière de la législation et des conventions judiciaires conclues par le Maroc », *Revue du Barreau*, n°20 1982 p. 13 et MOUSSA ABBOD, op cit p 31

363 Pero existen algunos artículos que pueden ser aplicados hoy en día, tales como las disposiciones del artículo 7 del D.C.C: « la nacionalidad de una sociedad viene determinada por la ley del país en el que ha establecido sin fraude su sede social legal », y el artículo 20 del DCC : « en caso de quiebra declarada fuera del protectorado francés de Marruecos el síndico o curador o administrador de la quiebra, debidamente nombrado de conformidad con la ley del país donde sea declarada la quiebra, podrá sin necesidad de exequátur previo tomar o solicitar toda medida conservadora o de administración relativa a la quiebra, pero no se procederá a ningún acto de ejecución hasta que no haya sido obtenido el exequátur »



### **a) La competencia internacional de los tribunales extranjeros**

Se plantea aquí el problema de determinar la competencia judicial internacional del tribunal extranjero. ¿Viene la competencia determinada por la ley del Estado que quiere salvaguardar los efectos de la resolución dictada por su tribunal o por la del Estado donde se quiere ejecutar tal resolución?

La respuesta a estas cuestiones constituye un valor muy importante teniendo en cuenta la divergencia jurídica, doctrinal y jurisprudencial existente entre Estados<sup>364</sup>. ¿Cuál es pues la solución según la práctica y la legislación marroquíes?

Por lo que respecta a la legislación y a la doctrina marroquíes, se puede afirmar que existe un vacío total en la materia.

Algunas jurisprudencias han optado sin embargo por la aplicación de la ley del país donde se quiere ejecutar la resolución<sup>365</sup>.

No obstante, esta postura no coincide con la de la ley marroquí (ley interna) ya que la ley convencional marroquí resulta más clara.

Tras su independencia, Marruecos firmó varios convenios internacionales con numerosos Estados<sup>366</sup>, la mayoría de los cuales reconoce la competencia a la ley del país que dictó la resolución objeto de la demanda de ejecución en Marruecos<sup>367</sup>.

Pero existen convenios que otorgan la competencia al Estado cuya resolución va a ser ejecutada<sup>368</sup>.

La postura de la jurisprudencia marroquí moderna no está clara puesto que una sentencia del tribunal de primera instancia de Casablanca establece que:

*« puesto que la competencia internacional afecta al orden público marroquí el tribunal debe por tanto examinarla por sí mismo »*<sup>369</sup>.

En nuestra opinión este punto de vista no resulta aceptable ya que ni la ley ni la jurisprudencia han tomado decisión alguna sobre esta cuestión. En este marco el legislador egipcio acertó al permitir la ejecución de las resoluciones dictadas en el extranjero a condición de que éstas emanen de una jurisdicción internacionalmente competente según su legislación.

---

364 Con respecto a la ley francesa, ver BATIFFOL HENRI y LAGARDE PAUL: *DIP*, Tomo I, LGDJ, París 1983 p:777, en derecho inglés ver RIAD FOUAD, op cit p 64, en derecho italiano ver: RIAD FOUAD op cit p. 125, MERCIER PIERRE op cit p. 97, en derecho alemán ver: RIAD FOUAD op cit p. 100 et s

365 Sentencia del tribunal de apelación de Rabat- 3 de abril de 1928 publicado en GTM de 31 de mayo de 1928 p 77  
366 SALIM MOHAMED: *Las relaciones convencionales entre Marruecos y los estados árabes*, DES, Derecho público, Rabat 1987

367 Sentencia del tribunal de primera instancia de Casablanca de 3 de abril de 1964 publicado G.T.M con fecha de 25 de noviembre de 1964 p.112

368 Como los convenios con Argelia, Túnez, Libia, Emiratos árabes unidos, Senegal...

369 Sentencia de juicio sumario del presidente del tribunal de primera instancia de Casablanca expediente de juicio sumario n° 824 del 16/10/1981, Revue du Barreau 14 n°20 (1989) p 76.

Y puesto que las reglas de la competencia judicial son individuales, es posible recurrir a la ley del juez del fuero para determinarla.

b) El control de la competencia interna

La mayoría de la doctrina comparada considera que la competencia en materia de exequátur concierne a la competencia internacional. En cuanto a la competencia interna, no está sujeta a condición.

La competencia territorial y material del tribunal que dicta la resolución objeto de la demanda de exequátur sólo puede determinarse según la ley del Estado cuya resolución se quiere ejecutar.

Por tanto, se puede incluso ejecutar una resolución dictada en el extranjero por un tribunal no competente a nivel interno salvo cuando este caso conlleve la nulidad de dicha resolución según la ley del Estado que la dictó.

**C) Tercera condición: La condición de aplicación de la ley competente según la regla de competencia del tribunal de ejecución**

Algunos sistemas jurídicos someten la ejecución de una resolución dictada en el extranjero a la ley competente prevista por la regla de competencia del país en que dicha resolución va a ser ejecutada. La ley francesa prevé esta regla<sup>370</sup>.

Esta postura de la jurisprudencia francesa, ratificada por la sentencia Muzer, no pretende aplicar las reglas del Derecho internacional privado sino simplemente la protección contra la infiltración de reglas de competencia extranjeras<sup>371</sup>.

Esta condición ha sido criticada por varios juristas<sup>372</sup>, ya que representa un obstáculo para la ejecución de resoluciones extranjeras.

Es por ello que el Tribunal de Casación francés decidió que si el resultado de la resolución dictada en el extranjero es el mismo que el alcanzado por el tribunal francés en aplicación de las normas de competencia francesas.

En Marruecos ante el silencio de la ley, hay que respetar las reglas procedimentales así como las que deben aplicarse al conflicto

De esta manera, el juez español debe aplicar las reglas de competencia marroquíes.

En el informe presentado por Marruecos en el congreso internacional de justicia en Túnez (1980)<sup>373</sup>, se señala que Marruecos no reconoce las resoluciones extranjeras incluidas las españolas que no respeten las reglas de competencia de Marruecos

La cuestión que aquí se plantea es saber si el juez marroquí puede acogerse a esta condición a pesar del silencio del legislador.

---

370 BATIFOL HENRI y LAGARDE PAUL op cit p 492, RIAD FOUAD, op cit p 50, MERCIER PIERRE op cit p 35, Juzgado de Primera Instancia de París de 7 de abril de 1981. Clunet 1952 P 892 note CIALELLI

371 BATIFOL HENRI y LAGARDE PAUL, op cit p 493, PONSARD, Note au journal 1972 p: 477.

372 ISSAD MOHAND: *Droit international privé*, Tomo I, Ediciones Publisud, París 119,

373 Ver *Revista de la Alliance judiciaire*, 1980 n° 2 p 290

### **a) Las soluciones previstas en la época del protectorado**

En el momento del protectorado la competencia recaía sobre el tribunal francés ya que además, las resoluciones dictadas por el tribunal de apelación de Rabat eran recurridas en casación ante el tribunal de casación francés.

El Tribunal de Casación francés consideró que las reglas de competencia francesas no forman parte del orden público.

Esta postura fue criticada por la doctrina<sup>374</sup> marroquí en base a dos motivos:

Primer motivo: puesto que las reglas de competencia encuentran su fuente en numerosos convenios, forman parte del orden público y en consecuencia, el juez debe plantearlas de oficio e incluso las partes pueden discutir las por primera vez ante el tribunal de casación.

Segundo motivo: el tribunal de casación francés no era siempre igual entre Estados cuando aplicaba los principios previstos por leyes extranjeras y apartaba la ley francesa. Lo controla e interpreta cada vez que la ley de competencia le remite.

### **b) Las soluciones tras la independencia**

El artículo 13 del Dahir por el que se creaba la corte suprema prevé los supuestos sobre los cuales puede fundarse una casación.

Este artículo fue remplazado por el artículo 359 del nuevo código de procedimiento civil, cambio que tuvo un impacto directo sobre la aplicación de la ley extranjera en Marruecos<sup>375</sup>.

*El control de la Corte Suprema sobre la aplicación de la ley extranjera bajo los auspicios del Dahir de 27 de septiembre de 1957*

Del artículo 13 del dahir por el que se creaba la Corte suprema se deduce que la ley extranjera de estatuto personal es igual a la ley interna ya que es posible recurrir en casación cada vez que la regla interna o extranjera no haya sido respetada.

Sin embargo el incumplimiento de la ley española no relacionada con el estatuto personal no da lugar al derecho de recurso de casación ante la corte suprema.

*El problema en el marco del código de procedimiento civil de 1974*

Al analizar las disposiciones del artículo 359<sup>376</sup> del nuevo Código de Procedimiento Civil constatamos que el legislador marroquí adopta una postura nueva en lo que respecta al control de la Corte Suprema sobre la aplicación de la ley extranjera (española) ya que la corte empieza a controlar únicamente las leyes internas.

---

374 Casación civil de 7 de diciembre de 1949, *Revue critique*, 1950 p 616

375 Ver en este sentido: IDRIS ALAOUI ABDELLAOUI y KOUZBARI MAMOUN *Explicaciones del nuevo código de procedimiento civil* Rabat 1975.

376 Este artículo remplazó al artículo 13 del dahir de 1957.

Algunos autores han considerado que esta postura del legislador marroquí no es más que un reflejo del cambio producido<sup>377</sup>.

Algunos estudios consideran el Dahír de 1957 como un obstáculo que no permite a la Corte Suprema funcionar en los supuestos en que se da una regla jurídica extranjera (española).

A pesar de esta nueva postura, se constata que la Corte Suprema controla siempre la aplicación de la ley extranjera en materia de estatuto personal<sup>378</sup>.

### **c) La Corte Suprema y el control de la interpretación de la ley extranjera (española)**

Según la jurisprudencia de la corte, constatamos que ésta no ejerce ningún control de interpretación de la ley extranjera (española).

En este marco, la corte dictó una sentencia sobre los artículos 626 y 634 del código civil italiano:

*« Visto que los artículos 626 y 634 del código civil italiano estipulan la nulidad del testamento cuando la donación se produce en los siguientes dos casos:*

*la protección de una relación ilegal entre dos personas*

*Cuando la finalidad de la donación es la de asegurar el porvenir de la concubina tras la muerte del amante ».*

De lo expuesto anteriormente se deduce que el juez marroquí no tiene derecho a controlar si el tribunal extranjero (español) ha aplicado las reglas de competencia según las normas de competencia marroquíes y ello por los motivos siguientes:

La verdadera finalidad de esta condición es la aplicación de la ley al fondo del litigio. No se trata de una acción con algún elemento de extranjería.

Ante un juez nacional pero sobre un litigio dirimido por un juez extranjero (español).

De manera que esta condición tiene como objetivo la no contradicción entre la resolución extranjera y el orden público marroquí.

La adopción de esta condición por la justicia marroquí hasta 1957 significa su adhesión al sistema de revisión, mientras que tanto el artículo 430.2 del Código de Procedimiento Civil como la doctrina existente sobre la materia demuestran que Marruecos no exige ya esta condición.

---

377 WAKILI MOHAMED: « Le contrôle de l'application du droit étranger à travers deux arrêts de la Cour Suprême », in *Revista marroquí de derecho, política y economía* n°5 p.83 y siguiente.

378 Sentencia de la corte suprema de 4 de febrero de 1977

## 2. LAS CONDICIONES OBJETO DE UNANIMIDAD

Una vez estudiadas las condiciones objeto de debate, nos centraremos en las condiciones sobre las que existe unanimidad, a saber, el respeto del procedimiento y el derecho a la defensa, el carácter firme de la resolución y el no perjuicio al orden público.

### **A) El respeto del procedimiento y del derecho a la defensa**

En virtud de las disposiciones del artículo 430.2 del Código de Procedimiento Civil, una resolución extranjera sólo podrá ejecutarse en Marruecos una vez comprobada su validez.

En consecuencia, el juez marroquí sólo podrá ordenar la aplicación de la resolución extranjera (española) una vez que haya realizado dicha comprobación<sup>379</sup>.

Según las normas de Derecho internacional privado, la resolución deberá ser conforme a las reglas de procedimiento del juez del fuero y para entender que el procedimiento ha sido respetado, el demandado debe haber sido convocado legalmente ante el tribunal y haberse beneficiado de todos los derechos que integran el derecho de defensa.

La jurisprudencia marroquí ha dictado numerosas decisiones<sup>380</sup> en este sentido. Marruecos ha firmado además varios convenios con numerosos Estados dentro de este marco<sup>381</sup>.

### **B) El carácter definitivo y ejecutivo de la decisión extranjera (española)**

Para que la resolución extranjera sea ejecutiva en Marruecos es necesario que ésta tenga fuerza de cosa juzgada, es decir que se trate de una sentencia firme.

Para ello, el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil exige que la demanda de ejecución de una resolución extranjera vaya acompañada de una certificación emitida por el secretario judicial del tribunal extranjero que dictó la resolución objeto de la demanda que pruebe que se trata de una resolución firme.

Si bien una parte de la doctrina permite la aplicación de resoluciones dotadas de ejecución provisional o de resoluciones preliminares, la legislación marroquí y la mayoría de la doctrina no lo acepta y ello con el fin de evitar sorpresas.

### **C) El no perjuicio de la resolución al orden público marroquí**

Entre las condiciones previstas por el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil se encuentra la de la no contradicción de la resolución objeto de la demanda

---

379 Ver en este marco MENARD PIERRE: *Traité de diplomatie*, Tomo I p.133, MOULAY R'CHID ABDERRAZAK: *L'exequatur des jugements étrangers en droit international privé marocain. Du protectorat à 1979*, DES, *Derecho Privado*, Rabat 1973, p. 88, DECROUX PAUL: *Derecho privado*, Tomo II p 371

380 Sentencia del tribunal de primera instancia de Casablanca 13 de marzo de 1933 publicado en « GTM » 1933 p182

381 SALIM MOHAMED : *Las relaciones convencionales ...*, op.cit.

de ejecución con el orden público.

Esta condición está igualmente prevista en las normas de Derecho internacional privado.

### **a) El desarrollo de la noción de orden público marroquí**

Para llevar a cabo este estudio es necesario desarrollar tres etapas:

1. la fase anterior al protectorado
2. la fase de los tribunales modernos
3. la fase posterior a la independencia

#### **La fase anterior al protectorado**

Durante esta fase no se dio el problema ya que según los convenios firmados por Marruecos los extranjeros eran juzgados ante su cónsul y por tanto quedaban sometidos a su derecho nacional.

#### **El orden público durante el protectorado**

En esta época se crearon en Marruecos los tribunales modernos y Francia tenía mucho interés en mantener el estado preexistente.

Así, puesto que todos los extranjeros estaban sometidos a sus normas de competencia la idea de orden público no aparece hasta la adopción del DCC y el hecho de que dicho *dahír* fuera aplicado por jueces franceses afectaba a la noción de orden público.

#### **El orden público marroquí tras la independencia**

Tras la independencia, la doctrina y la jurisprudencia hicieron un esfuerzo por determinar una nueva noción de orden público diferente de la noción de la época del protectorado ya que estaba inspirada en el orden jurídico marroquí.

¿Cuáles son los principios fundamentales sobre los que se basa el orden público marroquí?

Algunos autores consideran que sus fuentes se encuentran en los principios universales como la declaración internacional de los derechos humanos que contiene reglas que deben ser respetadas por todos los miembros de Naciones Unidas.

Otros han considerado que deben emanar de principios previstos por la primera constitución marroquí de 1961.

Nosotros por nuestra parte, sostenemos la idea de que la noción de orden público debe emanar de los principios de la sociedad marroquí.

### **b) El orden público en la ejecución de las resoluciones extranjeras**

En una sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de Casablanca el 21 de mayo de 1928, el tribunal consideró que el orden público no puede constituir

un obstáculo para la ejecución de una resolución extranjera. En esta época, el concepto de orden público no tenía ninguna importancia.

Esta postura ha cambiado como consecuencia de la creación de los tribunales modernos.

En otra sentencia dictada por la Corte Suprema, ésta insistió en que una resolución dictada en el extranjero y contraria al orden público no podía ser aplicada en Marruecos, cuestión que además debe ser planteada de oficio por el juez.

En general y de conformidad con las recomendaciones del congreso mundial de magistrados celebrado en Túnez en 1989, para que una sentencia extranjera no sea contraria al orden público debe ajustarse a la constitución, al Derecho de la propiedad individual y no ser contraria a ninguna resolución dictada en Marruecos, incluso en el caso de resoluciones que aún no tienen fuerza de cosa juzgada.

Se considera que una resolución extranjera que carece de motivación no es contraria al orden público, como ocurre en Francia y en Egipto.

### ***c) El efecto de la cuestión de orden público en el marco de la ejecución de las resoluciones extranjeras (españolas)***

El campo de aplicación del orden público en el marco del Derecho internacional privado es muy amplio por lo que se deja su determinación a la autoridad del juez.

En este marco, el legislador marroquí obligó al juez a comprobar la compatibilidad de la resolución con el orden público.

Si el juez marroquí rechaza la ejecución de una resolución extranjera, no puede sustituirla por otra.

Si la resolución extranjera resulta sólo parcialmente contradictoria con el orden público marroquí, el juez puede eliminar la parte contradictoria y ordenar la ejecución de la parte compatible con el orden público.

Cabe señalar que el juez marroquí debe tomar todas las precauciones cuando se trata de la ejecución de una resolución extranjera en materia de estatuto personal.

Puesto que Marruecos es un estado musulmán, al hablar de orden público hay que referirse a la charia o ley islámica. Sin embargo, en una sentencia dictada por la Corte Suprema el 4 de febrero de 1977, el juez consideró que el testamento realizado entre un extranjero y una extranjera musulmana que mantuvieron una relación ilegal, era válido en base a las disposiciones del artículo 8 del DCC.

Hubiera sido preferible que la Corte Suprema declarase la nulidad del testamento en virtud de las disposiciones del Dahír de 24 de abril de 1959 que somete a todos los musulmanes extranjeros a las disposiciones del estatuto personal marroquí.



### **3. LA AUTORIDAD DE LAS RESOLUCIONES EXTRANJERAS ENTRE EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN Y LOS EFECTOS INDEPENDIENTES DEL EXEQUÁTUR**

En la primera parte hemos analizado las condiciones básicas para la ejecución de una resolución extranjera en Marruecos, lo que no impide que el beneficiario de dicha resolución pueda seguir otro procedimiento con el fin de que la misma sea aplicable en Marruecos.

Sin embargo, en algunos casos la resolución no obtiene una orden de ejecución, por lo que cabe preguntarse si en tal caso, la resolución pierde su valor.

Para resolver esta cuestión, utilizaremos el siguiente plan:

1. el procedimiento de ejecución de las resoluciones extranjeras
2. el reconocimiento de las resoluciones extranjeras

#### **A) El procedimiento de ejecución de las resoluciones extranjeras**

En este punto empezaremos por estudiar las autoridades judiciales competentes para aplicar las resoluciones extranjeras (españolas) y a continuación pasaremos a estudiar los actos procedimentales para tal ejecución.

Por lo que respecta a las autoridades competentes en materia de comprobación de resoluciones extranjeras (españolas), cabe analizar la cuestión desde dos perspectivas: por una parte, es necesario estudiar el artículo 190 del antiguo código de procedimiento civil así como el artículo 19 del DCC, y por otra es importante estudiar la cuestión desde el punto de vista de las nuevas leyes.

##### **a) Bajo los auspicios de la antigua ley**

El artículo 19 del DCC exige dos condiciones: la reciprocidad y que el Estado extranjero se desprenda del privilegio judicial, condiciones que fueron confirmadas por la Corte Suprema en su resolución de 5 de julio de 1967.

El artículo 289 del antiguo Código de Procedimiento Civil establece que toda resolución extranjera podrá ser ejecutada sin revisión de fondo así como todas las resoluciones dictadas por un Estado que respete las dos condiciones anteriormente previstas.

##### **b) El estado bajo el régimen del nuevo Código de Procedimiento Civil**

Si atendemos a las disposiciones del artículo 430 del Código de Procedimiento Civil, constatamos que el legislador marroquí ha abandonado el sistema de revisión en beneficio del sistema de control.

Según dicho artículo, el legislador no somete la resolución extranjera a condiciones de forma para que sea aplicable en Marruecos sino a la significación del sistema de revisión y al fondo de la resolución<sup>382</sup>.

---

382 Hace referencia al momento en que Marruecos aplicaba la revisión en casos muy concretos.

De esto se deduce que aunque las nuevas demandas realizadas ante tribunales marroquíes sean inaceptables, el juez marroquí debe limitarse a ordenar la ejecución de la resolución o rechazarla sin modificarla.

Sin embargo, puede ordenar la ejecución parcial de una resolución y rechazar la parte contradictoria con el orden público marroquí, en cuyo caso puede además añadir cualquier otro acto procedimental de ejecución.

La resolución dictada por el tribunal de apelación de Casablanca de 11 de junio de 1974 confirmó esta postura:

*« el tribunal no tiene derecho a discutir el fondo del asunto ni a determinar si el tribunal que dictó la resolución tenía o no razón »<sup>383</sup>.*

Tal fue el punto de vista expuesto por Marruecos en el informe que presentó en el congreso mundial de la magistratura celebrado en Túnez en 1980.

Cabe señalar que se habla de las autoridades judiciales nacionales en el momento en que resuelven sobre la demanda de ejecución, puesto que hay que diferenciar la orden de ejecución de la demanda de exequátur.

Esta amalgama se debe al hecho de que el legislador marroquí utilizó el exequátur en lugar de la orden de ejecución en el texto del artículo 430 del Código de Procedimiento Civil.

El exequátur es la orden que emana del Rey a las autoridades para la ejecución de una resolución.

Dicho exequátur sólo puede llevarse a cabo según el procedimiento previsto por el Código de Procedimiento Civil.

La acción de orden de ejecución es la acción ejercitada ante un juez marroquí con el fin de que la resolución extranjera tenga el mismo valor que una resolución nacional, pero sólo puede obtenerse una vez obtenida la fuerza ejecutiva.

## **B) Los actos procedimentales en materia de ejecución en Derecho marroquí**

Para estudiar este punto, cabe comenzar por la determinación del tribunal competente en la materia y pasar a continuación a los actos procedimentales.

### **a) Tribunal competente**

El artículo 430 del Código de Procedimiento Civil establece que:

*« las decisiones de justicia dictadas por las jurisdicciones extranjeras sólo serán ejecutivas en Marruecos una vez acordado el exequátur por el Tribunal de Primera Instancia ... ».*

---

383 Resolución comercial expediente n° 2207 de 31 de junio de 1974, *Revue du Barreau* n°23, 1986 p:37, Comentario del Profesor DERMICH, op. cit.

La competencia material recae sobre el Tribunal de Primera Instancia, esta competencia es de orden público y corresponde a la Corte suprema la comprobación de la misma según el artículo 359 del Código de Procedimiento Civil.

Además, este artículo determina la competencia territorial estableciendo que será competente el tribunal del domicilio o residencia del demandado o en su defecto, el del lugar donde deba ser ejecutada. Esta competencia no es de orden público.

### ***b) Los actos procedimentales***

Los actos procedimentales son los mismos que los previstos en el Código de Procedimiento Civil pero hay que analizar la calidad, el interés y la capacidad, y el juez debe además limitarse a las demandas de las partes.

El escrito de solicitud debe contener la resolución dictada en el extranjero así como la demanda de orden de ejecución y los nombres de todas las partes. El demandado puede alegar la incompetencia del tribunal marroquí pero no la del tribunal extranjero ya que concierne al fondo de la resolución.

El escrito de solicitud debe ir acompañado de los siguientes documentos:  
copia auténtica de la resolución  
documento original de la notificación  
certificación del secretario judicial del tribunal que dictó la resolución demostrando que ésta es firme.

Estos documentos deberán ser compulsados por vía diplomática.

De ser necesario, los documentos serán traducidos por un traductor; dicha traducción afectará a todos los documentos, incluida la resolución.

Una vez que la resolución sea dotada de fuerza ejecutiva, ésta gozará de la misma fuerza y carácter que cualquier resolución dictada por un tribunal marroquí.

### ***c) La orden de ejecución como demanda incidental***

La doctrina no encuentra inconveniente alguno en plantear una demanda incidental que concierna a la orden de ejecución, pero ésta debe plantearse ante un tribunal de primera instancia para no vulnerar el derecho de una de las partes a ejercitar la vía de recurso.

La única condición es que la demanda se realice por una de las partes de la acción inicial.

### ***d) La prueba de la validez de la resolución extranjera***

Se trata aquí de determinar a quién corresponde la carga de la prueba de los hechos de la acción.

Algunos autores consideran que esta carga recae sobre el demandado puesto que no nos encontramos ante una nueva acción, mientras que otros

entienden que es el demandante quien debe probar ya que es quién tiene interés en actuar.

Puesto que Marruecos dota de valor a la resolución extranjera, será por tanto necesario aportar prueba en contrario bien por el juez marroquí o bien por el demandado, y en su caso habrá que ordenar su ejecución.

Podemos entender que el juez conoce de oficio sobre todo aquello que pueda perjudicar al interés público, mientras que el interés privado recae sobre el demandado. Esta misma postura fue adoptada por el legislador egipcio.

#### ***e) El contenido de la resolución en la acción de orden de ejecución***

El contenido de la acción de la orden de ejecución puede ser, bien la aceptación o bien el rechazo, y esto, una vez que el juez competente haya comprobado que concurren todas las condiciones previstas por la ley.

Si el juez marroquí accede a otorgar la orden ejecutiva a la resolución extranjera, no debe modificar su contenido, de manera que esta resolución se ejecuta según los procedimientos previstos por la ley marroquí y no por la ley del Estado que la dictó. De este modo, la fuerza ejecutiva y los efectos de la resolución dictada en el extranjero quedan sometidos a la ley marroquí.

Si la resolución extranjera está sometida a fianza o depósito, podrá únicamente aplicarse en tal país (España), mientras que si existe garantía podrá desplegarse hasta el extranjero.

Toda resolución extranjera que haya obtenido la orden de ejecución goza de la fuerza de cosa juzgada según la ley marroquí.

### **4. LOS EFECTOS INDEPENDIENTES DEL EXEQUÁTUR**

Una vez estudiados en la primera sección los actos procedimentales necesarios para obtener la orden de ejecución, ¿qué ocurre en caso de que la resolución extranjera no obtenga dicha orden? ¿perderá su valor? ¿será desestimada?

Con el fin de responder a esta cuestión, trataremos el asunto según el esquema siguiente:

1. la fuerza de cosa juzgada.
2. la fuerza probatoria.
3. el efecto de hecho

#### **A) La postura del Derecho marroquí de la obtención de fuerza de cosa juzgada por la resolución extranjera**

En derecho comparado una parte de la doctrina acepta el reconocimiento de la resolución extranjera incluso sin que se dé la orden de ejecución, mientras que otra parte lo rechaza, por lo que cabe preguntarse cuál es la postura del Derecho marroquí en caso de ausencia de todo texto jurídico en la materia.

La mayoría de los textos dedicados a esta materia se muestra contraria a dotar de fuerza de cosa juzgada a una resolución que no haya obtenido la orden de ejecución.

Este punto de vista se basa en que la orden de ejecución conlleva dos efectos: la fuerza ejecutiva y la fuerza de cosa juzgada.

La fuerza de cosa juzgada está relacionada con la orden de ejecución. Y si para poder obtener la orden de ejecución la resolución extranjera debe tener fuerza de cosa juzgada, esta corriente no encuentra inconveniente alguno en el reconocimiento de dicha resolución.

El tribunal de casación llevó a cabo esta excepción en el asunto Bujkley de 28 de febrero de 1960 que consideró que las resoluciones dictadas en el extranjero están dotadas de fuerza de cosa juzgada

incluso aún cuando no haya habido orden de ejecución por lo que respecta al estado y la capacidad.

En otra sentencia de 1920, el tribunal de casación francés delimitó esta excepción considerando que las resoluciones dictadas por un tribunal extranjero producen efectos en Francia sin necesidad de una orden de ejecución excepto cuando se trate de bienes o de la obligación de competencia.

Esta postura es aplicable a Marruecos ya que así lo prevé el artículo 20 del DCC.

Los autores partidarios de esta corriente consideran que esta regla se aplica al estado y a la capacidad de las personas, a pesar del vacío legal en la materia.

En una sentencia de la Corte Suprema de 4 de marzo de 1962, ésta anuló la decisión adoptada por el tribunal de apelación basándose en que la resolución extranjera no tenía fuerza de cosa juzgada. En un comentario sobre esta resolución, se establece que para que una resolución extranjera disponga de fuerza de cosa juzgada, debe obtener una orden de ejecución por parte de un tribunal marroquí.

Consideramos que la corte realizó un amalgama entre la fuerza de cosa juzgada y la fuerza ejecutiva.

La decisión del tribunal está clara: una resolución extranjera sólo puede obtener una orden de ejecución una vez que haya obtenido la fuerza de cosa juzgada.

La doctrina francesa no está de acuerdo con esta postura y no ve la necesidad de una orden de ejecución para aplicar una resolución extranjera que goza de fuerza de cosa juzgada.

## **B) La fuerza probatoria de la resolución extranjera**

Puesto que la resolución extranjera emana de una autoridad judicial se considera como un documento auténtico y por tanto como una prueba. La doctrina y la jurisprudencia francesas consideran toda resolución extranjera como una prueba incluso aunque carezca de orden de ejecución.

El hecho de considerar una resolución extranjera como prueba significa que prueba todos los hechos, las informaciones y los documentos que contiene (artículo 418 de Derecho civil marroquí).

Si el artículo 404 del DOC habla de los medios de prueba en materia de obligaciones, el artículo 418 se centra en lo que concierne al documento auténtico. Este artículo estipula en su último párrafo:

*« las resoluciones dictadas en el extranjero pueden constituir una prueba de los hechos que contienen a pesar de la no obtención de la fuerza ejecutiva »*

En consecuencia cabe basarse en una resolución extranjera para realizar un acto como por ejemplo un embargo, pero éste último no podrá ser promulgado hasta que no se haya obtenido la orden de ejecución por el tribunal competente.

De todo esto se deduce que el valor de la resolución depende de la autoridad del juez competente, y que la resolución debe cumplir todos los requisitos exigidos, como la competencia del juez que la dictó y la conformidad con el orden público.

La sentencia dictada por el tribunal de primera instancia de Casablanca el 25 de enero de 1927 consideró que una resolución dictada en el extranjero era auténtica aún careciendo de la orden de ejecución<sup>384</sup>.

### **C) La resolución extranjera y el efecto de hecho**

Toda resolución que no haya obtenido una orden de ejecución es considerada como un acontecimiento sobre el que puede fundarse un nuevo litigio ya que la resolución extranjera no puede ser ignorada.

El profesor Bartin fue el primero en abordar la cuestión del valor de la resolución extranjera como acontecimiento.

Esta idea se fundó en la sentencia del tribunal de apelación de Mancey dictada el 7 de junio de 1921<sup>385</sup>.

De ahí que, según el Derecho francés, la regla general es que la resolución extranjera no puede ser ignorada como acontecimiento que produce todos sus efectos jurídicos en Francia.

Y por tanto, se puede dictar otra resolución en base a la resolución extranjera.

En este marco, la doctrina considera que la resolución ejecutada en el extranjero debe ser reconocida sin intervención del juez nacional.

Sin embargo, por una parte algunos autores consideran que el rechazo de la demanda está motivado por el hecho de que es la fuerza de cosa juzgada la que impide conocer de nuevo el litigio. Es el caso de Egipto<sup>386</sup>.

---

384 Resolución del tribunal de Casablanca de primera instancia dictada el 25 de abril de 1927 publicada en GTM, nota MOULAY RCHID ABDERRAZAK: *L'exequatur...*, p: 117.

385 Nancy el 8 de junio de 1921, Clunet 1923 p: 267 nota Perond.

386 OUKACHA ABDELAL: *DIP*, p: 386.

Por su parte otros autores lo consideran como un acto jurídico. Cabe señalar que el acto jurídico produce sus efectos tanto respecto de las partes como respecto de terceros.

Algunos autores constatan que el hecho de considerar el litigio como un acto jurídico abre todo un debate, y basta con decir que es la fuente de la resolución extranjera de la misma manera que las relaciones entre los sistemas jurídicos suponen la ejecución de tal resolución.

La doctrina egipcia y la mayoría de los juristas marroquíes comparten este punto de vista<sup>387</sup>.

## **II. EL IMPACTO DE LAS DISPOSICIONES DEL NUEVO CÓDIGO DE LA FAMILIA SOBRE LA COMUNIDAD MARROQUÍ EN ESPAÑA**

El nuevo código de la familia, que entró en vigor en febrero de 2004<sup>388</sup> recoge el conjunto de normas que rigen el estado y la capacidad individual de la persona, así como todas las relaciones familiares personales o patrimoniales, y las normas relativas al testamento, a las sucesiones y a las donaciones<sup>389</sup>.

Las normas de la *mudawana* son aplicables a todos los marroquíes residentes en Marruecos, así como a los marroquíes residentes en el extranjero: asimismo se aplican a los extranjeros que tengan una relación mixta con un marroquí de conformidad con las disposiciones del artículo 2 de dicho código.

A través de este estudio se pretende apreciar el grado de armonización de las disposiciones del nuevo código de la familia con los principios y los objetivos del Derecho internacional privado comparado (1) así como sus efectos sobre el estatuto personal de los marroquíes residentes en España (2).

### **1. ARMONIZACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE FAMILIA CON LOS PRINCIPIOS Y LOS OBJETIVOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMPARADO**

#### **A) Principios y objetivos del derecho internacional privado comparado**

En la resolución de los litigios, el Derecho internacional privado comparado admite la igualdad de las normas en conflicto y les otorga las mismas oportunidades

---

387 MOUSSA ABOUD: op.citado, p: 317.

388 BERJAOUI KHALID : *Los grados de satisfacción de las reivindicaciones de la sociedad civil y política marroquí por el nuevo Código de Familia marroquí* Dar Al Qalam, 2004.

389 RHOMIJA ABDELMAJID: *La dualidad de la doctrina y el derecho en el campo del estatuto personal*, Asociación de la publicación de la información jurídica, Rabat 2007



de ser aplicadas, y a continuación da la prioridad a una sobre otra conforme a criterios objetivos y lógicos siguiendo un razonamiento conflictual<sup>390</sup>.

Actualmente se considera este método como el único medio técnico adecuado para la resolución de los conflictos internacionales privados con independencia de todo sentimiento nacionalista o religioso.

El razonamiento conflictual correcto supone la existencia de dos o más leyes susceptibles de regular una relación jurídica internacional privada. La elección recae sobre la ley más adecuada gracias a una norma de conflicto, objetiva y neutral, en base a una regla de competencia objetiva, a saber, la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual por ejemplo<sup>391</sup>.

## **B) Apreciación**

El artículo 2 de la *mudawana* establece que:

« Las disposiciones de la *mudawana* se aplican a:

1-.....

2-.....

3- *las relaciones en que una de las partes sea marroquí*

4- *relaciones entre marroquíes cuando uno de ellos sea musulmán* ».

Las disposiciones contenidas en el tercer y cuarto párrafo de este artículo establecen lo que se denomina el privilegio de la nacionalidad<sup>392</sup>, y el privilegio de religión, privilegios no aceptados por la doctrina por ser contrarios a los principios y objetivos recogidos por el Derecho internacional privado comparado.

Estos privilegios llevan a soluciones criticables en cuanto a las reglas que defienden, teniendo en cuenta que se oponen a principios defendidos por la ONU (de igualdad y de libertad) y ello por las distintas discriminaciones que llevan a cabo y que tienen su base bien en la religión bien en la pertenencia nacional.

Estas disposiciones defienden la aplicación de normas de una ley (el Derecho marroquí) en detrimento de las reglas de otro Derecho, o la ley de una de las partes en detrimento de la otra en las relaciones mixtas, y todo ello de manera automática.

Ello constituye un ataque flagrante a los principios y las normas del razonamiento conflictual que suponen el respeto de las leyes en conflicto, atribuyéndoles el mismo rango y reteniendo una de ellas en una segunda etapa en base a una competencia objetiva preestablecida por las normas de conflicto de leyes según el juez que conoce del asunto.

---

390 BATTIFOL HENRI : *Aspects philosophiques du D.I.P.*, Dalloz, París, 1959.

391 BERJAOUI KHALID : *El Derecho Internacional Privado en materia de Estatuto Personal*, op.cit, p. 121 y s.

392 BAGBAG MOHAMED: *El privilegio de la nacionalidad*, DES, Túnez 1997

Si el privilegio de la nacionalidad queda claramente enunciado en el citado párrafo 3, el privilegio de la religión<sup>393</sup> encuentra igualmente su fundamento en el párrafo 4 que aunque expresamente dirigido a las relaciones internas, se aplicará sin duda a las relaciones internacionales privadas en las que la parte no musulmana sea extranjera.

Los privilegios de nacionalidad o de religión constituyen una jurisprudencia constante de los tribunales marroquíes e incluso de los tribunales de países musulmanes antes de la entrada en vigor del código de familia, de acuerdo con el sentimiento nacionalista y con la lógica de la comunidad musulmana que los jueces observaron en la resolución de las relaciones internacionales privadas<sup>394</sup>.

Esta aplicación, criticable, que carecía de base textual expresa en el Derecho marroquí, al menos antes, encuentra hoy en día su fundamento en el nuevo código de familia<sup>395</sup>.

Esta nueva orientación legislativa constituye un claro retroceso desde el punto de vista de los principios y objetivos del Derecho internacional privado comparado<sup>396</sup>.

Efectivamente, se trata de una orientación contraria a las ambiciones de la doctrina del Derecho internacional privado en Marruecos que esperaba, con razón, que el legislador pusiera fin a las prácticas judiciales que no encontraban base textual alguna, sobre todo cuando contradicen los principios jurídicos internacionalmente consagrados<sup>397</sup>.

Esta nueva orientación del legislador conlleva el riesgo de que los tribunales extranjeros encuentren fácilmente las lagunas jurídicas que les permitirán rechazar el exequátur de las resoluciones y sentencias marroquíes basadas en estas disposiciones.

El privilegio de religión o de nacionalidad constituye una derogación explícita de las reglas del razonamiento conflictual consagrado por los principios y leyes del Derecho internacional privado.

---

393 Para comprender el derecho musulmán, ver CHEHATA CHAFIQ: *Etude du droit musulman* PUF, 1979.

394 JABER JAD ABDERRAHMAN: *El derecho internacional privado árabe*, Tercera Parte *Los conflictos de leyes*, Ediciones 1961, AZZEDINE ABDULAH: *El derecho internacional privado, conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción*, 1977, HICHAM ALI SADEQ, *Curso de derecho internacional privado*. Ediciones universitarias Beyrout, 1986

395 En este sentido, ver :

- MOULAY RCHID ABDERRAZAK : *Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans*, de la recopilación de cursos de la academia de derecho internacional, tomo 268 (1997), Martinus Nijhoff Publishers, 1999 (the Hague-Boston-London).

- CHARFI MOHAMED : « Influence de la religion dans le droit international privé en pays musulman », *R.C.A.D.I.*, 1987, Tome. 3, p. 320.

- DEPREZ (Jean) : « DIP et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système Islamique de statut personel » ; *R.C.A.D.I.*, T. 211, 1988, IV, p. 9-372.

396 YNTEMA HESSLE : « Los objetivos del D.I.P. », *R.C.D.I.P.*, 1959, Enero, Marzo, p. 1.

397 BERJAOUI KHALID: *El derecho internacional privado en materia de estatuto personal*, op.cit.

Estos privilegios contradicen además los principios afirmados por los convenios internacionales de derechos humanos a causa de la discriminación fundada en la religión y la pertenencia nacional.

En este sentido es importante afirmar que las jurisdicciones de varios países europeos prefieren aplicar directamente las disposiciones de los convenios europeos de derechos humanos así como los otros tratados internacionales con el fin de evitar la aplicación de las leyes marroquíes y las resoluciones y sentencias basadas en estas leyes<sup>398</sup>.

## **2. EL IMPACTO DE LAS DISPOSICIONES DEL NUEVO CÓDIGO DE FAMILIA SOBRE LA COMUNIDAD MARROQUÍ RESIDENTE EN ESPAÑA**

Las nuevas disposiciones demuestran la voluntad del legislador de superar las dificultades prácticas de la comunidad marroquí residente en el extranjero en general y en España en particular.

No obstante cabe reconocer que el Derecho marroquí se encuentra lejos de las disposiciones de las convenciones internacionales sobre los derechos humanos<sup>399</sup>, así como de los criterios europeos que defienden los principios de libertad y de igualdad absoluta en este campo y que rechazan cualquier forma de discriminación basada en el sexo, la nacionalidad o la religión.

Es por esto que el camino hacia la resolución de los problemas es largo y laborioso para superar las dificultades que sufre la situación jurídica de la familia marroquí residente en el extranjero y la que se halla domiciliada en España<sup>400</sup>.

En este punto expondremos algunos ejemplos que ilustran los problemas concretos planteados por la aplicación del nuevo texto al matrimonio y sus efectos<sup>401</sup> (A) y a la disolución del matrimonio y sus consecuencias (B).

### **A) Las reglas del matrimonio y sus efectos**

#### **a) Las condiciones del matrimonio**

Según el artículo 14 de la mudawana :

*«los marroquíes residentes en el extranjero pueden celebrar su matrimonio según los procedimientos administrativos locales, siempre que reúnan*

---

398 CARLIER JEAN-YVES : *Les conditions de la personne dans l'Union Européenne* UCL, 2004.

399 « Las Convenciones Internacionales y el Derecho Interno a través de la jurisprudencia », Actos de un Seminario científico, publicación del Centro de Documentación de Información y de formación en derechos humanos » Rabat, Diciembre de 2002.

400 Ver FOBLETS MARIE- CLAIRE y LOUKILI MOHAMED: « Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe ? » *R.C.D.I.P.*, 95(3), junio -septiembre 2006, p. 521.

401 CHERIF NOURDINE : *Les conflits de loi en matière de droit international privé marocain*, DES, Derecho privado Rabat 1963.

*los requisitos de consentimiento, capacidad y de tutor matrimonial en su caso, y que no hayan impedimentos legales, ni renuncia a la dote y ello en presencia de dos testigos musulmanes y de conformidad con las disposiciones del artículo 21»<sup>402</sup>.*

Desde el punto de vista teórico, el objetivo de este artículo es tomar en consideración las condiciones de los marroquíes residentes en España facilitándoles un procedimiento de matrimonio.

Este artículo establece por una parte que los marroquíes pueden celebrar su matrimonio de acuerdo con los procedimientos administrativos locales españoles (es decir las condiciones de forma locales).

Por otra parte, en cuanto a las condiciones de fondo del Derecho marroquí, éstas deben respetarse de manera estricta, especialmente las normas relativas al consentimiento, a la tutela matrimonial en su caso, el respeto a la ausencia de obstáculos legales y la no renuncia a la dote.

Además el acto del matrimonio debe celebrarse en presencia de dos testigos musulmanes.

Desde el punto de vista práctico, parece que la exigencia de respetar las mencionadas condiciones de fondo junto con la presencia de dos testigos musulmanes vacía de contenido las disposiciones del primer párrafo (o bien contradice el objetivo de las primeras disposiciones) que tienden a facilitar las formalidades del matrimonio de la comunidad marroquí residente en España, sometiéndola a los procedimientos administrativos locales españoles tal y como están previstos en el artículo 2 de la Convención de la Haya de 1976 sobre la celebración del matrimonio y su reconocimiento, lo que coincide con los principios del Derecho internacional privado comparado que exige «la sumisión de la forma del acto al lugar de su celebración» *locus regis actum*.

De esta forma, las disposiciones relativas a la ejecución y el reconocimiento de los contratos de matrimonio de los marroquíes residentes en España conllevarán algunas dificultades, teniendo en cuenta que el matrimonio se celebra en un país europeo ante el encargado del registro civil y que las normas del matrimonio en estos países no prevén el requisito de la presencia de dos testigos musulmanes, formalidad basada en la religión, y tampoco mencionan las normas relativas a la dote.

En cuanto a los obstáculos, sobre todo los relativos a la poligamia y a la interdicción del matrimonio de la mujer musulmana con un hombre no musulmán, éstos no son admitidos por este país. Las normas sobre la lactancia constituyen igualmente una particularidad de la legislación musulmana ignorada por los otros sistemas jurídicos entre los cuales se encuentra el sistema español.

---

402 AHMED ABDELKRIM SALAMA: *Principes de droit international privé Islamique et comparé*, Ediciones Annahda Alarabia, El Cairo 1989

Estas disposiciones plantean varios problemas a las autoridades y a las representaciones diplomáticas marroquíes (embajada y consulados) en España, en materia de aceptación o admisión del depósito de copias de actos matrimoniales celebrados según el procedimiento administrativo local del país de residencia que no respetaron las mencionadas reglas o que no las mencionaron claramente en el acto.

Se trata aquí de saber que ocurriría con esos contratos válidos localmente pero no reconocidos por el Derecho marroquí.

En caso de litigio las jurisdicciones extranjeras confirmarían su validez así como sus efectos, contrariamente a las jurisdicciones marroquíes que no reconocerán ni el acto ni sus efectos.

### **b) La circular nº13 del Ministerio de Justicia**

Cabe señalar que el Ministerio de Justicia intentó hacer frente a estos problemas promulgando una circular (nº 13 con fecha de 13 de abril de 2004) en la que el ministro de justicia se dirigía a los jueces adscritos a las embajadas del reino de Marruecos en el extranjero, competentes en funciones de notariado y funciones de juez de familia (encargado de cuestiones relativas al matrimonio).

Esta circular hace referencia a la aplicación de las disposiciones del Código de Familia a los miembros de la comunidad marroquí residentes en el extranjero y contiene algunas directivas destinadas a resolver las dificultades de aplicación mencionadas.

Entre las directivas enunciadas «corresponde al juez llevar a cabo una **acción de sensibilización** entre la comunidad marroquí residente en el extranjero... así como comunicar y poner en conocimiento de las **autoridades locales** del país de residencia, las disposiciones de la mudawana, y examinar la **posibilidad de insertar en los contratos de matrimonio las condiciones** requeridas en el Derecho marroquí con el fin de facilitar su reconocimiento en Marruecos»

Esta circular insistía en la necesidad de:

*«coordinación entre el juez y las autoridades consulares... con el fin de subsanar las lagunas; en este caso habría que informar a la parte implicada en el contrato de matrimonio de la necesidad de completar las formalidades, así como los enunciados que falten como la presencia de los testigos, o cualquier otro requisito.*

*Se sobreentiende sin embargo que todo marroquí que posea un acta de matrimonio civil y que desee celebrar un matrimonio conforme al Derecho marroquí, puede solicitar la expedición de un certificado que haga referencia al matrimonio civil y que certifique la presencia de dos testigos y de un tutor matrimonial en su caso, así como la mención de la dote.*

*Una vez analizado este aditivo e inscrito en el registro, será adjuntado al contrato de matrimonio celebrado de conformidad con los procedimientos administrativos locales...»*

Cabe reconocer que a pesar de la aparente voluntad de querer superar al mismo tiempo todas las dificultades encontradas por los MRE<sup>403</sup> y de facilitar la misión de los jueces marroquíes adscritos a las embajadas marroquíes en España, podemos formular algunas observaciones a propósito de esta circular:

Por lo que respecta a la directiva que aspira a **«contactar con las autoridades locales del país de residencia para estudiar la posibilidad de insertar en los contratos de matrimonio las condiciones y enunciados requeridos con el fin de facilitar su reconocimiento en Marruecos»**, ésta sólo podría ser eficaz dentro del marco de un convenio bilateral que asegure la obligación de respeto a estas disposiciones por parte de las autoridades administrativas y judiciales españolas.

El hecho de que la circular hable de «posibilidad de subsanar las lagunas» y «la posibilidad de informar a la parte **implicada en el contrato de matrimonio de la necesidad de completar las formalidades, así como los enunciados que falten, como la presencia de los testigos, o cualquier otro requisito...**» es una manifestación clara de una voluntad de atemperar la aparente firmeza de ciertas disposiciones de la nueva *mudawana* sobre las condiciones y el procedimiento del matrimonio, lo que constituye un esfuerzo considerable en interés de la comunidad marroquí residente en España.

No obstante la cuestión que se plantea en esta hipótesis es saber hasta dónde llega la autorización de subsanar las lagunas o dicho de otro modo, cómo se delimita el campo de lo que está autorizado y de lo que no en este reajuste. ¿Qué se entiende por «cualquier otra formalidad» aparte de la presencia de testigos?

¿Se trata únicamente de corregir la omisión relativa a **«la dote, el tutor matrimonial en su caso o su mandatario»** como establece la circular o por el contrario, puede extenderse a otras insuficiencias y carencias?

La mención de las disposiciones relativas a la dote es un error cometido en la circular ya que el artículo 14 sobre la celebración de matrimonios entre marroquíes residentes en el extranjero de conformidad con los procedimientos administrativos locales insiste únicamente sobre la no **«renuncia a la dote»** por lo que no era necesario mencionar la obligación de fijar la dote en la circular.

Además, la indicación de la posibilidad de paliar cualquier laguna, por lo que respecta a la tutela matrimonial contradice lo dispuesto en el artículo 61: **«el acto de matrimonio viciado es revocable, antes o después de su consumación en los siguientes casos:**

**- si el matrimonio se celebrara sin la presencia del tutor matrimonial en los casos exigidos por la ley»**

En este caso, podemos preguntarnos sobre la suerte de este matrimonio, si las autoridades consulares o los jueces a ellas adscritos consiguen remediar sus defectos y cuando una jurisdicción marroquí haya dictado una resolución de

---

403 N. De la T.: Marroquíes residentes en el extranjero.

invalidez del matrimonio a petición de la parte interesada en anular este acto según el mencionado artículo.

¿La posibilidad de subsanar las lagunas o cualquier otra formalidad concierne asimismo a los obstáculos del matrimonio? En este marco, se plantean varios problemas de orden práctico que poniendo de manifiesto a las disposiciones de la mudawana como una traba a las facilidades de las que se beneficiaban anteriormente los marroquíes residentes en el extranjero, y en particular en España, sobre todo por lo que respecta a los obstáculos.

En este sentido podemos mencionar el caso de la marroquí con un español no musulmán y del marroquí con una mujer española que no pertenece al grupo mencionado por el párrafo 5 del artículo 39.

Antes de la entrada en vigor del nuevo Código de la Familia, la práctica admitía la «corrección» de este tipo de matrimonios, subsanando la no mención en el acto del matrimonio de la religión de la parte no marroquí (por omisión o deliberadamente) con una indicación de que el futuro esposo se había convertido al Islam o que la futura esposa era cristiana o judía o se había convertido al Islam a su vez.

En materia de matrimonio mixto, la circular se limita a insistir sobre la observación del requisito de conversión al Islam para el hombre y el requisito de pertenencia de la mujer no musulmana al grupo de personas del libro (*kitabia*) (artículo 39)<sup>404</sup>.

¿Significa esto que no hay manera de corregir este tipo de actos de matrimonio? El nuevo Código de Familia, en particular el artículo 57, establece que: «que el acto del matrimonio es nulo: **cuando existen entre los esposos los obstáculos del matrimonio citados por los artículos 35 y 39**».

Ante la ausencia de directivas (instrucciones) claras en este terreno, ¿cabe hacer intervenir a la justicia marroquí para validar o declarar la no validez de este tipo de matrimonios?

De esta imprecisión nacen varias dificultades prácticas, sobre todo cuando se sabe que en la mayoría de casos, transcurre demasiado tiempo entre la fecha de la celebración del acto de matrimonio y su declaración a las autoridades marroquíes o representaciones marroquíes en el extranjero, con todas las consecuencias que conllevan, en particular en materia de reconocimiento de hijos.

Cabe señalar aquí que una Circular del Ministro de Justicia, de 5 de diciembre de 2006<sup>405</sup>, consideró que es el «**juez de familia**» el competente para pronunciar la autorización de matrimonio entre un extranjero y un marroquí, mencionada en el artículo 65.5 del C.S.P.

La circular cita los documentos a adjuntar a la demanda:

---

404 Ver: BERJAOUI KHALID : Matrimonio mixto y disparidad de culto, *REMALD*, n° 59, 2004, p. 93 y s.

405 Circular n°46 de 5 de diciembre de 2006



- una demanda escrita que contenga la identidad de la persona interesada así como el objeto de la demanda.
- una copia del acto del registro civil.
- una copia legalizada del documento nacional de identidad
- certificado de conversión al Islam
- certificado de aptitud al matrimonio para los extranjeros
- certificado de domiciliación.
- una copia del pasaporte así como la de la página que menciona la fecha de entrada en Marruecos.
- cuatro fotos de identidad recientes.
- certificado de nacionalidad.
- una copia del departamento de antecedentes penales.
- certificado de trabajo.

El juez de familia se encarga, según esta circular de enviar una copia de este informe al Procurador del Rey (antes de esta circular era el procurador general), con el fin de **«asegurar una investigación profunda y general por las autoridades competentes, comprobar el respeto a los obstáculos al matrimonio, el buen comportamiento del extranjero así como que no sea objeto de ninguna sospecha relativa a la seguridad del estado y del orden público. Asimismo es necesario comprobar su actividad profesional y su fuente de ingresos»**.

Siempre en el marco de la posibilidad de subsanar los defectos relativos a los obstáculos, podemos citar el caso del segundo matrimonio celebrado entre marroquíes, tras un primer matrimonio civil o tras un primer matrimonio celebrado de conformidad con las leyes marroquíes cuya resolución de disolución no haya recibido el exequátur en Marruecos (artículo 128) a falta de petición de los interesados.

Esta hipótesis afecta al obstáculo mencionado en el párrafo 6 del artículo 39 relativo al caso de la mujer ya casada o a las reglas de la poligamia que afectan al hombre.

Nos encontramos ante una situación compleja, muy frecuente en el seno de la comunidad marroquí residente en el extranjero.

¿Cabe incluirlo entre los casos en que es posible **«subsanar las lagunas»** de conformidad con la circular del Ministerio de Justicia? ¿O por el contrario es necesario hacer intervenir a la justicia? Y en ese caso, ¿Cuál es la jurisdicción competente, la marroquí o la española?

Es sabido que existe una gran diferencia entre los dos sistemas jurídicos en cuanto al reconocimiento del primer matrimonio civil, y al reconocimiento del matrimonio cuya resolución de disolución no ha obtenido todavía el exequátur.

El artículo 16 del Código de Familia prevé que el acta del matrimonio constituye el único medio de prueba válido del matrimonio y añade: **«que si por razones de fuerza mayor el acto no pudo registrarse en su momento el tribunal**

se basa para el **reconocimiento del matrimonio**, en todas las pruebas legales, en concreto en el **peritaje y la prueba testifical**; la acción para el **reconocimiento del matrimonio** será **válida** durante un **periodo transitorio** no superior a cinco años transcurridos desde la entrada en vigor del Código».

Las disposiciones de este texto suscitaron un gran debate y desconfianza en el seno de la comunidad marroquí en el extranjero, y crearon muchas dificultades y problemas a las personas y jueces acreditados en los consulados marroquíes encargados de celebrar los actos de matrimonio.

Según estas nuevas disposiciones, en adelante el reconocimiento del matrimonio depende exclusivamente de la justicia marroquí. Esta posibilidad queda limitada en el tiempo a 5 años a partir de la fecha de promulgación del nuevo Código, es decir, hasta febrero de 2009.

En lo sucesivo, ya no será válido el procedimiento de reconocimiento del matrimonio celebrado en España ante los adules de los consulados marroquíes, que era aceptado bajo la vigilancia de los jueces-notario en Marruecos, en base al reconocimiento mutuo (Takaror), las declaraciones o los testimonios de los lafifs que constituye una práctica conocida en el Derecho musulmán clásico.

Estas nuevas disposiciones complicaron las formalidades de la prueba del matrimonio y la vida de los marroquíes residentes en España. Además, limitaron su dominio sin ofrecer argumentos concretos basándose en estudios científicos, en estadísticas prácticas y fiables.

¿Estos casos, suponen una regresión o una progresión? ¿Han mejorado las condiciones de los inmigrantes marroquíes? ¿Se han beneficiado de condiciones válidas que les permitan respetar al pie de la letra las disposiciones del Derecho marroquí en esta materia de manera que se justifique la aplicación de estas nuevas disposiciones? ¿En base a qué ha establecido el legislador el plazo de 5 años? ¿Existen objetivos lógicos realizables durante esos 5 años?

Desgraciadamente, la mencionada circular del Ministerio de Justicia no aportó ninguna sugerencia o interpretación en esta materia, dirigida a flexibilizar las dificultades derivadas de estas nuevas disposiciones.

Simplemente se limitó a confirmar lo que prevé el artículo 16 «**insistiendo en el hecho de que se impone una campaña de sensibilización, en vista del desconocimiento de la mayoría de los ciudadanos de las novedades de la mudawana y teniendo en cuenta el plazo de 5 años previsto para el periodo transitorio**».

¿Quién llevará a cabo esta campaña y cuál será su duración? ¿Se alargará hasta febrero de 2009? ¿Cuál será su marco geográfico? ¿Englobará todas las regiones de España y el resto del mundo en que reside la comunidad marroquí?

Esta circular ha restringido las facilidades en esta materia, teniendo en cuenta las condiciones de la comunidad marroquí en el extranjero sobre «**el hecho de informarles de la posibilidad de nombrar a un mandatario en Marruecos para que presente ante el tribunal la solicitud de reconocimiento del matrimonio**».

Asimismo «si los testigos que conocen a los cónyuges se encuentran en el extranjero y no pudieran desplazarse a Marruecos para aportar y presentar sus testimonios ante dicho tribunal, el juez acreditado en la embajada o consulado marroquí en el extranjero (en España) puede autorizar a dos adules para que tomen declaración a los testigos con la condición de que no sea considerado como una prueba del matrimonio y que se expida un certificado de declaración sin mencionar el contrato de reconocimiento del matrimonio».

La circular estimó que las confesiones mutuas «ya no son consideradas como el único acto de prueba del matrimonio», sino que como mucho, cabe la posibilidad de que los dos adules, puedan escuchar a título excepcional a los cónyuges y recoger sus confesiones.

Este documento carece del valor del acta del matrimonio y no basta por si mismo para probarlo; será presentado ante el tribunal marroquí para cualquier demanda o solicitud de reconocimiento de matrimonio.

Es imprescindible prever, sobre todo con respecto a la comunidad marroquí residente en España, la suficiente flexibilidad en cuanto a la aplicación de las nuevas disposiciones de los artículos 14 y 16 para evitar las consecuencias nefastas que conllevaría el reconocimiento de varios actos de matrimonio que, sin duda alguna, tendrán graves consecuencias en el reconocimiento de la filiación de los hijos. Esto fue lo que intentó llevar a cabo el Ministerio de Justicia en una circular de 2 de febrero de 2005<sup>406</sup>.

Esta circular se refiere a las acciones de reconocimiento del matrimonio.

Aunque en un principio se observó que esta acción es excepcional<sup>407</sup>, se solicitó al juez que fuera flexible en este tipo de acciones. Deben reservarles un trato especial, teniendo en cuenta las condiciones que impidieron a las partes respetar el establecimiento del documento del matrimonio en forma y en tiempo.

Las nuevas disposiciones relativas a la filiación contenidas en el Código de Estatuto Personal son flexibles y están revestidas de la voluntad de superar los inconvenientes del pasado, abriendo la puerta al reconocimiento legítimo de muchos niños contrariamente a lo establecido por las antiguas disposiciones.

Sin embargo, los nuevos textos reguladores de la celebración del matrimonio y su reconocimiento van en sentido contrario y constituyen una fuente de inquietudes con respecto a nuestra exposición.

### **c) El poder**

Resulta asimismo importante señalar las normas sobre el poder en el matrimonio que interesan vivamente a los miembros de la comunidad marroquí en el

---

406 Circular nº50 de 2 de febrero de 2005

407 De hecho, una circular nº780 de 2 de septiembre de 2003, insistió en el carácter excepcional de esta autorización, que es apreciado por el juez tomando en consideración las condiciones sociales que condujeron a este matrimonio y solicitando en su caso un peritaje médico.

extranjero, entre los que se encuentran los de España, así como las instancias afectadas por las modalidades de celebración del acto del matrimonio y que han sido objeto de varias solicitudes de clarificación.

El legislador ha regulado esta posibilidad en el artículo 17 del Código de Familia para afrontar las prácticas oscuras y negativas anteriores, y prevé la posibilidad de elegir a un mandatario en el momento de la celebración del matrimonio, y previa obtención de la autorización del juez de familia encargado del matrimonio **«en caso de circunstancias particulares justificadas»**.

Para ello es necesario redactar el poder en un documento oficial que debe contener las informaciones necesarias relativas a los cónyuges y las condiciones de su unión.

*«El poder debe contener entre otras informaciones, el importe de la dote y las modalidades de su pago al cónyuge: inmediato o aplazado...»*

Estas disposiciones por las que el legislador ha querido regular la cuestión del poder en el matrimonio plantean muchos interrogantes en cuanto al lugar del establecimiento del poder y su autorización.

¿Está únicamente permitido en Marruecos ante el juez de familia encargado del matrimonio? ¿Exactamente, qué magistrado es competente? ¿Qué criterio se sigue para determinar el lugar? ¿El lugar de nacimiento? ¿El lugar de residencia en Marruecos si lo hay? ¿Sería igualmente posible realizarlo en España? ¿Qué magistrado sería competente, únicamente el juez de familia encargado del matrimonio en los consulados u otro, por ejemplo un juez español? Todas estas cuestiones podrían surgir en la práctica.

La condición según la cual el poder debe incluir el importe de la dote y las modalidades de pago al cónyuge resultan contrarias a las disposiciones del artículo 14 que únicamente menciona, con respecto a la comunidad marroquí en el extranjero, la obligación de no mencionar la ausencia de dote.

Incluso, la *mudawana* no exige para los matrimonios celebrados en Marruecos, la obligación de precisar el importe de la dote para la celebración del matrimonio, sino que el artículo 27 afirma que en caso de silencio en el momento de su determinación, el contrato de matrimonio será considerado como un matrimonio por delegación.

Este es el caso de la resolución dictada por el Tribunal de Familia (primera instancia) de Tánger el 28 de febrero de 2007<sup>408</sup>.

El tribunal se negó a validar el contrato de matrimonio celebrado en España ante el «centro islámico».

La resolución consideró:

---

408 Resolución nº 455, expediente 205-06.

*«Que aún reuniendo el contrato todas las condiciones religiosas necesarias (islámicas), el matrimonio se celebró ante una parte que no era apta (el centro islámico en España)».*

La resolución hacía referencia al artículo 432 del Código de Procedimiento Civil que establece que:

*«Los actos celebrados en el extranjero ante oficiales o funcionarios públicos competentes son igualmente ejecutables en Marruecos una vez acordado el exequátur, en las condiciones previstas en los artículos anteriores».*

En el caso concreto, fue el marido quien solicitó la anulación del contrato de matrimonio tras haber participado de buen grado en su celebración en España ante «el centro islámico».

Resulta bastante obvio que hubo mala fe. La mujer puede resultar perjudicada por este tipo de soluciones, que resultan posibles por la rigidez de los nuevos textos, puesto que este tipo de uniones puede dar lugar al nacimiento de niños. La forma de celebración de estos matrimonios es válida en el Derecho musulmán clásico.

Además de los argumentos, España reconoce estos matrimonios celebrados «en forma religiosa». Es el resultado de un acuerdo celebrado por el Estado con los representantes de la comunidad musulmana en 1992.

El artículo 3.1 del acuerdo dispone que el matrimonio puede ser válidamente celebrado bajo la forma coránica por una de las autoridades religiosas musulmanas acreditadas o reconocidas por la ley<sup>409</sup>; es el caso del Centro Islámico de España.

## **B) Las disposiciones de la disolución del matrimonio y sus efectos**

Los procedimientos de disolución del matrimonio siguen siendo la fuente de muchas dificultades para los miembros de la comunidad marroquí en España.

En efecto, las normas de Derecho marroquí en esta materia, quedan muy lejos del sistema jurídico español que ha seguido el modelo de los convenios europeos e internacionales de los derechos humanos y han adoptado los principios de libertad y de igualdad total entre el hombre y la mujer, en el momento de la disolución del matrimonio y sus efectos.

Por el contrario, la legislación marroquí, a pesar de los esfuerzos desplegados en el nuevo Código de Familia para acercarse al ejemplo internacional, contiene todavía puntos de desequilibrio entre el poder del hombre y el de la mujer en esta materia. Esta desigualdad puede servir de pretexto a los tribunales españoles para no aplicar las decisiones judiciales marroquíes.

---

409 QUINONES ESCAMEZ ANNA: «La reception du nouveau code de famille marocain en Europe», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004.3, p. 879.

Además, la rigidez de ciertas modalidades de forma relativas a la disolución del matrimonio acentúa los problemas de la comunidad marroquí en España en esta materia.

A pesar de su modificación, el Código de Familia conserva una situación privilegiada para el hombre en la disolución del matrimonio, que contrariamente a la mujer, dispone de un amplio poder en esta materia, ya que puede solicitar la disolución del matrimonio por iniciativa propia sin necesidad de justificarse o basarse en argumentos precisos previstos jurídicamente.

Observamos esto en la resolución dictada por el Tribunal de Familia de Tánger el 23/05/2006 que permitió al marido repudiar a su mujer porque ella **«rechazó vivir con él en Marruecos y que se encuentran en una situación de discordia continua»**.

El marido exponía en su demanda el hecho de que su esposa no **«se viste convenientemente en España»**. La esposa fue repudiada a pesar de haber probado que el marido tenía un domicilio en España y que desde el principio se pusieron de acuerdo para vivir en España.

Ella alegó que el marido quería imponerle que se vistiera de una manera que no conviene a los tiempos modernos<sup>410</sup>.

Esta tendencia viene confirmada por una resolución dictada por este mismo tribunal en la misma fecha<sup>411</sup>.

El tribunal aceptó la demanda del marido de repudiar a su mujer porque **«ella había abandonado el domicilio conyugal»**.

El contenido de la resolución no demuestra que los derechos de la defensa hayan sido respetados. Ninguna citación establece que la mujer haya estado presente y se le haya dado audiencia ni siquiera durante el procedimiento obligatorio de conciliación.

Este tipo de resoluciones carecerán por completo de efectos en España. Las tribunales de este Estado se negarán a acordar el exequátur a las resoluciones que pronuncien disoluciones de matrimonio bajo forma de repudio, ya que ésta no respeta los derechos de la defensa<sup>412</sup>.

Para paliar las imperfecciones del CSP en esta materia, el Ministerio de Justicia envió una circular a los presidentes de los Tribunales de Primera Instancia y a los jueces encargados de divisiones en el seno de los Tribunales de Familia<sup>413</sup>.

La circular observaba que en la práctica judicial, algunas veces, el acto de divorcio estaba instrumentado por los adules «sin presencia de la mujer que no había sido invitada».

---

410 En este sentido, ver la resolución n° 613, expediente n° 66/06

411 Resolución del tribunal de familia de Tánger n° 61/06.

412 Ver en este sentido: QUINONES ESCAMEZ ANNA: « La reception du nouveau code... », op.cit, p. 889, Esta resolución es contraria al artículo 23.2 de la Convención hispano-marroquí de cooperación judicial de 13 de mayo de 1999.

413 Circular n°47 de 5 de diciembre de 2006

El Ministerio insistió en esta circular en la importancia de la presencia de la mujer en el momento de la conciliación del divorcio ante los adules como parte fundamental en el contrato.

La presencia de la mujer le permitirá saber la fecha del divorcio y sus efectos, como el periodo de viudedad.

La circular ordenó a los jueces resolver todos los casos de divorcio en forma de decisión motivada en base al artículo 88 (CSP) en presencia de las dos partes del contrato y recogiendo sus alegaciones y demandas.

Por el contrario, la mujer goza de un poder limitado en la *mudawana*: divorcio por malos tratos, incumplimiento de la obligación de manutención, como consecuencia del juramento de continencia o por abandono (artículos 98 a 113).

La mujer puede por supuesto recurrir al procedimiento del *khol'* (artículos 115 a 120) o al procedimiento del *chiquaq* introducido por el nuevo Código de Familia (artículos 94 a 97)<sup>414</sup>, o el divorcio por incumplimiento de alguna de las condiciones del matrimonio (artículo 99) o el divorcio por mutuo consentimiento (artículo 114).

Sin embargo, estas posibilidades siguen siendo limitadas en comparación con las permitidas al hombre.

A pesar de la evolución producida, este flagrante desequilibrio en la *mudawana* resulta inadmisibles para el juez español que se basa en unos textos y un orden público que asume las disposiciones de los convenios europeos e internacionales de los derechos del hombre.

Las decisiones judiciales marroquíes basadas en normas jurídicas locales en la materia sobre todo las relativas al repudio serán consideradas contrarias al orden público español ya que ofrecen soluciones contrarias a los **principios de libertad y de igualdad** recogidos en los convenios internacionales.

Las resoluciones marroquíes basadas en estas normas serán consideradas contrarias al orden público español y no se beneficiarán del exequátur.

Si bien es cierto que el legislador ha introducido en el artículo 128 disposiciones que demuestran que de alguna manera se han tomado en consideración estas dificultades prácticas, éstas suscitan sin embargo ciertos interrogantes y requieren ciertas precisiones.

Este artículo dispone que las resoluciones de disolución del matrimonio, divorcio o *khol'* o anulación por las jurisdicciones extranjeras, entre ellas las que

---

414 En efecto, el procedimiento de disolución de matrimonio por discordia es la innovación más grande del legislador marroquí. Facilita la tarea de la mujer en esta materia y establece un equilibrio entre ella y el marido, si bien la práctica judicial resulta inestable en la aplicación de estas normas. Lo observamos en una resolución dictada por el tribunal de primera instancia de Khemisset de 27 de septiembre de 2005 (Resolución nº 802, expediente nº 381/05), que no dio la razón a la mujer demandante de la disolución del matrimonio por discordia aunque se reunían las condiciones. Afortunadamente el tribunal de apelación corrigió esta resolución con una sentencia dictada el 5 de junio de 2006 (sentencia nº 164, expediente nº 10/2006/6).



emanan de los tribunales españoles, son susceptibles de exequátur siempre que hayan sido dictadas por un tribunal especializado y que los motivos en que se basen no sean contrarios a los motivos de disolución de la relación matrimonial previstos por la *mudawana*.

Esto mismo ocurre con los actos celebrados en el extranjero en presencia de los oficiales y los funcionarios públicos especializados una vez cumplidos los requisitos del procedimiento de exequátur de conformidad con las disposiciones de los artículos 430, 431 y 432 del Código de Procedimiento Civil.

Si el legislador se hubiera limitado en la nueva *mudawana* a la primera parte de este texto, se habría dicho que se trata de una innovación introducida con el fin de simplificar el procedimiento de reconocimiento de la disolución celebrada en el extranjero, como lo hubieran deseado una gran parte de la comunidad marroquí en el extranjero y los medios marroquíes en el extranjero afectados por estos problemas cotidianos.

Las disposiciones de la segunda parte que confirman el tenor del Código de Procedimiento Civil pueden complicar la vida de los miembros de la comunidad marroquí en España así como la de los representantes consulares y los jueces adscritos a la misión diplomática.

Y esto porque todos esperaban una simplificación de las formalidades de reconocimiento de esta disolución del matrimonio en Marruecos, dirigida a flexibilizar los requisitos, su tiempo y los gastos, teniendo en cuenta las condiciones de vida, de alejamiento y de inestabilidad, así como la severidad de la legislación española en cuanto a los permisos de residencia y las visas...

La aplicación práctica vigente antes de la nueva *mudawana* iba dirigida en este sentido, sobre todo de cara al vacío de estas disposiciones que no contenían un texto claro y preciso a este respecto.

Sin embargo, algunos convenios bilaterales previeron esto, como en el caso del convenio franco-marroquí relativo al estado de la persona y de la familia firmado en 1981 cuyo artículo 14 prevé la posibilidad de inscribir las resoluciones sobre los individuos en los libros del registro civil sin necesidad de recurrir al exequátur.

Esta previsión en la *mudawana* complicaría demasiado las cosas y conllevaría consecuencias secundarias en la práctica en el caso de la concretización de los efectos de la disolución del matrimonio, al celebrarse un nuevo matrimonio.

De la misma manera que la disolución del matrimonio podrá ser reconocida por los tribunales y las autoridades españolas y no reconocida por los marroquíes.

En este punto, la mencionada circular del Ministerio de Justicia se limita a insistir en el procedimiento de exequátur de manera que la disolución del matrimonio dictada por los tribunales extranjeros sea efectiva en Marruecos.

Además solicita a los jueces marroquíes en el extranjero que lleven a cabo a una campaña de sensibilización entre los miembros de la comunidad marroquí

en el extranjero, que les informen de la posibilidad de designar a un mandatario que realizará las formalidades en Marruecos y por último que les ayuden en la redacción de una solicitud de exequátur dirigida al Ministerio Fiscal...

La alusión de la circular a los motivos no contradictorios con los de la *mudawana* ha suscitado varios interrogantes sobre el grado de conocimiento del tenor de la legislación europea en esta materia, entre la que se encuentra la española.

Puesto que en los motivos de disolución del matrimonio en estos países se garantiza la igualdad entre el hombre y la mujer, ¿cómo garantizar entonces que éstos no son contrarios a los establecidos por la *mudawana*?

Entre los interrogantes y las interpretaciones que suscitan las nuevas disposiciones en materia de disolución del matrimonio, cabe por una parte generalizar el procedimiento judicial para todos los casos de disolución del matrimonio, en la medida en que estas disposiciones se interpretan sobre todo como garantía jurídica para las dos partes y sobre todo para la mujer y los hijos.

Por otra parte, supone un esfuerzo dirigido a garantizar mejor las condiciones de exequátur de las decisiones judiciales marroquíes en el extranjero. Esto no impide que estas nuevas disposiciones sean consideradas como un ataque a las facilidades de las que disfrutaban antes los miembros de la comunidad marroquí en el extranjero, ante las misiones diplomáticas.

Es por esto que hay que tomar en consideración sus condiciones de trabajo y, en algunos casos, la irregularidad de su situación jurídica, lo que les permitiría proceder a las tentativas de reconciliación ante el juez-notario en el consulado, en base al artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y a la Circular del Ministerio de Justicia n° 1088 de 27 de enero de 2004, que les permite el nombramiento de una persona que podrá llevar a cabo el resto de las formalidades de disolución del matrimonio en Marruecos.

En este sentido, la circular tomó en consideración estas situaciones y solicitó a los jueces que orientaran a los miembros de la comunidad marroquí en el extranjero para que adoptaran el procedimiento de disolución del matrimonio por mutuo consentimiento ya que este procedimiento facilita las formalidades. Debe ir acompañado de un acuerdo redactado en la certificación adular que preconiza la necesidad de seguir el procedimiento judicial en vista del reconocimiento de la disolución del matrimonio.

Asimismo, según la circular ambas partes pueden solicitar la exención del procedimiento de conciliación en Marruecos. Únicamente es necesario señalar la dirección del consulado más cercano para poder solicitar una tentativa de reconciliación entre las partes si el tribunal lo solicita. Esta posibilidad es válida en caso de disolución del matrimonio por *khol'*.

La práctica judicial marroquí vela, antes de la resolución final de disolución del matrimonio, por el respeto del procedimiento de conciliación, encargando

este procedimiento a los cónsules marroquíes en España, a través de diligencias preliminares<sup>415</sup>.

Si bien esta práctica se preocupa por respetar las nuevas disposiciones del Código de Familia, en particular los artículos 81 y 82, y de imponer asimismo una mayor garantía para la mujer y los hijos<sup>416</sup>, en varios casos sin embargo puede ser considerada por los marroquíes residentes en España como una complicación del procedimiento y una pérdida de tiempo, sobre todo si la disolución del matrimonio es solicitada por ambos cónyuges.

Sin embargo en varias resoluciones consultadas, los jueces marroquíes observan simplemente en las demandas de exequátur el respeto de las condiciones de forma impuestas por los artículos 430 y 431 del CPC, sin interesarse por el fondo de la resolución, y ello de acuerdo con los procedimientos de exequátur normalmente conocidos en el Derecho Internacional Privado comparado<sup>417</sup>.

Entre las principales fuentes de dificultades prácticas para los miembros de la comunidad marroquí en el extranjero y en España, encontramos el tema del poder en la disolución del matrimonio.

La *mudawana* prevé de manera clara el poder en el matrimonio pero no contiene disposiciones expresas relativas al poder en la disolución del matrimonio.

La comunidad marroquí en el extranjero insiste en este punto, en vista de la realidad práctica que requiere la previsión de esta posibilidad apoyada por las dificultades de desplazamiento como consecuencia de las grandes distancias o de los medios económicos.

La comisión encargada de crear una guía práctica de la *mudawana*<sup>418</sup> debatió mucho sobre esta posibilidad pero la opinión dominante no la aprobó. En consecuencia, a pesar de la importancia de esta preocupación, la circular del Ministerio de Justicia mencionada no la recogió.

---

415 Diligencias preliminares del tribunal familiar de Khemisset :

- Consulado marroquí en Valencia :

\* n° 1, expediente 609/06 de 4/01/07

\* n° 23, expediente 642/05 de 12/12/05

\* n° 18, expediente 153/06 de 12/06/06

\* n° 10, expediente 133/06 de 04/05/06

- Consulado marroquí en Barcelona :

\* n° 271, expediente 601/06 de 31/10/66

416 Artículo 82 : « ... en caso de existencia de hijos, el tribunal emprenderá dos tentativas de reconciliación espaciadas en un periodo mínimo de treinta días».

417 Ver en este sentido :

- la resolución del tribunal familiar de Tánger de 1 de marzo de 2007, n° 509, n° del expediente 2465/06

- la resolución del tribunal de Rabat de 25/1/2007 n° de expediente : 10/1801/06 y la de 18/12/2006, n° 1573 n° de expediente 10/1480/06.

- la resolución del tribunal de familia de khemisset de 14/01/07, n° 31, n° de expediente 14/07.

418 Ministerio de Justicia « Guía práctica del Código de Familia », Asociación de la Publicación de la Información Jurídica y Judicial, Serie « Compendios y guías », n° 1.

Si bien las normas de disolución del matrimonio –fuente de la mayoría de los conflictos planteados– deben ser detalladas, claras y precisas, sobre todo para la comunidad marroquí en el extranjero, deben ser sin embargo flexibles en su aplicación, de la misma manera que es necesario evitar la dualidad de situaciones jurídicas: el reconocimiento de una situación en un sistema jurídico (español) y el no reconocimiento en otro sistema (marroquí).

Igualmente es necesario no poner en duda los derechos adquiridos por los individuos y velar por la estabilidad de las situaciones jurídicas sin vulnerar los derechos de los hijos, la filiación y el mantenimiento, y los derechos de las mujeres como consecuencia de la disolución del matrimonio.

### III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El nuevo Código de Familia ofrece bastantes medios para la estabilidad y la quietud de la familia marroquí y garantiza los derechos de la mujer y de los hijos en comparación con lo que regía anteriormente.

Las disposiciones de esta *mudawana* dieron la impresión de tomar en consideración las situaciones de los miembros de la comunidad marroquí en el extranjero ya que prevén normas específicas que les conciernen.

Sin embargo, su aplicación práctica no debe poner en duda las facilidades de las que se beneficiaba esta comunidad dada su situación específica.

El Ministerio de Justicia, a través de la observación de la práctica judicial debería prever nuevas circulares que tomen en consideración las dificultades de aplicación para orientar a los profesionales en el sentido de una interpretación flexible, positiva y rápida de los textos de fondo y procedimientos<sup>419</sup>.

Preocupados por la importancia de la coordinación entre ellos para superar las dificultades encontradas por sus conciudadanos, en las relaciones privadas internacionales en materia de estatuto personal, Marruecos y España firmaron un Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa el 30 de mayo de 1997.

En el preámbulo, ambos países consideraron que «**el establecimiento de un sistema de reconocimiento y de ejecución de resoluciones judiciales permitirá estimular la confianza recíproca en sus instituciones judiciales**».

---

419 La circular nº4 de 16 de febrero d 2004 insiste sobre el interés de la rapidez de ejecución de los procedimientos en general para garantizar una correcta aplicación del nuevo CSP, la circular nº 45 de 5 de diciembre de 2006 ordena a los jueces que velen por la rapidez de los procedimientos de autorización de instrumentar el acta de matrimonio desde que observan la aportación de todos los documentos a adjuntar al expediente del contrato de matrimonio y la circular nº 48 de 26 de enero de 2005 insiste igualmente sobre la rapidez de los procedimientos y la flexibilidad en las acciones de reconocimiento del matrimonio para participar en el esfuerzo nacional de generalización de la inscripción de los hijos en el registro civil.

El artículo 22 dispone que:

*«... Las resoluciones judiciales en materia civil..., dictadas por órganos jurisdiccionales de alguno de ambos Estados Contratantes, tendrán autoridad de cosa juzgada y fuerza ejecutiva en el otro Estado».*

Pero este artículo excluye las decisiones dictadas en materia testamentaria y de sucesiones.

El artículo 23 de este convenio fija las condiciones que deben reunir las decisiones judiciales de ambos Estados para gozar de la autoridad de cosa juzgada en el territorio del otro Estado, a saber:

- «1- La resolución emana de un órgano jurisdiccional competente según las normas aplicables en el país en que hubiera sido dictada;*
- 2- Las partes han sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes.*
- 3- La resolución ha adquirido autoridad de cosa juzgada y ha llegado a ser ejecutiva conforme a las leyes del Estado en que haya sido dictada.*
- 4- La resolución no contiene disposiciones contrarias al orden público del Estado en que se solicite la ejecución, ni a los principios del Derecho internacional que sean aplicables en el mismo. Tampoco deberá ser contraria a una resolución judicial dictada en ese mismo Estado y que haya adquirido autoridad de cosa juzgada.*
- 5- Que no se encontrase pendiente ningún proceso entre las mismas partes y por el mismo objeto ante algún órgano jurisdiccional del Estado requerido antes de iniciarse la acción ante el tribunal que haya dictado la resolución que deba ejecutarse.*

Las pocas disposiciones introducidas en este convenio pueden contribuir a superar algunas dificultades prácticas encontradas por los ciudadanos de ambos países.

Sin embargo, ambos países podrían haber llegado más lejos en este convenio y haber dotado de mayor autoridad a sus autoridades centrales (los Ministerios de Justicia) en cuanto a la regulación de las dificultades prácticas, como previó por ejemplo el convenio franco-marroquí.

El artículo 16 de este convenio dispone que:

*«los ministerios de justicia de ambos Estados son designados como autoridades centrales encargadas de satisfacer las obligaciones que les son impuestas por el presente convenio.  
A estos efectos, estas autoridades se comunicarán directamente entre ellas y en su caso, delegarán en las autoridades competentes...».*

Además, el artículo 16 prevé la creación de una comisión mixta consultiva, compuesta por representantes de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Justicia.

En la práctica, los trabajos de esta comisión resultaban muy prácticos y alentadores e hicieron posible acelerar los procedimientos de resolución de litigios y la ejecución de resoluciones.

En efecto, estas disposiciones están previstas en los artículos 3 y 5 del convenio hispano-marroquí de cooperación judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia de derecho de guarda y custodia y derecho de visita y devolución de menores que no afecta al matrimonio y su disolución.

Los esfuerzos de las autoridades marroquíes y españolas deberán centrarse en permitir a los ciudadanos de ambos estados superar las dificultades encontradas en la práctica.

En este sentido cabe hacer las siguientes recomendaciones:

1. Fomentar la flexibilidad en la aplicación de ciertas disposiciones del Código de Familia. Es el caso de los «**dos testigos musulmanes**».

Esta formalidad basada en la religión, no está permitida ante los encargados del registro civil españoles, lo que podría conllevar el no reconocimiento de los contratos celebrados en España si nos referimos a los términos del artículo 14 (CSP).

Esta es la tendencia que se sigue en la práctica judicial marroquí. Es el caso de la sentencia del Tribunal de Apelación de Rabat de 14/02/07<sup>420</sup>. El tribunal consideró que «**de la lectura del contrato se deduce que los testigos no eran musulmanes**».

2. Fomentar la celebración de contratos de matrimonio ante los representantes de las dos autoridades (registros civiles y consulados) para garantizar el respeto de las condiciones obligatorias establecidas por las dos legislaciones y por tanto el reconocimiento de los lazos que resultan.

Encontramos la preocupación del reconocimiento del matrimonio por ambos estados en una circular del Ministerio de Justicia marroquí de 5 de diciembre de 2006<sup>421</sup>.

Esta circular se refiere a la autorización del matrimonio de los menores de 18 años.

El CSP lo permite de manera excepcional en el artículo 20 previa autorización del juez de familia. Sin embargo la circular ordena a los jueces que informen a

---

420 Sentencia n° 39, expediente n° 236/2006/10.

421 Circular n°44 de 5 de diciembre de 2006

los marroquíes residentes en el extranjero de que este tipo de matrimonio no será reconocido en el extranjero sin la necesaria autorización.

3. En España, cabe destacar el acuerdo celebrado con los representantes de la comunidad musulmana que permite la celebración del matrimonio «bajo la forma coránica» por las autoridades religiosas musulmanas y que no será reconocido en Marruecos ya que las disposiciones del artículo 128 del C.S.P marroquí únicamente reconocen « **los actos celebrados ante los oficiales y los funcionarios públicos competentes ...** ». Esto ya ha sido confirmado por la jurisprudencia marroquí citada.

En cuanto al matrimonio de una marroquí musulmana con un español según el procedimiento civil, es importante asegurarse de que las partes conocen el contenido de las legislaciones y sobre todo del Derecho marroquí.

Se les puede orientar hacia la celebración de testamentos a favor de la mujer y los hijos para paliar las disposiciones que no permiten la sucesión entre un musulmán y un no musulmán (art. 332 C.S.P).

4, en cuanto a la disolución del matrimonio:

- cabe orientar a los tribunales españoles para que dicten disoluciones en base a la discordia para garantizar el exequátur en Marruecos de estas resoluciones.
- por su parte, los tribunales marroquíes deberán evitar basar la disolución del matrimonio en la voluntad única del marido para garantizar el exequátur en España. Este procedimiento de disolución se asimila al repudio, figura que choca con la mentalidad española.
- las autoridades marroquíes deberán prever la puesta a disposición de los residentes en el extranjero de un servicio único que les asista en sus procedimientos judiciales, teniendo en cuenta sus particularidades y su falta de disponibilidad y de tiempo.

## IV. BIBLIOGRAFÍA

### 1. OBRAS DE REFERENCIA

*En francés:*

- AHMED ABDELKRIM SALAMA: *Principes du droit international privé islamique et comparé*, Editions Annahda Alarabia, Le Caire 1989
- BAGBAG MOHAMED: *Le privilège de nationalité*, DES, Tunis 1997
- BATIFFOL HENRI et LAGARDE PAUL: *DIP*, Tome I, LGDJ, Paris 1983



- BATTIFOL HENRI: *Aspects philosophiques du D.I.P*, Dalloz, Paris, 1959
- BELMIR SAADIA: *Le statut personnel des étrangers en droit marocain, les relations familiales*, Publications Association de développement des recherches et études judiciaires, Imprimerie L'océan Rabat 198, et aussi *Les relations familiales en droit international privé marocain*, Publication Association de développement des recherches et études judiciaires, 1988
- CARLIER JEAN-YVES: *La condition des personnes dans l'union européenne*, université libre de Bruxelles (ULB), 2004
- CARLIER JEAN-YVES: *Les conditions des personnes dans l'Union Européenne* UCL, 2004
- CARLIER JEAN-YVES et FOBLETS MARIE CLAIRE: *Le code marocaine de la famille, incidences au regard du DIP en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2005
- CHEHATA CHAFIQ: *Etude du droit musulman* PUF, 1979
- CHERIF NOUREDDINE: *Les conflits de loi en matière de mariage en droit international privé marocain*, DES, Droit privé Rabat 1963
- DECROUX PAUL: *Droit privé*, Tome II, Collection manuel de droit et d'économie du Maroc, Edition La Porte Rabat 1963
- EL GEDDAWY A.KESSMAT: *Relation entre système confessionnel et laïc en droit international privé*, Librairie Dalloz 1971
- ISSAD MOHAND: *Droit international privé*, Tome I, Editions Publisud, Paris 119
- IDRIS ALAOUI ABDELAOUI) et KOUZBARI MAMOUN *Explications du nouveau code de procédure civile* Rabat 1975
- MERCIER PIERRE: *Conflits de civilisations et DIP: polygamie et répudiation* Genève, Droz 1972
- MENARD PIERRE: *Traité de droit international privé marocain*, Tome I Les éditions internationales 1935
- MENARD PIERRE: *Traité de diplomatie*, Tome I p. 133
- MOULAY R'CHID ABDERRAZAK: *L'exequatur des jugements étrangers en droit international privé marocain. Du protectorat à 1979*, DES, Droit Privé, Rabat 1973
- MOULAY RCHID ABDERRAZAK: *Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans*, tiré à part du recueil des cours de l'académie de droit international, tome 268 (1997), Martinus Nijhoff Publishers, 1999 (the Hague-Boston-London)
- Ministère de la Justice *Guide pratique du Code de la Famille*, Association de la Publication de l'Information Juridique et Judiciaire, Série «Précis et guides, n° 1
- MOUSSA ABBOD: *La condition juridique du mineur au Maroc*, Collection de la faculté de Droit Rabat, Editions La Porte Rabat 1968
- OUKACHA ABDELAL: *DIP*

- PASTORE FERRUCCIO: *Familles entre les droits – essai de reconstruction socio-historique de la condition juridique des familles migrantes de pays arabo-musulmans vers l'Europe*, thèse, Firenze, institut universitaire européen, 1996
- RIAD FOUAD: *Le droit international privé*

### **En árabe:**

- AZZEDINE ABDULAH: *El derecho internacional privado, conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción* », 1977
- BERJAOUI KHALID: *El derecho internacional privado en materia de estatuto personal*, Dar El Qalam, Rabat, 1ª edición, 2001
- BERJAOUI KHALID: «*El derecho internacional privado y el derecho de familia*», Dar El Qalam, Rabat 2ª edición, 2006. FOULOUS ABDELMOUNAIM: *El estatuto personal de los marroquíes residentes en España*, Memoria de D.E.S. en Derecho privado, Facultad de ciencias jurídicas, económicas y sociales, Rabat- Souissi Rabat 1995-1996
- HICHAM ALI SADEQ, *Curso de derecho internacional privado*, Ediciones universitarias, Beyrout, 1986
- JABER JAD ABDERRAHMAN: *El derecho internacional privado árabe Le droit international privé arabe*, 3ª parte *Los conflictos de leyes* », Editions 1961
- RHOMIJA ABDELMAJID: *La dualidad de la doctrina y el derecho en el campo del estatuto personal* », Association de la publication de l'information juridique, Rabat 2007
- SALIM MOHAMED: *Las relaciones convencionales entre Marruecos y los estados árabes*, DES, Derecho público, Rabat 1987

## **2. ARTÍCULOS**

### **En francés:**

- A. ALDEEB ABU-SAHLIEH SAMI: *Conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe*, R.I.D.C. 1997
- BENJEMIA MONIA: *Répudiation islamique et effet atténué de l'ordre public*, in le code tunisien de DIP, deux ans après, centre de publication universitaire 2003, Tunis
- BERJAOUI KHALID: *Mariage mixte et disparité de culte en DIP*, Revue II Ichaa, N° 18, 1999 et REMALD, n° 59, 2004
- CHARFI MOHAMED: *Influence de la religion dans le droit international privé en pays musulman*, R.C.A.D.I., 1987, Tome. 3, p. 320

- DEPREZ JEAN: *DIP et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système Islamique de statut personnel* ; R.C.A.D.I, T. 211, 1988, IV, p. 9
- DERMICH ABDELAH: *La valeur du jugement étranger au Maroc à la lumière de la législation et des conventions judiciaires conclues par le Maroc*, Revue du Barreau, n°20 1982 p. 13
- FOBLETS MARIE CLAIRE y LOUKILI MOHAMED: *Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe ?*, revue critique de droit international privé, n° 3, juillet-septembre, 2006, p. 521
- MOULAY RCHID ABDERRAZAK: *Quelques solutions pour le statut personnel des émigrés marocains en Europe ?*, in le DIP dans les pays maghrébines, les conflits de lois: le statut personnel, cahiers des droits maghrébines, 1995
- MOULAY RCHID ABDERRAZAK: *Les grandes lignes du DIP marocain en matière de statut personnel*, R.D.E., n° 7, 1991
- QUINONES ESCAMEZ ANNA: *La réception du nouveau code de famille marocain en Europe*, Rivista di diritto internazionale privato e processuale, N° 3, LUGLIO - Settenfre 2004, p. 879
- SERHANE FATNA: *Le nouveau code marocain de la famille* GAZ. Pal, septembre 2004
- SERHANE FATNA: *L'apport du projet du code de la famille en matière de dissolution du mariage: le changement dans la continuité et le renouveau*, colloque sur la moudouana les actes, université Mohammed V-Souissi, 2003

#### **En árabe:**

- ADERWICH SOUFIANE: *Cómo leer las disposiciones de ejecución de las resoluciones extranjerías a la luz del artículo 128 del Código de Familia* Revista judicial y de derecho, 1996
- BERJAOUI KHALID: *Apreciación del Código de Familia a la luz del Derecho Internacional Privado*, publicado en Mélanges en Homenaje al Profesor Jalal Essaid, Tomo 1, 2005
- BERJAOUI KHALID: «*El grado de satisfacción de las reivindicaciones de la sociedad civil y política marroquí por el Código de Familia marroquí*», Serie guía del Código de Familia de Marruecos, n°4 Dar El Qalam, Rabat 2004
- BERJAOUI KHALID: *El privilegio de masculinidad en Derecho internacional privado marroquí*, Revista marroquí de derecho, política y de economía, número especial Marzo 1999
- BERJAOUI KHALID: *Matrimonio mixto y diversidad de culto*, REMALD, n° 59, 2004, p. 93
- BERJAOUI KHALID: «*El Derecho de la familia en Marruecos entre el Código de Estatuto Personal y los Convenios internacionales de derechos humanos*, publicado

en *Mujer y Estado de Derecho*, Publicación de la Cátedra Unesco *La mujer y sus derechos*, Serie Coloquio, n°1, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales Rabat-Souissi des sciences juridiques, économiques et sociales Rabat- Souissi, Dar El Qalam, Rabat 2004

- TAGMANT MOHAMED: *El matrimonio y el divorcio de los marroquíes residentes en el extranjero a la luz de la reforma*, Mesa redonda sobre las novedades del Código de Familia, Noviembre 2003, Universidad Mohamed V Souissi, p. 65
- WAKILI MOHAMED: «*El control de la aplicación del derecho extranjero a través de dos sentencias de la Corte Suprema*, en *Revista marroquí de derecho, política y economía*, n°5 p. 83
- YNTEMA HESSLE: *Los objetivos del D.I.P*, R.C.D.I.P., 1959, Enero, Marzo, p. 1



- MOULAY RCHID ABDERRAZAK : « Quelques solutions pour le statut personnel des émigrés marocains en Europe ? », in le DIP dans les pays maghrébines, les conflits de lois : le statut personnel, cahiers des droits maghrébines, 1995.
- MOULAY RCHID ABDERRAZAK : « Les grandes lignes du DIP marocain en matière de statut personnel », R.D.E., n° 7, 1991.
- QUINONES ESCAMEZ ANNA: « La réception du nouveau code de famille marocain en Europe », Rivista di diritto internazionale privato e processuale, N° 3, LUGLIO – Settenfre 2004, p. 879.
- SERHANE FATNA : « Le nouveau code marocain de la famille » GAZ. Pal, septembre 2004.
- SERHANE FATNA : « L'apport du projet du code de la famille en matière de dissolution du mariage : le changement dans la continuité et le renouveau », colloque sur « la moudouana les actes », université Mohammed V-Souissi, 2003

### بالعربية :

- أدريوش سفيان: « كيفية قراءة مقتضيات تنفيذ الأحكام الأجنبية على ضوء المادة 128 من مدونة الأسرة », مجلة القضاء والقانون، 2006.
- برجواي خالد: « تقييم مدونة الأسرة على ضوء القانون الدولي الخاص », منشورة في « Mélanges », تكريم الأستاذ جلال السعيد، الجزء 1، 2005.
- برجواي خالد: « درجة استجابة قانون الأسرة الجديد لمطالب المجتمع المدني والسياسي المغربي », سلسلة دليل مدونة الأسرة بالمغرب، العدد 4، دار الكلام، الرباط، 2004.
- برجواي خالد: « امتياز الذكورة في القانون الدولي الخاص المغربي », المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد خاص مارس 1999.
- برجواي خالد: « قانون الأسرة في المغرب بين مدونة الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان », في « المرأة ودولة الحق والقانون », منشورات كرسى اليونسكو « المرأة وحقوقها », سلسلة ندوات، ع 1، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط- السويسي، دار الكلام، الرباط، 2004.
- تكمنت محمد: « زواج وطلاق المغاربة بالخارج على ضوء الإصلاح », مائدة مستديرة حول مستجدات مدونة الأسرة، نونبر 2003، جامعة محمد الخامس، السويسي، ص.65.
- الوكيل محمد: « مراقبة تطبيق القانون الأجنبي عبر قرارين للمحكمة العليا », المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، ع5، ص.83.
- ينثيما هيسل: « أهداف القانون الدولي الخاص », R.C.D.I.P., 1959، يناير، ص.1.

- PASTORE FERRUCCIO : « Familles entre les droits – essai de reconstruction socio-historique de la condition juridique des familles migrantes de pays arabo-musulmans vers l'Europe », thèse, Firenze, institut universitaire européen, 1996.
- RIAD FOUAD : « Le droit international privé ».

## بالعربية

- عز الدين عبد الله: « القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي»، 1977.
- برجواي خالد: « القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية»، دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى، 2001.
- برجواي خالد: « القانون الدولي الخاص وقانون الأسرة»، دار القلم، الرباط، الطبعة الثانية، 2006.
- الفلوس عبد المنعم: « الأحوال الشخصية للمغاربة المقيمين بالخارج»، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط-السويسي، الرباط 1995-1996.
- هشام علي الصادق: « دروس في القانون الدولي الخاص، منشورات جامعة بيروت، 1986.
- جابر جاد عبد الرحمان: « القانون الدولي الخاص العربي»، الجزء الثالث، « تنازع القوانين»، منشورات 1963.
- غميجة عبد المجيد: « ثنائية المذهب والقانون في مجال الأحوال الشخصية»، جمعية نشر المعلومات القضائية، الرباط، 2007.
- سليم محمد: « العلاقات الاتفاقية الدولية بين المغرب والدول العربية»، دبلوم الدراسات العليا، القانون العام، الرباط 1987.

## 2. المقالات

### بالفرنسية :

- A. ALDEEB ABU-SAHLIEH SAMI : « Conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe », R.I.D.C. 1997.
- BENJEMIA MONIA : « Répudiation islamique et effet atténué de l'ordre public », in le code tunisien de DIP, deux ans après », centre de publication universitaire 2003, Tunis.
- BERJAOUI KHALID : « Mariage mixte et disparité de culte en DIP », Revue II Ichaa, N° 18, 1999 et REMALD, n° 59, 2004.
- CHARFI MOHAMED : « Influence de la religion dans le droit international privé en pays musulman », R.C.A.D.I, 1987, Tome. 3, p. 320.
- DEPREZ JEAN : « DIP et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système Islamique de statut personnel » ; R.C.A.D.I, T. 211, 1988, IV, p. 9.
- DERMICH ABDELAH: « La valeur du jugement étranger au Maroc à la lumière de la législation et des conventions judiciaires conclues par le Maroc », Revue du Barreau, n°20 1982 p. 13.
- FOBLETS MARIE CLAIRE et LOUKILI MOHAMED : « Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille : quelles implications pour les marocains en Europe ? », revue critique de droit international privé, n° 3, juillet-septembre, 2006, p. 521.



- BATTIFOL HENRI : « Aspects philosophiques du D.I.P », Dalloz, Paris, 1959.
- BELMIR SAADIA: «Le statut personnel des étrangers en droit marocain, les relations familiales», Publications Association de développement des recherches et études judiciaires, Imprimerie L'océan Rabat 198, et aussi «Les relations familiales en droit international privé marocain», Publication Association de développement des recherches et études judiciaires, 1988.
- CARLIER JEAN-YVES : « La condition des personnes dans l'union européenne », université libre de Bruxelles (ULB), 2004.
- CARLIER JEAN-YVES : « Les conditions des personnes dans l'Union Européenne » UCL, 2004.
- CARLIER JEAN-YVES et FOBLETS MARIE CLAIRE : « Le code marocaine de la famille, incidences au regard du DIP en Europe », Bruylant, Bruxelles, 2005.
- CHEHATA CHAFIQ: «Étude du droit musulman» PUF, 1979
- CHERIF NOUREDDINE»: «Les conflits de loi en matière de mariage en droit international privé marocain», DES, Droit privé Rabat 1963
- DECROUX PAUL : « Droit privé», Tome II, Collection manuel de droit et d'économie du Maroc, Edition La Porte Rabat 1963
- EL GEDDAWY A.KESSMAT: «Relation entre système confessionnel et laïc en droit international privé», Librairie Dalloz 1971
- ISSAD MOHAND: «Droit international privé», Tome I, Editions Publisud, Paris 119,
- IDRIS ALAOUI ABDELAOUI) et KOUZBARI MAMOUN « Explications du nouveau code de procédure civile » Rabat 1975.
- MERCIER PIERRE : » Conflits de civilisations et DIP: polygamie et répudiation» Genève, Droz 1972,
- MENARD PIERRE : « Traité de droit international privé marocain», Tome I Les éditions internationales 1935,
- MENARD PIERRE: « Traité de diplomatie», Tome I p.133
- MOULAY R'CHID ABDERRAZAK: « L'exequatur des jugements étrangers en droit international privé marocain. Du protectorat à 1979 », DES, Droit Privé, Rabat 1973
- MOULAY RCHID ABDERRAZAK : « Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans », tiré à part du recueil des cours de l'académie de droit international, tome 268 (1997), Martinus Nijhoff Publishers, 1999 (the Hague-Boston-London).
- Ministère de la Justice « Guide pratique du Code de la Famille », Association de la Publication de l'Information Juridique et Judiciaire, Série « Précis et guides », n° 1.
- MOUSSA ABBOD: « La condition juridique du mineur au Maroc », Collection de la faculté de Droit Rabat, Editions La Porte Rabat 1968.
- OUKACHA ABDELAL: « DIP ».

2. تشجيع إبرام عقود الزواج أمام ممثلي السلطين (الحالة المدنية والقنصليات) لضمان احترام الشروط الواجبة التي ينص عليها التشريعان، وبالتالي يتم الاعتراف بالروابط الناتجة عنها.

وفي الحقيقة يمكن أن نلمس حضور الحرص على الاعتراف بالزواج لدى الدولتين في دورية صادرة عن وزارة العدل المغربية مؤرخة ب5 دجنبر<sup>419</sup>2006. وهذه الدورية تتعلق بالإذن بزواج القاصرين الذين لم يبلغوا سن 18.

نجد أن قانون الأحوال الشخصية يجيز استثناء هذا الزواج في المادة 20 بعد إذن من قاضي الأسرة. ولكن الدورية تأمر القضاة أن يعملوا قبل الإذن به إلى إخبار المغاربة المقيمين بالخارج أن هذا النوع من الزواج لن يحظ بالاعتراف في الخارج.

3. يجب الاهتمام في إسبانيا بالاتفاق المبرم مع ممثلي الجالية المسلمة الذي يسمح بإبرام الزواج «بالشكل القرآني» من طرف «السلطات الدينية المسلمة» والذي لن يعترف به في المغرب، لأن مقتضيات قانون الأحوال الشخصية لا يعترف سوى ب«العقود المبرمة بالخارج لدى الضباط والموظفين العموميين المختصين»، وهو الأمر الذي أكد عليه الاجتهاد المغربي السالف الذكر.

وفيما يتعلق بزواج مغربية مسلمة من إسباني وفق النظام المدني، يجب الحرص على إخبار الطرفين بمضمون التشريعات وخاصة القانون المغربي.

ويمكن توجيههما نحو تحرير الوصايا لصالح المرأة والأطفال لتدارك المقتضيات التي لا تسمح بالإرث بين مسلم وغير مسلم (المادة 332 من قانون الأحوال الشخصية).

4. وفيما يخص فسخ الزواج:

- يجب توجيه المحاكم الإسبانية لتصدر أحكاما بالفسخ على أساس الشقاق لضمان الحصول على التذليل بالصيغة التنفيذية لهذه الأحكام في المغرب.
- وعلى المحاكم المغربية من جانبها أن تتفادى الاستناد في فسخ الزواج على رغبة الزوج وحدها، لتضمن حصول الأحكام على التذليل بالصيغة التنفيذية في إسبانيا، فالاستناد إلى رغبة الزوج وحدها يقتزن بالطلاق وهذا ما يصدّم العقلية الإسبانية.
- على السلطات المغربية أن تضع رهن إشارة الجالية المغربية شباكا وحيدا يتمكن من مؤازرتهم في مسأطهم القضائية مع الأخذ بعين الاعتبار لخصوصيتهم ولعدم توفرهم عن الوقت اللازم.

## VI. نبليوغرافيا

### 1. الكتب بالفرنسية

- AHMED ABDELKRIM SALAMA: « Principes du droit international privé islamique et comparé », Editions Annahda Alarabia, Le Caire 1989
- BAGBAG MOHAMED: « Le privilège de nationalité », DES, Tunis 1997
- BATIFFOL HENRI et LAGARDE PAUL : « DIP », Tome I, LGDJ, Paris 1983

419 المذكرة رقم 44 المؤرخة ب5 دجنبر 2006

1. يصدر القرار عن هيئة مختصة طبقا للقواعد المطبقة في البلد الذي صدرت فيه؛
2. تم استدعاء الأطراف بطريقة قانونية أو تمثيلها أو الإعلان عن غيابها؛
3. اكتسب القرار قوة الشيء المقضي به وأصبح قابلا للتنفيذ طبقا لقواعد البلد الذي صدر فيه؛
4. لا يتضمن القرار أي مقتضيات مخالفة للنظام العام للبلد الذي يطلب التنفيذ فيه، ولا لمبادئ القانون الدولي التي تطبق فيه. ولا تخالف أيضا أي قرار قضائي صادر في هذا البلد حيث اكتسب قوة الشيء المقضي به؛
5. لا يجب أن تكون أي دعوى قائمة بين نفس الأطراف ولنفس الموضوع جارية لدى الهيئات القضائية للدولة المطلوبة قبل الدعوى الجارية لدى المحكمة ألتتي أصدرت القرار المزمع تنفيذه.»

إن من شأن بعض المقتضيات المضمنة في هذه الاتفاقية أن تساهم في تجاوز بعض الصعوبات العملية التي يصادفها مواطنو البلدين.

ومع ذلك يمكن القول إن المغرب وإسبانيا كان بإمكانهما أن يذهبا إلى أبعد في هذه الاتفاقية عن طريق منح السلطات المركزية (وزارات العدل) صلاحيات أكبر في حل المشاكل العملية، على غرار الاتفاقية المغربية الفرنسية في هذا المجال. فالمادة 16 من هذه الاتفاقية تنص على ما يلي:

«وزارات العدل في البلدين تعيينان كسلطتين مركزيتين مكلفتين بالاستجابة للواجبات التي تفرضها هذه الاتفاقية عليهما.

ولهذه الغاية تتواصل هذه السلطات المركزية فيما بينها وتعرضان عند الاقتضاء القضايا على السلطات المختصة لديها.»

إضافة إلى أن المادة 16 ينص على إنشاء لجنة استشارية مختلطة مشكلة من ممثلي وزارتي الشؤون الخارجية والعدل. وتجتمع هذه اللجنة دوريا، وهي مكلفة بتسهيل حل المشاكل المستعصية التي ستحال على السلطات المركزية.

عمليا، يمكن الإقرار أن أعمال هذه اللجنة كانت إيجابية ومحفزة، إذ مكنت من تحقيق هدف تسريع مساطر حل النزاعات وتنفيذ الأحكام.

وفي الحقيقة إن هذه المقتضيات متضمنة في الفصلين 3 و5 من الاتفاقية المغربية الإسبانية الخاصة بالتعاون القضائي والاعتراف بالقرارات القضائية وتنفيذها في مسائل الحضانة والحق في الزيارة وعودة الأطفال، ولكنها لا تتناول مسائل الزواج وفسخه.

يتعين على السلطات المغربية والإسبانية أن تبذل جهودا أكبر تمكن مواطني الدولتين من تجاوز الصعوبات العملية التي تصادفهم. ويمكننا في هذا الصدد تقديم التوصيات الآتية:

1. التشجيع على اعتماد المرونة في تطبيق بعض مقتضيات قانون الأسرة، ومنها المقتضيات الخاصة ب«شاهدين مسلمين».

فهذا الإجراء ذو الطبيعة الدينية لا يسمح به أمام ضباط الحالة المدنية مما قد يؤدي إلى عدم الاعتراف بالعقود المبرمة في إسبانيا، حسب منطوق المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية. وتكرس الممارسة القضائية المغربية هذا المنحى. يتبين ذلك من خلال الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط المؤرخ ب-02-14-07<sup>418</sup>. وقد اعتبرت المحكمة أنه: «عبر قراءة العقد يتبين أن الشاهدين لم يكونا مسلمين».

ورغم أن اللجنة المكلفة بإنشاء دليل عملي للمدونة<sup>416</sup> قد تطارحت هذه الإمكانية بتمعن وتفصيل، فإن الرأي السائد لم يستحب لهذا التوجه. وبالتالي، فرغم أهمية هذه النقطة الحساسة، فإن دورية وزارة العدل السالفة الذكر لم تنتبه لها.

ومن الأكد أن قواعد فسخ الزواج التي تشكل مصدرا لأغلبية النزاعات التي تعيشها الجالية المغربية المقيمة بالخارج يجب أن تتسم بالوضوح والتفصيل والدقة، ولكنها أيضا يجب أن تنصف بما يكفي من المرونة في تطبيقها في أوساط هذه الجالية، كما يلزم أن تنفادى ازدواجية الوضعيات القانونية، كأن يتم الاعتراف بوضعية ما في نظام قانوني (الإسباني)، ولا يعترف بنفس الوضعية في نظام آخر (المغربي). ويجب أيضا عدم التراجع عن الحقوق المكتسبة للأفراد والسهل على استقرار الوضعيات القانونية، من دون النيل من حقوق الأطفال، والنسب، مع الحرص على المحافظة على حقوق المرأة ما بعد فسخ الزواج.

### III. خلاصات ونوصيات

يتضمن القانون الجديد للأسرة وسائل أكثر من أجل استقرار الأسرة المغربية وهنائها، كما تضمن حقوق المرأة والطفل مقارنة بما كان جاريا به العمل في الماضي.

والمستفح لمقتضيات هذه المدونة يتنايه إحساس أنها تأخذ بعين الاعتبار وضعيات أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج، وضمنهم الجالية المقيمة بإسبانيا، وذلك عبر التنصيص على قواعد خصوصية تتعلق بحياتهم وقضاياهم.

وهذا لا يمنع من القول إن التطبيق العملي لمقتضيات المدونة يجب ألا يكون على حساب بعض التسهيلات التي كان يستفيد منها أفراد هذه الجالية نظرا لوضعيتهم المخصوصة.

ويبقى لزاما على وزارة العدل عبر معاينة وتتيع الممارسة القضائية أن تصدر مذكرات جديدة تأخذ بعين الاعتبار صعوبات التطبيق، سعيا إلى توجيه الممارسين في الميدان نحو اعتماد تأويل مرن وإيجابي وسريع لنصوص الجوهر والمساطر<sup>417</sup>.

ووعيا من المغرب وإسبانيا بأهمية التنسيق فيما بينهما في العلاقات الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، وسعيا منهما لتجاوز الصعوبات التي يلاقونها مواطنوهما، وقع البلدان بتاريخ 30 ماي 1997 اتفاقية للتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري والإداري.

وقد اعتبر البلدان في الديباجة أن «إنشاء نظام للاعتراف بالقرارات القضائية وتنفيذها سيسمح بتقوية الثقة المتبادلة في مؤسساتهما القضائية».

وينص المادة 22 من الاتفاقية على أن:

«القرارات القضائية الصادرة عن الهيئات القضائية لأحد البلدين المتعاقدين، ستكون لها قوة الشيء المقضي به وقوة النفاذ في البلد الآخر».

بيد أن هذا الفصل استبعد القرارات الصادرة في مجال الوصية والإرث. ويحدد المادة 23 من هذه الاتفاقية الشروط اللازم توفرها في القرارات القضائية الصادرة في البلدين لكي تحظى بسلطة الشيء المقضي به في البلد الآخر، ويتعلق الأمر بما يأتي:

416 وزارة العدل، دليل عملي للمدونة الأسرة، «جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية»، عدد 1.  
417 تؤكد المذكرة رقم 4 المؤرخة ب 16 فبراير 2004 على أهمية سرعة تنفيذ المساطر عموما لضمان تطبيق جيد للمدونة الجديدة للأسرة. وتأمّر المذكرة رقم 45 المؤرخة ب 5 دجنبر 2006 القضاة بالسهر على سرعة مساطر الترخيص بإبرام عقد الزواج بمجرد ما يعاونون استيفاء الوثائق الواجب إرفاقها بملف عقد الزواج. وتؤكد المذكرة رقم 48 المؤرخة ب 26 يناير 2006 أيضا على سرعة المساطر والمرونة في الاعتراف بالزواج للمساهمة في الجهود الوطنية المبذولة من أجل تعميم تسجيل الأطفال في سجلات الحالة المدنية.

ومن جانب آخر، يعد ذلك خطوة نحو ضمان أكبر لشروط التذليل القضائي بالصيغة التنفيذية للقرارات القضائية المغربية الصادرة بالخارج. وهذا لا يمنع من القول إن هذه المقتضيات الجديدة جاءت لتحد من التسهيلات التي كان يستفيد منها أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج، وضمنهم الجالية المقيمة بإسبانيا أمام الهيئات الدبلوماسية. ولهذا السبب يجب أن نأخذ بعين الاعتبار شروط عيش هذه الجالية والوضعية القانونية غير المضبوطة لبعضهم، مما سيسمح لهم بالقيام بمحاولات الصلح أمام القاضي الموثق المعتمد بالقتضيات على أساس المادة 179 من قانون المسطرة المدنية ودورية وزارة العدل رقم 1088 المؤرخة بـ 27 فبراير 2004، كما سيتمكنهم ذلك من اعتماد وكيل عنهم يمكنه أن يتكفل في المغرب بالإجراءات المتبقية لاستكمال فسخ الزواج.

وفي هذا الاتجاه، أخذت المذكرة الوزارية بعين الاعتبار الوضعية الخاصة التي تواجهها الجالية المغربية بالخارج، فطالبت القضاة بتوجيه أفرادها لاعتماد مسطرة فسخ الزواج بالتراضي نظراً لأنها تسهل الإجراءات. ويجب أن تكون هذه المسطرة مصحوبة بتحرير هذا الاتفاق في شهادة عدلية منصوص فيها على ضرورة إتباع المسطرة القضائية قصد الاعتراف بفسخ الزواج.

كما أنه بإمكان الطرفين حسب نفس الدورية أن يطلب إعفاءهما من مسطرة الصلح بالمغرب. يكفي ذكر عنوان أقرب قنصلية للتمكن من المطالبة بإجراء محاولة صلح بين الطرفين إذا طالبت بذلك المحكمة. وتتاح هذه الإمكانية في حالة فسخ الزواج عن طريق الخلع.

ويتبين من الممارسة القضائية المغربية كما تتجلى في بعض الأحكام التمهيدية أنها تؤكد على احترام مسطرة الصلح قبل إصدار حكم فسخ الزواج النهائي، وذلك عن طريق تكليف القنصلية المغربية بإسبانيا بإتباع هذه المسطرة<sup>413</sup>.

صحيح أن هذه الممارسة تدل على حرص شديد على احترام المقتضيات الجديدة من قانون الأسرة وخاصة المادتين 81 و 82، مانحة المرأة والأطفال<sup>414</sup> ضمانات أكبر، فإنها تعتبر في العديد من الحالات في نظر المغاربة المقيمين بإسبانيا وجهاً من أوجه تعقيد المسطرة ومضيعة للوقت، خاصة إذا كان الطرفان معا يرغبان في فسخ الزواج.

ومع ذلك، فالملاحظ في العديد من الأحكام التي اطلعنا عليها أن القضاة المغاربة يراعون في طلبات التذليل بالصيغة التنفيذية فقط احترام شروط الشكل المنصوص عليها في المادتين 430 و 431 من قانون المسطرة المدنية، ولا يعنون بجوهر الحكم، وذلك طبقاً لمساخر التذليل بالصيغة التنفيذية المعتمدة في القانون الدولي الخاص المقارن<sup>415</sup>.

ومن بين القضايا التي تشكل مصدراً للعديد من المشاكل العملية التي يعاني منها المغاربة المقيمون بالخارج وضمنهم المقيمون بإسبانيا، نجد قضية التوكيل في فسخ الزواج. فإذا كانت المدونة قد نصت بشكل واضح على مسألة التوكيل في الزواج، فإنها لا تتضمن مقتضيات صريحة تهم التوكيل في فسخ الزواج. هناك طلبات ملحة من الجالية المغربية المقيمة بالخارج في هذا الاتجاه، بالنظر للحقيقة العملية التي تستلزم توقع هذه الإمكانية مدعومة بصعوبات التنقل بسبب البعد والوسائل المالية.

413 أحكام تمهيدية صادرة عن محكمة الأسرة بالمحيسات:

-القضلية المغربية بقالينسية

-رقم 1، ملف 609/06 مؤرخ بـ 07/01/04

-رقم 23، ملف 642/05 مؤرخ بـ 05/12/12

-رقم 18، ملف 153/06 مؤرخ بـ 06/06/12

-رقم 10، ملف 133/06 مؤرخ بـ 06/05/04

-القضلية المغربية ببرشلونة:

-رقم 271، ملف 601/06 مؤرخ بـ 31/10/66

414 المادة 82: " وفي حالة وجود أطفال، تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح متباعدتين في أجل لا يقل عن ثلاثين يوماً. "

415 انظر في هذا الصدد: حكم محكمة الأسرة بطنجة المؤرخ بـ 1 مارس 2007، الملف رقم 2465/06

وتعتبر الأحكام المغربية المؤسسة على هذه القواعد منافية للنظام العام، وهو ما يبرر عدم استفادتها من التذليل بالصيغة التنفيذية.

لا مراء أن المشرع قد أدرج في المادة 128 من مقتضيات تبين وجود وعي بهذه الصعوبات العملية، ومع ذلك فثمة مجموعة من الملاحظات والتساؤلات التي يمكن بسطها بصد هذه المقتضيات. فهذه المادة تنص على أن أحكام فسخ الزواج أو الخلع أو الإلغاء من قبل الهيئات القضائية الأجنبية وضمنها الأحكام الصادرة عن المحاكم الإسبانية تحظى بالتذليل القضائي بالصيغة التنفيذية إذا صدرت عن محاكم مختصة، وإذا كانت تستند إلى أسباب لا تتنافى وأسباب فسخ الزواج المنصوص عليها في المدونة. والأمر نفسه يصدق على العقود المبرمة في الخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين، وذلك بعد استيفاء شروط مساطر التذليل القضائي بالصيغة التنفيذية طبقا لمقتضيات المواد 430 و431 و432 من قانون المسطرة المدنية.

ولو كان المشرع قد اقتصر في قانون الأسرة الجديد على الجزء الأول من هذا النص، لكننا اعتبرنا ذلك عنصرا جديدا أتت به، قصد تسهيل مسطرة الاعتراف بالفسخ الذي تم في الخارج، وذلك استجابة لرغبة أغلبية أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج ومنهم أفراد الجالية المقيمة بإسبانيا والأوساط المغربية المعنية بهذه القضايا اليومية.

أما مقتضيات الجزء الثاني التي تؤكد مضمون قانون المسطرة المدنية، فإنها يمكن أن تخلق صعوبات في حياة أفراد الجالية المغربية المقيمة بإسبانيا، وتتعقد عمل التمثيليات القنصلية والقضاة الملحقين بالبعثة الدبلوماسية. فهؤلاء جميعا كانوا يتوقعون أن يتم تبسيط إجراءات الاعتراف في المغرب بفسخ الزواج، مما سيخفف من تعقيدات المساطر والإجراءات ويوفر الوقت والتكاليف، مع أخذ ظروف عيش المهاجرين بعين الاعتبار وما يعنيه ذلك من إحساس بالاعتراب وعدم الاستقرار وصرامة التشريعات الإسبانية فيما يخص وثائق الإقامة والتأشيرات...

علما أن الممارسة العملية التي كانت سائدة قبل صدور المدونة الجديدة كانت تذهب في هذا الاتجاه، وخاصة مع فراغ هذه المقتضيات من نص صريح ودقيق في هذا الصدد.

وفي المقابل، نجد أن بعض الاتفاقيات الثنائية وضمنها الاتفاقية المغربية الفرنسية الخاصة بالأحوال الشخصية للفرد والأسرة المبرمة سنة 1981 تفتتت لهذه الجوانب. فالمادة 14 من هذه الاتفاقية ينص على إمكانية تسجيل الأحكام المتعلقة بالأفراد في سجلات الحالة المدنية دون حاجة إلى التذليل القضائي بالصيغة التنفيذية.

وإذ نصت المدونة على هذه الجوانب، فإنها لن تعمل إلا على تعقيد الأمور أكثر مما سيؤدي إلى آثار ثانوية في الممارسة في حالة تجسيد آثار فسخ الزواج عند عقد زواج جديد.

وعلى نفس النحو، فقد يتم الاعتراف بفسخ الزواج من المحاكم والسلطات الإسبانية وترفض المحاكم والسلطات المغربية الاعتراف به.

وقد اكتفت دورية وزارة العدل السابق ذكرها بالتأكيد بخصوص هذه النقطة على مسطرة التذليل بالصيغة التنفيذية كي تجعل فسخ الزواج الصادر عن المحاكم الأجنبية معترفا به في المغرب.

كما أنها طالبت القضاة المغاربة بالخارج أن يقوموا بحملة تحسيسية في أوساط أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج، ويخبروهم أن بإمكانهم تعيين وكيل عنهم في المغرب لينجز تلك الإجراءات، وأن يساعدهم أخيرا على تحرير طلب لوكيل الملك للحصول على التذليل بالصيغة التنفيذية.

ومن جانب آخر، فإن إشارة الدورية المذكورة إلى الأسباب التي لا تتناقض وتلك المنصوص عليها في المدونة تجعلنا نتساءل حول درجة معرفة محتويات التشريعات الأوروبية ومنها التشريع الإسباني في هذا الصدد.

وبما أن أسباب فسخ الزواج في هذه البلاد تستند إلى مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، فكيف السبيل إلى ضمان أنها لن تتناقض مع الأسباب المنصوص عليها في المدونة؟

ومن بين الأسئلة والتأويلات التي تثيرها المقتضيات الجديدة فيما يخص فسخ الزواج، نجد من جانب أول مسألة تعميم المسطرة القضائية لتشمل كل حالات فسخ الزواج، من جهة أن هذه المقتضيات تؤول باعتبارها ضمانات قضائية لصالح الطرفين وخاصة لصالح المرأة والأطفال.

ومن الأمور التي ضمنها الرجل طلبه كون زوجته لا «ترتدي ملابس محتشمة في إسبانيا». ولم تستجب المحكمة لما طالبت به المرأة رغم أنها قدمت الدليل على أن زوجها يمتلك مسكنا في إسبانيا، وأنهما اتفقا في البداية على أن يعيشا هناك.

كما ذكرت أن زوجها يريد أن يفرض عليها أن ترتدي ملابس لا تتناسب مع روح العصر الحديث<sup>408</sup>. ويأتي حكم آخر صادر عن نفس المحكمة ليؤكد هذا التوجه<sup>409</sup>.

فقد قضت بقبول طلب الزوج بطلاق زوجته لأنها «غادرت بيت الزوجية». وبالاطلاع على نص الحكم، لا نجد فيه شيئا يدل على أن حقوق الدفاع قد احترمت، فليس ثمة أية إشارة تبين أن المرأة كانت حاضرة وأنه تم الاستماع إليها خلال الجلسات، ولا خلال إجراءات الصلح الإلزامية.

وهذا النوع من الأحكام لا يكون له أي أثر في إسبانيا، فالمحاكم الإسبانية لن تقبل التذليل بالصيغة التنفيذية لهذه الأحكام التي تقضي بفسخ الزواج عن طريق الطلاق من دون أن يتم احترام حقوق الدفاع<sup>410</sup>. ولتفادي نقائص مدونة الأحوال الشخصية في هذا المجال، أرسلت وزارة العدل مذكرة إلى رؤساء المحاكم الابتدائية وإلى القضاة المسؤولين عن الأقسام في محاكم الأسرة<sup>411</sup>.

وتستهل المذكرة بالتذكير بأن هناك حالات يحرر فيها العدلان عقد الطلاق «من دون حضور المرأة التي لم يتم استدعاؤها».

وقد أكدت الوزارة في هذه الدورية على أهمية حضور المرأة وقت الصلح عند طلب الطلاق أمام العدول باعتبارها طرفا أساسا في العقد.

ذلك أن حضور المرأة سيمكئها من معرفة تاريخ الطلاق وآثاره ومنها فترة العدة.

وتتضمن أيضا الدورية أمرا موجه للقضاة بإصدار أحكامهم في كل الحالات في شكل قرار معلل استنادا إلى المادة 88 من مدونة الأحوال الشخصية مع حضور الطرفين المعنيين بالعقد ويذكر مزاعمهم وطلباتهم.

وتظل المرأة ذات سلطة محدودة في المدونة: الطلاق بسبب الضرر، وعدم النفقة، وللغيبية، ولعيب خفي أو اللعان أو الهجر... (المادة 98 إلى 113).

صحيح أن بإمكان المرأة أن تلجأ إلى الخلع (المواد من 115 إلى 120)، أو إلى مسطرة الشقاق المعتمدة في قانون الأسرة الجديد (المواد من 94 إلى 97)<sup>412</sup>، أو الطلاق بسبب عدم احترام شروط الزواج (المادة 99)، أو الطلاق بالتراضي (المادة 114).

ومع ذلك تبقى هذه الإمكانيات محدودة مقارنة بتلك المتاحة للرجل.

تجدر الإشارة إلى أنه رغم التطور الحاصل في هذا المجال، فإن الاختلالات التي ما زالت تسم المدونة تجعلها غير مقبولة لدى القاضي الإسباني الذي ينطلق من نصوص وتشريعات ونظام عام يكرس مقتضيات الاتفاقيات الدولية والأوروبية في مجال حقوق الإنسان.

هكذا ستظل القرارات القضائية المغربية المستندة إلى القواعد القضائية المحلية، وخاصة تلك التي تتعلق بالتطبيق منافية للنظام العام الإسباني، لأنها تعتمد حولا منافية لمبادئ الحرية والمساواة التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية.

408 انظر في هذا الصدد الحكم رقم 613، الملف رقم 66/06

409 حكم صادر عن محكمة الأسرة رقم 61/06

410 انظر في هذا الصدد: كينوينيس إيسكاميس أنا، «استلام القانون الجديد»، المرجع المذكور، ص. 889، وهذا الحكم يتناقض والفقرة 2 من المادة 23 من الاتفاقية المغربية الإسبانية حول التعاون القضائي المؤرخة ب13 ماي 1999.

411 المذكرة رقم 47 بتاريخ 5 دجنبر 2006

412 صحيح أن مسطرة فسخ الزواج بسبب التنافر وعدم التفاهم تعد أكبر مستجدات المشرع المغربي، فهي تسهل على المرأة أمرها في هذا الصدد وتخلق توازنا بينها وزوجها، بيد أن الممارسة القضائية بالمغرب لا تعرف ثباتا في تطبيق هذه القواعد. وهو الأمر الذي نلاحظه من خلال حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالخميسات مؤرخ ب27 شتنبر 2005 (الحكم رقم 802، الملف رقم 381/05) الذي لم يستجب لطلب المرأة فسخ الزواج لعدم التفاهم رغم توفر الشروط. ولحسن الحظ صحت محكمة الاستئناف هذا الحكم بحكم صادر يوم 5 يونيو 2006 (الحكم رقم 164، الملف رقم 10/2006/6)



واعتبر الحكم في حيثياته أنه:

«على الرغم من كون العقد قد استوفى كل الشروط الدينية (الإسلامية)، فإن الإبرام تم أمام طرف غير مؤهل (المركز الإسلامي بإسبانيا).

كما أحال على المادة 432 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على أن:

«العقد المبرمة في الخارج أمام الضباط أو الموظفين العموميين المختصين يمكن تنفيذها أيضا في المغرب بعد أن تحظى بالتذليل بالصيغة التنفيذية ضمن الشروط المنصوص عليها في المواد السابقة.»

وفي هذه النازلة، فإن الزوج هو الذي طالب بفسخ عقد الزواج بعد أن شارك بمحض إرادته في إبرامه بإسبانيا لدى «المركز الإسلامي».

قد تكون هناك نية مبيتة وراء هذا التصرف، والمرأة هي التي تؤدي الثمن باعتبارها ضحية تحجر النصوص الجديدة التي ينتج عنها مثل هذه الحلول المجحفة، دون أن ننسى الأطفال الذين قد يولدون من جراء هذه الزيجات. والمجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي القديم يقبل هذا النوع من الزواج. وإضافة إلى ذلك، فإن إسبانيا تعترف بهذا النوع من الزيجات المبرمة «بشكل ديني»، في إطار اتفاقية مبرمة بين الدولة وممثلي الجالية المسلمة سنة 1992.

وينص الفصل 3 من الاتفاقية في فقرته الأولى على أن الزواج يمكن أن يبرم بطريقة شرعية من قبل إحدى السلطات الدينية الإسلامية المعتمدة أو المعترف بها قانونيا<sup>407</sup>، وهذا الأمر يصدق على المركز الإسلامي بأوروبا.

## ب) إجراءات فسخ الزواج وأثاره

تشكل مساطر فسخ الزواج مصدرا للعديد من الصعوبات بالنسبة للأفراد الجالية المغربية المقيمة بإسبانيا. فمما لا شك فيه أن قواعد القانون المغربي مختلفة عما اختلاف عن القانون الإسباني الذي كيف قوانينه لتتناسب مع النموذج الذي تطرحه الاتفاقيات الدولية والاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان في احترامها لمبادئ الحرية والمساواة الكاملة بين الرجل والمرأة، فيما يخص فسخ الزواج والآثار الناجمة عنه. وعلى العكس من ذلك نجد أن التشريع المغربي ما زال ينطوي على بعض مظاهر الاختلال بين سلطة كل من الرجل والمرأة، رغم ما تعكسه مدونة الأسرة من إرادة كبيرة في الاقتراب من النموذج الدولي. وهذه الاختلالات قد تدفع أحيانا المحاكم الإسبانية إلى عدم تطبيق القرارات الصادرة عن الهيئات القضائية المغربية.

فضلا عن كون تحجر بعض الصيغ الشكلية لفسخ الزواج يساهم في تفاقم المشاكل التي تعاني منها الجالية المغربية المقيمة بإسبانيا في هذا الصدد.

ومن ذلك أن قانون الأسرة رغم التغييرات التي جاء بها ما زال يحابي الرجل فيما يخص فسخ الزواج، فهو يتوفر على خلاف المرأة على سلطة واسعة في هذا المجال، إذ يمكنه المطالبة بفسخ الزواج إذا أراد ذلك دون أن يقدم تبريرا لطلبه، أو حججا محددة ينص عليها القانون.

وهذا الأمر نلمسه جليا في الحكم الصادر عن محكمة الأسرة بطنجة بتاريخ 23/05/2006، الذي رخص للزوج بطلاق زوجته لأنها «رفضت أن تعيش معه في المغرب، ولأنهما يعيشان في وضعية شقاق دائمة».

407 كينونين اسكاميس انا، "تلقي قانون الأسرة المغربي الجديد في أوروبا"، مجلة القانون الدولي الخاص والثقافي الإيطالية، 3-2004، ص. 879.

يبرمونها، مما سيكون له آثار خطيرة على الاعتراف بنسب أطفالهم. وهو الأمر الذي عملت وزارة العدل على تداركه في دورية صادرة بتاريخ 2 فبراير 2005<sup>404</sup>.

وتهم هذه الدورية أعمال الاعتراف بالزواج. ورغم أنها لاحظت في البداية أن هذا الأمر هو من قبيل الاستثناء<sup>405</sup>، فإنها طالبت القاضي باعتماد المرونة فيما يخص هذا النوع من الأعمال، وطالبت بتخصيص معاملة خاص تقوم على تقدير الشروط التي منعت الطرفين من احترام إجراءات إنجاز عقد الزواج وفي حينه.

ويمكن القول إن المقتضيات الجديدة الخاصة بالنسب التي يتضمنها قانون الأحوال الشخصية تطبعها الكثير من المرونة وتحديدها إرادة صادقة لتجاوز سلبات الماضي، وذلك عبر تعبيد الطريق أمام الاعتراف الشرعي بالعديد من الأطفال، خلافا لما كان عليه الأمر في الماضي مع المقتضيات القديمة. ومع ذلك، يبدو استنادا إلى ما سبق ذكره أن النصوص الجديدة التي تحكم إبرام الزواج والاعتراف به تسبج عكس التيار وتظل مصدرا للقلق ارتكازها على ما سبق تقديمه.

ت) التوكيل

يبقى من الأهمية بمكان أيضا التطرق لقواعد التوكيل في الزواج التي تهم بدرجة كبيرة أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج وضمنهم الجالية المقيمة بإسبانيا، مع التعرض أيضا للهيئات المعنية بطرائق إبرام عقود زواج هذه الجالية، وهي جوانب طالما كانت موضوع استيضاحات عديدة. نظم المشرع هذه الإمكانيات في المادة 17 من قانون الأسرة كرد فعل منه على الممارسات الملتبسة والسلبية السابقة عن طريق التنصيص على إمكانية اختيار وكيل لحظة إبرام عقد الزواج، وذلك بعد الحصول على إذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج «في حالة وجود ظروف خاصة مبررة». ولهذا الغرض يتوجب تحرير التوكيل في وثيقة رسمية تتضمن المعلومات الضرورية عن الزوجين وظروف زواجهما:

«تتضمن الوكالة قدر المهر، وكيفية دفعه للزوجة: معجلا أو مؤجلا».

وفي الحقيقة نجد أن هذه المقتضيات التي أراد المشرع بواسطتها أن يقن مسألة التوكيل في الزواج تطرح العديد من التساؤلات فيما يخص مكان إنجاز التوكيل والإذن به.

فهل يسمح به فقط في المغرب أمام قاضي الأسرة المكلف بالزواج؟ ومن هو القاضي المعني؟ وما هي المعايير التي تحدد اختيار مكان إنجاز التوكيل؟ أهو مكان الولادة؟ أم مكان الإقامة في المغرب إن وجدت؟ وهل يسمح بذلك في إسبانيا أيضا؟ ومن هو القاضي المؤهل، أهو فقط قاضي الأسرة المكلف بالزواج المعتمد بالقنصليات، أم قاض آخر، إسباني مثلا؟ إنه فيض من غيض الأسئلة التي قد تطرح عند التطبيق.

ومن جانب آخر، فإن اشتراط أن يتضمن التوكيل مبلغ المهر وكيفية أدائه للزوجة هو أمر مناف لمقتضيات المادة 14 التي ألزمت الجالية المغربية المقيمة بالخارج فقط بعدم ذكر مسألة إسقاط المهر.

فضلا عن أن المدونة لا تشترط بالنسبة لعقود الزواج المبرمة بالمغرب وجوب تحديد مبلغ المهر لإبرام الزواج، بل على العكس من ذلك فإن المادة 27 أكدت أنه في حالة الصمت عند تحديده، فإن عقد الزواج يعتبر زواجا بالتوكيل.

ومن شأن الوقوف عند بعض الحالات التي بت فيها القضاء المغربي بخصوص الاعتراف بالزيجات المبرمة بإسبانيا أن يؤكد الأفكار السالفة الذكر.

ومن ذلك الحكم الصادر عن محكمة الأسرة (المحكمة الابتدائية) بطنجة بتاريخ 28 فبراير 2007<sup>406</sup>. ولقد رفضت المحكمة تصحيح عقد الزواج المبرم في إسبانيا لدى المركز الإسلامي»

404 المذكرة رقم 50 بتاريخ 2 فبراير 2005.

405 يبقى أن المذكرة 780 بتاريخ 2 شتنبر 2003 قد أكدت على الطابع الاستثنائي لهذا الترخيص المؤكول للسطة التقديرية للقاضي الذي يجب عليه أن يأخذ بعين الاعتبار الشروط الاجتماعية الكامنة وراء هذا الزواج، ويطلب عند الاقتضاء إجراء خبرة طبية.

406 الحكم رقم 455. ملف 206-205

وخاصة وأنا لا نجهل مدى الاختلافات القائمة بين النظامين القضائيين المغربي والإسباني فيما يخص الاعتراف بالزواج الأول المدني وأيضا الاعتراف بالزواج الذي لم يديل بعد فسخه بالصيغة التنفيذية. وتنص المادة 16 من مدونة الأسرة على أن عقد الزواج يعتبر الوسيلة الوحيدة المعتمدة لإثبات الزواج وتضيف أنه « إذا حالت أسباب قاهرة دون تسجيل العقد في وقته، تعتمد المحكمة لأجل الاعتراف بالزواج سائر وسائل الإثبات القانونية وكذا الخبرة وأقوال الشهود. وتقبل دعوى الاعتراف بالزواج خلال فترة انتقالية لا تتجاوز خمس سنوات ابتداء من تاريخ سريان مفعول القانون المذكور.

وقد أثارت المقتضيات المتضمنة في هذا النص الكثير من الجدل والحذر في أوساط الجالية المغربية بالخارج ومنها الجالية المقيمة بإسبانيا، كما أنها سببت العديد من الصعوبات والمشاكل للأشخاص والقضاة المعتمدين بالقتضيات المغربية المكلفين بتلقي عقود الزواج.

ووفقا لهذه المقتضيات الجديدة يصبح الاعتراف بالزواج من اختصاص القضاة المغربي وحده. وتنحصر هذه الإمكانية في فترة 5 سنوات ابتداء من تاريخ صدور القانون الجديد، أي إلى غاية شهر فبراير 2009. ومنذ الآن ستصبح مسطرة الاعتراف بالزواج المبرم بإسبانيا أمام عدول القنصليات المغربية غير قانونية، وهي المسطرة التي كان معمولا بها تحت إشراف قضاة التوثيق بالمغرب، استنادا إلى الاعتراف المتبادل المعروف « بالتقارر»، أو اعتراف أو شهادة اللغيف وهي ممارسة معروفة في القانون الإسلامي.

لقد جعلت هذه المقتضيات الجديدة شكليات إثبات الزواج معقدة كما أنها خلقت العديد من المشاكل في حياة المغاربة المقيمين بإسبانيا. إضافة إلى أنها حصرتها في حدود ضيقة دون أن تقدم لتبرير ذلك حججا مقنعة وملموسة، أو تستند إلى دراسات علمية وإحصائيات موثوق بها.

والسؤال هل هذه الحالات هي في تراجع أم في تزايد؟ وهل تحسنت ظروف عيش المهاجرين المغاربة؟ وهل استفادوا من ظروف مناسبة تسمح لهم باحترام مقتضيات القانون المغربي في هذا المجال احتراماً دقيقاً صارماً بشكل يبرر تطبيق هذه المقتضيات الجديدة؟ كما نجهل السبب على أي قاعدة أسس المشرع أجل 5 سنوات. فهل ثمة أهداف منطقية قابلة للتحقيق خلال هذه السنوات الخمس؟.

ومن المؤسف أن دورية وزارة العدل المذكورة أنفا لم تقدم اقتراحات وتفسيرات في هذا المجال، مما قد يساهم في التخفيف من الصعوبات المرتبطة بهذه المقتضيات.

على العكس من ذلك فإنها اكتفت بإثبات ما هو منصوص عليه في المادة 16 عبر « التأكيد على أن حملة التحسيس تفرض نفسها، نظرا لجهل معظم المواطنين بمستجدات المدونة، ونظرا لأجل 5 سنوات المنصوص عليه بالنسبة للفترة الانتقالية. »

فمن سيتكفل بإنجاز هذه الحملة؟ وما هي مدتها؟ وهل ستمتد حتى فبراير 2009؟ وما هو الإطار الجغرافي الذي سيحتضنها؟ وهل ستشمل كل مناطق إسبانيا وباقي مناطق العالم حيث تقيم الجالية المغربية؟ يمكن القول بالنظر إلى شروط عيش الجالية المغربية المقيمة بالخارج إن هذه الدورية قد قلصت من التسهيلات المتاحة أمام الجالية المغربية في هذا المجال عندما نصت على « إخبارهم بأنه بإمكانهم تكليف وكيل بالمغرب يقدم للمحكمة طلب الاعتراف بالزواج ».

« كما أنه إذا كان الشهود الذين يعرفون الزوجين يوجدون بالخارج ولا يمكنهم الانتقال إلى المغرب لتقديم شهادتهم أمام تلك المحكمة، وفي هذه الحالة فإن القاضي المعتمد بالسفارة أو القنصلية المغربية بالخارج (في إسبانيا) يتوفر صلاحية الإذن لعدلين أن يتلقيا إقرار الشهود، شرط ألا يعتبر دليلا على الزواج، أو يسمى شهادة إقرار من دون الإشارة إلى عقد الاعتراف بالزواج؟. »

كما أن المذكرة اعتبرت أن الإقرارات المتبادلة « لم تعد تأخذ على أنها العمل الوحيد الذي يثبت الزواج. » وفي أقصى الحالات يمكن بصورة استثنائية أن يستمع عدلان للزوجين ويتلقيا إقرارهما.

وهذه الوثيقة لا تعادل عقد الزواج ولا تكفي وحدها لإثباته؛ فهي تقدم للمحكمة المغربية عند أي طلب أو التماس بالاعتراف بالزواج.

يبدو أنه لا بد من توقع مرونة أكبر لصالح الجالية المغربية المقيمة بإسبانيا عند تطبيق المقتضيات الجديدة للمادتين 14 و16، وذلك لتفادي العواقب الوخيمة التي قد تعوق الاعتراف بالعديد من عقود الزواج التي

« يكون الزواج باطلا:

- إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المادتين 35 و 39 أعلاه. وفي غياب تعليمات واضحة في هذا المجال، فهل يجب اللجوء إلى القضاء المغربي للتصريح بصحة أو عدم صحة هذا النوع من الزيجات؟

والحال أن انعدام التنديق هذا يؤدي إلى نشوء العديد من المشاكل العملية، وخاصة إذا علمنا أن هناك وقتنا طويلا يفصل في معظم الحالات بين إبرام الزواج وإخبار السلطات المغربية أو تمثيلاتها في الخارج بهذا الزواج، مع كل العواقب التي تنجم عن ذلك وخاصة فيما يتعلق بالاعتراف بالأطفال. وتجدد الإشارة إلى أن مذكرة صادرة عن وزارة العدل بتاريخ 5 دجنبر 2006<sup>403</sup> اعتبرت أن الاختصاص يؤول لقاضي الأسرة في إصدار الإذن بزواج أجنبي من مغربية كما ينص على ذلك المادة 65.5 من قانون الأحوال الشخصية.

وتحدد الدورية الوثائق الواجب إلحاقها بالطلب على هذا النحو:

- طلب مكتوب يتضمن هوية المعني بالأمر وموضوع الطلب؛
- موجز من رسم الحالة المدنية؛
- مصورة مصدقة من بطاقة التعريف الوطنية؛
- رسم اعتناق الإسلام؛
- شهادة الأهلية للزواج بالنسبة للأجانب؛
- شهادة التوطين؛
- مصورة جواز السفر ومصورة للصفحة التي تبين تاريخ دخول الأجنبي إلى المغرب؛
- 4 صور شخصية حديثة؛
- شهادة الجنسية؛
- نسخة من سجل السوابق القضائية؛
- شهادة العمل.

ويتكفل قاضي الأسرة طبقا لهذه الدورية بإرسال نسخة من هذا الملف لوكيل الملك (قبل صدور هذه الدورية، كان الملف يرسل إلى الوكيل العام)، وذلك قصد « إجراء بحث معمق وعمام من قبل السلطات المختصة، ومعاينة احترام موانع الزواج، وحسن سلوك الأجنبي مع التأكد من كونه ليس موضوع شبهة تتعلق بأمن الدولة أو النظام العام. ويجب أيضا التأكد من نشاطه المهني ومصدر دخله. »

ودائما في إطار إمكانية سد العيوب المرتبطة بالموانع، يمكن أن نشير في هذا الصدد حالة الزواج الثاني المبرم بين مغربي ومغربية بعد زواج أول مدني، أو بعد زواج أول مبرم طبقا للقوانين المغربية لا يحمل حكم فسخه التذييل القضائي بالصيغة التنفيذية (المادة 128) لعدم مطالبة المعنيين بذلك.

وتتعلق هذه الفرضية بالموانع المذكور في الفقرة 6 من المادة 39 المتعلقة بحالة المرأة التي سبق لها الزواج، أو شروط التعدد الخاصة بالرجل.

يتعلق الأمر هنا بوضعية معقدة سائدة في أوساط الجالية المغربية بالخارج ومن ضمنها الجالية المقيمة بإسبانيا.

فهل ينبغي إدراج هذه الحالة ضمن الحالات التي يمكن فيها « سد الثغرات » طبقا لدورية وزارة العدل المذكورة آنفا؟ أو يجب اللجوء إلى القضاء، وفي هذه الحالة ما هي الهيئة القضائية المختصة؟ أهى المحاكم المغربية أم الإسبانية؟

403 المذكرة رقم 46 بتاريخ 5 دجنبر 2006.

ويجب الإقرار أنه رغم الرغبة الواضحة في التغلب على كل الصعوبات التي تواجهها في هذا الصدد الجالية المغربية المقيمة بالخارج، وفي نفس الوقت تسهيل مهمة القضاة المغاربة الملحقين بالسفارات المغربية بإسبانيا، فإن هناك بعض الملاحظات التي يمكن أن تقدم حول هذه المذكرة.

ففيما يتعلق بالأمر الهادف إلى «الاتصال بالسلطات المحلية لبلد الإقامة لتدارس إمكانية إدراج الشروط والبيانات المطلوبة في عقود الزواج، قصد تسهيل الاعتراف بها في المغرب»، فإنه لا يمكن أن يكون ذا مفعول إلا في إطار اتفاقية ثنائية تضمن وجوب احترام هذه المقتضيات من قبل السلطات الإدارية والقضائية الإسبانية.

وعندما نتحدث المذكرة عن «إمكانية سد الثغرات. وإمكانية «إعلام الطرف المعني بعقد الزواج بضرورة استكمال الإجراءات وأيضاً البيانات الناقصة، من قبيل حضور شاهدين، أو أي إجراء آخر»، فإنها تعبر عن إرادة واضحة في التخفيف من صرامة بعض مقتضيات المدونة الجديدة الخاصة بشروط ومسطرة الزواج، كما تدل على مقدار الجهد الكبير المبذول في خدمة الجالية المغربية المقيمة بالخارج.

ومع ذلك، هناك سؤال يطرح ضمن هذه الفرضية هو إلى أي حد يسمح لنا فيه بسد الثغرات؟ بعبارة أخرى، كيف السبيل إلى رسم الحدود بين ما هو مسموح به وما هو غير مسموح به في عملية التدارك هاته؟ وما هو المقصود بعبارة «أي إجراء آخر» إضافة إلى مسألة حضور الشهود؟ هل يتعلق الأمر بتدارك مسألة عدم ذكر «المهر والولي عند الاقتضاء أو وكيله» كما هو منصوص عليه في الإشعار، أو على العكس من ذلك، يمكن توسيع ذلك ليشمل ثغرات ونقائص أخرى؟

ومن الواضح أن الدورية تخطئ عندما تذكر بيان المقتضيات المتعلقة بالمهر، نظراً لأن المادة الرابع عشرة المتعلقة بإبرام المغاربة المقيمين بالخارج لعقود زواجهم وفقاً للإجراءات الإدارية المحلية تلح فقط على عدم «إسقاط المهر»، لهذا لم يكن من الضروري ذكر مسألة وجوب تحديد المهر في المذكرة. إضافة إلى ذلك، فإن الإشارة إلى إمكانية سد كل الثغرات فيما يتعلق بالولاية في الزواج أمر يتناقض مع المادة 61 التي تنص على أنه: «يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده، وذلك في الحالات الآتية: - إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه.»

والسؤال الذي يطرح في هذه الحالة يتعلق بمصير هذا الزواج إذا قامت السلطات القنصلية أو القضاة الملحقون بها بتدارك هذه النقائص، وأصدرت هيئة قضائية مغربية حكماً بفساد الزواج في هذا الصدد بطلب من الطرف الذي قد تكون له مصلحة في فسخ هذا العقد حسب المادة المذكورة سابقاً.

كما يطرح سؤال آخر وهو هل تمتد إمكانية سد الثغرات أو أي إجراء آخر لتشمل أيضاً موانع الزواج؟ وفي هذا الإطار تطرح العديد من المشاكل العملية التي تجعل مقتضيات المدونة تبدو كعائق يحرم المغاربة المقيمين بالخارج من التسهيلات التي كانوا يستفيدون منها، وضمنهم المغاربة المقيمون بإسبانيا، وخاصة فيما يتعلق بالموانع.

يمكن أن نذكر في هذا الصدد حالة زواج مغربية بإسباني غير مسلم، وزواج مغربي بامرأة إسبانية غير كتابية كما هو مذكور في الفقرة 5 من المادة 39.

فقبل أن يدخل قانون الأسرة الجديد حيز التطبيق، كان بالإمكان «تصحيح» مثل هذا الزواج عبر تدارك مسألة عدم ذكر ديانة الطرف غير المغربي في عقد الزواج (سواء بسبب الإغفال أو عمداً)، وذلك بالإشارة إلى أن الخاطب قد اعتنق الإسلام، أو أن المرأة التي سيعقد عليها هي مسيحية أو يهودية، أو أنها اعتنقت الإسلام بدورها.

والملاحظ أن المذكرة اكتفت فيما يخص الزواج المختلط بالتأكيد على شرط اعتناق الإسلام بالنسبة للرجل، وعلى شرط الانتماء إلى أهل الكتاب بالنسبة للمرأة غير المسلمة (المادة 39)<sup>402</sup>.

هل يمكن القول إن ذلك معناه عدم وجود إمكانية (تصحيح) هذا النوع من العقود؟ حسب المدونة الجديدة للأسرة، تنص المادة 57 على ما يأتي:

402 انظر: براجوي خالد، "الزواج المختلط واختلاف العقيدة"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، رقم 59، 2004، ص 90.

تستهدف هذه المادة من الناحية النظرية تسهيل مسطرة الزواج مع أخذ ظروف عيش المغاربة المقيمين بالخارج بعين الاعتبار. فهذه المادة تنص من ناحية أولى على أن المغاربة يمكنهم أن يعقدوا زواجهم وفقا للمسطر الإدارية المحلية الإسبانية (أي الشروط الشكلية المحلية). ومن ناحية ثانية، فإن شروط الجهر التي يفرضها القانون المغربي يجب التقيدها، وخاصة شروط الرضى، والولاية عند الاقتضاء، واحترام شرط انتفاء الموانع القانونية وعدم إسقاط المهر، كما أن عقد الزواج يجب أن يتم في حضور شاهدين مسلمين. أما من الناحية العملية، فيبدو أن شرط التقيده بشروط الجهر المذكورة أعلاه، إضافة إلى شرط حضور شاهدين مسلمين، يفرغان مقتضيات المادة الأولى من محتواها (وقد نقول إنهما يتناقضان مع الهدف المنشود من المقتضيات الأولى)، هذه المقتضيات التي تسعى إلى تسهيل إجراءات الزواج لصالح الجالية المغربية المقيمة بإسبانيا، عن طريق إخضاعها للمسطر الإدارية المحلية، كما ينص عليها الفصل الثاني من اتفاقية لاهاي المؤرخة بسنة 1976 الخاصة بعقد الزواج والاعتراف به، مما يتناسب مع مبادئ القانون الدولي الخاص المقارن الذي يشترط «خضوع شكل العقد لمكان إتمامه» (locus regis actum).

وهكذا تنتصب عدة صعوبات أمام إتمام عقد زواج المغاربة المقيمين بالخارج والاعتراف به، نظرا لأن الزواج في بلد أوروبي يعقد في حضرة ضابط الحالة المدنية، واعتبارا أيضا لكون قواعد الزواج في هذا البلد لا تنص على شرط حضور شاهدين مسلمين، وهو شرط ذو طبيعة دينية، كما أنها لا تتضمن شروطا خاصة بالمهر. أما عن موانع الزواج، وخاصة تلك المتعلقة بتعدد الزوجات وتحريم زواج المسلمة من غير المسلم، فإن هذا البلد الأوروبي لا يقبل بهذه الشروط. كما أن قواعد الرضاة هي قواعد خاصة بالتشريع الإسلامي، ولا تعترف بها الأنظمة القانونية الأخرى ومنها القانون الإسباني.

وتطرح هذه المقتضيات مشاكل جمة للسلطات المغربية ولتمثلياتها الدبلوماسية في إسبانيا من سفارات وقنصليات، وهي مشاكل تتعلق بقبول إيداع نسخ عقود الزواج المنجزة وفقا للمسطرة الإدارية المحلية والتي لا تتقيد بالقواعد المذكورة آنفا أو تلك التي لا تنص عليها صراحة في العقد.

والسؤال الذي يطرح نفسه ما هو مصير تلك العقود الصحيحة محليا ولكنها مرفوضة من قبل القانون المغربي؟ خاصة وأنه في حالة وجود نزاع، فإن الهيئات القضائية الأجنبية ستعترف بقانونية هذه العقود والآثار الناجمة عنها، عكس الهيئات القضائية المغربية التي لن تعترف بها ولا بأثارها.

### ب) الدورية 13 الصادرة عن وزارة العدل

تجدد الإشارة إلى أن وزارة العدل حاولت مواجهة هذه المشاكل عن طريق إصدار دورية 13 المؤرخة ب13 أبريل 2004، وهي موجهة إلى القضاة الملحقين بسفارات المملكة المغربية بالخارج، والمكلفين بمهام قضاة التوثيق، ومهام قاضي الأسرة (مكلفين بقضايا الزواج).

وتتهم هذه الدورية بتطبيق مقتضيات قانون الأسرة على أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج، وتتضمن بعض التوجيهات الهادفة إلى حل مشاكل التطبيق المذكورة سابقا. وفيما يلي بعض تلك التوجيهات: «يكلف القاضي بإجراء عملية تحسيسية في أوساط الجالية المغربية المقيمة بالخارج... كما أنه مكلف بإبلاغ السلطات المحلية ببلد الإقامة وتعريفها بمقتضيات المدونة، وتدارس إمكانية إدراج الشروط التي ينص عليها القانون المغربي في عقود الزواج، وذلك لتسهيل الاعتراف بها في المغرب».

وتؤكد هذه المذكرة على:

«التنسيق بين القاضي والسلطات القنصلية. سعيا إلى سد الثغرات، وفي هذه الحالة، فإنه من اللازم إعلام الطرف المعني بعقد الزواج بضرورة استكمال الإجراءات وأيضا البيانات الناقصة، من قبيل حضور شاهدين، أو أي إجراء آخر».

ويبقى طبعاً من حق كل مغربي يتوفر على عقد زواج مدني ويرغب في إنجاز عقد زواج مطابق مع القانون المغربي، أن يطالب بأن يحرر محضر إثبات يتضمن بيان الزواج المدني، وتثبت فيه مسألة حضور شاهدين وولي عند الاقتضاء وأيضا ذكر الصداق.

ويعد تحليل هذه الإضافة، وتقيدها في السجل، يتم إلحاقها بعقد الزواج المبرم طبقا للمقتضيات الإدارية المحلية...»

ذلك أنه كان ينتظر ويرجى بحق أن يضع المشرع حدا لممارسات قضائية ليس لها أي مرجعية نصية، خاصة عندما تتعارض والمبادئ القانونية المعمول بها دوليا<sup>396</sup>.

إن ما ينطوي عليه توجه المشرع الجديد من خطر يتمثل في أن المحاكم الأجنبية سيكون من السهل عليها أن نجد من الشغرات القانونية ما يتيح لها أن ترفض التذليل بالصيغة التنفيذية للأحكام والقرارات المغربية المؤسسة على هذه المقتضيات. إن امتياز الجنسية أو الدين يشكل نقضا صريحا لقواعد الاستدلال التنازعي كما كرسته مبادئ القانون الدولي الخاص وسننه.

أضف إلى ذلك أن مثل هذا الامتياز يتعارض والمبادئ التي أقرتها الاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الإنسان، وذلك بالنظر إلى ما يحمله من تمييز أساسه الدين أو الانتماء الوطني.

لا بد من الإشارة في هذا الصدد إلى أن تشريعات العديد من الدول الأوروبية تفضل أن تطبق مباشرة مقتضيات الاتفاقيات الأوروبية المتعلقة بحقوق الإنسان وكذا المعاهدات الدولية الأخرى كي تتلافى تطبيق القوانين المغربية وما يبنى عليها من أحكام وقرارات<sup>397</sup>.

## 2. مدونة الأسرة الجديدة وأثرها على الجالية المغربية المقيمة بإسبانيا

تترجم المقتضيات الجديدة عزم المشرع على تذليل الصعوبات العملية التي تواجهها الجالية المغربية المقيمة بالخارج عامة وإسبانيا خاصة.

ومع ذلك لا بد من الاعتراف بأن القانون المغربي ما يزال بعيدا عن المقتضيات المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان<sup>398</sup>، وعن المعايير الأوروبية التي تركز مبدأ الحرية والمساواة المطلقتين في هذا المجال، وتنيد كل أشكال التمييز القائمة على الجنس أو الجنسية أو الدين.

وتأسيسا على هذا يبقى الطريق شاقا طويلا للتغلب على المشاكل وتجاوز الصعوبات التي تسم الوضعية القانونية للأسر المغربية المقيمة بالخارج، ومنها تلك المقيمة بالديار الأسبانية<sup>399</sup>.

في هذا الصدد سنستعرض بعضا من الأمثلة التي تجسد المشاكل الملموسة الناجمة عن تطبيق النص الجديد على الزواج وأثاره<sup>400</sup> من جهة، ثم على فسخ الزواج وعواقبه من جهة أخرى.

### أ) قواعد الزواج وأثارها

#### أ) شروط الزواج

بمقتضى المادة 14 من المدونة :

” يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج، أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للمساطر الإدارية المحلية، إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والولي عند الاقتضاء، وانتفت الموانع القانونية ولم ينص على إسقاط المهر، وحضره شاهدان مسلمان، مع مراعاة أحكام المادة 21 بعده“<sup>401</sup>.

396 برجاي خالد، ”القانون الدولي الخاص في مجال الأحوال الشخصية“، المرجع المذكور.

397 كارلي جان ايف، ”وضعية الأشخاص في الاتحاد الأوروبي“، UCL، 2004.

398 ”الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهاد القضائي“، وقائع ندوة علمية، منشورات مركز التوثيق والإعلام والتكوين في حقوق الإنسان، الرباط، دجنبر، 2002.

399 فويلتس ماري كبير والوكيلي محمد، ”الزواج والتطليق في قانون الأسرة المغربي الجديد: أي أثر على المغاربة المقيمين بأوروبا؟“، المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص، (3)، 59، يونيو- شتنبر، 2006، ص. 521.

400 الشريف نور الدين، ”نزاعات القوانين في ميدان الزواج في القانون الدولي الخاص المغربي“، DES، القانون الخاص، الرباط، 1963.

401 أحمد عبد الكريم سلامة، مبادئ القانون الإسلامي الخاص والمقارن، منشورات النهضة العربية، القاهرة، 1989.



## ب) نقيح

ينص الفصل الثاني من المدونة على أن «مقتضيات المدونة تنطبق على:

1. ...
2. ...
3. العلاقات التي يكون أحد طرفيها مغربيا
4. العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلماً..»

إن المقتضيات الواردة في الفقرتين الثالثة والرابعة من الفصل المذكور تكرس ما يسمى امتياز الجنسية<sup>391</sup> وامتياز الدين، وهما امتيازان لا يقبلهما الفقه بحكم أنهما يتعارضان ومبادئ وأهداف القانون الدولي الخاص المقارن.

إن هذين الامتيازين يفضيان إلى حلول موضوع انتقاد على مستوى ما يكرسه من قواعد، إذ إنهما يتعارضان مع مبادئ الأمم المتحدة (وبخاصة مبدئي المساواة والحرية) حيث يقيمان ضروبا شتى من التمييز قوامها إما الدين وإما الانتماء الوطني.

هذا وإن هذه المقتضيات تكرس تطبيق قواعد تشريع معين (القانون المغربي) على حساب قواعد تشريع آخر، أو ترجح بكيفية آلية قانون أحد الأطراف على قانون الطرف الآخر عندما يتعلق الأمر بالعلاقات المختلطة.

وهو ما يشكل خرقا سافرا لمبادئ الاستدلال التنازعي وقواعده التي تقتضي احترام القوانين المتنازعة وذلك بتنزيلها المنزلة نفسها، ثم في مرحلة لاحقة بالأخذ بأحدها أخذا يقوم على إلحاق موضوعي تؤسسه سلفا القواعد المعمول بها في مجال تنازع القوانين، وذلك بحسب القاضي الذي يبت في القضية.

وإذا كان امتياز الجنسية مذكورا صراحة في الفقرة الثالثة المشار إليها أعلاه فإن امتياز الدين<sup>392</sup> يجد هو الآخر أساسه في الفقرة الرابعة. إن هذه الفقرة، وإن كانت تستهدف صراحة العلاقات الداخلية، فإنها تنسحب بما لا يدع للشك مجالاً على العلاقات الدولية الخاصة التي يكون طرفها غير المسلم أجنبياً.

إن امتياز الجنسية والدين يشكلان اجتهداً قضائياً قاراً للمحاكم المغربية - بل محاكم البلدان الإسلامية- قبل دخول قانون الأسرة الجديد حيز التنفيذ، وذلك مجارة للشعور الوطني وامتثالاً لمنطق الأمة الإسلامية الذي تحرى القضاة مراعاته في حل القضايا المتصلة بالعلاقات الدولية الخاصة<sup>393</sup>.

إن هذا التطبيق المردود الذي كان يفتقر، على الأقل في السابق، إلى مرجعية نصية صريحة في القانون المغربي يجد الآن مرجعيته في قانون الأسرة الجديد<sup>394</sup>.

وهذا التوجه التشريعي الجديد يشكل تراجعاً بيننا بالقياس إلى مبادئ القانون الدولي الخاص المقارن وأهدافه<sup>395</sup>. ولا غرو، إنه توجه يتعارض وطموحات الفقه المتصل بالقانون الدولي الخاص على صعيد المغرب.

391 انظر: بكباك محمد «امتياز الجنسية»، تونس 1997.

392 لفهم الفقه الإسلامي، انظر: شحاتة شفيق، «دراسة القانون الإسلامي»، 1979.

393 جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الثالث، «تنازع القوانين»، طبعة 1961؛ عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، نزاعات القوانين ونزاعات الهيئات القضائية، 1977؛ هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المنشورات الجامعية، بيروت، 1986.

394 انظر في هذا الصدد، مولاي رشيد عبد الرزاق «حقوق الطفل في الاتفاقيات الدولية والحلول المعتمدة في الدول العربية والإسلامية»، عنوان على حدة من كتاب دروس أكاديمية في القانون الدولي، الجزء 268، 1997؛ مارتينوس نجهوف بوليشوز، 1999، (ذي هاك بوسطن-لندن).

- الشافقي محمد، «تأثير الدين على القانون الدولي الخاص في البلدان الإسلامية»، مجموعة دروس أكاديمية القانون الدولي بلاهاي، الجزء الثالث، ص.320.

- دبيريز (جان)، «القانون الدولي الخاص وصراع الحضارات، جوانب منهجية، العلاقات بين أنظمة أوروبا الغربية والنظام الإسلامي للأحوال الشخصية»، مجموعة دروس أكاديمية القانون الدولي بلاهاي، الجزء 1988-211، المجلد الرابع، ص.372.

395 إتسا هسل، «أهداف القانون الدولي الخاص»، المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص، 1959، يناير-مارس، ص.1.

غير أن ثمة من يرى أن القول بكون النزاع عملاً قانونياً هو قول موضوع نقاش. ويكفي التذكير بأنه يشكل مصدر الحكم الأجنبي، وأن العلاقات بين النظم القانونية تقتضي تنفيذ هذا الحكم. إن وجهة النظر هذه يدعمها الفقه المصري كما تؤيدها أغلبية رجال القانون في المغرب<sup>386</sup>.

## 1. آثار مقنضيات قانون الأسرة الجديد على الجالية المغربية بالخارج

إن قانون الأسرة الجديد الذي دخل حيز التنفيذ في فبراير 2004<sup>387</sup> يشتمل على مجموع القواعد التي تنظم أحوال الأشخاص وأهليتهم الفردية، كما يقن جميع العلاقات الأسرية في جوانبها الشخصية والمالية، ويضع القواعد المتصلة بالوصية والتركات والهبات<sup>388</sup>.

وتطبق قواعد قانون الأسرة الجديد على جميع المغاربة المقيمين بالمغرب وعلى المغاربة المقيمين بالخارج، كما يمتد تطبيقها إلى الأجانب المرتبطين بشخص مغربي في إطار علاقة مختلطة، وذلك طبقاً لمقتضيات الفصل الثاني من القانون.

سنحاول أولاً في هذه الدراسة تقييم مدى ملاءمة مقتضيات قانون الأسرة الجديد مع مبادئ وأهداف القانون الدولي الخاص المقارن، ثم سنتظر ثانياً فيما تخلفه المدونة من آثار في الأحوال الشخصية للمغاربة المقيمين في إسبانيا.

### 1. ملاءمة مقنضيات مدونة الأسرة مع مبادئ وأهداف القانون الدولي الخاص المقارن

#### (أ) مبادئ وأهداف القانون الدولي الخاص المقارن

من المتفق عليه في القانون الدولي الخاص المقارن أنه عندما يتعلق الأمر بحل النزاعات فإن القوانين المتنازعة توضع على قدم المساواة وتعطى لها نفس الحظوظ على مستوى التطبيق، ثم يرجح أحدها على الآخر طبقاً لمعايير موضوعية ومنطقية وتبعاً لاستدلال تنازعي<sup>389</sup>. إن هذا المنهج يعد حالياً الوسيلة التقنية الوحيدة الملائمة لحل النزاعات الدولية الخاصة بغض النظر عن كل شعور وطني أو ديني.

ويقتضي الاستدلال التنازعي الصحيح وجود قانونين اثنين أو أكثر تنظم علاقة من علاقات القانون الدولي الخاص. ويقع الاختيار على القانون الأنسب استناداً إلى قاعدة تنازعية تتسم بالموضوعية والحياد، حيث يتم الاحتكام إلى قاعدة الإلحاق الموضوعي وما تنطوي عليه من معايير الجنسية والسكنى أو الإقامة الاعتيادية مثلاً<sup>390</sup>.

386 موسى عبود، المرجع السابق، ص 317.

387 خالد براجوي، "مدى استجابة مدونة الأسرة الجديدة لمطالب المجتمع المدني والسياسي المغربي"، سلسلة مرشد مدونة الأسرة بالمغرب، عدد 4، دار القلم، الرباط، 2004.

388 غميجة عبد المجيد، "ثنائية الفقه والقانون في مجال الأحوال الشخصية"، جمعية نشر المعلومات القانونية، الرباط، 2007.

389 بتيفول هنري، «جوانب خاصة للقانون الدولي الخاص»، دالوز، باريس، 1959.

390 براجوي خالد، "القانون الدولي الخاص في مجال الأحوال الشخصية"، المرجع المذكور، ص 121 وما يليها.

الرأي عندنا أن المحكمة وقعت في خلط بين قوة الشيء المقضي به وبين القوة التنفيذية. إن قرار المحكمة واضح جلي: إن الحكم الأجنبي لا يمكن أن يحصل على أمر بالتنفيذ إلا بعد أن يحصل على قوة الشيء المقضي به. هذا الموقف يدحضه الفقه الفرنسي الذي لا يرى ضرورة للأمر بالتنفيذ من أجل تطبيق حكم أجنبي تتوافر فيه قوة الشيء المقضي به.

### ب) حجية الحكم الأجنبي

بما أن الحكم الأجنبي قد صدر عن سلطة قضائية فإنه يعد وثيقة رسمية وبالأحرى حجة. هكذا فالفقه والاجتهاد القضائي الفرنسي يعتبران كل حكم أجنبي بمثابة حجة حتى ولو لم يحصل هذا الحكم على الأمر بالتنفيذ. إن اعتبار الحكم الأجنبي بمثابة حجة يعني أن هذا الحكم يثبت كل ما يتضمنه من وقائع ومعلومات ووثائق، وذلك حتى يثبت العكس عن طريق إقامة دعوى غيابية (طبقاً للفصل 418 من القانون المدني المغربي). وإذا كان المادة 404 من قانون الالتزامات والعقود قد تطرق إلى وسائل الإثبات في مجال الالتزامات فإن المادة 418 اختص فيما يتصل بالوثيقة الرسمية، وهو ينص في فقرته الأخيرة على أن "الأحكام الصادرة في الخارج يمكن أن تكون حجة على الوقائع التي تتضمنها رغم عدم حصولها على قوة النفاذ". وبناء على هذا فإنه يمكن الاستناد إلى حكم أجنبي للقيام بإجراء كالحجز مثلاً، بيد أن هذا الإجراء لا يمكن إشهارة إلا بعد الحصول على الأمر بالتنفيذ من قبل المحكمة المختصة. يتبين مما سلف أن قيمة الحكم الأجنبي تتوقف على سلطة القاضي المعني، كما يجب أن يستجيب الحكم لكل الشروط كتوافر الاختصاص لدى المحكمة المصدرة له وتوافق الحكم مع النظام العام. وبمقتضى القرار الذي أصدرته المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في 25 يناير 1927، فإن الحكم الأجنبي الصادر في الخارج هو حكم صحيح حتى إن لم يحصل على الأمر بالتنفيذ<sup>383</sup>.

### ج) الحكم الأجنبي وأثر الواقع

إن كل حكم لم يحصل على أمر بالتنفيذ يعد حدثاً يمكن أن يتأسس عليه نزاع جديد إذ لا يمكن تجاهل الحكم الأجنبي. وقد كان الأستاذ « برتان » Bartin أول من تطرق إلى قيمة الحكم الأجنبي بوصفه حدثاً. وتبني هذه الفكرة على القرار الذي أصدرته محكمة الاستئناف ب «نانسي» في 7 يونيو 1921<sup>384</sup>. وبذلك، فإنه حسب مقتضيات القانون الفرنسي تقتضي القاعدة أن الحكم الأجنبي لا يمكن تجاهله من حيث هو حدث ينتج كل آثاره القانونية في فرنسا. وبالتالي فإنه يمكن إصدار حكم آخر بناء على الحكم الأجنبي. وفي الإطار ذاته يعتبر الفقه أن الحكم المنفذ في الخارج ينبغي أن يتم الاعتراف به دون تدخل من القاضي الوطني. غير أن هناك فريقاً يرى أن رفض الطلب مرده إلى أن قوة الشيء المقضي به هي ما يحول دون الحسم في النزاع من جديد، وهذه الحالة نجدها في مصر<sup>385</sup>. ومن جهة أخرى، هناك فريق يعد هذا الرفض عملاً قانونياً. وينبغي الإشارة إلى أن العمل القانوني يحدث آثاره إزاء المتقاضين كما قد يحدثها في مواجهة الأعيان.

383 يتعلق الأمر بالحكم الذي أصدرته المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في 52 أبريل 1927 والذي نشر في GTM. انظر الهامش: مولاي رشيد عبد الرزاق: مولاي رشيد عبد الرزاق « التذليل بالصيغة التنفيذية » ص: 177.  
384 نانسي، 8 يونيو 1921، كلونت، 1923، ص: 267، بيان بيرون.  
385 أوكاشا عبد الله، « القانون الدولي الخاص »، ص: 386.

التي أصدرت الحكم. هكذا تكون خاضعة للقانون المغربي قوة نفاذ الحكم الأجنبي وآثاره بعد حصوله على الصيغة التنفيذية.

وإذا كانت تدعم الحكم الأجنبي ضمانات معينة، كالرهن الحيازي وغيره، فإن هذه الضمانات لا يجوز إعمالها في الخارج (في إسبانيا تحديدا). لكن إذا كان هناك تأمين فإن آثاره يمكن أن تمتد إلى الخارج. إن كل حكم أجنبي حصل على الأمر بالتنفيذ يستفيد من قوة سلطة الشيء المقضي به طبقا للقانون المغربي.

#### 4. الآثار المسنقة للذليل بالصيغة التنفيذية

بعد أن تناولنا بالدرس في الجزء الأول الإجراءات المسطرية التي بها يتسنى الحصول على الأمر بالتنفيذ يجدر بنا أن نتساءل عن الحالة التي يكون فيها الحكم الأجنبي غير حاصل على هذا الأمر: فهل سيفقد هذا الحكم أنثذ قيمته؟ وهل سي طرح جانبا؟ للإجابة عن هذا السؤال سنسلك منهجا يشمل النقاط التالية:

1. قوة الشيء المقضي به.
2. القوة الحجية
3. أثر الواقع

#### أ) فما هو القانون المغربي من مسألة حصول الحكم الأجنبي على قوة الشيء المقضي به.

توجد في القانون المقارن شعبة من الفقه يقبل أصحابها الاعتراف بالحكم الأجنبي حتى في حالة انعدام الأمر بالتنفيذ، فيما يقف آخرون موقف الرافضين لمثل هذا الاعتراف. فما هو إذن موقف القانون المغربي في ظل غياب نص تشريعي في هذا الصدد؟ إن معظم الأدبيات في هذا الباب ترفض أن تعطي قوة الشيء المقضي به للحكم الذي لم يحصل على الأمر بالتنفيذ.

وما يبرر هذا الرأي هو كون الأمر بالتنفيذ يترتب عنه أثاران اثنان هما قوة النفاذ وقوة الشيء المقضي به. إن قوة الشيء المقضي به مرتبطة بالأمر بالتنفيذ. وإذا كان اكتساب الحكم الأجنبي لقوة الشيء المقضي به، رهين بحصوله على الأمر بالتنفيذ، فإن أصحاب هذا الرأي لا يرون مانعا في الاعتراف بهذا الحكم. وقد طبقت هذه الحالة الاستثنائية من قبل محكمة النقض الفرنسية في قضية "بوجكلي" Bujkley المؤرخة في 28 فبراير 1960، حيث اعتبرت المحكمة أن الأحكام الصادرة في الخارج تتمتع بقوة الشيء المقضي به حتى في غياب الأمر بالتنفيذ فيما يتعلق بقضايا الحالة والأهلية. على أن هناك قرارا آخر أصدرته في 1920 محكمة النقض الفرنسية، تم بموجبه تحديد هذا الاستثناء، حيث اعتبرت الأحكام الصادرة من قبل محكمة أجنبية أحكاما تترتب عنها آثار في فرنسا دونما حاجة إلى أمر بالتنفيذ، اللهم إذا تعلق الأمر بالمتلكات أو بإكراه الاختصاص. إن هذا المنظور يطبق به في المغرب، خصوصا إذا علمنا أن المادة 20 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب ينص عليه.

ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن هذه القاعدة إنما تطبق على أحوال الأشخاص وأهليتهم على الرغم من غياب المقتضيات القانونية في هذا الشأن.

وفي قرار صادر عن المجلس الأعلى في 4 مارس 1962، نقض المجلس القرار الذي أصدرته محكمة الاستئناف، وذلك لكون الحكم الأجنبي لا يتوافر على قوة الشيء المقضي به.

ونجد في تعليق على هذا القرار إشارة إلى أن الحكم الأجنبي يلزمه، كي يتوافر على قوة الشيء المقضي به، أن يحصل على أمر بالتنفيذ صادر عن محكمة مغربية.

هكذا فإن الاختصاص المادي يؤول إلى المحكمة الابتدائية، وهو اختصاص ذو صبغة عمومية، أما المجلس الأعلى فقد أنيطت به مهمة مراقبة هذا الاختصاص طبقا للفصل 359 من قانون المسطرة المدنية. ويضيف الفصل المذكور أن المحكمة التي تم اللجوء إليها هي المحكمة الموجودة حيث يوجد محل إقامة المدعى عليه أو سكنه، فإن لم يكن فتلك الواقعة في مكان تنفيذ الحكم، وفي هذا تحديد للاختصاص الترابي. وهذا الاختصاص ليس من النظام العام.

### ب) الأعمال المسطرية

هذه الأعمال هي نفسها التي ينص عليها قانون المسطرة المدنية، على أنه يجب بيان الصفة والمصلحة والأهلية، كما أن على القاضي أن يكتفي بالطلبات التي يتقدم بها المتقاضون. إن العريضة الافتتاحية للدعوى ينبغي أن يتضمن الحكم الصادر في الخارج، وطلب الأمر بالتنفيذ وأسماء جميع الأطراف. وللمدعى عليه أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة المغربية، بينما ينتفي عدم الاختصاص هذا عن المحكمة الأجنبية لكونه يخص الجوهر. إن العريضة الافتتاحية للدعوى يجب أن ترفق بالوثائق التالية:

- نسخة مصدقة من الحكم
- أصل صك التبليغ
- شهادة من كتابة الضبط بالمحكمة المصدرة للحكم تقرر بأن الحكم نهائي.

و يجب أن تصدق هذه الوثائق عن الطريق الدبلوماسي. وعند الاقتضاء يجب أن تترجم هذه الوثائق جميعها بما في ذلك الحكم. وبمجرد ما يكتسب الحكم القوة التنفيذية فإنه يتسم بنفس قوة قيمة الحكم الصادر عن محكمة مغربية.

### ج) الزم بالتنفيذ كطلب عرضي

إن الفقه القانوني لا يرى ضيرا في تقديم طلب عرضي متعلق بالأمر بالتنفيذ، لكن هذا الطلب ينبغي أن يعرض على محكمة ابتدائية حتى لا يكون ثمة مساس بحق أحد الأطراف في إحدى طرق الطعن. ويتمثل الشرط الوحيد في أن يقدم هذا الطلب من قبل أحد طرفي الدعوى الأصلية.

### د) الدليل على صلاحية الحكم الأجنبي

يتجلى السؤال المطروح في معرفة على عاتق من تقع الحجة على وقائع الدعوى. يذهب البعض إلى أن هذه المهمة تقع على المدعى عليه لأننا لسنا بصدد دعوى جديدة، فيما يرى آخرون أن الحجة تقع على عاتق المدعى لأنه صاحب المصلحة في التحرك. وبما أن المغرب يعطي قيمة للحكم الأجنبي فإنه يتعين تقديم الحجة على عكس ما في هذا الحكم إما من قبل القاضي المغربي أو من قبل المدعى عليه. وإذا اقتضى الأمر ذلك فعلى القاضي أن يأمر بالتنفيذ. ويمكن القول إن على القاضي أن يشير كل ما من شأنه أن يمس بالمصلحة العامة، أما المصلحة الخاصة فينوء بها المدعى عليه. والملاحظ أن المشرع المصري يذهب المذهب ذاته.

### ه) محتوى الحكم في دعوى الزم بالتنفيذ

إن محتوى دعوى الأمر بالتنفيذ قد يكون هو القبول أو الرفض، وذلك بعد أن يقوم القاضي المعني بالتحقق من توافر جميع الشروط التي ينص عليها القانون. فإذا قبل القاضي المغربي أن يصدر الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي فإنه ملزم بالأمر بما في محتوى هذا الحكم. ينفذ الحكم إذن طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون المغربي، وليس طبقاً لما ينص عليه قانون الدولة

إن مقتضيات المادة 289 من قانون المسطرة المدنية القديم تنص على أن كل حكم أجنبي يمكن أن ينفذ من غير مراجعة الجوهري، والأمر نفسه ينطبق على كل حكم أصدرته دولة يتوافر فيها الشرطان المذكوران أعلاه.

#### **ب) مقتضيات قانون المسطرة المدنية الجديد:**

استنادا إلى مقتضيات المادة 430 من قانون المسطرة المدنية، يتبين أن المشرع المغربي تخلى عن نظام المراجعة لفائدة نظام المراقبة.

وبموجب هذا الفصل فإن المشرع لم يخضع الحكم الأجنبي، لأجل تطبيقه في المغرب، لشروط شكلية، بل جعله خاضعا لدول نظام المراقبة وموضوع الحكم<sup>381</sup>.

يستنتج من ذلك أن الطلبات الجديدة المقدمة إلى المحاكم المغربية تعتبر طلبات غير مقبولة، بيد أن القاضي المغربي لا يسعه سوى أن يصدر الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي أو أن يرفضه دون أن يغيره. على أن له أن يعطي الأمر بتنفيذ جزء من الحكم الأجنبي دون جزء آخر متى كان في هذا الأخير يتعارض مع النظام العام المغربي، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يضيف أي إجراء مسطري آخر من إجراءات التنفيذ. إن هذا المنحى يؤكد الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في 11 يونيو 1974، والذي يتضمن الحيثية الآتية:

« لا يحق للمحكمة أن تناقش موضوع الدعوى وتنظر فيما إذا كانت المحكمة المصدرة للحكم مصيبة أم مخطئة»<sup>382</sup>.

وهذه هي وجهة النظر نفسها التي أبان عنها المغرب في التقرير الذي رفعه إلى المؤتمر العالمي للقضاة، المنعقد بتونس في 1980.

لا بد من الإشارة إلى أن بيت القصيد هنا إنما هي السلطات القضائية الوطنية حين تناط بالبت في طلب التنفيذ، ذلك أن هناك فرقا بين الأمر بالتنفيذ وطلب التذليل بالصيغة التنفيذية.

إن هذا اللبس مرده إلى كون المشرع المغربي استعمل، في نص الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية، عبارة التذليل بالصيغة التنفيذية عوضا عن عبارة الأمر بالتنفيذ.

إن التذليل بالصيغة التنفيذية هو الأمر الذي يصدره الملك إلى السلطات من أجل تنفيذ حكم ما. ولا يدخل هذا التذليل حيز الإنجاز إلا وفق مسطرة منصوص عليها في قانون المسطرة المدنية. أما طلب الأمر بالتنفيذ فهو القيام بمسعى لدى القاضي المغربي من أجل جعل الحكم الأجنبي يساوي في قيمته الحكم المحلي، لكن هذا الحكم لا ينفذ إلا بعد أن يحصل على الصيغة التنفيذية.

#### **ب) الأعمال المسطرية المنطلة بالتنفيذ في القانون المغربي**

إن التطرق إلى هذه النقطة يقتضي أن نحدد بداية المحكمة المختصة في هذا المجال، ثم الأعمال المسطرية اللازمة.

#### **أ) المحكمة المخطئة**

تنص المادة 430 من قانون المسطرة المدنية على أنه

« لا تنفذ في المغرب الاحكام الصادرة عن المحاكم الاجنبية الا بعد تديلها بالصيغة التنفيذية من طرف المحكمة الابتدائية لموطن... الخ »

381 كان يجري العمل بهذا في مرحلة طين المغرب المراجعة في حالات دقيقة مخصصة.

382 حكم تجاري متعلق بالف رقم 2207، بتاريخ 31 يونيو 1974، مجلة هيئة المحامين، رقم 23، 1986، ص. 37، تعليق الاستاذ درميش، المرجع السابق.

**ج) مفعول إثارة النظام العام في إطار تنفيذ الأحكام الأجنبية (الإسبانية تحديدًا)**  
إن مجال تطبيق مفهوم النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص هو مجال واسع، لذلك تخول للقاضي صلاحية تحديد هذا المجال.

في هذا الإطار ألزم المشرع المغربي القاضي بأن يتأكد من ملاءمة الحكم للنظام العام. وفي حالة ما إذا رفض القاضي المغربي تنفيذ حكم أجنبي، فإنه لا يجوز له أن يحل محله حكماً آخر. وإذا كان الحكم الأجنبي لا يتعارض إلا جزئياً مع النظام العام المغربي، فإن للقاضي المغربي أن يقصي فقط ما تعارض من الحكم ويأمر بتنفيذ ما توافق منه مع النظام العام. وتجدد الإشارة إلى أنه يتعين على القاضي المغربي أن يتخذ جميع الاحتياطات اللازمة متى تعلق الأمر بتنفيذ حكم أجنبي ذي صلة بالأحوال الشخصية.

وبما أن المغرب دولة مسلمة فإنه يتعين عليه أن يتخذ الشريعة الإسلامية مرجعية له فيما يخص النظام العام. غير أن المجلس الأعلى أصدر في 4 فبراير 1977 قراراً يقضي بأن الوصية المحررة بين شخص أجنبي وامرأة أجنبية مسلمة تربطه بها علاقة غير شرعية، هي وصية صحيحة، وذلك استناداً إلى مقتضيات الفصل الثامن من ظهير الوضعية المدنية للأجانب.

والرأي عندنا أنه كان أحرى بالمجلس الأعلى أن يقضي ببطان هذه الوصية بناءً على مقتضيات ظهير الرابع وعشرين من أبريل من سنة 1959، وهو الظهير الذي بموجبه يخضع جميع المسلمين الأجانب لمقتضيات قانون الأحوال الشخصية المغربي.

### **3. قوة الأحكام الأجنبية بين مسطرة التنفيذ والآثار المسنقة المترتبة عن النذيل بالصيغة التنفيذية.**

لقد تناولنا بالدرس في الجزء الأول الشروط الأولية لتنفيذ حكم أجنبي بالمغرب، لكن هذه الشروط لا تمنع المستفيد من الحكم من أن يتبع مسطرة أخرى يتسنى بها تطبيق هذا الحكم بالمغرب. على أن هذا الحكم قد لا يحصل في بعض الحالات على الأمر بالتنفيذ، مما يحدونا إلى التساؤل عما إذا كان الحكم يفقد بذلك قيمته. وسعياً إلى الإجابة عن هذا السؤال سننهج منهجاً نتناول فيه بالدرس المسألتين التاليتين:

1. مسطرة تنفيذ الأحكام الأجنبية
2. الاعتراف بالأحكام الأجنبية

### **أ) مسطرة تنفيذ الأحكام الأجنبية**

إن التطرق إلى هذه النقطة يقتضي أن نبدأ بالسلطات القضائية ذات الاختصاص في تنفيذ الأحكام الأجنبية (الإسبانية تحديدًا)، ثم أن نبحث الإجراءات المسطرية اللازمة لهذا التنفيذ. ولكي ننظر في أمر السلطات القضائية المختصة في التحقق من الأحكام الأجنبية (الإسبانية تحديدًا)، لا بد من القيام بتحليل يعتمد منظورين اثنين: أولاً: يتوجب دراسة المادة 190 من قانون المسطرة المدنية القديم وكذا المادة 19 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب. ثانياً: لا بد من دراسة هذه المسألة على ضوء ما جد من قوانين.

#### **أ) مقتضيات القانون القديم**

يتضح من خلال قراءة المادة 19 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب أن ثمة شرطين أساسيين هما المعاملة بالمثل وتجرد الدولة الأجنبية من الامتياز القضائي. وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر يوم 5 يوليو 1967.



## ج) عدج المساس بالنظام العام المغربي

من جملة الشروط المنصوص عليها في المادة 431 من قانون المسطرة المدنية، هناك شرط عدم تعارض الحكم موضوع طلب التنفيذ مع النظام العام. هذا الشرط تنص عليه أيضا قواعد القانون الدولي الخاص.

### أ) تطور مفهوم النظام العام المغربي

لأغراض هذه الدراسة يتعين المرور عبر ثلاث مراحل:

1. مرحلة ما قبل الحماية
2. مرحلة المحاكم الحديثة
3. مرحلة ما بعد الاستقلال

#### مرحلة ما قبل الحماية

لم يطرح هذا المشكل خلال هذه المرحلة لأنه بمقتضى الاتفاقيات التي صادق عليها المغرب، كان الأجانب يحاكمون أمام قنصلهم، ما يعني أنهم كانوا يخضعون لتشريعهم الوطني.

#### النظام العام خلال فترة الحماية

شهد المغرب خلال هذه المرحلة إحداث المحاكم العصرية، وقد كانت فرنسا آتخذ تولي أهمية كبرى لمسألة إبقاء الأمر على ما كان.

كان كل الأجانب إذن يخضعون لقواعد الإلحاق المعمول بها لديهم. ولم تر النور فكرة النظام العام إلا بعد تبني ظهير الوضعية المدنية للأجانب. ولما كان هذا الظهير يطبق من قبل قضاة فرنسيين، فقد كان لهذا المعطى وقع على مفهوم النظام العام.

#### النظام العام المغربي بعد الاستقلال

بعد الاستقلال بدل الفقه والاجتهاد مجهودا يروم صياغة مفهوم جديد للنظام العام، وهو مفهوم يختلف عما كان عليه الأمر إبان فترة الحماية إذ شرع في استيحائه من المنظومة القانونية المغربية.

فما هي المبادئ الأساس التي يقوم عليها النظام العام المغربي؟

هناك فريق أرجع أصول هذا المفهوم إلى جملة من المبادئ الكونية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان وما يحويه من قواعد ينبغي أن تحترم من قبل جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة. والرأي عند فريق آخر أن مفهوم النظام العام ينبغي أن ينبثق من المبادئ المنصوص عليها في أول دستور مغربي، دستور 1961.

ونحن نرى أن مفهوم النظام العام يجب أن يكون نابعا من مبادئ المجتمع المغربي.

### ب) النظام العام ونفذية الأحكام الأجنبية

هناك قرار أصدرته محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في 21 مارس 1928 اعتبرت فيه أن النظام العام ما كان ليشكل عائقا يحول دون تنفيذ حكم أجنبي.

وتجدر الإشارة إلى أن إثارة مسألة النظام العام لم تكن آتخذ تكتسي أهمية تذكر.

بيد أن هذا الموقف ما لبث أن تغير بفعل إنشاء المحاكم العصرية.

هكذا نجد أن قرارا آخر صدر عن المجلس الأعلى يؤكد أن الحكم الصادر في الخارج لا يمكن أن ينفذ في المغرب إذا كان يتعارض مع النظام العام، وعلى القاضي نفسه أن يثير مسألة النظام العام.

وعلى العموم، فلنكي لا يتناقض الحكم الأجنبي مع النظام العام، فإنه يجب أن يتوافق مع الدستور ومع حق الملكية الفردية، وألا يتعارض مع حكم آخر صادر بالمغرب، وإن كان هذا الحكم لم يتوفر بعد على قوة الشيء المقضي به. هذا ما تنص عليه التوصيات الصادرة عن المؤتمر العالمي للقضاة المنعقد بتونس في 1989.

إن الحكم الأجنبي المقتدر إلى تعليل لا يعد في رأينا متناقضا مع النظام العام، هذا ما يجري به العمل في فرنسا ومصر.

يمكن القول بناء على ما سبق إن القاضي المغربي ليس له الحق في مراقبة ما إذا كانت المحكمة الأجنبية (الإسبانية تحديدا) قد عملت على تطبيق قواعد الاختصاص وفق قواعد الإلحاق المغربية، وذلك للأسباب الآتية:

أولا: تكمن الغاية الحقيقية من وراء وضع هذا الشرط في أن يتم تطبيق القانون على جوهر النزاع. فالأمر لا يتعلق بدعوى تتضمن عنصرا من العناصر الأجنبية، ثانيا: إن النزاع المعروض على القاضي المغربي، قد سبق البت فيه من طرف قاض أجنبي (إسباني)،

ثالثا: إن هذا الشرط يتوخى ألا يكون ثمة تعارض بين الحكم الأجنبي والنظام العام المغربي، رابعا: إن تبني هذا الشرط من قبل القضاء المغربي إلى غاية سنة 1957 يدل على تمسك هذا القضاء بنظام المراجعة. غير أنه يتضح من خلال الفقرة 2 من المادة 430 من قانون المسطرة المدنية، وكذا من الأدبيات الفقهية في هذا الباب، أن المغرب لم يعد يلجأ إلى هذا الشرط.

## 2. الشروط موضوع الإجماع

بعد أن تناولنا بالدرس الشروط التي يدور حولها الجدل، سنتطرق إلى تلك التي ينعقد حولها الإجماع، وهي أن تحترم المسطرة وحق الدفاع، وأن يكون الحكم نهائيا، وألا يكون فيه مساس بالنظام العام.

### (أ) احتراجه المسطرة وحق الدفاع

بموجب مقتضيات الفقرة 2 من المادة 430 من قانون المسطرة المدنية، فإن الحكم الأجنبي لا يمكن أن ينفذ بالمغرب إلا بعد مراقبة صلاحيته.

هكذا فليس بوسع القاضي المغربي أن يأمر بتطبيق حكم أجنبي (إسباني تحديدا) ما لم يعتمد إلى هذه المراقبة<sup>378</sup>. وحسب قواعد القانون الدولي الخاص، فإن الحكم ينبغي أن يكون مطابقا للقواعد المسطرية المتبعة من قبل القاضي المحلي، ويستوجب احترام المسطرة أن يتم استدعاء المدعى عليه إلى المحكمة بكيفية قانونية، وأن يتمتع بحقوق الدفاع جميعها. وقد أصدر الاجتهاد القضائي المغربي الكثير من القرارات في هذا الشأن<sup>379</sup>. أضف إلى ذلك أن المغرب أبرم في هذا الصدد اتفاقيات متعددة مع مختلف الدول<sup>380</sup>.

### (ب) الطابع النهائي والتنفيذي للقرار الإجنبي (الإسباني تحديدا)

لكي يكون الحكم الأجنبي قابلا للتنفيذ في المغرب يجب أن يتوفر على قوة الشيء المقضي به، وبالتالي يكون حكما نهائيا.

لهذا فإن المادة 431 من قانون المسطرة المدنية يفرض بأن يكون طلب تنفيذ الحكم الأجنبي مرفقا بشهادة تسلمها كتابة الضبط بالمحكمة الأجنبية - التي أصدرت الحكم المذكور- تثبت أن الحكم نهائي. ورغم كون جزء من الأدبيات الفقهية يجيز تطبيق الأحكام المشمولة بالتنفيذ المعجل أو الأحكام التمهيدية، فإن التشريع المغربي ومعظم الفقه لا يجيزه، وذلك تلافيا لكل أمر مفاجئ.

378 انظر في هذا الصدد: مينار بيبر، «كتاب الدبلوماسية»، الجزء 1، ص 133؛ مولاي رشيد عبد الرزاق، «تذليل الأحكام الأجنبية في القانون الدولي الخاص المغربي من عهد الحماية إلى 1979»، DES، القانون الخاص، الرباط، 1973، ص 88؛ دكروبول: «القانون الخاص»، الجزء 2، ص 371. 379 منها الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في 13 مارس 1933، والذي نشر في GTM، 1933، ص 182. 380 انظر سالم محمد، «العلاقات الاتفاقية بين المغرب والدول العربية»، دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، الرباط، 1987.

أولاً: لكون قواعد الإلحاق تجذ مصدرها في العديد من الاتفاقيات، فهي إذن جزء لا يتجزأ من النظام العام، ومن ثم فإن على القاضي أن يثيرها، ويجوز للأطراف أن تناقشها للمرة الأولى، أمام محكمة النقض. ثانياً: أن محكمة النقض الفرنسية لم تكن تتحرى الإنصاف بين الدول لما كانت تطبق المبادئ المنصوص عليها في القوانين الأجنبية وتستبعد القانون الفرنسي، إذ كانت تراقبه وتؤوله كلما أحالت عليه قاعدة الإلحاق.

### ب) الحلول المعتمدة بعد الاستقلال

ينص المادة 13 من الظهير المؤسس للمجلس الأعلى على الحالات التي يمكن أن يتأسس النقض عليها. ولقد استبدل هذا الفصل بالمادة 359 من قانون المسطرة المدنية الجديد، وكان لهذا التغيير وقع مباشر على تطبيق القانون الأجنبي بالمغرب<sup>374</sup>.

مراقبة المجلس الأعلى لتطبيق القانون الأجنبي بمقتضى ظهير 27 شتنبر 1957 يستنتج من المادة 13 من الظهير المؤسس للمجلس الأعلى أن القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية مماثل بالقانون الداخلي، إذ يجيز اللجوء إلى النقض متى تبين أن القاعدة الداخلية أو الأجنبية لم تحترم. وعلى النقيض من ذلك، فإن عدم احترام القانون الإسباني مما ليست له علاقة بالأحوال الشخصية لا يخول الحق في اللجوء إلى النقض أمام المجلس الأعلى.

المسألة من منظور قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 إذا ما رجعنا إلى مقتضيات المادة<sup>375</sup> 352 من قانون المسطرة المدنية الجديد نلاحظ أن المشرع المغربي اتخذ موقفاً جديداً إزاء مراقبة المجلس الأعلى لتطبيق القانون الأجنبي (الإسباني تحديداً)، إذ شرع هذا المجلس في مراقبة القوانين الداخلية دون غيرها.

يرى البعض أن هذا الموقف الذي اتخذته المشرع المغربي إنما هو رد فعل متأه ما طرأ عليه من تغيير<sup>376</sup>. وحسب بعض الكتاب، فإن ظهير 1957 يعد بمثابة عائق يمنع المجلس الأعلى من الاشتغال السليم عندما يتعلق الأمر بقاعدة قانونية أجنبية (إسبانية على الخصوص). وعلى الرغم من هذا الموقف الجديد، فالملاحظ أن المجلس الأعلى ما فتئ يراقب تطبيق القانون الأجنبي متى تعلق الأمر بمجال الأحوال الشخصية<sup>377</sup>.

### ج) المجلس الأعلى ومراقبة تفسير القانون الأجنبي (الإسباني تحديداً)

يلاحظ في ضوء اجتهاد المحكمة أنها لا تمارس أي مراقبة على تفسير القانون الأجنبي (الإسباني بالخصوص). في هذا الإطار أصدر المجلس قراراً يتعلق بالفصلين 626 و634 من القانون المدني الإيطالي:

- « حيث إن الفصلين 626 و436 من القانون المدني الإيطالي يقضيان ببطان الوصية عندما تنجز الهبة في الحالتين الآتيتين:
- الإبقاء على علاقة غير شرعية بين شخصين،
  - حين تكمن الغاية من الهبة في تأمين مستقبل الخليفة بعد وفاة عشيقها. »

374 انظر في هذا الصدد: ادريس العلوي عبدالوحي والكرباري مامون، « تفسير قانون المسطرة المدنية الجديدة »، الرباط، 1975

375 هذا الفصل حل محل المادة 13 من ظهير 1957.

376 انظر الوكيل محمد، « مراقبة تطبيق القانون الأجنبي من خلال قرارات للمجلس الأعلى ». المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 5، ص 83 وما يليها.

377 قرار المجلس الأعلى الصادر في 4 فبراير 1977.

## ب) مراقبة الاختصاص الداخلي

إن معظم أدبيات الفقه المقارن تذهب إلى أن الاختصاص في مجال التذليل بالصيغة التنفيذية له صلة بالاختصاص الدولي. وفيما يتعلق بالاختصاص الداخلي، فهو لا يخضع لأي شرط من الشروط. إن الاختصاص الترابي والمادي لدى المحكمة التي أصدرت الحكم - موضوع طلب التذليل بالصيغة التنفيذية - لا يمكن أن يتم تفعيله وفق قانون البلد الذي يراد منه تنفيذ الحكم. وعليه فإنه يجوز تنفيذ حكم صادر في الخارج حتى ولو صدر عن محكمة غير مختصة على الصعيد الداخلي، اللهم إلا إذا ترتب عن حالة عدم الاختصاص هذه إبطال لهذا الحكم طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه.

## ج) الشرط الثالث: شرط تطبيق القانون المختص طبقاً لقاعدة الإلحاق بمحكمة التنفيذ

هناك منظومات تشريعية تخضع تنفيذ حكم صدر في الخارج للقانون المختص الذي تنص عليه قاعدة الإلحاق بالبلد الذي سيتم فيه تنفيذ الحكم.

وهذه القاعدة نص عليها القانون الفرنسي<sup>369</sup>. هذا الموقف الذي أخذ به الاجتهاد القضائي الفرنسي هو موقف زكاه وكرسه حكم «موزر». إنه موقف لا يرمي إلى تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، وإنما يتوخى فحسب الحماية ضد تسرب قواعد الإلحاق الأجنبية<sup>370</sup>. وقد لقي هذا الشرط انتقادات من لدن العديد من فقهاء القانون<sup>371</sup> لأنه يشكل عائقاً أمام تنفيذ الأحكام الأجنبية.

لهذا اتخذت محكمة النقض الفرنسية قراراً تقرر بموجبه ما إذا كانت نتيجة الحكم الصادر بالخارج تتطابق والنتيجة التي ستفضي إليها المحكمة الفرنسية عبر تطبيق قواعد الإلحاق الفرنسية. أما في المغرب، وفي ظل ما يبيده القانون المغربي من صمت حول هذه المسألة، فإنه يجب احترام القواعد المسطرية وكذا تلك التي تطبق على النزاعات.

هكذا فإنه يتعين على القاضي الإسباني أن يطبق قواعد الإلحاق المغربية. ويشير التقرير الذي أودعه المغرب لدى المؤتمر الدولي للقضاء، الذي نظم بتونس في 1980<sup>372</sup>، إلى أن المغرب لا يعترف بالأحكام الأجنبية، بما فيها الأحكام الإسبانية، التي لا تحترم قواعد الإلحاق المعمول بها في المغرب. والسؤال الذي يفرض نفسه هو: هل يجوز للقاضي المغربي أن يأخذ بهذا الشرط على الرغم من صمت المشرع على هذه المسألة؟

## أ) الطول الممنعة خلال فترة الحماية

إبان فترة الحماية، كان الاختصاص يؤول للمحكمة الفرنسية خصوصاً وأن الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف بالرباط كانت تخضع للنقض أمام محكمة النقض الفرنسية. وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن قواعد الإلحاق الفرنسية لا تشكل جزءاً من النظام العام. وقد تصدى الفقه المغربي<sup>373</sup> بالنقد لهذا الموقف، وذلك بالاستناد إلى مبررين اثنين هما:

369 انظر: باتيفول هونري ولاكارد بول، المصدر السابق، ص 492، رياض فؤاد، المصدر السابق، ص 50؛ ميركسي بيير، المصدر السابق، ص 35، المحكمة الألباندينية بباريس، 7 أبريل 1981، كلونيت 1952، ص 892.

370 انظر في هذا الصدد: باتيفول هونري ولاكارد بول، الصرح السابق، ص 493، بونصر، بيان بالجريدة: 1972 ص: 477.

371 انظر: اسام محند، "القانون الدولي الخاص"، الجزء الأول، منشورات بوليسود، باريس 1991.

372 انظر مجلة الاتحاد القضائي، 1980، رقم 2، ص 290.

373 النقض المدني، ديسمبر، 1949، المجلة النقدية، 1950، ص 616. انظر: النقض المدني، بتاريخ 7 ديسمبر 1949، المجلة النقدية، 1950، ص 616.

والسؤال الذي يفرض نفسه هو: ما معنى الاختصاص المنصوص عليه في الفصل المذكور؟ أهو الاختصاص الدولي أم هو الاختصاص الداخلي للبلد الذي صدر فيه الحكم؟  
بعبارة أخرى، هل ينبغي للقاضي المغربي أن يتأكد من كون الحكم - موضوع طلب التذييل بالصيغة التنفيذية- قد صدر عن محكمة مختصة دولياً أم أن الأمر يتعلق بمحكمة تتوفر فقط على الاختصاص في البت هذا النوع من النزاعات داخل ذلك البلد؟

### أ) الاختصاص الدولي للمحاكم الأجنبية

إن المسألة مدار النقاش هي مسألة تحديد الاختصاص القضائي الدولي لدى المحكمة الأجنبية: هل يحدد هذا الاختصاص قانون البلد الذي يروم أن يستبقي آثار الحكم الذي نطقت به محكمته، أم يحدده قانون البلد الذي يراد أن يتم فيه تنفيذ الحكم؟  
إن الإجابة عن هذه التساؤلات تكتسي قيمة كبرى بالنظر إلى ما يقوم بين الدول من تباين في المستوى التشريعي والفقهية وكذا من جهة الاجتهاد القضائي<sup>363</sup>. فما هو إذن الحل الذي يقدمه القانون والممارسة في المغرب؟

إذا ما رجعنا إلى القانون وإلى الفقه المغربيين ساع لنا أن نقر بأن هناك فراغاً تاماً في هذا الصدد. لكن يلاحظ أن بعض الاجتهادات القضائية ارتأت أن تعمل على تطبيق قانون البلد الذي يراد تنفيذ حكم محكمته<sup>364</sup>.

غير أن هذا الموقف لا يعبر عما يذهب إليه التشريع المغربي (التشريع الداخلي) إذ إن القانون الاتفاقي المغربي يتسم بوضوح أكبر.

فقد أبرم المغرب بعد استقلاله عدة اتفاقيات دولية مع دول كثيرة<sup>365</sup>. معظم هذه الاتفاقيات يقضي بإعطاء الاختصاص لقانون البلد الذي أصدر الحكم موضوع طلب التنفيذ بالمغرب<sup>366</sup>.

على أن هناك اتفاقيات أعطت الاختصاص للدولة التي سينفذ حكمها<sup>367</sup>.  
إن موقف الاجتهاد القضائي المغربي الحديث يكتنفه الغموض في هذا الباب، إذ نجد أن أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء يقضي بالآتي:

« بما أن الاختصاص الدولي يمس النظام العام المغربي، فإنه يجب أن يثار من قبل المحكمة نفسها<sup>368</sup>. »

إننا نرى أن هذا الرأي لا يصح أن يتبع، إذ لم يحسم في هذا الموضوع لا القانون ولا الاجتهاد القضائي. وجددير بالإشارة أن المشرع المصري قد أحسن صنيعاً في هذا الباب إذ سمح بتنفيذ الأحكام الصادرة في الخارج شريطة أن تصدرها هيئة قضائية تتوفر على الاختصاص الدولي طبقاً للقانون.  
ولما كانت قواعد الاختصاص القضائي قواعد ذات صبغة فردية فإنه لا يمكن اللجوء إلى القانون الذي يستند إليه القاضي المحلي من أجل تحديد الاختصاص.

363 بخصوص القانون الفرنسي، انظر: باتيفول هوري ولاكارد بول، « القانون الدولي الخاص » الجزء الأول، LGDJ باريس، 1983- ص. 777. فيما يخص القانون الإنجليزي، انظر: رياض فؤاد، المرجع المذكور، ص 64. فيما يخص القانون الإيطالي، انظر: رياض فؤاد، مرجع مذكور، ص 125، وكذا « مرسية بيير »، ن.م، ص 97. فيما يخص القانون الألماني، انظر: رياض فؤاد، ن.م، ص 100 وما يليها.

364 يتعلق الأمر بالحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط، في 3 أبريل 1928، والذي نشر في GTM في 31 ماي 1928، ص 77

365 انظر سليم محمد: «العلاقات الانفاقية بين المغرب والدول العربية»، «فهاة الدراسات العليا في القانون العام، الرباط 1987، ص 366

366 يتعلق الأمر بالحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء يوم 3 أبريل 1964، والذي نشر في GTM في 25 نوفمبر 1964، ص 112.

367 كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقيات المبرمة مع الجزائر وتونس وليبيا والإمارات العربية المتحدة والسنغال.

368 حكم مستعجل صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، ملف مستعجل رقم 824، بتاريخ 16/10/1981، مجلة هيئة المحامين 14، رقم 120 (1989)، ص 76.

إن المادة 19 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب ليس سوى رد فعل من الفقه القانوني إزاء الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي كان يتصدى بالمراجعة لكل الأحكام الأجنبية. فالمحاكم المغربية التي كانت تتلقى طلبات التذليل بالصيغة التنفيذية لم تكن تتمتع بحق مراجعة الموضوع<sup>359</sup>.  
إن عمل المحاكم المغربية كان يتمثل بالفعل في التحقق من كون الحكم صدر عن محكمة دولية تندرج في إطار المحاكم المنصوص عليها في المادة 19، ثم من كونه يتوفر على الشروط المقررة، لجعله مكتسبا للقوة التنفيذية.

ومتى احترمت هذه الشروط أمرت المحكمة بتنفيذ الحكم دونما مراجعة الجوهر.  
وإذا ما رجعنا إلى مقتضيات القانون الجديد المسطرة المدنية، فإننا سنلاحظ صمت المشرع عن هذا المبدأ، مما يشير التساؤل الآتي:

هل ينبغي للقاضي المغربي أن يأخذ هذا الأمر بعين الاعتبار كي يعطي قوة النفاذ لحكم صادر في الخارج (إسبانيا تحديدا) إذا ما قبل القضاء الأجنبي أن يعطي قوة النفاذ لحكم مغربي يقتزن بالشروط نفسها؟  
إذا رجعنا إلى الاجتهاد القضائي المغربي يتبين لنا أنه لا ينص على شرط المعاملة بالمثل لأجل تنفيذ الأحكام الأجنبية بالمغرب. إلا أن ثمة أحكاما تذهب إلى النقيض من ذلك، منها على سبيل المثال الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء يوم 6 أكتوبر 1975<sup>360</sup> والذي يقضي بالآتي:

«لقد أخرجت المحكمة ملف المداوات كي يبرهن المدعى عليه بكيفية قانونية على أن الدولة الأجنبية التي أصدرت الحكم تطبق المعاملة بالمثل.»

لكن لا بد من الإشارة إلى أن هذا الحكم تم إلغاؤه بقرار من محكمة الاستئناف في 3/1/1981<sup>361</sup>.  
والرأي عندنا أن مبدأ المعاملة بالمثل لم يعد له ما يبرر وجوده بما أن المادة 430 من قانون المسطرة المدنية واضح في هذا الشأن. كما أن المادة 19 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب لم يعد يكتسي قيمة نظرا لما عرفته الأوضاع الاقتصادية والسياسية والاجتماعية من تغير بعد الاستقلال<sup>362</sup>.  
وفضلا عن ذلك، فإن هذا الشرط قد طرحته جانبا معظم التشريعات. ومن ثم فإن على الاجتهاد القضائي المغربي أن يأخذ بعين الاعتبار هذا التغيير.

## ب) الشرط الثاني: مراقبة الإختصاص لدى الهيئة القضائية الأجنبية

بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 430 من قانون المسطرة المدنية، فإن الحكم الصادر خارج البلاد لا يمكن تنفيذه في المغرب إلا بعد التحقق من كونه صدر عن محكمة مختصة.

359 لا بد من القول بأن الظهير المتعلق بوضعية الأجانب قد كتبه رجال قانون فرنسيون. انظر في هذا الاتجاه: "كتاب القانون الدولي الخاص المغربي"، الجزء الأول، المنشورات الدولية 1935، ديكربول: "القانون الخاص"، الجزء الثاني، مجموعة كتاب القانون والاقتصاد بالمغرب، لابورط، الرباط، 1963؛ موسى عيود، "الوضعية القانونية للقاصر بالمغرب"، مجموعة كلية الحقوق بالرباط، منشورات لابورط، الرباط، 1968.  
360 الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، ملف رقم 6273 (لم ينشر)، 1975.  
361 يتعلق الأمر بقرار محكمة الاستئناف الصادر في 3 أبريل 1981، ملف رقم 6273 (لم ينشر). انظر في هذا الصدد: دغيش عبد الله، «قيمة الحكم الأجنبي بالمغرب على ضوء التشريع الاتفاقيات المبرمة من لدن المغرب»، مجلة هيئة المحامين، رقم 20، 1982، ص 13، موسى عيود، المرجع السابق، ص 13؛ درميش عبد الله، «قيمة الحكم الأجنبي بالمغرب على ضوء التشريع والاتفاقيات القضائية المبرمة من لدن المغرب»، مجلة هيئة المحامين، رقم 1982، ص 20-13. موسى عيود نفس المرجع، ص 31.  
362 على أن هناك فصولا قابلة للتطبيق حاليا كمقتضيات الفصل السابع من ظهير الوضعية المدنية للأجانب، والذي مفاده أن «جنسية شركة ما إنما يحددها قانون البلد الذي أنشئت فيه، دون تدليس في مقرها الرئيسي القانوني». ينسحب هذا الكلام أيضا على الفصل العشرين من هذا الظهير، والذي ينص على أنه «في حالة حدوث إفلاس معلن خارج منطقة الحماية الفرنسية على المغرب، فإنه يحق لوكيل الدائنين أو لأي قيم آخر على الإفلاس تم تعيينه طبقا لقانون البلد الذي وقع فيه الإفلاس، ومن غير أن يلزم سلفا التذليل بالصيغة التنفيذية، أن يتخذ أي إجراء تحفظي أو تدبيري متصل بالإفلاس المذكور، لكن إجراءات التنفيذ لن تتم ما لم يتم الحصول على التذليل بالصيغة التنفيذية.»

ومن جهة أخرى، فإذا كان المادة<sup>357</sup> 290 من قانون المسطرة المدنية القديم هو الذي ينظم المراجعة، فإنه يلاحظ أن المادة 430 من القانون الجديد لم ينص على شيء في هذا الباب، مما يحدونا إلى التساؤل عما إذا كان المشرع المغربي لم يعد يدخل في الحسبان هذا الشرط. وكي يتسنى لنا الإجابة عن هذا السؤال وعن كل ما ينجم عنه من مسائل، يلزمنا أن نأخذ بعين الاعتبار المادة 430 من قانون المسطرة المدنية الجديد، لسنة 1974، دون أن نغفل ما ورد في هذا الباب من فقه ومن اجتهادات قضائية.

إن استقراء هذه الشروط يبين أن بعض الأحكام يثير جدلا على صعيد الفقه والاجتهاد القضائي، وهو موضوع الفقرة 1 أدناه، بينما يحصل الإجماع حول أحكام أخرى، وذلك ما ستراه في الفقرة 2، أما الفقرة 3 فستتناول فيها بالتحليل قوة الأحكام الإسبانية من حيث توفعها بين مسطرة التنفيذ وبين الآثار المستقلة المترتبة عن التذليل بالصيغة التنفيذية.

## 1. الشروط موضوع النقاش

### أ) الشرط الأول: المعاملة بالمثل

لقد أثار مبدأ المعاملة بالمثل جدلا على صعيد الفقه والاجتهاد القضائي من جهة، وجدلا فيما بين المنظومات القانونية المقارنة من جهة أخرى.

فهناك فريق يرى أن هذا المبدأ يمكن من إيجاد توازن لأجل تنفيذ الأحكام الأجنبية بالمغرب والعكس بالعكس، فيما يرى فريق آخر أن هذا التوازن لا يعدو أن يكون مظهرا خارجيا لكونه ينطوي على عناصر أخرى يصعب تحقيقها، وحتى إن أمكن تحقيقها، فإنها ما كانت لتتوافق مع تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية.

في هذا الصدد، يتضح من خلال تحليل أبرز المنظومات القانونية أن هذا المبدأ لم يتخذ له مكانا ضمن شروط التذليل بالصيغة التنفيذية أو شروط الاعتراف بالأحكام الأجنبية، باستثناء ما أقره القانون الألماني من أخذ بالاعتبار لهذا المبدأ<sup>358</sup>. وبخصوص القانون المغربي، فإن المادة 19 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب ينص على ما يلي:

”إن الأحكام الصادرة في الخارج عن محاكم القوى التي تخلت عن امتيازها القضائي خلال الحماية الفرنسية على المغرب هي أحكام نافذة من غير مراجعة لموضوعها، مع شرط واحد هو المعاملة بالمثل.“

ويعتضي هذه المادة وضع المشرع المغربي شرطين أساسيين هما الامتياز القضائي والمعاملة بالمثل. بيد أن هذه القاعدة تشكل استثناء مقارنة بتلك التي نص عليها المادة 290 من قانون المسطرة المدنية القديم والمادة 430 من القانون الجديد. لكن يلزم الإشارة إلى أن هذا الشرط كان ينتزل، لحظة إقراره، منزلة القاعدة وليس الاستثناء.

357 إن المادة 290 يخضع الأحكام للتذليل بالصيغة التنفيذية من غير أن ينص على أي شرط آخر كاختصاص الهيئة القضائية المصدرة للحكم، أو احترام حقوق الدفاع أمام المحكمة، أو المعاملة بالمثل، أو عدم التنافي مع النظام العام المغربي، الأمر الذي يضمن غموضا على هذا الفصل. لكن الملاحظ أن المادة 19 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب قد نص على هذه الشروط جميعها.

358 تحديدا المادة 328/5 من القانون الألماني، انظر رياض فؤاد: «القانون الدولي الخاص»، ص 108؛ ميرسي بيير: «تراجمات المحاضرات و DIP : التعدد والطلاق» جوتيف، دروز 1972؛ ميرسي بيير، «صراع الحضارات والقانون الدولي الخاص»، «التعدد والطلاق»، جوتيف، دروز، 1972؛ إيمان، بيان المجلة النقدية، 1969، ص 811، وبنكلي، بيان بكونيت، 1968، ص 949.



## أ. مقدمة

ينظم القانون الدولي الخاص العلاقات الدولية الخاصة، أي تلك العلاقات التي تتضمن أحد العناصر الأجنبية. وبموجب هذا القانون تعتبر دولية كل علاقة قانونية ذات صلة بعدة نظم قانونية وطنية<sup>354</sup>. إن القواعد التي تنظم تنازع القوانين تربط العلاقة المذكورة بالنظام القانوني الأقرب مع مراعاة معايير الإنصاف واحترام حقوق الإنسان ومصالح الدول. وتحدد القواعد المعمول بها في حالة تنازع الهيئات القضائية المحكمة المختصة من أجل حل النزاعات التي تتضمن عنصرا من العناصر الأجنبية. إن تطبيق الحكم الصادر عن إحدى محاكم دولة ما فوق تراب دولة أخرى يخضع لمساطر "التذليل بالصيغة التنفيذية".

سوف نستعرض في الجزء الأول من هذا الفصل شروط تذييل الأحكام الإسبانية بالصيغة التنفيذية في المغرب، ثم سنعالج في الجزء الثاني آثار مقتضيات قانون الأسرة الجديد على الجالية المغربية المقيمة بإسبانيا<sup>355</sup>، مع الإلحاح على مسألة الاعتراف بزواجهم وطلاقهم في المغرب.

## أ. شروط تذييل الأحكام الإسبانية بالصيغة التنفيذية في المغرب

إن المشرع المغربي قد نظم هذه المسألة في قانون المسطرة المدنية لسنة 1974، وتحديدا في الفصلين 430 و<sup>356</sup>431.

والملاحظ أن المشرع المغربي لم يول أهمية لتذليل الأحكام المغربية بالخارج بالصيغة التنفيذية، ذلك أن القانون الأجنبي للبلد الذي يرغب في الاحتفاظ بآثار هذه الأحكام فوق ترابه هو الذي يعني بهذا المجال. وقد نص المشرع المغربي على شروط أساس يروم بها إعطاء قوة تنفيذية للأحكام الصادرة بالخارج (إسبانيا تحديدا)، وتمثل هذه الشروط في أن الحكم ينبغي أن يصدر عن هيئة قضائية عملت على تمكين المتقاضين من الاستفادة من نفس حقوق الدفاع، وألا يكون في الحكم مساس بالنظام القانوني المغربي. كما أن المادة 418 من قانون الالتزامات والعقود قد نظم بعض الآثار المترتبة عن الأحكام الصادرة بالخارج. وهكذا اعتبر هذه الأحكام بمثابة أعمال رسمية، بمعنى أنها تعتبر بمثابة حجج يمكن الاعتداد بها لأغراض الآثار الواردة بها، قبل التمكن من تنفيذها بالمغرب.

وعلاوة على ذلك، فإن المادة 19 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب قد أخضع تنفيذ الأحكام الأجنبية لشطين اثنين دون مراجعة الجوهري، ويتعلق الأمر بأن تتخلى الدولة الأجنبية عن الامتياز القضائي من جهة، وعن المعاملة بالمثل من جهة أخرى.

ومنذ استقلال المغرب لم يعد الحديث يدور حول الامتياز القضائي، بيد أن السؤال الذي يفرض نفسه هو: هل ما زال المغرب يأخذ بالاعتبار مبدأ المعاملة بالمثل؟

354 بروجاي خالد: « القانون الدولي الخاص في مجال الأحوال الشخصية »، دار القلم، 2001، ص 5 وما يليها. بالميرالسعدية، « نظام الأحوال الشخصية الخاص بالأجانب في القانون المغربي، العلاقات العائلية »، من منشورات جمعية التنمية الدراسات القضائية، مطبعة حي المحيط الرباط 198، وكذلك « العلاقات العائلية في القانون الدولي الخاص المغربي »، منشورات جمعية التنمية والبحت والدراسات القضائية، 1988.

355 -انظر الحدوي ا. قسماط، « العلاقة بين النظام العقائدي والعلماني في القانون الدولي الخاص »، مكتبة دالوز، 1971.

356 خصص المشرع المادة 430 من قانون المسطرة المدنية للأحكام الصادرة بالخارج. وينص هذا الفصل على أن «القرارات الصادرة عن المحاكم الأجنبية لا يمكن أن تنفذ في المغرب إلا بعد أن تذلل بالصيغة التنفيذية من قبل المحكمة الابتدائية الموجودة بمقر إقامة أو سكنى المدعى عليه، وفي حالة عدم وجودها، من قبل المحكمة الابتدائية الواقعة في المكان الذي يجب أن يتم فيه التنفيذ. وبنطاق المحكمة المعنية أن تنقيح من قانونية القرار ومن توفر الاختصاص لدى الهيئة القضائية الأجنبية التي نطقت به. كما ينبغي لها أن تتحقق من كون كل مقتضيات هذا القرار لا تمس بتاتا بالنظام العام المغربي

## مختصرات

مجلة القانون الدولي	CLUNET
قانون المسطرة المدني	C.P.C.
قانون الأسرة المغربي	C.S.P.
ظهير الوضعية المدنية للأجانب	D.C.C.
القانون الدولي الخاص	D.I.P.
مجموعة دروس أكاديمية القانون الدولي بلاهاي	R.C.A.D.I.
المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص	R.C.D.I.P.
المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية	REMALD

## الفصل الثالث الاعتراف بزواج وطلاق المغاربة المقيمين بإسبانيا في المغرب

الأستاذ خالد برجواوي  
رئيس شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق السويسي، الرباط  
الأستاذ محمد تكمنت  
رئيس شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق بسلا

19. القرار رقم 56: الزوج موضوع حكم بالتزوير - ضرر يترتب عنه الحق في التطليق
20. القرار رقم 61: الخلع - تنازل الأم على حقها في المتعة وعلى نفقة أبنائها مع ضرورة توضيح السن قصد اختيار الإقامة - وجوب النفقة والحضانة والكفالة
21. القرار رقم 394: طلاق الخلع - التزام المرأة بتحمل النفقة - عسر الأم - لنفقة الواقعة على عاتق الأب
22. القرار رقم 775: الطلاق للعدم - التمييز بين العقم الطبيعي والعقم الناجم عن الزوج لأجل إلحاق الضرر بزوجته
23. القرار رقم 1245: الحضانة والكفالة - بقاء المطلقة في بيت الزوجية بصفتها حاضنة الأبناء إن كانت تتوفر على سند وحق لاستغلال المسكن
24. القرار رقم 1158: سلطة الحضانة - الاتفاقية الفرنسية المغربية الصادرة في 10 غشت 1981 تطبيق المادة 25

#### - المحاكم الابتدائية والإستئنافية

يتعين إتمام المعلومات بشأن القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى بالمغرب الذي لا يطبق القانون بل يساعد على تدبير وتفسير النص الجديد، « قانون الأسرة: إدراكات وممارسة قضائية » (مليكة برنادي، حورية العلمي المشيشي، عبد الله أونير، محمد مواقيت، فاطمة الزهرة بوقيسي ورايحة) ولا سيما الباب 5 « تحليل الاجتهاد » (رايحة الزيكوني) وهي المراجع التي تتضمن مؤلفات غير مسبوقه في تطبيق النص الجديد لدى المحاكم الابتدائية والاستئنافية بالمغرب (ولا سيما بالرباط). نشرت الوثيقة من لدن مؤسسة فرايد ريش إيبير، 2007 وتم توزيعها مؤخرا عن طريق شبكة الانترنت. لم تتمكن من ولوج القرارات الواردة في التقرير المذكور ولم تتمكن من الترجمة من اللغة العربية للتأكد من الآراء ونعتبر بأنه من الملائم أن يقرأ القارئ لأول مرة ما أشار إليه مؤلفو التقرير.

5. محكمة الاستئناف ببرشلونة (القسم 12) القرار الصادر بتاريخ 25 أبريل 2006. المقرر: الأستاذ خوان ميكيل خيمينيز دي باركا كاسطون. الاجتهاد 2007 / 261987
6. محكمة الاستئناف بمبريد (القسم 22) القرار الصادر بتاريخ 25 أبريل 2006. المقرر: الأستاذ إدواردو هيخاس فيرنانديس REC: 191/2006
7. محكمة الاستئناف ببرشلونة (القسم 12) القرار الصادر بتاريخ 3 ماي 2006. المقرر: الأستاذ باسكوال أورتونيو مونيوس، الاجتهاد 2006 / 261212
8. محكمة الاستئناف ببرشلونة (القسم 12) القرار الصادر بتاريخ 1 يونيو 2006. المقرر: الأستاذ خوان ميكيل خيمينيز دي باركا كاسطون، الاجتهاد 2007 / 11587
9. محكمة الاستئناف ببرشلونة (القسم 12) القرار الصادر بتاريخ 8 يونيو 2006. المقرر: الأستاذ باسكوال أورتونيو مونيوس ، الاجتهاد 2007 / 19193
10. محكمة الاستئناف ببرشلونة (القسم 18) القرار الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 2006. المقرر: الأستاذ إنريكي أليفيدرا فرانكو، الاجتهاد 2006 / 639، REC 26/2006

## (ج) المغرب

### - المجلس الأعلى

توجد هذه المراجع بالعنوان الإلكتروني لمشروع ADL  
(<http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>)

1. القرار رقم 41: الحرمان من الحضانة بسبب السلوك المعيب للأُم. تؤول مسألة البت فيه لقضاة الجوهر.
2. القرار رقم 988: جنحة تهريب المخدرات - الحكم على الزوج بسبب هذه الجنحة - تطبيق للضرر.
3. القرار رقم 1211: طلب التطبيق لإصابة الزوج بإحدى العاهات المنصوص عليها في المادة 54 من قانون الأحوال الشخصية.
4. القرار رقم 38: تقليص النفقة - تعليل.
5. القرار رقم 949: تطبيق للغيبة - إثبات الغيبة والضرر
6. القرار رقم 51: تطبيق للغيبة - يعتبر حضور الزوج إلزاميا لوضع حد للغيبة
7. القرار رقم 244: تطبيق بتراضي الطرفين - القرار القضائي الصادر عن محكمة أجنبية - تذييل القرار بالصيغة التنفيذية
8. القرار رقم 421: التطبيق للضرر - ضرورة احترام مقتضيات المادة 30 من قانون الأحوال الشخصية في حالة الزواج الجديد
9. القرار رقم 530: التطبيق للضرر
10. القرار رقم 895: التطبيق للغيب أو العيب الخفي - محاولة الصلح غير إلزامية
11. القرار رقم 380: الحضانة والكفالة - صمت المستفيد من الحق المذكور لمدة سنة
12. القرار رقم 247: حضانة وكفالة قاصر - زواج المرأة الممارسة لهذه الولاية - الشروط
13. القرار الصادر تحت رقم 63: حضانة وكفالة قاصر - الشروط
14. القرار رقم 1252: ابتعاد الشخص الممارس للحضانة أو الولي - لا يجب الحرمان من الحضانة والكفالة إذا كان بالإمكان السهر على مصالح القاصر
15. القرار رقم 1208: الحضانة والكفالة : لا يمكن للقاصر أن يعيش رفقة الشخص المحروم من هذا الحق
16. القرار رقم 406: التنازل عن سلطة الحضانة - الشروط
17. القرار رقم 369: الحرمان من الحضانة والكفالة - لا يتعين تطبيق المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية
18. القرار رقم 702: الحضانة والكفالة - لا يتعين تطبيق المادة 99 من قانون الأحوال الشخصية

- كينيونيس إسكاميس (أ)، «تلقى قانون الأسرة المغربي الجديد (المدونة، 2004) في أوروبا»، مجلة القانون الدولي الخاص التقاضي، 3-2004، ص. 877
- QUIÑONES ESCAMEZ (A), "La reception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe", Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2004-3, p.877.
- نفس الكاتب، «تطبيق قانون الأسرة المغربي الجديد (2004) على حالات فسخ الزواج» (بيان مشترك لخمس قرارات لـ AEDI (aapp الخاص، 2006)
- Idem, "Aplicación del nuevo Código de familia marroquí (2004) a supuestos de disolución del matrimonio" (nota conjunta a cinco decisiones de las AAPP), AEDIPriv., 2006.
- روديكيس بينوت (أ) وإيبارا بوريس (أ)، «الأسرة والهجرة وتعدد الثقافات: التجربة الأوروبية»، في ن. كونصاليس مارتين (منسق)، الأسرة، الهجرة وتعدد الثقافات. منظور قانوني مقارنة، بوروا/أونام، المكسيك، 2006، ص. 83
- ROSANDER ( E.E)., Getting a Divorce in Spain: Gender, Migration and Legal Pluralism, Uppsala University, 2007, en [http://www.ku.dk/satsning/Religion/sekularism\\_and\\_beyond/pdf/Rosander\\_Paper.pdf](http://www.ku.dk/satsning/Religion/sekularism_and_beyond/pdf/Rosander_Paper.pdf)
- سرحان (ف)، «قانون الأسرة المغربي الجديد» مجلة بال، 4-3 شتبر 2004، ص. 2
- SAREHANE (F), "Le nouveau Code marocain de la famille", Gaz. Pal., 3-4 sept. 2004, p. 2.
- نفس الكاتب، «الطلاق، بعض العراقيل بالنسبة للمغاربة المقيمين بفرنسا؟ المجلة الدولية للقانون المقارن، 1-2006، ص. 47
- Ídem, « La répudiation, quelques obstacles pour les marocains résidents en France? Revue International de droit comparé, 2006-1, p. 47.
- باركاس كوميس - أوروتيا (م)، التجمع العائلي للأجانب بإسبانيا: قواعد خاصة بالأجانب ومشاكل القانون المطبق، أرانزادي، نافارا، 2006
- VARGAS GOMEZ-URRUTIA (M), La reagrupación familiar de los extranjeros en España: normas de extranjería y problemas de Derecho aplicable, Aranzadi, Navarra, 2006

## 2. قرارات منقاة

### (أ) المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

رقم 1: المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، القضية د د ضد فرنسا، 8 نونبر 2005 (نهائي 8/2/2006)

### (ب) إسبانيا

1. المجلس الأعلى الإسباني، الغرفة 3 للنزاع الإداري، القسم 5، الحكم صادر في 25 يناير 2006. المقرر : الأستاذ د. رافاييل فيرنانديس فالفيدي، الاجتهاد 2006 / 4338.
2. محكمة الاستئناف بيرشونة، القسم 12، الحكم الصادر بتاريخ 17 نونبر 2005. المقرر: الأستاذ خوان ميكيل خيمينيز دي باركا كاستون. الاجتهاد 2006 / 66471
3. محكمة الاستئناف مدريد، القسم 22، الحكم الصادر بتاريخ 20 يناير 2006. المقررة: الأستاذة كارمين نايرا فاسكيس REC: 710/2005
4. محكمة الاستئناف بيرشونة (القسم 12) القرار الصادر بتاريخ 28 مارس 2006. المقرر: الأستاذ خوان ميكيل خيمينيز دي باركا كاستون .. الاجتهاد 2006 / 231410

- <http://www.refdugr.com/4166libro/comentarios-jurisprudencia/jurisprudencia-001.pdf>
- ESTEBAN DE LA ROSA (G.), OUALD (K.) y SAGHIR (T.), Reconocimiento en Marruecos de las decisiones españolas de divorcio? Sentencia del JPI de Nules de 30 de diciembre de 2005, [http://www.refdugr.com/4166/libro/comentarios\\_jurisprudencia/jurisprudencia\\_001.pdf](http://www.refdugr.com/4166/libro/comentarios_jurisprudencia/jurisprudencia_001.pdf)
- فوبليتس (ماريا ص.إ.)، والوكيلي (م)، « الزواج والطلاق في قانون الأسرة المغربي الجديد: أي آثار على المغاربة في أوروبا؟ »، المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص، 3-2006، ص. 521
- FOBLETS (M<sup>a</sup> Cl.) y LOULIKI (M), « Marriage et divorce dans le nouveau code amrocaïn de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe? », Revue Critique droit int. privé, 2006-3, p. 521.
- فولشيرون (د) « لا تطلقوا أبدا... »، المجلة الدولية للقانون المقارن 2006 - 1، ص. 37.
- FULCHIRON (H.) « Ne répudiez point... », Revue International de droit comparé, 2006-1, p. 37.
- معهد القانون الدولي، القرار 25.8.2005، « الفوارق الثقافية والنظام العام الخاص للأسرة » (انظر ب لا كارد)
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Résolution 25.8.2005, « Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille » (véase P. Lagarde). ,
- لا كارد (ب)، « الطلاق الأجنبي أمام القاضي الفرنسي وآخر الماضي الاستعماري »، Sonnenberger Jürgen Hans für Festschrift 2004، ص. 481
- LAGARDE (P.), « Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial », Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger, 2004, p. 481.
- ونفس الكاتب في القرار IDI الصادر في 25 غشت 2005، « الفوارق الثقافية والنظام العام في القانون الدولي الخاص بالأسرة » (تقرير ب لا كارد)
- Idem, Résolution IDI de 25 agosto 2005, « Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille » (rapport P. Lagarde).
- لا روش - جيسورو (ف)، « قانون الأسرة المغربي الجديد : تجديد أم تقليد؟ »، مجلة القانون الدولي والقانون المقارن، 2005، ص. 335
- LAROCHE-GISSEROT (F), “Le nouveau Code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?”, Revue de droit international et de droit comparé, 2005, p. 335.
- العصبة الديمقراطية لحقوق النساء، التقرير السنوي حول تطبيق قانون الأسرة، 2005 والتقرير حول تطبيق قانون الأسرة سنتين بعد دخوله حيز التنفيذ، 2006
- LIGUE DEMOCRATIQUE POUR LES DROITS DES FEMMES, Rapport Annuel sut l’application du code de la famille , 2005 y Rapport sur l’application du Code de la famille deux ans après son entrée en vigueur, 2006.
- مزغاني (أ) أي تسامح بالنسبة للطلاق؟ المجلة الدولية للقانون المقارن 2006 - 1، ص. 70
- MEZGHANI (A.), “Quelle tolérance pour les répudiations ?”, Revue International de droit comparé, 2006-1, p. 70.
- وزارة العدل بالمغرب، الدليل العملي لقانون الأسرة، 2006، رقم 1
- MINISTERIO DE JUSTICIA EN MARRUECÓS, Guide pratique du Code de la Famille, 2006, n° 1.



## ٧. ملحقاته

إن المراجع الفقهيّة أو قرارات المحاكم المضمّنة في هذه الملحقّات عديدة ومتنوعة، ويمكن أن تكون مدرجة ضمن أعمال سبقتنا إليها أقلام أخرى أو مذكورة بأسفل الصفحة. في هذه الملحقّات، نقتصر على إدراج الموادّ الفقهيّة الغير المعروفة نظراً لحداثتها والتي تأخذ بعين الاعتبار قانون الأسرة المغربيّ الجديد (2004). ويجب أن يضاف إليها الكتاب الجماعيّ الحديث، قانون الأسرة: الإدراكات والممارسة القضائيّة (مليكة بنراضي، حورية العلمي المشيشي، عبد الله أونير، محمد مواقيت، فاطمة الزهراء بوقيسي ورايحة) المنشور من لدن مؤسسة فرايد ريش إيبير، 2007 والمنشور كذلك عبر شبكة الانترنت. إن الباب 5 «تحليل الاجتهاد» (رايحة الزيكوني) يتضمّن مراجع غير منشورة في تطبيق القانون الجديد في المحاكم الابتدائيّة ومحاكم الاستئناف بالمغرب (بصفة خاصّة محاكم الرباط) ويتممها تفسير ملحق القرارات القضائيّة لمشروع ADL لدعم وتحديث إدارة القضاء بالمغرب <http://www.projetoadl.com/index/768.html> ( لأول مرة).

### 1. مراجع منقاة

- أ.أ. ف. ف، نوة حول المدونة. الأعمال، جامعة محمد الخامس السويسي، نونبر 2003.
- AA.VV., - Colloque sur la Moudouana. Les actes, Université Mohamed V- Soussi, novembre de 2003.
- أ.أ. ف. ف (مليكة بنراضي، حورية العلمي المشيشي، عبد الله أونير، محمد مواقيت، فاطمة الزهراء بوقيسي ورايحة)، قانون الأسرة: الإدراكات والممارسة القضائيّة، الرباط، مؤسسة فرايد ريش إيبير، 2007.
- AA.VV., (Malika Benradi, Houria Alami M'chichi, Abdellah Ounnir, Mohamed Mouaqit, Fatima Zohra Boukaïssi et Rabha), Code de la famille: perceptions et la pratique judiciaire, Rabat, Fundación Friedrich Ebert, 2007.
- المحامون خوفيس - كوميسيو دونيس أدوكاديس من هيئة محامي برشلونة، المدونة. قانون الأسرة المغربيّ الجديد (2004)، الترجمة عربيّة - كاطالانية (ترجمة أنخيل ميستريس والملائمة القانونيّة وبيان أفتتاحي: أنا كينيونيس إسكاميس، نشرة البحر الأبيض المتوسط، برشلونة، 2005.
- ADVOCATS JOVES-COMISSIÓ DONES ADVOCADES DEL L' LUSTRE COL·LEGI D'ADVOCATS DE BARCELONA, La Mudawana. El nou Codi de Família marroquí (2004), trad. Árabe- catalán (traducción Angel Mestres y adaptación jurídica y nota introductoria: Ana Quiñones Escámez, Editorial Mediterránea, Barcelona, 2005.
- برجواي (ك) وتكمّانت (م)، «آثار مقتضيات قانون الأسرة الجديد على الجالية المغربيّة بإسبانيا»، 2007 (غير منشور).
- BERJAOUI (K.) y TAGMANT (M.), "L'impact des dispositions du nouveau Code de la Famille sur la communauté marocaine en Espagne", 2007 (inédito).
- كارنيي (خ-ي) وفوليتس (ماريا ص.إ.) القانون المغربي، برويلان، 2005.
- CARLIER (J-Y) y FOLETS (MªCl.), Le Code marocain, Bruylant, 2005.
- دياكو دياكو (ماريا ب)، «المدونة المغربيّة الجديدة والقانون الدولي الخاص»، المجلة الإسبانيّة للقانون الدولي، 2004-2، ص. 1078.
- DIAGO DIAGO (Mª P.), "La nueva Mudawana marroquí y el derecho internacional privado", Revista Española de Derecho internacional, 2004-2, p. 1078.
- إستيبان دي لا روسا (ج)، ولد (ك) والصغير (ت)، الاعتراف في المغرب بالقرارات الإسبانيّة المتعلقة بالطلاق؟ حكم المحكمة الابتدائيّة لنوليس بتاريخ 30 دجنبر 2005

يدي مالِكها بعد الطلاق. يعتبر المهر ملكا للزوجة المطلقة حسب خطأ الزوج علاقة بالطلاق، إلا أن الإصلاح قد دعم طابعه الرمزي بحيث لم يعد اليوم أدأه حاجزا أمام الطلاق.

ومع ذلك يبقى التعويض (المتعة) حقا تقديريا للمحكمة - بدون تعريفات على الرغم من إتباع بعض الثوابت التشريعية المنصوص عليها في القانون (مدة الزواج، موارد الزوج، الخ) - إلا في حالة إبرام الزوجين لوثيقة مستقلة عن عقد الزواج لتدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية. المادة 49 من مدونة الأسرة، حقا تقديريا للمحكمة - مع الأخذ بعين الاعتبار المعايير التي تحددها المادة 84 وهي مراعاة فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه ورغم ذلك يصعب التنبؤ بشأن المبالغ والمشاكل المرتبطة بالنظام العام الدولي ذي الطابع العام. بحيث يجب الرجوع في كل حالة إلى منطوق القرار الأجنبي وإلى الوسائل الاقتصادية للزوجين. إذا كان التعويض منعما أو زهيدا وبقيت الزوجة بدون موارد (تحت كفالة الدولة) فإنه لن يتم الاعتراف بها في بلدنا إن كان الزوج ميسورا. وتبين الممارسة بأنه يجب مع ذلك معرفة التدابير الاقتصادية لبلد الإقامة نظراً للوضعية الجديدة للهجرة ولاختلافات مستوى المعيشة وإمكانية التستر على الأموال أو الأجور من لدن الزوج الدائن عند حصوله على القرار ببلد آخر.

وتنضاف إلى ذلك صعوبة أخرى تكمن في العلاقة الموجودة بين سبب الطلاق (الطلاق المذنب) والتعويض المقرر قبضه. في حالتي الطلاق أو التطليق السببي بناء على طلب الزوجة تتقاضى هذه الأخيرة نفقة وتعويضا كلما فرض عليها الزوج الطلاق أو كان السبب فيه. إلا أنه في الطلاق بسبب الشقاق (ليس في جميع الحالات على الأقل) وفي الخلع يمكن أن يكون الزوج هو المستفيد من التعويض تبعا لخطأ الزوجة. طبقاً للمادة 97 تتم مراعاة مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر. وهناك خلافات كذلك بخصوص هذه النقطة.

7. ولقد عمل إصلاح 2004 على حماية حقوق الأبناء بكيفية أفضل سواء تعلق الأمر بالمسكن أو بالنفقة. ومن خلال ذلك وبكيفية غير مباشرة يمكن للأُم الحاضنة أن تستفيد من الحماية لعدم طردها من بيت الزوجية. إلا أن قدرة الإسهام لكل ولي هي القدرة المحددة نتيجة لحساب النفقة الواجبة للأبناء كلما كان للزوجين مداخل خاصة، كما أن الولاية الأبوية تؤول للأبوين. وتوجد كذلك بخصوص هذه النقطة عدة اختلافات. فالمحاكم الإسبانية لا تأخذ بعين الاعتبار أي سبب من الأسباب التي من شأنها أن تحرم الأم من رعاية أبنائها (زواج، تربية الابن على غير دين الإسلام الذي هو دين الأب، تحديد الإقامة بالخارج) لما يتعلق الأمر باتخاذ قرار بشأن حضانة الابن أو علاقة بالاعتراف بمثل هذه التدابير، حيث أن الجميع دأب على تدخل النظام العام الدولي من جانب ومن آخر. إلا أنه في بعض الحالات يمكن أن يطابق إسناد الحضانة مصلحة الابن في الحالة الملموسة، بحيث إذا اعتبرنا على سبيل المثال أن مصلحة القاصر تقتصر على استمراره في البلد (وعلى الدين) الذي كان يعيش به وحيث تلقى تربيته بغية عدم تغيير وضعه إذا كان هذا البلد هو المغرب.

ويمكن للمقتضيات والقرارات المتعلقة بالولاية والحضانة، بحيث أنها تسند بكيفية آلية لهذا الجانب أو للآخر تبعا للجنس، أن تكون مخالفة للنظام العام كلما كانت لا تتسجم مع المصلحة العليا للقاصر. ويتعين توضيح المصلحة العليا كمفهوم قانوني غير محدد بالرجوع إلى الفكرة العامة الحاضرة بالاتفاقيات الدولية لحماية القاصر المتجلب في الإبقاء قدر الإمكان على وضعيته السابقة للزوجة (الدين، السكنى، الخ...)، حيث إن المغرب - وإسبانيا قريبا - يعتبر طرفا في اتفاقية لاهاي لسنة 1996 المتعلقة بحماية القاصرين، وبالتالي يتعين اللجوء إلى حلولها.

وقد تجاوزت هذه الحلول تلك المقررة في الاتفاقية الثنائية حول الكفالة وإرجاع القاصرين (1997). إن الاتفاقية المتعددة الأطراف للاهاي تقدم حولا موضوعية مؤسسة على الإقامة وإبقاء الأمر على ما كان عليه إزاء القاصر في حالة التنقل. ويمكن للوساطة (والتي تعتبر من بين مهام السلطة المركزية) أن تساعد كذلك على إيجاد الحلول للحالات الصعبة بواسطة محاولة تجنب التنقل الدولي غير المشروع للقاصرين وتسهيل حق القاصر في الاحتفاظ بروابط مع أبويه.

تخفيف الأضرار بأولاتك المعينين بالقواعد القانونية للبلد الذي يقيمون فيه بمطالبتهم بازواجية غير ضرورية للنزاعات إذا كان قد تم الحصول على الطلاق قبل الدخول إلى الدولة. وبعد ولوج التراب الإسباني يمكن النطق بطلاق سببي على نحو ما يخوله القانون الإسباني اليوم بإسبانيا دون التخوف من رفض الاعتراف به بالمغرب كلما كان صاحب الطلب زوجا.

5. إلا أن الطلاق غير السببي بناء على طلب الزوجة طبقا للقانون الإسباني سيصعب الاعتراف به في المغرب. ومن الأفضل في حالة الرغبة في الحصول على قرار فعال في البلدين أن تتناول المحاكم الإسبانية أسباب الطلاق وفقا للقانون المغربي أو أن تعلق قرارها بالبحث عن نوع من المعادلة فيما يخص النتيجة، ذلك أنه على الرغم من عدم وجود مراقبة للقانون المطبق (على أساس الاتفاقية الثنائية لسنة 1997) فإنه لا يتعين إنجاز مراجعة للجوهر في إطار التذليل بالصيغة التنفيذية، بل يجب تفادي عرقلة القرار الإسباني علاقة بالنظام العام الدولي المغربي (المادة 128 من قانون الأسرة والمادة 23 من الاتفاقية الثنائية لسنة 1997).

ويجب على القاضي الإسباني عند معالجته لقضية طلاق بين مواطنين مغاربة أن يكون واعيا بالتمييز الموجود بين الجنسين المنار في إطار الاعتراف بالقرارات. وإذا كانت المحاكم الإسبانية أو الزوجان يرغبان في أن يكتسب قرارهما الفعالية اللازمة بالمغرب، فإنه يتعين عليهما أن يأخذا بعين الاعتبار بأن الاعتراف بالطلاق المحصل عليه بإسبانيا سوف يكون غير مضمون تبعا للحالة التي تكون فيها الأزمة الزوجية ناجمة عن اتفاق مشترك أو بناء على طلب الزوج أو أن الزوجة هي التي طلبت الطلاق. وفي هذه الحالة الأخيرة، يوصى بتطبيق القانون المغربي إن كان ذلك ممكنا، أو على الأقل اتخاذ الاحتياطات بتبرير القرار بكيفية ملائمة مع أسباب الطلاق المقررة في قانون الأسرة الجديد (المادة 128 من قانون الأسرة). إن حكم القاضي الإسباني الذي يصادق على الطلاق غير المبني على سبب على طلب الزوج، طبقا للقانون الإسباني لن يثير مشاكل علاقة بالنظام العام في المغرب. وهذا ما يمكن استنتاجه من قبول الطلاق (الأحادي الطرف والغير سببي)، وقد يثار المشكل لما يكون الطلاق الغير سببي ناتجا عن طلب الزوجة. ولذلك يوصى في مثل هذه الحالات بالاستعمال المتزن لإمكانية تطبيق القانون الإسباني مع إبراز القانون المغربي للجنسية المشتركة للزوجين لأجل ضمان الاعتراف بالقرار في المغرب. ومن المؤكد أن الزوجة تتوفر على إمكانية الحصول على طلاق غير سببي بإسبانيا طبقا للقانون الإسباني (على غرار ما هو عليه الأمر بالنسبة للزوج)، إلا أنه يمكن كذلك أن يخيم على قرار القاضي الإسباني طابع نزاعي (في المغرب).

اعتبارا لكل ما ذكر، نوصي احتياطيًا بأن يحرص القاضي الإسباني على تبرير قراره بالبحث عن نوع من المعادلة مع الأسباب التي يمكن للزوجة أن تطلب الطلاق بموجبها حسب قانون الأسرة المغربي أو مع السبب العام للشقاق. وعموما، لكي يكون الطلاق الصادر في إسبانيا بناء على طلب المرأة منتجا لآثاره في المغرب، يتعين الاحتراز بتطبيق القانون المغربي (إن كان ذلك مطلوبا بمقتضى قاعدة النزاع) مع إثارة أحد الأسباب المقننة والمقررة (إن تعلق الأمر بهذه الحالة) أو اللجوء إلى السبب العام المتعلق بالشقاق، بل أكثر من ذلك، إن كان القانون الإسباني هو القانون المطبق فإنه يتعين تبرير القرار استنادا إلى شقاق يجعل من استمرارية الحياة الزوجية أمرا مستحيلا. ومن المعلوم أنه ليس ثمة مراقبة نزاعية (تستلزم تطبيق القانون المغربي) كما أنه ليس هناك مراجعة للجوهر في إطار التذليل. إذ يتعلق الأمر، ونود تكرير ذلك، بتجنب فقدان القرار الإسباني لآثاره عند رفضه بالمغرب استنادا إلى القانون الدولي العام (المادة 128 من قانون الأسرة).

6. لم يعد الطلاق سببيا في نظامنا. وأصبح فسخ الزواج مقبولا بكيفية واسعة (حرية استقلالية الشخصية) بدون تمييز بين الزوجين. وتظل المسائل المتعلقة بالأبناء وبالانعكاسات الاقتصادية موضوع النزاع في المستقبل. إن قانون الأسرة (2004) لا يسمح من التأكد بأن الوضع قد تغير جوهريا بخصوص هذه النقطة. مبدئيا يطلق على التعويض بسبب الإفراط في استعمال القانون من لدن الزوج في حالة الطلاق اسم «المتعة». وكما يعبر عن ذلك أسماها يمكن أن تكون مجرد «مواساة» بعيدا عن تعويض إجمالي أو عن نفقة دورية تمكن من إعالة الزوجة ربة البيت في الحدود الدنيا. ينضاف إلى ما سبق الفصل التام بدل المادة التام، بحيث أن هذه الأموال تظل بين

وتكمن صعوبة واستحقاق استثناء النظام العام الدولي في معرفة ما إذا كان المجهود التفسيري للقاضي مفراطاً (القاضي القوي لدوركين)، ذلك أن الأمر لا يتعلق بمحاكمة المشرع أو القانون الأجنبي بكيفية مجردة، وفي هذه الحالة يكون دائماً أو لا يكون أبداً متناقضاً مع النظام العام، وإلا يجب القول باللموس إن كان القرار أو القانون الأجنبي يمكن أن يطبق وينتج بعض آثاره على مستوى القضاء.

إن الطابع اللين والاستثنائي للنظام العام الدولي يتناقض اليوم مع حقيقة الأجوبة التي يثيرها وبمطالبته لتطبيق إلزامي للحقوق الأساسية. وأمام عدم اليقين الذي يثيره بند النظام العمومي العام، تم تقديم اقتراح يكون بمقتضاه القاضي وبواسطة بنود خاصة هو الذي يحدد الحل التشريعي الذي يكفل النتيجة طبقاً لمبادئ العدالة. أي أنه يمكن من تطبيق قانون الدولة لما يكون القانون الأجنبي مضرًا بالزوجة ويحول دون ولوج حقها في الطلاق (المادة 107 من القانون المدني الإسباني)؛ ومن جهة أخرى يمكن من رفض الاعتراف بالقرارات المؤسسة على كيفية تمييزية للطلاق على غرار ما عليه الأمر بالنسبة للطلاق، باستثناء الحالة التي تكون فيها الزوجة المطلقة هي التي تثير فعاليته.

وفي هذا الاتجاه، وتبعاً للخلاصة الواردة بالنقطة ج.2 من قرار المعهد الدولي المتخذ بتاريخ 25 غشت 2005 المتعلق باختلاف الثقافات والنظام العام في القانون الدولي الخاص للأسرة في ميدان الطلاق: «يمكن للنظام العام أن يعترض على الاعتراف بالطلاق الأحادي الطرف الذي يوقعه الزوج على زوجته لما تكون المرأة حائزة أو قد اكتسبت جنسية البلد المدعو للاعتراف أو جنسية بلد آخر يرفض الطلاق أو لما يكون مقر إقامتها الاعتيادي بإحدى هاتين الدولتين، ما لم تكن قد قبلت أو استفادت من الحماية المالية الكافية». ويفترض التحرير بأن يأخذ المشرع بعين الاعتبار مختلف الثوابت للتمكن من تغطية حقيقة الأجوبة التي من المفروض أن تقدمها المحاكم عملياً، وذلك بواسطة بنود خاصة تتعلق بالنظام العام وهو ما لا يمكن تحقيقه دائماً بسهولة.

4. يعتبر الطلاق في إسبانيا مؤسسة مستوردة من الخارج ولا يمكن النطق بطلاق فعال فوق التراب الإسباني أياً كانت السلطة التي تقره، ولا الحصول عليه من محاكمنا ولو كان ذلك تحت المراقبة القضائية، وحتى في حالة تطبيق القانون الأجنبي حسب قاعدة النزاع لكون هذا النوع من الطلاق مخالف للنظام العام الدولي الإسباني. إلا أنه يظل بالإمكان، ووفق بعض الشروط والحدود، الاعتراف بالتعديل الوارد بالحالة المدنية (حرية الزواج) والذي يترتب عنه الطلاق المحصل عليه في الخارج.

إن الاعتراف بفسخ عصمة الزوجية يمكن أن يسهل على الزوجة استرجاع حريتها في الزواج. كما يمكن أن يستعمل كأساس للزوجة السابقة وللأبناء لأجل ولوج المحاكم الإسبانية بغية تحديد الآثار الأخرى الناجمة عن الطلاق (الحقوق المالية والحقوق المتعلقة بالحضانة) لما تكون هذه الحقوق غير محددة أو لما تكون الحقوق التي سبق تحديدها مخالفة للنظام العام (وغير قابلة للتذليل بالصيغة التنفيذية)، وبمعنى آخر فإن الأمر يقتضي تذييلاً نسبياً.

ويبقى بالإمكان ومن الملائمة بمكان لأجل تفادي ازدواجية الدعاوى، بأن يتم الاعتراف أصلاً ضمن الدعوى المقدمة للمطالبة بالتدابير المتعلقة بالنفقة وبحضانة الأبناء بمسألة الحالة المدنية (تذليل الطلاق علاقة بالآثار المباشرة لفسخ عصمة الزواج) كأساس للتحديد أو المصادقة على آثار أخرى وفق ظروف الحال وللبلد الذي يعيش فيه المعنيان بالأمر (ذلك أن مصلحة ولوج المحاكم الإسبانية يظل بصفة عامة مشروطاً بمسألة الإقامة).

لقد استقل الطلاق على إثر الإصلاح الإسباني لسنة 2005 عن الانفصال وتم تخفيفه ولم يعد سببياً. ولا يمكن النطق بالتطليق في بلدنا، إلا أنه يمكن الاعتراف بتوقف العلاقة الزوجية وطلاق تم الحصول عليه في المغرب. ويتعين في هذه الحالة تحويل اعتراف جزئي (الحالة المدنية)، بما في ذلك بناء على طلب الزوج، كلما كان الزواج غير موجود على مستوى الواقع ودونما حاجة إلى الحديث عن تدليس على مستوى القضاء. ولا يعتبر هذا الحل منة المؤسسة للطلاق ولا قبولاً لجميع آثاره. إن الطلاق يكون رمزاً في إطار المناقشة السياسية سواء داخل العالم الإسلامي أو خارجه؛ إن التقاليد الدينية الإسلامية لا تدعمه وحذفه سوف يساهم في تسهيل التعاون القضائي المدني في الميدان الذي نحن بصدده. إلا أن التعرض على هذه الكيفية التمييزية يبدو مشروعاً التحريض على إزالتها في إطار مهمة بيداغوجية للقانون- ويتعين على القاضي العمل على

المجددة للقانون أكثر منه من تشجيع الامتيازات الزوجية على الطلاق والتعدد، وكان بالإمكان عن طريق تعديل النظام القانوني الدولي الخاص تحديد هذه المؤسسات الأكثر انتقادا سواء خارج العالم الإسلامي أو داخله.

ومع كل ذلك، وعلى الرغم من الطابع التوسعي للقانون، فإن مقتضياته لن تكون دائما مطلوبة خارج المغرب. ذلك لأن القوانين ذات الصبغة العالمية تشكل فيها قواعد النزاع بوابة لتدخل قانون الدولة الأجنبية، وبالتالي للقواعد الدينية التي تطبعه. ويكفي مثلا على ذلك، أن حمل الجنسية المغربية والتندين بالإسلام لا يترتب عنهما تطبيق «قانون الأحوال الشخصية والعائلية» المعمول به في المغرب ولا القانون الإسلامي بإسبانيا. كما أن فسخ الزواج بين مغربي وجزائري مقيمين بإسبانيا لا ينظم بموجب القانون الإسلامي المشترك بين الطرفين. حيث أن القانون المطبق على فسخ الزواج، في غياب جنسية مشتركة، هو القانون الإسباني لمكان الإقامة، سواء كان المعنيون مواطنين أصليين لبلد مسلم أم لا، وذلك بالنسبة لأحدهما أو لكلا الزوجين.

وعموما، فإن السبيل لدخول قانون الأسرة المغربي الجديد (2004) يتجلى في قواعد القانون الدولي الخاص الإسباني التي تستجيب للعلاقات القانونية (الجنسية، الإقامة أو غيرها) وليس لنماذج دينية. 2. ويقدم قانون الأسرة المغربي الجديد (2004) في مجمله نتيجة معقدة ومبهمة، ناجمة عن إجماع صعب، يقر نص الطلاق وأشكال أخرى تقليدية لفسخ الزواج (الفصول من 98 إلى 113) مع كيفيات أخرى مجددة (الفصول من 94 إلى 97، 99، 114)، توسيع أسباب فسخ الزواج بناء على طلب المرأة أو الزوجين معا. إن الإصرار على عدم المساواة البنيوي القائم بين الزوجين في فسخ الزواج (الطلاق) يكبح تطبيق القواعد أو الاعتراف بالقرارات الصادرة على ضوءها (قرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الصادر بتاريخ 8 نونبر 2005، DDC فرنسا إلى درجة أن الممارسة لا توطد تغييرا في اتجاه الروح الإصلاحية.

لعل الوضعية في المغرب تحتفظ اليوم بنوع من الموازة مع التطور التشريعي الذي عاشته بلادنا خلال المرحلة الانتقالية، في الثمانينات، لما أعيد إدخال التطبيق ضمن قانون أسرتنا. ومن المعلوم أن قانون التطبيق لسنة 1981 قد واجه عراقيل بسبب التوترات التي كانت سائدة لدى الحزب الحاكم، نظرا لتأثير ندوة أسقفية وحاسمة، ولجملة من الظروف الانتقالية الكثيرة الصعبة، مع انقلاب خلال مرحلة إحالة القانون على مجلس الشيوخ. وتكفي إطلالة على إحدى الصحف للتذكير بالصعوبات التي كان يعاني منها آنذاك وزير العدل، السيد ف. فيرنانديس أوردويس، لإخراج قانون إلى الوجود، رفقة إصلاحات أخرى، بهدف توحيد وتحديث البلاد.

كما أن القانون رقم 30/1981، الصادر بتاريخ 7 يوليو، المعروف بقانون التطبيق - على الرغم من نفعه وطول أمده، رغم التكهّنات - كان ثمرة الإجماع ببلادنا. ويقدم النص نتيجة معقدة، لمحاولته إقران أسباب أو طرق مختلفة لفسخ الزواج؛ ويمكن القول اليوم أن التطبيق بتراضي الطرفين (بدون مذبذبين)، أو التطبيق بسبب توقف المعاشرة، قد أصبحا معتادين إلى درجة أننا نود إدراجهما بقوانين دول أخرى.

وفي الأخير، فإن مفتاح التعديل في المغرب يكمن في الاستعمال المخصص للنص على مستوى التطبيق من لدن الخواص والمحاكم - التي عهد لها بسلطة واسعة للتقدير - حسب فهم أو تطبيق هذه المقتضيات أو تلك. إلا أنه من السابق لأوانه الحديث عن الحصيلة. إن المعلومات القليلة المتوفرة تظهر خلافات بين جهات المغرب ومختلف المناطق (الحضرية والقرية).

3. إن المجتمع المعاصر لا يكف عن مطالبة القاضي بالمزيد من الحلول المدعاة لهذه الغاية، تؤدي إلى تحمل مسؤوليات في إطار الحماية الفعلية وليس المجردة للحقوق الأساسية. إن قانوننا يركز على مبادئ المشروعية والتسلسل القانوني والضمان القانوني. إلا أن هذه الثوابت لا يجب أن تفهم كمكبح للتكييف ولضرورة بحث القضاء عن النتيجة. كما أن حل جل التساؤلات التي تشغلنا يتطلب تفادي حكم مجرد وقبلي على القانون الأجنبي، وعدم تضيق الخناق على القاضي، مع جعل التطبيق الواضح لضبط النظام العام الدولي بين يديه، وطبعا مع اعتماد الواقعية، كإلية لتكييف القانون الأجنبي المفصل غير المتباطئ علاقة بإمكانية التناقض في الحالات المموسسة. وبمعنى آخر، بوضع حدود النظام العام الدولي في خدمة المعنيين بالقواعد وحماية القوانين الفردية، أكثر منه في خدمة الاحترام المجرد للأنظمة القانونية.



المقررة بالمادة 246 من قانون الأسرة لكاتالونيا، ولقد تم الأخذ بعين الاعتبار لصواتر القاصرين، المدمجة في المفهوم الواسع للنفقة والإمكانيات المالية للطرفين. وهكذا يمكن أن نسجل بأن المدعى عليه يتوفر على نشاط مهني قار، ويتقاضى أجرا في حدود 649 أورو شهريا، ويدفع إيجارا بمبلغ 225 أورو شهريا، حيث أن المدعية تعمل كمنظفة وتتقاضى أجرا قدره 240 أورو شهريا، وتؤدي إيجارا مسكن مع أمها بمبلغ 230 أورو شهريا. إن هذه الاعتبارات تبرر وجوب الإبقاء على نفقة بمبلغ 100 أورو شهريا لكل واحد من القاصرين برسم الاستجابة لحاجيات حياتهم الدنيا، مما يتعين معه عدم قبول التخفيض موضوع الطلب، نظرا لكون قبول طلب من هذا القبيل قد يحرم القاصرين من تغطية حاجياتهم الأساسية التي لا يمكن للأُم تلبيتها نظرا لوضعيتها الاقتصادية الهشة».

ثم هناك قرار محكمة الاستئناف بربلونة بتاريخ 3 ماي 2006<sup>353</sup> الذي يقدم تفسيراً منسجماً مع القانون الإسباني لقانون الأسرة المغربي. وعلاقة بواجب النفقة اعتبرت المحكمة بأن «المدونة أو قانون الأسرة بالمملكة المغربية، وهو البلد الذي يحمل المتنازعان وأبناؤهما جنسيته، ينص في فصليه 54.3 و198 على فرض النفقة كنتيجة لعلاقة الأبوة. مما يتعين معه تنفيذ هذا الالتزام، الذي يعتبر من النظام العام، حسب المعايير المتزنة لحاجيات الأبناء وإمكانيات الزوجين» (...). وكنتيجة لذلك فإن ما سمي بواجب كراء المسكن ينطبق في الحقيقة على جزء منفصل من الأجزاء المكونة للنفقة، ويتعين بالتالي أن يظل مدرجا بالجزء التناسبي داخل مبلغ النفقة المخصص للأبناء القاصرين. وبالتالي فإنه يتعين إبعاد أداء متأخر الإيجار من النزاع نظرا لسداده في وقت سابق لتقديم دعوى الانفصال، مع مراعاة حق المدعية في المطالبة بقيمته ضمن الحكم التصريحي المطابق». وفي خاتمة المطاف: «فإن الاعتبارات السابقة تبرر بأن الإجراء المتعلق بأداء الإيجار يجب أن يظل عديم الأثر على نحو ما تمت صياغته، ولكن مع إدراج الصائر المتعلقة بالمسكن جزئياً ضمن النفقة، الكل حسب مبلغ 200 أورو عن كل واحد من الأبناء، ذلك أن الأُم تتقاضى مداخيل خاصة، وتتوفر على إقامة قانونية بإسبانيا، فضلا عن كونها مندمجة في أنشطة مهنية». وتعتبر النتيجة التي خلصت إليها المحكمة متزنة وملائمة للموارد وللظروف الحالية للأسرة.

## IV. مسننجات ونوصيات ختامية

1. حدد قانون الأسرة المغربي الجديد (2004) مجال تطبيقه في المكان عبر قاعدة التنازع الأحادي الطرف أو التمديد على المدى الواسع لما بعد الحدود (المادة 2). ولا يستثنى مجال تطبيقه الأزواج الحاملين لجنسيتين أو المختلطين، لما يكون أحد الزوجين مغربيا ولا أبنائهم ولا أسرته، بغض النظر عن إقامتهم أو جنسيتهم الأخرى. ويعتبر الدين - خاصة الكائن المسلم - رباطا قانونيا، يمكن من تيسير التعدد القانوني انطلاقا من منظور عقائدي.

ولا ينص القانون على قواعد متخصصة تتعلق بتقليص مدى المؤسسات الأكثر نزاعا لما بعد الحدود، كالطلاق أو التعدد. كما أن الروح المقيدة للإصلاح علاقة بالطلاق والتعدد لا تسمو إلى المشهد الدولي. وأنه بإمكان الزوج المسلم أن يبرم زواجا ثانيا أو يطلق زوجته الأجنبية بالمغرب، على الرغم من عدم إقامته بالبلاد. وأخذا بعين الاعتبار لمضمون القانون ولروح الإصلاح، كان بإمكان المشرع أن يزود قانونه الدولي الخاص بقاعدة للنزاع موجهة تستلزم تجميعا للقوانين (القانون الوطني لكل واحد من الزوجين وقانون مكان آخر إقامتهما الاعتيادية المشتركة) قصد الترخيص بالتعدد أو الطلاق في الحالات الدولية.

إن توقعا من هذا القبيل من شأنه أن ينطبق على الإصلاح ويسهل الاعتراف المتبادل بالقواعد والقرارات. إن الإدارة التوسعية للمشرع في تطبيق نص القانون الجديد يكمن هدفها في إبراز الجوانب الإصلاحية أو

353 محكمة الاستئناف بربلونة (القسم 12). القرار الصادر في 3 ماي 2006. المقرر: الأستاذ باسكوال أوتونيو مونوس. الاجتهاد 2006/261212. بيان أ. كينونيس إسكانييس AEDI PRIV 2006 (تحت الطبع)

يصلح سوى للمسطرة الجارية، حيث لن تترتب عنه قوة الشيء المقضي به ولا فعالية إيركا أو مينييس، وهو الأثر والفعالية، اللذين لا ينجمان عن حكم مدعو لأن يعدل على الفور.

ويكمن السبب في نظرنا، في طلب التذليل الجزئي (تعديل الحالة المدنية أو فسخ عصمة الزواج) الذي يترك الباب مفتوحا على محاكمتنا لأجل تحديد الآثار الغير المعترف بها، في نفس القرار، لتقديم قضاء فعلي، كلما كانت المحاكم الإسبانية مختصة دوليا، كما سجلنا ذلك في أعمال سابقة<sup>348</sup>، لأغراض اختصار المسطرة ونظرا لطابع النظام العام والاستعجال الذي تتسم به التدابير. ويتعين إقصاء الاعتراف بجزء الحكم المتعلق بالآثار إن اقتصر على تخصيص نفقة هزيلة لمخالفة ذلك للنظام العام الإسباني، مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة القاصر، وهو ما يمكن من ملائمة مبلغ النفقة مع حاجيات الدائن بها وكذا مع موارد المدين (المادة 11 من اتفاقية لاهاي لسنة 1973)، في البلد الذي يقيم به.<sup>349</sup>

يمكن إرفاق طلب الاعتراف الفرعي بقرار التظليق (مع التذليل الجزئي الذي ينصب على فسخ عصمة الزواج)، بطلب تدابير بشأن القاصرين والنفقات التي قد تتغير علاقة بالظروف (تغيير البلد)، الذي صدرت فيه، كلما كان الأمر غير متعلق بتذليل هذه التدابير.

إنها هذه النزاعات بالذات، أي تلك المتعلقة بمراجعة نفقة الأبناء أو الرفع من قيمتها وبأجرة الحضانة، هي التي تكون صعوبات الاعتراف، سواء بالمغرب أو بإسبانيا، ليس فقط بسبب وجود عدم التجانس في التنظيم، بل لكون الأمر يتعلق بتدابير غير نهائية تستلزم الملائمة مع الحالات والفترة المحددة التي تتم المطالبة خلالها. إلا أنه يتعين منح التذليل الجزئي في الحالات التي يتعذر فيها التذليل الكلي للحكم (التناقض مع النظام العام)، وبالتالي فإن الأمر لا يتعلق بمجرد فتح الباب أمام البحث النظري حول اختلاف التشريعات.<sup>350</sup>

ونجد بالنسبة للمغرب مثالا ضمن القرار رقم 38، الصادر عن المجلس الأعلى للمغرب بتاريخ 28 يناير 1997: «... حيث إن كل ما دفعته به المدعية صحيح، ذلك أنها قدمت رفقة عريضة الدعوى 8 فآتورات و5 وصفات طبية وثلاثة إيصالات، من بينها الوصل رقم 42952، الذي سبق لمحكمة الدرجة الأولى أن أخذته بعين الاعتبار، وأن محكمة الاستئناف قد تجاهلت بقية المستندات بما في ذلك الفاتورة رقم 9 التي أشارت إليها المحكمة الابتدائية والمقدر مبلغها بـ 3572,28 درهم، وأن قاضي الدرجة الأولى قد حدد النفقة وأجرة الحضانة في مبلغ 500 درهم شهريا، وأن قاضي الدرجة الثانية قلص المبلغ المذكور إلى 300 درهم، معتدا بكون الموارد المالية للمدعى عليه محدودة، ودونما تبرير سبب هذه الخلاصة، وأنه يترتب عما سبق ذكره بأن القرار المذكور يعاني من غياب التعليل مما يعرضه للنقض» كما تمت الإشارة ضمن الحكم إلى كون المدعى عليه «كان يتوفر على صفتي تاجر وملاك العقاري<sup>351</sup> ولأجل الاعتراف المتبادل بهذه التدابير (ومراجعتها) يجب الانكباب على الحالة المحددة.

وإسبانيا، نجد مثالا للنزلة ضمن القرار الصادر عن استئنافية برشلونة بتاريخ 1 يونيو 2006<sup>352</sup>، والذي ينص على ما يأتي: «إن الحكم الذي وضع حدا بكيفية نهائية للدعوى التصريحية المثارة على مستوى الدرجة الأولى، بشأن الولاية الأبوية والحضانة والكفالة، ونظام الزيارات والنفقة الواجبة للقاصرين، قد تم استئنافها من لدن الطرف المدعى عليه السيد بلاسيديو الذي تقدم في معرض عريضة طعنه الكتابية بطلب قبول نظام الزيارات لأجل تنظيم علاقات القاصرين مع الولي غير الحاضن، على نحو ما تم التعبير صراحة على ذلك بمعرض الجواب على الطلب، مع تخفيض قيمة نفقة القاصرين إلى حدود مبلغ 120 أورو شهريا (...).» «إن تحديد قيمة النفقات لفائدة القاصرين في مبلغ 100 أورو شهريا (...) لكل واحد منهم تستجيب للثوابت

348 انظر أ. كينيونيس إسكاميس، نفس المصدر السابق، القانون والهجرة (خلاصات واقتراحات)

349 ص. بارا رودريغيس «الأوجه العملية في تطبيق القاعدة الدولية للنفقة» سبين فاميليا، رقم 57، يوليو-أغسطس 2006، ص. 24-26  
350 بخصوص الاحتمال في مثل هذه الطلبات، م. أ. ميشينيل أفرانس «الحكم الأجنبي أمام تغير الظروف» REDI 2002، ص. 641-668

351 الملف رقم 338/2/2/1997. انظر في العنوان الإلكتروني للمشروع ADL (الاجتهاد: الحكم رقم 38)  
<http://proyectoadd.com/index1024x768.html>

352 محكمة الاستئناف لبرشلونة (القسم 12) الحكم الصادر بتاريخ 1 يونيو 2006. الاجتهاد: يد خوان ميكيل خيمينيس دي باركا كاستون. الاجتهاد : 2007/11587



الابتدائية لرفض طلب المدعية، مقدما بذلك تحليلا قانونيا مفصلا ومدققا حول القانون المطبق. وبالفعل، وعلى نحو ما ينجم عن مقتضيات المادة 25 من اتفاقية التعاون القضائي في الميدان المدني والتجاري والإداري بين مملكة إسبانيا ومملكة المغرب الموقعة بتاريخ 30 ماي 1997، فإن المحكمة الابتدائية منحت حق تنفيذ القرار الصادر عن المحكمة المغربية بناء على طلب الطرف المعني بالأمر، وذلك انطلاقا من وجود زواج أبرم بالمغرب طبقا لتشريعته. وبالتالي، مع كامل فعالية آثاره، ليس فقط بهذا البلد بل كذلك بإسبانيا»، مضيفا أنه «حتى بالنسبة للقرارات الحديثة، نجد أن المجلس الأعلى قد رفض تذييل القرارات الصادرة عن المحاكم المغربية، التي قد يطلب تنفيذها مباشرة من المحكمة الابتدائية (قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 2 مارس 2004 أو 20 أبريل 2004 أو 4 ماي 2004) (...) مما يتعين معه المصادقة على الاتفاق المكتتب من لدن الطرفين، على نحو ما صادق عليه، يومه، قاضي الدرجة الأولى على التدابير المتفق عليها من لدن المتنازعين كتدابير مؤقتة.

«هناك كذلك استئنافية مدريد، في قرارها الصادر في 25 أبريل<sup>342</sup> 2006. وفي وقت سابق، قرار استئنافية مدريد بتاريخ 30 نونبر 2005<sup>343</sup>.

### (و) تذييل جزئي (الرابطة) وإنقاذ تدابير أو تعديل التدابير المنخفضة

يقدم طلب التدابير المتعلقة بالنفقة أو بالمسؤولية الأبوية أو بتعديل التدابير الصادرة في القرارات الأجنبية أمام محاكمنا. ويطرح طلب تعديل تدابير الحضانة والكفالة والنفقة الصادرة بالمغرب، على هامش الاعتراف المسبق بالقرار الأجنبي، دونما مطالبة بتذييل القرار؛ وتساند الولاية القضائية الفعلية<sup>344</sup>، واختصاص محاكمنا للبت في مثل هذه التدابير وإمكانية تعديلها من الداخل، على القيام بملازمة مع المداخل ومستوى العيش ببلد الإقامة (في قرار استئنافية مدريد، الصادر في 25 أبريل 2006 حددت نفقة القاصر في 38 أورو شهريا). قضية تتعلق بالنفقة التي يطبق عليها القانون الإسباني، علما بأن المدين مقيم (بموجب اتفاقية إركا أومنيس للاهاي سنة 1973).

وفي نظرنا، يعتبر التذييل الجزئي، في هذه الحالات، ملتما (تذييل يتعلق بفسخ عصمة الزواج)، حيث يفتح الطريق لأجل المطالبة بالآثار التي لا يمكن الحصول عليها دون مباشرة مسطرة جديدة تتعلق بالنفقة. هناك شكوك أكثر في تحديد الآثار على هامش طلب التذييل، ضمن مسطرة مخصصة فقط لهذه الآثار<sup>345</sup>. إن تعديل التدابير الواردة بالأحكام الصادرة بالخارج لا يشكل عملية هادئة. ولقد دافع ف. كالفو بابيو<sup>346</sup>، الذي تبع في ذلك ي. كوانطيس دوتري (كما تبعت هذه الأخيرة بدورها م. أ. ميشينيل الفاريس ول. كارباليو بينيرو<sup>347</sup>) على الاعتراف الفرعي في المسطرة موضوع طلب تعديل التدابير. ويتعلق الأمر باعتراف لا

342 نص قراري محكمة الاستئناف ببرشلونة، بتاريخ 4 يناير 2006، وقرار محكمة الاستئناف لمadrid بتاريخ 25 أبريل 2006، مع بيان ف. كالفو بابيو، في سببين فام - 64، مارس 2007، رقم 64، ص. 34-39. وبصفة عامة، س. ألفاريس كونزاليس، أزماز زوجية دولية والاتفاق بين الزوجين، مدريد، سيفيتاس، 1996، ص. 227 وما يليها. وكذا بيان ي. دوتري كوانطيس، بقرار استئنافية مدريد، بتاريخ 30 نونبر 2005، 2006-1 REDI AC 2006/49. 343 قرار استئنافية مدريد بتاريخ 30 نونبر 2005، 2006/49 AC، بيان وموجزات ي. دوتري كوانطيس، بالمجلة الإسبانية للقانون الدولي 1-2006 المتخذة: 478-481.

344 علاقة بهذا الموضوع، يجب التذكير بقرار المحكمة الدستورية (الغرفة الأولى) الصادر بتاريخ 13 مارس 2000. انظر أعمال ل. كارباليو بينيرو، الاختصاص القضائي الدولي وتعديل خدمات التنفيذ المستمر إلى أبعد ما ورد في قرار المحكمة الدستورية 61/2000، 2001 ص 463-482 AEDIPr 345 ألفاريس غونزاليس، "أزمة الزيجات الدولية وتعويضات الإنفاق بين الزوجين"، مدريد، سيفيتاس، 1996، ص 227 وما يليها، وكذا بيان ي. دوتري غوانطيس، الملحق بقرار محكمة الاستئناف بمدريد، الصادر بتاريخ 30 نونبر 2005، 2006/49 AC في REDI 1-2006، ص 481-478. 346 كالفو بابيو في سببين الأسرة، مارس 2007، رقم 64، ص 34-39، حيث تم ذكر إي دوتري غوانتيس، "تطبيق، تعديل التدابير"، القانون، المرجع 2006/10270

347 م. أ. ميشينيل ألفاريس، "الحكم الأجنبي أمام تغير الظروف"، REDI 2002 ص 641-668، ول. كارباليو بينيرو، "الاختصاص القضائي الدولي وتعديل خدمات التنفيذ المستمر إلى أبعد ما ورد في قرار المحكمة الدستورية" - في AEDIPr 61/2000، 2001 ص. 463-482.

بالمعنيين بالقواعد المميزة على حساب قضاء مجرد، من هذه العلامة أو تلك، مما لا يخدم الظروف المتزامنة بالحالة التي نحن بصدها.<sup>340</sup> أما الوضع الذي يزداد يوما بعد يوم، فإنه يتجلى، بغض النظر عن الاعتراف، في الدخول في تقييم الآثار وهي الحالة التي طرحها قرار محكمة الاستئناف بكاسطيون 184/2005 الصادر بتاريخ 13 شتنبر 2005، وهو القرار الذي تم التوضيح ضمنه:

«... إن ذلك مخالف لنظامنا العام، ذلك أن القضية تخص «طلاق الزوجة على نحو ما يستفاد من مجرد قراءة الطلب»، وهو ما يقتضي ويترتب عنه أنه لا يمكن، طبقا لاتفاقية التعاون القضائي في الميدان المدني والتجاري والإداري، بين مملكة إسبانيا ومملكة المغرب، الموقعة بمليد في 30 ماي 1997 (RCL 1997-1526)، وطبقا لمقتضيات فصلها 23 (...)، الاعتراف به بموجب قانوننا (...). إلا أن الحالة التي نحن بصدها تتعلق فقط بملاءمة النفقات المحددة بقرار علاقات الأبوة والنسب لفائدة الزوجة والأبنة، وفي هذا الاتجاه، يعتبر القرار المذكور قابلا للاعتراف به وتنفيذه بإسبانيا بكيفية تامة، نظرا لتوفره على الشروط المطلوبة قانونا في المادة 23 من الاتفاقية المذكورة، مع الأخذ بعين الاعتبار بواقعة كون الزوجين المتنازعين يسكنان بإسبانيا...». مع إضافة: «... في الحالة التي نحن بصدها، لا يتعلق الأمر بتعديل قرار أجنبي، بل فقط بملاءمة النفقة المحددة لفائدة الابنة في خمسة عشر دراهم، أي ما يعادل 7.400 بسيطة شهريا، لمتطلبات مجتمعنا، وكذا النفقة المحددة لفائدة الزوجة وهو الأمر الذي يدخل عن حق ويكل وضوح ضمن اختصاص محاكمنا».

وفي نفس الاتجاه أصدرت استئنافية لاريوخا 286/2003 (القسم 1) بتاريخ 7 أكتوبر 2004،<sup>341</sup> في إطار التذييل طبقا للاتفاقية الثنائية المؤرخة في 30 ماي 1997. حيث تقررت إمكانية تعديل آثار التدابير المتخذة ضمن الحكم الأجنبي علاقة بالأبناة والنفقة، بغض النظر عن ما جاء في القرار المغربي. ولقد كان هذا الأخير موضوع ما يمكن أن نسميه بتذييل جزئي، حيث صرحت الاستئنافية تحديدا بما يأتي:

«... على الرغم من صدور حكم بالتطبيق عن محكمة المملكة المغربية، مع أمر بتحديد الالتزامات الناجمة عن التطبيق، ومن ضمنها تحديد النفقة. فإن ذلك لا يمنع من إصدار المحكمة الإسبانية لحكم ثان يعدل ما قضى به الأول، بمنطوق أكثر ملائمة للحقيقة الاجتماعية والاقتصادية لمكان سكنى المتنازعين وأبنائهما» مع تحديد النفقة تبعا للقانون الإسباني ولما تقبله اتفاقية لاهاي لسنة 1973: «... إن القانون المطبق على هذه الحالة هو القانون الإسباني، والذي يتعين بمقتضاه تحديد نفقة ملائمة لظروف المتنازعين وأبنائهم».

ونفس الشيء أقرته استئنافية برشلونة في قرارها الصادر في 4 يناير 2006.

«ولقد ارتكزت المدعية في مواجهة الحكم الابتدائي الذي قضى برفض طلبها، على التماس تدابير تتعلق بالحضانة والكفالة والنفقة لفائدة الابنة القاصرة (...). إن المطروح الآن للمناقشة لا يكمن مع ذلك، في تحديد التشريع المطبق، نظرا لوجود حكم تطليق معترف به من لدن الطرفين، إلا أن تطبيقه لم يكن موضوع طلب أي واحد منهما، وهو ما ارتكز عليه قاضي المرحلة

340 انظر أ. كينونيس إسكاميس، القانون والهجرة، الطلاق الإسلامي بأوروبا، مؤسسة لأكيسا، برشلونة، 2000 (الاجتهاد الإسباني) وبياننا في REDI، 1999، ص. 203-217.  
341 الاجتهاد 2004/286103

بالقرارات تاركا بين يدي المشرع مراقبة اختصاص محاكمه، ويمكن أن نستنتج من المادة 79 من قانون الأسرة (وكذلك من المادة 212 من قانون المسطرة المدنية المغربي) بأن اختصاص المحاكم المغربية يطبق على المستوى الدولي إذا قدم الطلب لدى محاكم مقر الزوجية، وفي غياب ذلك، مقر إقامة أو سكنى الزوجة أو محل إبرام الزواج.

وتتقلص إمكانيات ولوج الهيئة القضائية المغربية إن كان الزوجان يسكنان بالخارج. إلا أن الإسقاط الدولي لقاعدة الاختصاص الداخلي غير شفاف. ويبدو أنه في حالة عدم وجود مقر للزوجية، ولم تكن الزوجة ساكنة بالمغرب، ولم يتزوج المعنيان بالأمر بالمغرب، فإنه يمنح للمدعي مقر إقامة بالمغرب لدى محاكم الأسرة بالرباط. ولا يتعلق الأمر هنا بإقامة من إملأ الضرورة من شأنها أن تحول دون رفض التقاضي، ذلك أن الإقامة غير محددة بالمغرب. وفي نظرنا هناك نوع من التوقع التشريعي، يتم بمقتضاه كلما كانت القضية تدخل في مجال تطبيق قانون الأسرة (المادة 2)، البحث على الكيفية التي تصبح بها المحاكم مختصة. إن الفصل بين القضايا لا يتم على أسس شفافة في نظام تطبق فيه قواعد الاختصاص الداخلي، لعدم توفره على قواعد الاختصاص المستقلة. وبالتالي يتعين على ممارسة المحاكم أن تعمل على توضيح هذه المسألة.

### هـ) حدود النظام العام: النفييل الجزئي ونعديل التدابير المنخفة

يستلزم المادة 23.4 من الاتفاقية الثنائية الإسبانية - المغربية (1997)، شرطا آخر لإصدار قرار التذييل: «أن لا يتضمن القرار مقتضيات مخالفة للنظام العام للدولة التي يطلب إجراء التنفيذ فيها، ولا لمبادئ القانون الدولي المطبقة به».

وعلى ضوء النظام المستقل (المادة 954 من قانون المسطرة المدنية 1881) نجد أن الممارسة القضائية الإسبانية (قرارات المجلس الأعلى)، التي يثت في تذييل حالات الطلاق الإسلامي قد عبرت في البداية على إدراك آلي ومجرد لهذا الأخير. إلا أنه ثمة أمثلة لنظام عام انتقائي ووظيفي ومتضمن لتفاصيل الظروف، وهو ما يجسسه قرار المجلس الأعلى الصادر في 21 أبريل 1998، إذ يوضح هذا القرار بأنه يستحيل رفض كل فعالية لهذه المؤسسة المستوردة دون أن ينقلب ذلك على الجهة التي وجه لها العمل:

«... لا يمكن أن تتجاهل هذه الغرفة الظروف الخاصة المتزامنة بهذه الحالة والتي توصي بالبت في المصادقة المطلوبة استنادا إلى المبادئ المعتمدة في الاعتراف بإسبانيا بالقرارات الأجنبية وعلى ضوء مبدأ العدالة المادية الأولي، وعلى هذا الأساس يجب الأخذ بعين الاعتبار بأن الزوجة هي التي طلبت الآن التذييل، فضلا عن انصرام الفترة الزمنية التي يرهن بها التشريع الأصلي ممارسة الزوج لحقه في الإلغاء، وذلك بكثير، فضلا عن كون هذا الأخير قد تزوج من جديد، على نحو ما هو ثابت مستنديا. وبالنظر لمثل هذه الظروف فإنه لا يمكن رفع حاجز النظام العام بالمعنى الدولي (...). أما الإبقاء على العكس، فسوف يعني رفع شكلية مبدأ المساواة فوق النتيجة المادية التي تم التوصل إليها في هذه الحالة تحديدا، مع تحويل ما كان من شأنه أن يلعب لفائدة حماية المرأة التي تعاني من التمييز إلى ضرر، وذلك بإلزامها باللجوء إلى حكم التطبيق بإسبانيا لأجل الحصول على فسخ نهائي لعصمة الزواج، وهو انحلال الزواج الذي تم بالدولة الأصلية، ذلك أن التذييل يمكن من استصدار حكم بنفس المضمون».

ويبقى الحل عمليا، بحيث لا تستشف منه أي منة على هذه المؤسسة أو قبول لجميع آثارها. وفي حالة عدم موافقة المرأة، مع وجود أبناء قاصرين لم تتم حماية مصالحهم، فإنه يمكن استصدار اعتراف جزئي (فسخ عصمة الزواج)، مما يفتح أمام المرأة المطلقة المقيمة وزوجها، ولما فيه مصلحة الأبناء، الباب لولوج محاكمنا. فضلا عن كون هذه المؤسسة تعتبر رمزا للنقاش السياسي داخل وخارج العالم الإسلامي، وإذا كانت معارضتها أمرا مشروعا - في مجالي تعديل محتمل أو وظيفة تربية للقانون - فإنه لا يجب الإضرار، عند التقاضي،

ويتعين التشديد، في مرحلة أولى على الأقل، على أن أكبر جزء من طلبات تذييل الطلاق الإسلامي التي واجهتها المحكمة العليا في إسبانيا قد قدمت بمبادرة من المرأة، على خلاف ما يحدث بدول أخرى، حيث دأب الزوج على تقديم طلب الاعتراف بالطلاق بهدف تجميد طلب الطلاق أو طلب الإسهام في تحملات الزواج المقدم من لدن المرأة. إلا أن مثل هذه الممارسة لفترة زمنية مختلفة عن الفترة الحالية، كان فيها الحصول على الطلاق بإسبانيا بناء على طلب أحد الزوجين، يقتضي مباشرة مسطرة أطول من التذييل.

هناك حالة أخرى تتكرر بوتيرة أكبر تتجلى في الخلع الذي يقتضي اتفاق الزوجين على فسخ عصمة الزواج (والمقابل المزمع أدائه من لدن الزوجة). وبهذا الصدد، نجد مثالا سابقا لتعديل قانون الأسرة وللاتفاقية الثنائية ضمن قرار المجلس الأعلى بتاريخ 8 يونيو 1999<sup>337</sup> الذي نص على أنه:

«... إن المطابقة مع النظام العام الإسباني - بالمعنى الدولي - تامة (...). فالرسم يبدو مصادقا عليه موقعا من لدن سلطة تمارس المهام القضائية، وفي المقام الثاني، فإنه يستفاد من القرار المعنى بالأمر بأن عصمة الزواج قد انقضت بكيفية نهائية ولا رجعة فيها. ذلك لكون الطلاق الصادر في هذه النازلة هو تطليق أو طلاق من بين أشكال الانفصال التي يصطلح عليها بـ«الخلع» في مدونة الأحوال الشخصية والميراث للمملكة المغربية الصادرة بتاريخ 10 شتنبر 1993 والمنظم في التشريع المغربي بالباب III من القانون المذكور تحت عنوان «في الطلاق (أو التطليق حسب ترجمات أخرى) بالخلع» والذي تبتدئ مقتضياته بالمادة 61، الذي ينص على ما يأتي: «يجوز للزوجين أن يتفقا فيما بينهما على الطلاق - أو التطليق - بالخلع»، ومن جهة أخرى، فإن المادة 67 من نفس القانون يقر بالطابع اللاراجعي لهذا الصنف من الطلاق أو التطليق...».

ويجب التذكير بأنه قد تم الأخذ بعين الاعتبار بطلاق الخلع في حالات منح التأشيرة (التجمع العائلي الخاص بالزوجة الثانية)، في القرارات السالفة الذكر للمحكمة العليا للقضاء بمجموعة مدريد، 30 ماي 2005<sup>338</sup>، والمجلس الأعلى (النزاع الإداري) 25 يناير 2006<sup>339</sup>.

### د) إختصاص القاضي الإقليمي، ندليس للإختصاص ونعمه النبمات

لما يتعلق الأمر بزواج أجنبي مقيمين بإسبانيا، يظهر أحيانا ثقل الاحتيال في الحالة التي يصطلح عليها «بالطلاق الصيفي أو الهجري» الذي يتم لما يسافر الزوج إلى بلده الأصلي قصد إيقاع الطلاق على زوجته وطلب التذييل لاحقا، أو لأجل تجميد قرار التطليق المتابع من لدن زوجته بإسبانيا. تتم مراقبة هذه الممارسة أخذا بعين الاعتبار لتعدد التبعيات. وبهذا الصدد ينص المادة 23.4 من الاتفاقية الثنائية الإسبانية - المغربية (1997) على ما يأتي: «أن لا توجد أي دعوى عالقة بين نفس الطرفين وعلاقة بنفس الموضوع لدى إحدى الهيئات القضائية للدولة المطلوبة، قبل مباشرة الدعوى لدى المحكمة التي أصدرت القرار المزمع تنفيذه».

كما تتم كذلك مراقبة اختصاص المحكمة الأصلية (أو وجود روابط معقولة مع البلد الذي صدر فيه الطلاق) أو عدم توافق القرارات، وهما الشرطان المعتمدان ضمن الاتفاقية الثنائية الإسبانية - المغربية (1997).

يتجلى أول شرط للحصول على التذييل حسب الاتفاقية المذكورة في أن تكون السلطة الأصلية المختصة دوليا طبقا للقواعد المطبقة بالبلد الذي صدر فيه القرار المطلوب تذييله. وتتبع المراقبة نظاما أحادي الطرف مؤسس على قواعد القاضي الأصلي (المادة 23.1). إن نظام المراقبة الأحادية الطرف يسهل الاعتراف

1999/4346 337

2006/217475 338

339 مجموعة الاجتهاد 2006/4338. القانون رقم 6497، بتاريخ 5 يونيو 2006

بطلاق صدر بحضور الطرفين، أي تحديدا، السيدة لمياء وأبيها، كما أنه من الثابت أنهما قبلا الطلاق، وبالتالي فإنه لا يمكن الحديث عن الغياب، بالنظر لما سبق ذكره وللموافقة المذكورة (...). ولا عن ضرورة إثبات تبليغ القرار للطرفين لأجل الأخذ بهذا الادعاء».

أما في فرنسا، يعتبر رفض الاعتراف بالطلاق أمرا يسانده عدة مؤلفين<sup>333</sup>. ولقد أثارت محكمة النقض، انطلاقا من قضية فاتح يونيو 1994<sup>334</sup>، مبدأ المساواة في المسطرة المقررة في المادة 5 من البروتوكول رقم 7 المؤرخ في 22 نونبر 1984، للاتفاقية الأوروبية بشأن حقوق الإنسان (1950). إلا أنه قد قضى بالرفض في خمسة أحكام، صدرت بتاريخ 17 فبراير 2004، بالاعتراف لأسباب تتعلق بالنظام العام علاقة بالأزواج المغاربة أو الجزائريين، الذين يكون من بينهم الزوجان أو الزوجة مقيمين بالتراب الفرنسي. وتخص هذه القرارات «النظام العام الخاص بالقرب»<sup>335</sup>، أي أنها تخص العلاقات الموجودة مع الدولة. إلا أن النزاع لا زال مفتوحا، ولقد دعمت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الاجتهاد الفرنسي لسنة 2004 في قضية د. د. ضد فرنسا بتاريخ 8 نونبر 2005، على الرغم من كون الأمر يتعلق بقضية تشطيب، (ولتتها قرارات أخرى في نفس الاتجاه) علاقة برفض الطلاق الصادر بالجزائر والمغرب، ولأسباب لم تنتف بكيفية جلية في قانون الأسرة المعدل.

إلا أنه في حالة الطلاق فإن مشكل عدم التمكن من الدفاع عن النفس ليس له ارتباط بمناورات تدليسية بل بعدم المساواة الداخلية بين الزوج والمرأة إزاء طلب الطلاق. انطلاقا من هذا المنظور، فإن الأمر يتعلق إلى حد ما بالتأكد من احترام حقوق الدفاع (بالنسبة للمغلوب في الحكم)، بل باحترام إرادة الزوجة لكون القانون قد نظم طريقة لفسخ الزواج مؤسسة على الإرادة الأحادية للزوج، دون منح المرأة نفس الإمكانية. إن طلب تذييل الطلاق من لدن المرأة (الطرف الخاسر في الدعوى) لمن شأنه أي يجعل من مراقبة حقوق الدفاع في حالة الطلاق أمرا باطلا.

في هذا الاتجاه، فإن الخلاصة الواردة بالنقطة ج. 2 من قرار معهد القانون الدولي، المتخذ بتاريخ 25 غشت 2005، المتعلق بالاختلافات الثقافية والنظام العام في القانون الدولي الخاص للأسرة، توضح بهذا الصدد: «يمكن أن يتعرض النظام العام على الاعتراف بطلاق أحادي الطرف للزوجة من قبل زوجها، إذا كانت الزوجة تحمل جنسية دولة الاعتراف أو دولة أخرى ترفض الطلاق أو لما تكون مقيمة بكيفية اعتيادية في إحدى هاتين الدولتين، ما لم تكن تقبل أو تستفيد من حماية نقدية كافية»<sup>336</sup>. إن الحل يمكن من الاستجابة لحرية الزواج، ولرضى المرأة والمراقبة العواقب الاقتصادية للطلاق التي عادة ما تكون «بؤرة الشقاق» في النزاعات الزوجية.

333 انظر ف. مونيجير، «نحو نهاية الاعتراف بالطلاق الإسلامي من لدن القاضي الفرنسي»، بومية القانون الدولي، 1992، ص. 347 والقرارات وبيان ل. كاناج، في المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص، ص. 704 و 2002. 730  
334 النقض المدني فاتح يونيو 1994، د. 1995، الاجتهاد ص. 263 وب. أنسيل وي. ليكيت، القرارات الكبرى للاجتهاد الفرنسي للقانون الدولي الخاص 2001، رقم 64.

335 محكمة النقض المدني رقم 02-11-618-02 ورقم 01-11-549-01 ورقم 02-17-479

<http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/02-15766.htm>

انظر ب. كورب «رفض الطلاق الإسلامي»، د. 25 مارس 2004، ص. 815-823 علاقة بتطور القانون الفرنسي، ب. لاكارد «الطلاق الأجنبي أمام القاضي الفرنسي وآثار الماضي الاستعماري» فيستشرىث فور. د. خورن سونينبيرجير 2004، ص. 491 و«نظرية النظام العام الدولي أمام التعدد والطلاق، التجربة الفرنسية» ميلاج ف. ريكو، 1993، ص. 272 281.

336 قرار IDI، المقرر ب. لاكارد

[http://www.idi-iil.org/diF/navig\\_chron\\_2003.html](http://www.idi-iil.org/diF/navig_chron_2003.html)

(بتاريخ 25 غشت 2005) «2. يمكن أن يتعارض النظام العام مع طلاق أحادي الطرف بوقعه الزوج على زوجته إذا كانت الزوجة قد حصلت أو كانت تحمل جنسية دولة الاعتراف أو إحدى الدول التي لا تقبل الطلاق، أو إذا كانت إقامتها الاعتيادية بإحدى هذه الدول، ما عدا أن تتنازل عن ذلك أو تستفيد من حماية نقدية كافية»

إلا أنه، وضمن قرار سابق مؤرخ في 21 أبريل 1998، قدم المجلس الأعلى تفسيراً ملائماً للطابع المؤقت لرجعية الطلاق. وبعد استعراض تعليل القرارات السابقة جاء فيه:

«إلا أنه لا يمكن لهذه الغرفة أن تتجاهل الظروف الخاصة الواردة بهذه الحالة والتي توصي بالبث في المصادقة المطلوبة وذلك أخذاً بعين الاعتبار للمبادئ المعتمدة في الاعتراف، بإسبانيا، بالقرارات الأجنبية استناداً إلى مبدأ العدالة المادية الأساسي، وعلى هذا الأساس يجب اعتبار واقعة كون الزوجة هي التي تطالب الآن بالتذليل، بالإضافة إلى انصرام المدة الزمنية بكثير وهي المدة التي يبرهن التشريع الأصلي بها حق الزوج في الإلغاء، والذي حسب ما هو ثابت مستندياً، قد تزوج من جديد، وبالنظر إلى ظروف من هذا القبيل، لا يمكن رفع حاجز النظام العام (...)، دون إغفال المعطى المهم الذي تكون بمقتضاه حالة عدم التوازن قد اختلفت عند تاريخ طلب التذليل (...)، حيث يكون الزوج قد فقد صلاحية إرجاع زوجته (...)، وتكون حالة عدم الاستقرار وعدم اليقين في الحالة المدنية قد اختلفت...»<sup>329</sup>

إنه لمن الصعب، مع ذلك، أن يتسنى لمحاكمنا الاعتراف بطلاق رجعي.

## ج) الطابع الأحادي الطرف للطلاق وعدم تمكين الزوجة من الدفاع على نفسها

لا يصادق القاضي على التذليل إذا تعلق الأمر بحالة غاب فيها حق الدفاع عن النفس. فسواء تعلق الأمر بالقانون المشترك (المادة 954 من قانون المسطرة المدنية)، أو بالمادة 23.2 من الاتفاقية المبرمة بين إسبانيا والمغرب، بتاريخ 30 ماي 1997<sup>330</sup>، في كلتا الحالتين يؤخذ هذا الشرط الخاص بالتذليل بعين الاعتبار. ومن جهة أخرى فإن مبادئ النظام العام المتعلقة بالدعوى المضمنة بالمادة 24 CE وفي النصوص الدولية بشأن حقوق الإنسان، تساعد كذلك على هذه المراقبة مدعمة بذلك حدود النظام العام الدولي. إن مراقبة عدم التمكن من الدفاع عن النفس، على ضوء المادة 23.2 من الاتفاقية الثنائية السالفة الذكر، توجد مجسمة ضمن قرار محكمة الاستئناف بمبريد بتاريخ 22 يونيو 2001<sup>331</sup>، حيث أن عدم تقديم الحجة على الاستدعاء الصحيح للزوجة، وفي هذه الحالة، يشكل عائقاً أمام فعالية الطلاق؛ وكذا ضمن قرار محكمة الاستئناف بمبريد، الصادر بتاريخ 13 فبراير 2002<sup>332</sup>، الذي قضى بالتذليل معتبراً أنه لا وجود لحالة عدم الدفاع عن النفس إذا عبرت الزوجة عن موافقتها:

«... يتعين، بعد قبول الاستئناف المقدم من لدن التمثيلية القانونية للسيدة لمياء لحينيبي ب.س، تذليل الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية لطنجة بتاريخ 14 يناير 1994، بالصيغة التنفيذية، القاضي بتطبيق السيدة لمياء لحينيبي ب.س والسيد محمد ج. وذلك إلى كونه يستفاد من المستندات المدلى بها استيفاء جميع الشروط الواردة بالفصلين 23 و28 من الاتفاقية المذكورة، ذلك أن الأمر يتعلق (الوثيقة 9) برسم الطلاق الذي سبق تضمينه بسجل الزواج، وهو ما يجعلنا نفترض بأنه لم يتسن له ولوج السجل نظراً لغياب صدور قرار بالطلاق عن هيئة مختصة وضمن وثيقة أو شهادة رسمية صحيحة ونهائية. مع التأكيد، فضلاً عن ذلك، على أن الأمر يتعلق

329 مجموعة الاجتهاد 1998/3563 وقرار المجلس الأعلى بتاريخ 17 شتنبر 1996. مجموعة الاجتهاد 1998/2908  
330 المجريدة الرسمية للدولة رقم 151 بتاريخ 25 يونيو 1997. المادة 23.2 «المبلغين أو المثلين أو المصرح بغيابهما بكيفية قانونية».

AC 2001/1539 331

332 اجتهاد 2002/148661

وفي جميع الحالات، فإنه لا يمكن ماثلة قرار «أجنبي» أو قابلا للتذيل بالصيغة التنفيذية بنظيره، الصادر عن سلطة دينية بإسبانيا. إلا أنه لا يمكن اعتبار هذه السلطات الدينية بالمغرب كذلك، كسلطة مختصة لكونها غير معتمدة بأي شكل من الأشكال. ونظرا للطابع الإلزامي للمراقبة القضائية، نحيل على الاعتبارات المقدمة علاقة بعدم فعالية الطلاق الصادر بإسبانيا لدى السلطة الدينية أو القنصلية.

### ب) الطابع النهائي للرسم: الطلاق الرجعي

لقد أثير الطابع الرجعي للطلاق لأجل رفض الاعتراف وكذلك لأجل رفض الإذن بالزواج، وهو ما يعتبر مساسا بالحق الأساسي في الزواج<sup>325</sup>. ويتعلق الأمر مع ذلك بتحديد زمني<sup>326</sup>. وإنه لمن المستحيل، عمليا أن يتم الإدلاء عند طلب التذيل بطلاق رجعي، وهو ما لا يفهم دائما لدى المحاكم. ولقد نص قرار المجلس الأعلى الإسباني الصادر بتاريخ 23 يوليو 1996، على ما يأتي:

« يجب التنبيه أصلا بشأن الطابع الرجعي للطلاق الصادر عن العدلين المحررين للرسم، وهو ما يمنح لفسخ عصمة الزواج طابعا مؤقتا جليا، أو على نحو ما جاء في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 16 يوليو 1996، الصادر في قضية مماثلة، ويمنح صبغة الشريطة التي تتناقض مع وجوب اكتساب القرار لطابعه النهائي (...). من جهة. ويتمثل كعنصر زائد على فسخ عصمة الزواج القائم على عكس المبادئ المكونة لمفهوم النظام العام، من جهة أخرى (...). وهو ما يتنافى مع الاستقرار واليقين اللذين يجب أن يطبعا للوضعيات المكونة للحالة المدنية للأشخاص. وبالتالي مع المساواة في الحقوق والواجبات بين الزوج والمرأة طبقا للفصل 14 من الدستور الإسباني... »<sup>327</sup>

واستنادا إلى اعتبارات مماثلة، جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 23 يوليو 1998 ما يأتي:

« لم يتم الإدلاء بالإفادة المطلوبة (...). حول ما إن كان الطلاق المصرح به على هذا النحو يقتضي انحلال الزواج النهائي لعصمة الزواج أم لا، وهي المعطيات التي لم ترد بأي شكل من الأشكال ضمن رسم الطلاق المدلى به، موضوع طلب الاعتراف (...). ومن جهة أخرى، فإنه لم يتم إثبات الطابع النهائي واللاجبي لفسخ عصمة الزواج، وهو المطلب الذي لا يمكن الاستغناء عنه في نظامنا القانوني. (...). لكل هذه الأسباب، وتبعا للقاعدة المؤسسة في وقت سابق بهذه الغرفة (...). فإنه لا يمكن الاستجابة لطلب التذيل بالصيغة التنفيذية »<sup>328</sup>

325 استعمل قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق الصادر بتاريخ 4 يونيو 2001، كزر للنموذج، إذ أنه يتعلق بالإذن بالزواج المدني (نشرة الإعلام لوزارة العدل، رقم 1898، 1 غشت 2001)، ورفض هنا، الإذن لأجل إبرام الزواج المدني لإسباني، عازب (السيد سينفوريانو باطون سيمون)، ولواطنة مغربية (السيد الزهرة السعدي)، التي طلقها زوجها بالمغرب سنة 1984. لم يشكك أحد في هذا الزواج، ذلك أن الزوجان يسكنان بإسبانيا ولهما ابنة مشتركة، ولدت بليكائيس، في 13 أكتوبر 2000، حسب ما هو ثابت بدفتر الأسرة. وبخصوص هذه النقطة انظر عملنا «تحديدات غير مؤسسة لإمكانية الزواج: الطلاق الرجعي» قانون التسجيل الدولي (كتاب تكريم ر. أوريو مونطريو) مدريد، إبروليكس 2002. وقبل ذلك مجلة المديرية العامة للسجلات والتوثيق 27 أبريل 1999، النشرة الإخبارية لوزارة العدل، 15 نونبر 1999، رقم 1857 ص. 3440 - 3442 («في الحقيقة، نجد أن الشهادة المرفقة أصلا تعتبر تطليقا - أكثر منه طلاقا - صادر لأول مرة، ولذلك فهو رجعي، في غياب الطلاقين السابقين، اللذين يحلان، حسب القانون الإسلامي هذا الرسم إلى لا رجعي، ويؤديان إلى فسخ عصمة الزواج»)، ومؤخرا، مجلة المديرية العامة للسجلات والتوثيق بتاريخ 27 يونيو 2006 (المريدة الرسمية للدولة، 12 شتنبر 2006)، ومجلتي المديرية العامة للسجلات والتوثيق، 26 و27 أكتوبر 2006 (المريدة الرسمية للدولة، 13 دجنبر 2006).

326 إنها حالة قرارات المجلس الأعلى الإسباني، الصادرة في 6 فبراير 1996 و13 يونيو 1996 و16 يوليوز 1996 و24 شتنبر 1996 و28 يناير 1997 و23 يوليوز 1998.

327 مجموعة الاجتهاد: RJ 1998/2907

328 مجموعة الاجتهاد: 1998/5337. انظر بياننا في REDI 1999، ص 203-207



## ١) نذخ سلطه قضائيه

يقتضي القرار المزمع الاعتراف به، على ضوء الاتفاقية الثنائية، تدخل سلطة مؤهلة لممارسة مثل هذه المهام (المادة 23) ولقد اعتبرت المحكمة العليا الإسبانية في إطار تذييل القرارات الأجنبية بالصيغة التنفيذية، أحيانا، بأن الطابع الخاص والشبه قضائي<sup>319</sup> للتطبيق يكون عائقا أمام الاعتراف به. وفي مثل هذه الحالات، دأب الجميع على اعتبار الموثقين المتدخلين ضمن الرسم، غير متوفرين بكيفية ثابتة على صفة السلطة القضائية أو الموظف العمومي المؤهل. وهو ما يشكل، مع ذلك، مبررا يستعمل كثيرا في بعض حالات تقارب أسباب أخرى للرفض. إن الأسباب التي يعتبر بمقتضاها ثابتا كون الموثقين مشمولين بالأهلية ( في بعض الحالات وليس في غيرها ) تخلو من الشفافية. ولنستعمل كنموذج تلك القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى بتاريخ 21 أبريل 1998 (الذي أقر تذييل الطلاق الذي أوقعه مصري على إسبانية)، وبتاريخ 23 يوليو 1998 (الذي رفض تذييل الطلاق الذي أوقعه إسباني مقيم بالمغرب على مغربية)<sup>320</sup> علما بكونه المقرر. إن الفرق في التعامل لا يجد تبريره في مضمون التشريعين الأجنبيين (مصر والمغرب)<sup>321</sup> اللذين يخولان للموثقين نفس الصلاحيات لأجل إضفاء طابع رسمي على الطلاق. إن الأمر يتعلق بقضايا تتعلق بالنظام العام (علاقة بالتراب الوطني لكون الزوج مواطن إسباني) أكثر منه بطبيعة السلطة، وهو ما يبرر فرق التعامل نظرا لكون السلطة المتدخلة تتوفر على مهام قضائية تتجلى في تلقي وتحديد آثار الطلاق.

لقد حاولت ندوة لاهي DIP، منذ أوائل القرن، تقديم حل لهذه المسألة، كما أن اتفاقية 1970 بشأن الاعتراف بقرارات التطبيق الأجنبية تدرج، في فصلها 1 «التطبيق المحصل عليه بدولة متعاقدة أخرى معترف بها بصفة رسمية في هذه الدولة، وحيث تنتج آثارها بكيفية قانونية». ولقد فسر كل من ب بيليت وب كولدمان النص مع الإشارة إلى أن «الاتفاقية لا تشمل القرارات القضائية فقط، بل كذلك القرارات التشريعية والإدارية والدينية»<sup>322</sup>. وما يهمننا هنا هو أن يكون التطبيق نتيجة مسطرة منجزة طبقا للقانون المحلي.

لقد تدخل المشرع كذلك في الدول الإسلامية بغية تجاوز هذه العراقيل المتعلقة بالطابع الخاص، والشبه قضائي للرسم، فطالب بحضور قاض (الجزائر) أو موثقين (عدلين) مع المصادقة القضائية (المغرب)<sup>323</sup>، ولقد جاء تعديل 2004 ليدعم الوضع بالمغرب. واليوم، يمكن معادلة الطلاق «تحت المراقبة القضائية» المنظمة بموجب قانون الأسرة (2004)، مع حكم قضائي أجنبي للتطبيق، نظرا لتدخل قاض، بصفته هذه، ولكون الأمر يتعلق بتطبيق رسمي معترف به كذلك من لدن سلطات البلد الذي صدر فيه، حيث تترتب عنه قوة الشيء المقضي به، ويعدل الحالة المدنية للزوجين. إن الأهم يكمن في كون القرار الأجنبي (أيا كانت السلطة المتدخلة) قابلا للمصادقة عليه بالبلد الأجنبي الذي صدر فيه (يجب أن تكون السلطة المختصة لممارسة مثل هذه المهام). وقد يواجه هذا الانفتاح مراقبة دقيقة للشروط الأخرى التي يستلزمها التذييل مع إيلاء اهتمام خاص عند الاقتضاء للنظام العام.<sup>324</sup>

319 لا يتوفر مجرد رسم الطلاق، الذي لم يتم تبليغه ولا دعمه من لدن السلطة الأجنبية الأصلية للزوجين على أي فعالية (انظر الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بربشلون بتاريخ 6 أبريل 2000، AC 2000/1088، حيث أوقع الزوج المغربي المدعى عليه الطلاق على زوجته مع طرد زوجته رفقة ابنتها من بيت الزوجية).

320 قرار المجلس الأعلى 21 أبريل 1998 (مجموعة الاجتهاد 1998/3563) وقرار المجلس الأعلى 23 يوليوز 1998 (مجموعة الاجتهاد 1998/5337)، انظر بياننا في REDI، 1999 ص. 203-207.

321 دعم كل من المشروع المصري، سنة 1979، ونظيره المغربي سنتي 1993 و 2004 مراقبة الدولة للطلاق، مع المطالبة بإجراءات مماثلة: التقييد بواسطة موثقين - ماؤدن في مصر أو العدلان في المغرب - مع إشعار المرأة بوضعيتها الجديدة.

322 اتفاقية لاهي المتعلقة بالاعتراف بالتطبيق وبالاتصال الجسماني (Clunet) JDI 1969، ص 348.

323 قانون الأحوال الشخصية بالمغرب، في فصله 44 (المعدل بتاريخ 10 شتنبر 1993) نص على ما يأتي: «لا يمكن تلقي الطلاق من لدن العدلين إلا بحضور الطرفين وبعد الحصول على الإذن القضائي». وفي هذه الحالة الأخيرة، يبدو أن المشرع لا يكفي بغرض إشهار الرسم (تسجيل وتبليغ الرسم للزوجة بكيفية إلزامية)، وهو ما يتجاوز حدود المحاكمة بحكم الحضور المتزامن للطرفين أمام القاضي. إلا أنه، إذا لم تثقل المرأة يستغنى عن ذلك، ونجد أن التعديل المحدث سنة 2004 (انظر المادة 79) جاء لتدعيم هذا المقتضى بالمطالبة بالإذن القضائي لأجل إيقاع الطلاق (وهو ما يترجم أحيانا كطلاق تحت المراقبة القضائية).

324 انظر أ. بوشير، الاجتهاد السوسيري، بيان قرار المجلس الأعلى بتاريخ 3 شتنبر 1996، RSDIE 2/98، ص 267.

كما أنه من الضروري أن يخول البلد الذي يمثله القنصل هذه الصلاحيات لفائدة هذا الأخير. فعلا، إن الظهير (قانون) المغربي الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 1969، المتمم بموجب مرسوم 29 يونيو 1970، يخول للقناصل صلاحية تلقي الطلاق الصادر بالخارج بتفويض من وزارتي العدل والشؤون الخارجية، إلا أن قانون الأسرة الجديد (2004) جاء ليشدد المراقبة القضائية على الطلاق. حيث جعل من الصلح بين الزوجان وضمانة الاستماع للزوجة مسألتين إلزاميتين، فمثل هذه الاختصاصات لا تؤهل اختصاص القناصل. وعلى الرغم من كون القنصليات قادرة على مباشرة محاولات الصلح والاستماع في إطار الجلسة، فإننا نرى بأنه من الصعب قبول الشروع في طلاق قنصلي (الذي يسهل حضور الزوجة المقيمة) إذا تعلق الأمر بضرورة اللجوء إلى الهيئة القضائية الإسبانية لبلدة الإقامة.

وفي حالة ما إذا تم إيقاع الطلاق بإسبانيا لدى سلطة قنصلية، فإنه يتعين، استنادا إلى مبدأ القياس، اعتمادا نفس الاعتبارات التي أخذنا بها علاقة بالطلاق الصادر عن سلطة دينية. من المؤكد بأن بعض المؤلفين يعتقدون بتواجد القنصليات خارج التراب الوطني ويعتبرون بأن الوضعية شبيهة بتذييل قرار أجنبي بالصيغة التنفيذية، إلا أن الاتفاقيات الثنائية في ميدان التذييل لا تخول نفس الأهمية للأعمال الصادرة عن السلطات القنصلية. ولن يعترف بهذه الأعمال في إسبانيا، ومن هنا فإن ضرورة استصدار قرار قضائي من إحدى الدول والاعتراف به في الدولة الأخرى، توجد مضمنة في الاتفاقية الإسبانية المغربية المتعلقة بالمساعدة القضائية، وبالاعتراف وتنفيذ القرارات القضائية لسنة 1997. وفي خاتمة المطاف، فإن الطلاق لا يتم الا في المغرب وفق قانون مدونة الأسرة لا يعتبر حكما أجنبيا قابلا للتذييل بالصيغة التنفيذية. ولا نرى مناسبا إنهاء العلاقة الزوجية بالنسبة لافراد الجالية لا يكون الا في المغرب و محاولة الصلح تكون بالمغرب و تكون بالخارج.(اعتبارا لكونه لا يقدم الضمانات التي تقدمها المحكمة)، ما دام اللجوء إلى القضاء الإسباني يبقى مفتوحا أمام الزوجان.

## 2. آثار قرارات النطق - الطلاق الصادرة بالمغرب

أبرمت إسبانيا والمغرب اتفاقية ثنائية للاعتراف بالقرارات القضائية في القضايا المدنية، وتعتبر القرارات المتعلقة بالتطبيق مشمولة ضمنها، باستثناء ما يتعلق منها بالتدابير الاحتياطية أو المؤقتة، شريطة أن لا تخص قضايا تتعلق بالنفقة (المادة 22). إن القرار المزمع الاعتراف به، على ضوء الاتفاقية الثنائية المذكورة، يفترض تدخل سلطة قضائية مؤهلة لممارسة مثل هذه المهام. وبهذا الصدد ينص المادة 22 على أن «القرارات القضائية الصادرة في القضايا المدنية والتجارية والإدارية عن الهيئات القضائية المختصة بإسبانيا والمغرب، على التوالي، تتوفر على قوة الشيء المقضي به فوق تراب الدولة الأخرى، في حالة استيفائها للشروط الآتية».

ويتعلق الأمر بما يأتي:

1. صدور القرار عن هيئة قضائية مختصة وفق القواعد المطبقة في البلد المصدر له؛
  2. استدعاء الطرفين بصفة صحيحة وتمكينهما من تمثيل أنفسهما أو التصريح بغياهما؛
  3. اكتساب القرار لقوة الشيء المقضي به، ولطابعه التنفيذي طبقا لقوانين الدولة المصدرة له؛
  4. خلو القرار من أي مقتضيات متنافية مع النظام العام للدولة التي طلب فيها التنفيذ، ومع مبادئ القانون الدولي المطبقة بها. كما لا يجب أن يكون مخالفا لقرار قضائي صدر بنفس هذه الدولة واكتسب قوة الشيء المقضي به؛
  5. عدم وجود أي دعوى جارية بين نفس الطرفين بخصوص نفس الموضوع لدى أي هيئة قضائية للدولة المطلوبة قبل مباشرة الدعوى لدى المحكمة التي أصدرت القرار الواجب تنفيذه.
- يجب أن تدرس هذه القرارات من لدن القاضي المكلف بالتذييل (المادة 26).
- لنتفحص صعوبات هذه الأخيرة وشروط أخرى :

وبذلك فإنه بموجب قانون الأسرة، فإن الأبناء الذين ولدوا خارج إطار الزواج لا ينسبون إلى أبيهم، الذي لا يملك عليهم حق السلطة الأبوية، وبالتالي يظلون برفقة أمهم بعد الطلاق.

## III. الاعتراف بقرارات النطق الصادرة بالمغرب

في حالة ما إذا طرحت أمام محاكمنا مسألة البت في فعالية قرار مغربي بفسخ زواج مواطن إسباني أو مقيم، فإن الاعتراف به يخضع لسلسلة من الشروط المحددة في الفصول من 951 إلى 954 من قانون المسطرة المدنية (1881) - وذلك طبقاً لقانون المسطرة المدنية لسنة 2000، باستثناء ما صار عليه الأمر حالياً، حيث تطبق الاتفاقية الثنائية الإسبانية المغربية الصادرة في 30 ماي 1997.<sup>317</sup> ولكن، لنستبعد قبل ذلك أي شك قد يظل قائماً بشأن ما إن كان قرار من هذا القبيل قابلاً للتعديل بالصيغة التنفيذية أو ما إن كان التطبيق أو الطلاق فوق التراب الإسباني لدى سلطة دينية أو سلطة القنصلية المغربية قابلاً لإنتاج أي أثر من الآثار، وكان الأمر يتعلق بقرار (وطني أو أجنبي).

### 1. عدم فعالية الطلاق الصادر بإسبانيا لدى سلطة دينية أو قنصلية

يتم التطبيق في البلدان الأوروبية بكيفية قضائية، وأحياناً بكيفية إدارية. وفي إسبانيا، يكرس الدستور الإسباني لسنة 1978 الولاية القضائية للمحاكم على ترابنا الإسباني (المادة 117.3)، ولا تخول اتفاقيات التعاون المبرمة بين الدولة الإسبانية واللجنة الإسلامية لإسبانيا (1992) للسلطات الدينية الإسلامية المعتمدة صلاحيات في هذا الميدان. إن الطلاق الصادر فوق التراب الإسباني عن سلطات من هذا القبيل لا يعتبر فعالاً في إسبانيا، (ولا في المغرب). ولا يمكن، على سبيل المثال أن يجمد دعوى التطبيق المقدمة من لدن الزوجة لدى المحاكم الإسبانية.

يمكن توضيح هذه النقطة بواسطة قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق، الصادر بتاريخ 17 ماي 1995، حيث تطرح مسألة معرفة ما إن كان ثمة مانع يتعلق بالرابطة الزوجية لدى الرجل (مواطن من الجمهورية الصينية لطايوان) لأجل إبرام الزواج بإسبانيا مع مواطنة إسبانية. يستفاد من الوقائع بأن الخاطب سبق له أن عقد زواجا إسلاميا مع مواطنة مغربية ببرشلونة (1984)، وأن هذا الزواج كان مفسوخاً. وقد تم إثبات هذه الواقعة بواسطة الإدلاء بشهادة مسلمة من المركز الإسلامي، حيث أبرم الزواج وحيث كان الزوجان قد تطلقا سنة 1993. وعلى نحو ما أشار إليه القرار: « يبدو من البديهي بأن هذا المركز يعتبر قطعاً غير مختص لإيقاع الطلاق فوق التراب الإسباني ».<sup>318</sup>

كما أنه لم يعد بالإمكان، طبقاً لقانون الأسرة المغربي (2004)، اللجوء إلى العدلين أو لأي سلطة دينية مسلمة (إسبانيا أو المغرب) لأجل فسخ الزواج بواسطة طلاق دون الحصول على الإذن القضائي. ونفس الشيء يحدث كذلك لدى السلطات القنصلية، حيث تخول إسبانيا للقناصل صلاحية إبرام الزيجات، إلا أن هذا الاختصاص لا يمتد إلى مجال فسخ الزواج. تسند اتفاقية فيينا المؤرخة في 24 أبريل 1963 للقناصل صلاحية التصرف كموظفين للسجل المدني، ما عدا في حالة تعرض دولة الإقامة على ذلك.

317 الجريدة الرسمية للدولة رقم 151 بتاريخ 25 يونيو 1997، منذ 15 يناير لم يعد تذييل الأحكام بالصيغة التنفيذية من بين اختصاصات المجلس الأعلى. وذلك طبقاً للفصل 136 من القانون 62/2003 الصادر في 30 دجنبر، بشأن التدابير الجبائية والإدارية والاجتماعية، المعدل للفصل 955 من قانون المسطرة المدنية، الذي خول هذا الاختصاص للمحاكم الابتدائية، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي منحتها هذا الاختصاص. ومن الغرابة بمكان أن تكون مسألة عدم اختصاص المجلس الأعلى للبت في التذييل لا زالت تطرح إلى الآن (قرار المجلس الأعلى 17/5/2005 الاجتهاد 127626/2005، وقرار المجلس الأعلى 26 شتنبر 2006 - الاجتهاد 245038/2006).

318 RJ 1995/4360 كما أنه كان كذلك غير مختص لإبرام الزواج سنة 1984، من جهة أخرى.

المحاكم للنقل رفقة أطفالها خارج التراب الوطني (المادة 179 من قانون الأسرة)؛ وفي حالة الخلاف، يمكن للزوجة أن تلجأ إلى المحكمة للترخيص لها بالسفر في الحالات القصوى (المرض أو موت أحد الأقراب). يبقى أن نشير أنه مهما كانت الأسباب التي تمنع الأم من رعاية القاصر (الزواج أو تربية الابن على ديانة أخرى غير الديانة الإسلامية)، فإن المحاكم الأوروبية لن تأخذها في الاعتبار عند اتخاذها لقرار حول حضانة الابن، ويبقى المجال مفتوحا لتدخل النظام العام الدولي. ويمكن أن تأخذها محاكم الدول الإسلامية بعين الاعتبار في حالة اتخاذ قرار بإرجاع الابن الذي تم تهجيده بصفة غير شرعية. وفي حالات أخرى، تتطابق قرارات الجهازين القضائيين، فمثلا إذا ارتأت المحكمة أن مصلحة القاصر تقتضي أن يستمر في البلد وأن يعتنق نفس ديانة البلد الذي جاء منه وتلقى فيه تعليمه، تفاديا لإحداث تغيير في وضعه ولو تعلق الأمر بالمغرب.

نظرا لكون المغرب قد وقع على اتفاقية لاهاي سنة 1996، كان لزاما عليه أن يقدم حولا موضوعية من أجل استقرار القاصر في إقامته الاعتيادية في حالة السفر، ونفس الأمر يسري على الاتفاقيات الثنائية حول الحضانة وإرجاع القاصر، كتلك الموقعة بين اسبانيا والمغرب. لكن العامل الديني سيحول دون أدنى شك في تعطيل هاته الحلول، وطبعا لكل قاعدة استثناء. فالمحكمة العليا، في الحكم الصادر تحت رقم 1158 بتاريخ 30 نونبر 2000، حكمت بإرجاع القاصر المقيم مع أمه في فرنسا، دون التلحظ لموضوع الحضانة ودواعي النظام العام التي تحرم الأم الأجنبية من الحضانة. في هذا الإطار نشير إلى أنه:

«نظرا لأن المتعرض في دعوى النقص يشير إلى أن الحكم المطعون فيه لا يركز على أي أساس، بموجب الفصل الرابع من الاتفاقية السابقة التي تخول لأحدى الدولتين عدم تطبيقه، إذا كان لا يتماشى والنظام العام، خصوصا وأن مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية تتنافى والنظام العام، وأن الحكم المطعون فيه حينما أعيد الأبناء إلى أمهم يتناقض مع الفصول 99.98، من القانون المذكور، لأنه يتعذر على هذه الأخيرة تربية الأبناء نظرا لسيرتها السيئة، إضافة إلى كونها أجنبية ويمكن أن تكون لهذا الوضع آثار وخيمة على مستقبل الأبناء وعلى تربيتهم الإسلامية، إلى جانب أن فراقهم عن أبيهم سيتك أثرا بليغا في نفوسهم؛ كما أن هذا الأخير لن يستطيع مراقبة مستوى عيشهم لبعده عنهم، وهو ما سيحول دون حقه في الحضانة التي تخولها له استمرارية رابطة الزواج، وأن الحكم يشوبه الكثير من الغموض بحيث أنه لم يقيد إعادة الأولاد بأي أجل يمكنه من استعادة حقه في الحضانة بعد انصرامه (...) (وذلك نظرا لكون القاضي لتبرير قراره طبق الفصل الخامس والعشرين من الاتفاقية المغربية الفرنسية، والتي تنص بشكل ظرفي على أن قاضي الدولة التي يستقر القاصر بها في حينه هو الذي يؤول له الاختصاص للأمر بإعادة القاصر للشخص الذي سيمارس هذا الحق قبل أي تنازع، وبالتالي فإن الحكم لا يمس جوهر حق الحضانة قبل تطبيق قانون البلد الذي رفعت الدعوى فيه، ونخلص بالتالي إلى أن القاضي لم يكلف نفسه عناء البحث عن مطابقة هذا القانون للنظام العام المغربي»<sup>316</sup>. وهذا القرار يتماشى مع مقررات الاتفاقية الثنائية والتي تتماشى بدورها مع اتفاقية لاهاي 1980 المتعلقة بمسطرة الإحصار الدولية واتفاقية لاهاي 1996 المتعلقة بحماية القاصرين والتي وقعها المغرب وقريبا اسبانيا.

واحتياطاً، بعض النساء المقيمات في أوروبا تلجأ إلى العيش في نفس البيت مع أباء أبنائهن ذوي الأصول الإسلامية، من أجل الحفاظ على سلطة الأب (لا يقتصر الأمر فقط على الحضانة) في البلدين معا،

316 (ملف عدد: 206/2/1/98 يمكن زيارة الموقع الإلكتروني التالي:  
<http://www.projectoadl.com/index1024x768>

أو إقامتها في مكان بعيد عن إقامة الأب<sup>310</sup> وخصوصا إذا كانت في بلد أجنبي، وأخيرا إذا لم تتم تربية الأولاد تربية دينية (المادة 173.3 من قانون الأسرة)؛ وبالتالي، فالأم الحاضنة تجد نفسها رهينة بمجموعة من الإملاءات التي تحد من حريتها الزوجية وحريتها في التنقل.

يجب على الجهة صاحبة الحق في الحضانة أن تدلي بما قد يتسبب في فقدانها للحضانة، إذا كان لها سابق علم بها. أما إذا لم تدل بها، فإن ذلك يؤدي إلى فقدانها للحضانة. وقد أقرت المحكمة العليا المغربية في الحكم الصادر تحت رقم 380 بتاريخ 16 ماي 2002 بأن الأب الذي يعلم بزواج مطلقته ولم يبلغ السلطات المختصة لمدة سنة، فإنه سيعاقب بحرمانه من الحضانة (على أساس أنه المستفيد في غياب الزوجة)؛<sup>311</sup> وما يزال الزواج في قانون الأسرة الجديد يشكل سببا في فقدان الأم للحضانة وإن لم يكن في جميع الحالات<sup>312</sup>. هناك بعض الاستثناءات بالنسبة للزيجات الجديدة للأم (المادة 175)، بحيث يراعى فيها صغر سن القاصر، أي أقل من سبع سنوات، أو عجزه، أو مرضه. أما الأب فإنه لا يفقد الحضانة رغم عقد زيجات أخرى<sup>313</sup>، إذ يحتفظ بالحضانة حتى في حالة التعدد وعلى الرغم من وجود احتمال كبير بأن لا يتلقى الابن نفس معاملة إخوته من زوجات الأب.

ولكي يكون لزواج الأم آثار يمكن أن تتسبب في فقدانها للحضانة، فإن درجة قرابة الأب يجب أن تكون ضمن الحالات المقررة في القانون، حسب ما أقرته المحكمة العليا المغربية في الحكم رقم 247 ب 26 مارس 1984، حيث أن الشخص الذي يكفل الأم لا يعتبر قريبا للقاصر، وأن زواج الجدة يبقى عديم الأثر. ويجب أن يتعلق الأمر بحالات تنماشى وشروط القرابة المنصوص عليها قانونا<sup>314</sup>.

لا يمكن للجددة من جهة الأم أن تمارس حق الحضانة إذا كانت تعيش مع ابنتها التي فقدت الحضانة، طبقا لما نص عليه قرار المحكمة العليا المغربية في الحكم رقم: 1208 الصادر بتاريخ 4 أكتوبر 1994، علما بأن هذه الحالة يمكن أن تتم مع الزوج إن لم يملك هذا الأخير حق الحضانة؛ ذلك لأن تعديل سنة 1993 وضع الأب في الدرجة الثانية كمستفيد من الحضانة (في السابق كانت الجدة من جهة الأم هي المستفيدة الثانية)<sup>315</sup>. لا يمكن للأم صاحبة حق الحضانة أن تسافر مع أولادها، وخصوصا إذا تعلق الأمر بالسفر إلى الخارج (الفصلين 174-179 من قانون الأسرة)، فهي تحتاج دائما وأبدا لترخيص من النائب الشرعي (الأب) أو من

310 المجلس الأعلى بالمغرب حكم رقم 1252 بتاريخ 27 يونيو 1995 يتعلق الأمر بحالة طلاق حيث يوجد الأب بعيدا عن مطلقته ب 300 كيلومتر و يطلب حرمان المرأة من الحضانة وهو ما لا يمكن حسب المحكمة لأن الزوجة تسهر على رعاية القاصر والأب على مراقبة تربيته وتعليمه (ملف رقم 5198/94) راجع الموقع الإلكتروني لبرنامج ADL <http://www.projetoadd.com/index1024x768.html>

311 ... يعاقب بالحرمان من حضانة القاصر الشخص المستفيد من هذا الحق، في حالة تكتمه لمدة سنة ابتداء من تاريخ علمه بزواج زوجته الحاضنة للقاصر بأحد أقاربها (من المحارم).

تم طليق الزوجة التي التمس أن يدفع لها زوجها مبلغ 200 درهم يرسم نفقة الابن. وتقدم المدعي بدعوى فرعية أدلى بموجبها أنه كان يدفع النفقة وأنه يتعين حرمان زوجته من حضانة القاصر نظرا لكونها قد عقدت زواجها بأحد أقاربها (محارمها) (ملف عدد: 418/21/2003، يمكن زيارة الموقع الإلكتروني عدل الاجتهاد القضائي: قرار عدد: 530)

<http://www.projetoadd.com/index1024x768.html>

312 بخصوص الزيجات التي تعقدها الزوجة بتمثل المستجد الذي جاء به قانون الأسرة في إدراجها بعض الاستثناءات. (المادة 175)  
313 كما أشار إلى ذلك حكم المجلس الأعلى رقم 369، الصادر بتاريخ 6 ماي 1999، «غير أنه، واستنادا إلى المادة 105 من قانون مدونة الأحوال الشخصية بنص على «أن زواج الحاضنة من شخص ليس من أقاربها (محارمها) أو الوصي عليها، يفقدها هذا الحق، ولا يستهدف هذه المادة الأب، سواء كان متزوجا أم لا، بل الأم في حالة الطلاق ووجود سبب يوجب الحرمان من الحضانة والرعاية» (ملف عدد: 446/2/97، يمكن زيارة الموقع الإلكتروني عدل الاجتهاد القضائي: قرار عدد: 369)

<http://www.projetoadd.com/index1024x768.html>

314 «إن زواج المرأة الحاضنة بشخص من غير أقارب (محارم) القاصر، يقضي بسقوط حقها في الحضانة، وحتى ولو كانت الأم قد أقامت مع هذا الشخص برسم نظام الكفالة منذ طفولتها إلى حين زواجها. وإذا لم يكن هذا الشخص واحدا من بين الأشخاص المحددين في مقتضيات المادة 105 من قانون مدونة الأحوال الشخصية، فإن زواج المرأة الحاضنة لن يسقط منها هذا الحق». (ملف عدد: 95332، يمكن زيارة الموقع الإلكتروني عدل الاجتهاد القضائي: قرار عدد: 247)  
<http://www.projetoadd.com/index1024x768.html>

315 (ملف عدد: 5465/93، يمكن زيارة الموقع الإلكتروني عدل الاجتهاد القضائي: قرار عدد: 1208)

<http://www.projetoadd.com/index1024x768.html>

فإن فرض وجوب أداء متأخرات الكراء يجب أن لا تدخل في إطار هذا النزاع لارتباطه بما قبل تقديم طلب الطلاق وتملك صاحبة المتعرضة كامل الحق في المطالبة بهذه المستحقات في الحكم الذي سيتم الاستماع فيه لشهادتها»

ختاماً: «اعتباراً لما سبق ذكره، فإن أداء واجبات الكراء بالشكل الذي جاءت عليه في الحكم يصبح لاغياً ودون أي أثر، ولكن بإدراج المصاريف الخاصة بالمنزل ضمن النفقة والتي يجب أن تحدد في 200 أورو لكل طفل، مع اعتبار أن الأم تتقاضى راتبها الخاص وتتمتع بالإقامة الدائمة بالديار الإسبانية ومنخرطة في الأعمال المهنية».

يعتبر الحكم الصادر عن المحكمة عادلاً، ورغم ذلك ينص قانون الأسرة على أن الأب، باعتباره النائب الشرعي، هو من يتكفل بأعباء بيت أولاده. أما الأم التي تمثل الحضانة في شقها المعنوي، فليست هي من يختار ذلك البيت بموجب الفصلين 54.3 و198 من قانون الأسرة المغربي. أما محكمة الاستئناف، فترى أن علاقة الأبوة تحتم الإنفاق على تغذية الأولاد وبالتالي تقتضي هذا الالتزام الذي يدخل في إطار النظام العام؛ ويجب أن يتم مع مراعاة احتياجات الأولاد والقدرة المالية لكلا الزوجين. وعلى الرغم من ذلك، فإن الحكم بضرورة أداء الأب لمستحقات البيت الذي يقطنه الأبناء والزوجة إدعاء لم يؤخذ به إلا جزئياً. إن المحكمة الاستئنافية تراعي إمكانيات الزوجين، ويجب الإشارة إلى أنه عند الطلاق، تؤول الحضانة في المقام الأول إلى الزوجة طبقاً للفصل 171 من قانون الأسرة، ولكن المحكمة تفسر ذلك بأن الزوج لا يجب عليه أن يساهم في توفير بيت لائق لأبنائه أو إرغامه على دفع نفقة لأولاده. هذا التفسير لم يراع أن الأم في هذا النظام الأبوي تتوفر فقط على الحضانة المعنوية على الأطفال وأن الأب هو صاحب السلطة الأبوية؛ فالأب هو الذي يجب أن يضمن سكناً لائقاً لأبنائه، بمعنى أن المرأة صاحبة الحضانة يمكن أن لا تطرد من بيت الزوجية، مع العلم أن الزوج هو صاحب البيت. رغم ذلك، تحاول المحكمة أن تكييف هذه المقتضيات مع الحالة الاجتماعية للأبوين، حيث أن الاثنين يشتغلان ويمكنهما تقاسم الأعباء المالية المترتبة، ونصت أيضاً على إدراج واجبات كراء المسكن في النفقة «لأن الأم بدورها لها راتبها القار»، ويمكن التوصل إلى حل مشابه إذا ما اعتمدت مقتضيات أخرى ينص عليها المادة 168 من قانون الأسرة «مصاريف سكن الأولاد تختلف عن النفقة...»؛ ولكن المادة 199 من قانون الأسرة ينص على أن الأب إذا كان غير قادر بشكل تام أو جزئياً على الإنفاق، وأن الزوجة على النقيض من ذلك لها مواردها المالية الخاصة، عليها أن تسد الحصاص الذي يتركه الزوج لتأمين النفقة على الأبناء. علينا أن نأخذ هذه الأمور بعين الاعتبار عند محاولة ملائمة قانون الأسرة مع حيثيات الأوضاع في إسبانيا لتفادي خروج القانون الأجنبي عن سياقه.

تأخذ الزوجة المطلقة مقابلاً عن حضانتها (الفصل 167) من طرف الأب الذي يزيد الأبناء بما يحتاجونه من غذاء ويوفر السكن للقاصر، وعليه فإنه لا يجب طرد الأم الحاضن من البيت، كما سبق أن أشرنا إلى ذلك، إذا كان الزوج هو صاحب البيت وليس بإمكانه توفير سكن لائق.

بخصوص تحديد مقدار النفقة، يجب قبل كل شيء مراعاة مستوى العيش والمستوى الدراسي للأبناء قبل الطلاق (المادة 85 من قانون الأسرة) بغية تقييمها، وتعتمد المحكمة على المعلومات التي يدلي بها الأطراف ويمكنها أن تستعين بالخبراء (المادة 190 من قانون الأسرة)، ويمكن أن يصل سن الأبناء إلى سن الخامسة والعشرين تماشياً مع طبيعة ونوعية دراستهم.

ونظراً للطابع الاستعجالي لهذه الإجراءات، يجب على القاضي أن يعمل على تطبيقها داخل أجل لا يتعدى شهراً (المادة 192)، فيما تبقى حالات الطلاق قبل إصلاح المدونة رهينة بما ينص عليه قانون الأسرة بخصوص النفقة.

ينص قانون الأسرة بخصوص حضانة الأطفال على المساواة بين سن الذكور والإناث (تم تحديد سن الرشد في سن الثامنة عشرة بالنسبة لكلا الجنسين)، وإذا بلغ الأبناء سن الخامسة عشرة، يحق لهم أن يختاروا مع من يقضون فترة حضانتهم (المادة 166 من قانون الأسرة)، وهذا هو الجديد الذي أتى به قانون الأسرة ل 2004، إذ يخول للقاصر الذي بلغ سن الخامسة عشرة اختيار أين يقضي فترة حضانتته بعد طلاق الأبوين.

وحسب المقتضيات المستقاة من الشريعة الإسلامية، فإن الولاية الأبوية من حق الأب والحضانة من حق الأم؛ أما بالنسبة لفقدان الأم لحضانتها فإن الشريعة الإسلامية تنص على أنها تتم في ثلاث حالات: زواجها



هذا الشرط فيما يتعلق بالتلاعب بالقانون و ضمان حقوق المرأة الأولى و الأبناء فالأمر لا يتعلق فقط بإقرار أن يستقدم الرجل إحدى زوجتيه بل (كما كان يستنتج في بادئ الأمر من قانون الهجرة)<sup>307</sup> تم تأييد القرار السابق من طرف المحكم الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 25 يناير 2006 القسم الخامس (قاعة المنازعات والشؤون الإدارية)<sup>308</sup> بمشروعية الزوجة الثانية المتزوجة من مغربي والذي طلق زوجته طلاقاً خلعياً وحققها في التأشير وإدراجها في التجمع العائلي، ذلك لأن الأجنبي المقيم المتزوج بأكثر من امرأة والذي يريد أن يدرج زوجته الثانية في التجمع العائلي عليه أن يثبت طلاقه من زوجته السابقة عن طريق مسطرة قانونية يجب أن يصادق فيها على ضمانات وشروط حتى يتم الاعتراف به كما هو الحال بالنسبة لطلاق الخلع وفيه يجب أن يحضر ما يثبت موافقة المرأة على الطلاق (على الرغم من كونها هي أصلاً من دفعت مقابلاً مادياً لكي يطلقها زوجها).

### 3. إثار المترتبة عن الطلاق فيما يخص حضانة الأبناء

يؤكد قانون الأسرة الجديد على حقوق الأبناء المترتبة عن انحلال عقد الزوجية ينص المادة 168 من نفس المدونة على استقلالية كل من النفقة على الأولاد والأكل و نفقة الحاضنة. لا يغادر الأطفال المستفيدين من الحضانة - حتى بلوغهم- بيت الأسرة حتى يجد الأب منزلاً آخر لائقاً. ويلتزم الأب بضمان رعاية الأطفال في بيت الأسرة و أداء قيمة كراء الشقة. ورغم أن هذه الرؤية يمكن أن تتجانب الصواب فيما يتعلق بالهجرة فإن الأيوين معاً يحصلان على نقود اعتمدت محكمة الاستئناف ببرشلونة في الحكم الصادر في الثالث من ماي 2006<sup>309</sup> في قضية قدم فيها طعن جزئي في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية في ماي 2006 بالتطبيق من أجل تخفيف النفقة و إلغاء وجوب أداء واجب الكراء المتراكم عن الشهور السابقة لتفادي الأمر بالإفراج. ترى المحكمة فيما يتعلق بوجوب النفقة أن «قانون الأسرة المغربي والمغرب هو البلد الأصلي للمتعرضين معاً وأبناؤهما تنص في الفصلين على 54.3 و 198 على وجوب النفقة على الأب وعليه وجب تطبيق هذا الشق المتعلق بالنظام العام حسب ما يقتضيه ما تم تفصيله بخصوص احتياجات الأبناء و استطاعة كلا الزوجين». اعتمدت المحكمة بخصوص ضرورة أداء واجبات الكراء المترتبة عن بيت الزوجية والأبناء على مطلب الإلغاء جزئياً.

« ينص القانون المغربي بمقتضى المادة 171 من المدونة على ضرورة ضمان من طرف من ستؤول إليه حضانة الأولاد بعد طلاق الزوجين مسكناً لائقاً، باعتباره جزءاً لا يتجزأ من النفقة». يجب أن ننبه على أن مسؤولية توفير مسكن لائق للأولاد تقع بالنسبة لهذا الإجراء القضائي على عاتق الأم التي بقي الأولاد معها على أن يقوم الأب بالمساهمة في النفقة والأكل بالنسبة لأبنائه القاصرين. ونشير هنا أنه فيما يتعلق بقانون الأسرة فالنفقة لا تقتصر فقط على الأكل بل تتعداه إلى الملابس والرعاية الصحية والتعليم والسكن؛ والإقرار بغير ذلك سيخل بحق المرأة في أن تختار لنفسها المكان المناسب للسكن ومن تريد أن تسكن فيه في حالة ما إذا تم إقران بيت الأم حيث يسكن الأطفال والبيت الذي يؤدي الزوج السابق مستحقته وهو ما يمس بحقوق أساسية مرسخة في الدستور الإسباني والتي تشمل كل المواطنين القاطنين في التراب الوطني سواء كانوا مجنسين أم لا».

لكنه يضيف «أن الآثار المترتبة عن ذلك إن تم تمديد عقد كراء المنزل تشكل في الحقيقة جزءاً لا يتجزأ من النفقة وعليه وجب إدخالها في إطار الجزء المخصص لنفقة ومأكل الأطفال القاصرين ومن أجل ذلك،

307 نفس المصدر السابق 1. كينيونيس القانون والهجرة (خلاصة)

308 المجلس الأعلى، الغرفة الثالثة المختصة في النزاعات الإدارية القسم الخامس، الحكم الصادر بتاريخ 25 يناير 2006. القاضي المقرر: رافايل فيرنانديز بالبيروني، الاجتهاد القضائي رقم: 2006/4338. المسرد القضائي 2006/4338.

309 المحكمة الإقليمية ببرشلونة (القسم 12) في حكمها الصادر بتاريخ 3 ماي 2006 القاضي المقرر السيد: باسكوال مونيوت أورتونيو الاجتهاد القضائي عدد: 2006/261212 بيان أ. كينيونيس إسكاميث AEDIPriv. (منشور في الصحافة).



## (ب) النملية و الخلع

يمكن أن تطلب الزوجة من زوجها أن يطلقها إذا قبل بهذا الشرط عند العقد عليها (الفصل الثامن عشر) ويكمل القانون الجديد هذه المادة التي توجد أيضا في المدونة السابقة. يحاول القاضي أن يصلح بين الزوجين وإذا فشلت محاولته هذه تقرر المحكمة في نهاية المطاف طلب الزوجة بتقيد الطلاق وتتخذ قرارها بخصوص الأولاد والآثار المالية.

وتؤكد هذه الخاصية مرة أخرى الدور المهم الذي يضطلع به الزواج بصفته عقدا تعاقديا والدور المهم الذي تحظى به حرية اتخاذ القرارات وأهميه إدراج عقد تسمح فصوله برفع الحيف عن المرأة والزوج معا، والأكيد أن لا أحد يفكر في الطلاق حينما يعقد على زوجته أو يفكر في اتخاذ الاحتياطات اللازمة ونظرا لوجود الحيف في معاملة الرجل والمرأة، أصبح من الضروري اتخاذها.

تلجأ المرأة في كثير من الأحيان إلى ما يسمى بطلاق الخلع وفيه تطلب المرأة الطلاق شريطة أن تعوض الرجل ماديا عن ذلك، وهذا الطلاق كان معروفا أيضا قبل القانون الجديد، فالمرأة التي ليس بمقدورها أن تطلق ( لغياب الأسباب المقررة قانونا )، يمكنها أن تدفع مبلغا ماليا لكي يطلقها الرجل. إلا أن القانون الجديد ورغم أنه أدخل مفهوم الشقاق والطلاق الاتفاقي فإنه لم يبلغ هذا المفهوم القديم.

يميز قانون الأسرة الجديد في المادة 128 بين نظريتين اثنتين، أولاهما إذا ما اتفق الزوجان على الخلع ولكنهما لم يتفقا على التعويض المادي، والفرضية الثانية هي أن يرفض الرجل حل عقد الزوجية. ففي الحالة الأولى، تصدر المحكمة قرارها بعد أن تتدخل للإصلاح بينهما لتطبيقهما وتقيم القيمة المالية التي يجب أن تؤديها المرأة لمطلقها مع الأخذ بعين الاعتبار قيمة المهر ومدّة الزواج والأسباب التي تتخذها المرأة كدريعة ووضعيتها المالية؛ وفي الحالة الثانية وإذا ما أصرت المرأة على الخلع فيما يعارض الزوج الرضوخ لمطلبها، يتم اللجوء إلى مسطرة الشقاق (الفصل الرابع والتسعون من قانون الأسرة) وهي المسطرة المتخذة إذا تعذر الأخذ بأحد الفرضيتين المذكورتين في الفصل الثامن والتسعين من قانون الأسرة أو بسبب عجز المرأة عن التفاوض مع زوجها.

كما سبق أن ذكرنا، يجب على القاضي، في حالة عدم توفر المرأة على وضعية مالية جيدة، أن يراقب لكي لا تكون للتعويض الذي تؤديه المرأة لمطلقها انعكاسات على الحضانة أو لكي لا تتحمل نفقات فوق طاقتها فيما يخص السكن والانفاق على أبنائها (المادة 119 من قانون الأسرة).

يفرض الترخيص بهذا النوع من الطلاق، أن يقوم الزوجان بالاتفاق ليس فقط على التعويض ولكن أيضا على المقتضيات المتعلقة بالنفقة ونظام زيارة الأطفال (وهي أمور تمس النظام العام) كما ينص عليه الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بطليطلة تحت رقم 62/2006 بتاريخ 1 مارس سنة 2006<sup>305</sup> ويبقى القاضي هو المؤهل لتحديد الآثار أيا كان نوع الطلاق، طبقا لما نصت عليه المدونة، ومن ثمة الأخذ بعين الاعتبار إدراج الزوجة الثانية ضمن وثائق التأشيرة، و بالتالي إدراجها فيما ينص عليه قانون الهجرة (الإذن بالإقامة فيما يخص التجمع العائلي)، وذلك في الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا بمديرية رقم 914/2005 غرفة المنازعات القسم 7 بتاريخ 30 ماي 2005<sup>306</sup> لأنه حسب ما تنص عليه قوانين الهجرة يجب على الزوج أن يطلق الزوجة الأولى حتى يتسنى له أن يضم الزوجة الثانية في التجمع العائلي وهي مسطرة تضمن حقوق الزوجة الأولى (المادة 17.1.a) من القانون التنظيمي 4/2000 من حقوق و حريات الأجانب ورأي محكمة العدل العليا ينطبق على هاته الحالة.

في الحكم الأول تم الأخذ بالمادة 17 من القانون التنظيمي 4/2000 الذي لا يعترف بتجمع عائلي لأكثر من زوجة رغم إقرار القانون الوطني للمهاجر بجواز ذلك وبالتالي يصبح من الضروري حل الزواج الأول إذا أراد أن يأتي بزوجه الثانية ومن هنا يمكننا أن نساءل هل كل مسطرة قانونية يمكنها أن تتجاوز مع تطبيق

305 محكمة الإستئناف بطليطلة رقم: 62/2006 بتاريخ 1 مارس 2006 ، اجتهاد القضائي رقم: 2006/127284.

306 الاجتهاد القضائي رقم: 2006/21745

لخاطر المرأة. وهنا نشير أن القانون التونسي يقر بكون المرأة مستحقة للنفقة غير محددة بزمان بعد طلاقها. وعليه فإن المرأة في القانون التونسي لها الحق شهريا في نفقة يتم تعديلها حسب ضرورات الحياة وتستمر هذه النفقة مدى حياتها أو لتغيير طراً على حياتها إما بتزوجها من جديد أو تحسن وضعيتها المالية<sup>301</sup>. وتبقى هذه النفقة ديناً على ورثة الزوج المتوفى. وإلى جانب ذلك، أقر المشرع التونسي بأصل يضمن سداد النفقة<sup>302</sup>، ويوجد هذا التعديل قيد الدراسة في المغرب.

وأخيراً يجب الإشارة أن أنواع الطلاق المنعقد بين الزوجين وخاصة ما يتعلق بالطلاق الرجعي تبقى رهينة للعامل الزمني. وتعتبر الشريعة الإسلامية أن الطلاق يمكن أن يكون إما طلاقاً بائناً بينونة كبرى بأن يقول أنت طالق ثلاثاً وهو ما يقتضي أن الطلاق في هذه الحالة يحل عقد الزوجية ولا رجعة فيه. لكن القرآن يشير إلى وجوب جعل الطلقات الثلاث على فترات لفسح المجال للتفكير وللمراجعة وبالتالي تفادي الطلاق الذي يقع تحت الإكراه والحفاظ قدر الإمكان على رابطة الزوجية (المادة 123 من قانون الأسرة). يعتبر طلاق البينونة الصغرى رجعياً وفيه يحتفظ بجميع الآثار المتعلقة بالزواج. فإذا قرر الزوج الرجوع في طلاقه ترجع الحال إلى ما كانت عليه سابقاً، دونما حاجة إلى عقد زواج جديد (المادة 124 من قانون الأسرة).

عند انتهاء فترة العدة، يصير الطلاق بائناً بينونة كبرى وحينها تفعل آثار التطبيق المادة 125 من قانون الأسرة. والبينونة الصغرى، إذا صح القياس، هي أشبه بانفصال وهو مفهوم لا يقره الإسلام. رغم ذلك فإن آثار الطلاق الرجعي تبقى محدودة بعامل الوقت. فعندما يطلق زوجاً زوجته، على هذه الأخيرة أن تتقيد بفترة العدة لمدة ثلاثة شهور (والتي يمكن أن تمتد إلى عشرة شهور في حالة ما إذا كانت المطلقة حامل) خلالها يمكن للزوج أن يغير رأيه ويعيدها إلى عصمته. ولكن شريطة أن يكون هذا الرجوع في الثلاثة أشهر قبل انتهاء العدة ويمكنه أن يطلق زوجته مرة أخرى - على شاكلة المرة السابقة - وهكذا إلى أن يصل إلى المرة الثالثة وفيها يصبح طلاق بينونة كبرى، لا يصح معها الرجوع انطلاقاً من النطق بصيغة الطلاق المعروفة. لكن في حال ما انقضت شهور العدة الثلاث من الطلقة الأولى دون إرجاعها إلى عصمته تصبح المرأة بائنة بينونة كبرى ويزال قيد الزوجية ويأخذ جميع أحكامها.

وهذه النقطة لم تفهم في بعض الأحيان من طرف بعض المحاكم؛ هذا ما وقع في الحكم الصادر عن المحكمة العليا الإسبانية بتاريخ 23 يونيو 1998، رغم أن الحكم السابق الصادر بتاريخ 21 أبريل 1998 قام بتفسيرها طبقاً لكون حق الرجعة يبقى رهيناً بالأجل المحدد للطلاق<sup>303</sup>. ونفس الأمر يقال عن الممارسات الإدارية التي تبتعد عن قرارات المديرية العامة للسجلات والتوثيق<sup>304</sup>.

301 الفصل النقطي القانون فريار الجريدة الرسمية للجمهورية 20/2/1981، 11 - 334

302 أقر المشرع التونسي (قانون رقم يونيو ) ضمان النفقة والطلاق وتبعاته بسبب المشاكل التي تعرض لها بعض النسوة عند استخلاص النفقة وحول هذا الموضوع راجع موضوع ن. سرايب التاريخ الداخلي تونس الدليل السنوي لشمال إفريقيا 1995 ص. 606.

303 القرار قضائي رقم 1998/3563 والقرار القضائي رقم 1998/5337. انظر بياننا المضمن بقراري المجلس الأعلى في المجلة الإسبانية للقانون الدولي، 1999، ص. 203-207، و أ. كينونيس إسكاميث، القانون والهجرة: الطلاق الإسلامي في أوروبا، جائزة دووكاسطيا (1999) مؤسسة لا كاشا، برشلونة، 2000. (الاجتهاد القضائي الإسباني). في قرار المجلس الأعلى (الغرفة المدنية) الصادر بتاريخ 23/07/1998، تم طلب تذييل قرار الطلاق الرجعي المحرر من طرف العدلين المنتصين لدى المحكمة الابتدائية بطنجة- المخاطب عليها من طرف قاضي طنجة، بالصيغة التنفيذية. الزوجة هي التي تقدمت بطلب تذييل قرار بالصيغة التنفيذية الذي تم رفضه من قبل المجلس الأعلى. في قرار المجلس الأعلى (الغرفة المدنية) الصادر بتاريخ 12/04/1998، رسم طلاق صادر من مصر. منح المجلس الأعلى الصيغة التنفيذية للزوجة ذات الجنسية الإسبانية (علماً أن الزوج عقد زواجا آخر). وهي الحالة التي تنطبق على القضية التي نحن بصددنا. في قرار صادر عن الإدارة العامة للسجلات وشؤون التوثيق بتاريخ 4 يونيو 2001، المتعلق بالتخصيص بالزواج المدني (BIMJ) 1/8/2001، رقم 1898، ص. 2644-2646.

304 انظر القرار الصادر عن الإدارة العامة للسجلات وشؤون التوثيق، بتاريخ 2001/60/40، المتعلق بالإذن بالزواج المدني (BIMJ)، رقم 1898، بتاريخ 1/8/2001 ص. 2644-2646. حيث إنه لم يتم الإذن بالزواج لأنه «... لم تقدم الزوجة المغربية حججاً بشأن فسخ زواجها الأول: ففي هذه الحالة، فإن الزوجة المغربية التي يجب عليها تقديم أدلة إثبات لم تتمكن من تبرير فسخ زواجها الأول وفقاً للقانون المغربي. وقد أثبتت فقط أن زواجها كان موضوع طلاق رجعي من زوجها الذي لم يحضر معه رسم الطلاق.» وقرار الإدارة العامة للسجلات وشؤون التوثيق، الصادر بتاريخ 27/04/1999، (BIMJ)، بتاريخ 15/11/1999، عدد: 1857، ص. 3440-3442 حيث يشير إلى أنه: «بالفعل، فالشهادة المدني بها هي عبارة عن رسم تطليق - بل طلاق - طلقة واحدة وعليه فهو طلاق رجعي، نظراً لعدم استيفاء الطلقتين المتبقيتين، اللتان وفق الشريعة الإسلامية يحولان ذلك الطلاق إلى طلاق بائن وبالتالي انحلال ميثاق الزوجية.»

غير أنه في حالة الاعتراف بحكم مغربي الذي تم فيه تطبيق التعويضات السالفة الذكر، يجب الأخذ بعين الاعتبار الآثار المترتبة عن ذلك بالنسبة لمستوى عيش الزوجين في بلد إقامتهما.

وهناك مشكلة أخرى تتمثل في تحديد دخل وممتلكات الزوج إذا ما لم يتم هذا الأخير بالتصريح بها، إذ أن هذه التعويضات، عندما يتم تقديم طلب تذييل حكم التطليق بالصيغة التنفيذية، تكون في غالب الأحيان رمزية. يبقى السؤال المطروح هو هل هذه التعديلات ستمكّن القضاة من إيجاد حلول أخرى لمسألة التعويضات المستحقة للزوجة وبيت الزوجية. في الواقع لا توجد معايير تمكن من تحديد النفقة ومراقبة دخل الأفراد وبالتالي تحديد مداخيل الزوج. وهو ما يتسبب في حدوث الكثير من النزاعات.

بالنسبة للأموال المكتسبة خلال فترة الزواج فإن الشريعة الإسلامية لا تعترف بما يسمى بنظام الأموال المشتركة خلال الزواج. وعليه، هناك فصل كامل بين الأموال. نظرياً ليست هناك أموال مشتركة يمكن اقتسامها بعد الطلاق. وعليه، لا تدخل المحافظة على الوضعية الاقتصادية السائدة خلال قيام الزوجية أو ضمان توازن اقتصادي بين الزوجين ضمن انشغالات المشرع. فكل واحد من الزوجين هو مالك لأمواله المكتسبة قبل الزواج، وفي حالة الشك، تتم تصفية الأموال عن طريق إثبات أحقية ملكيتها. وفي هذا السياق يبقى المادة 49 من قانون الأسرة الجديد ناقصاً ويعتريه الغموض.

لا يمنع هذا التعديل الزوجين من اكتساب أموالهما وإدارتها بشكل مشترك وكذا التعاون فيما بينهما بما يكفل الحفاظ على مصالح أسرتهما وهو ما كرسته مقتضيات قانون الأسرة الجديد (المادة 4). من جهة أخرى يتيح نظام فصل الأموال إمكانية تفويض تدبيرها خلال فترة الزواج ويمكن للزوجة أن تطالب بحقوقها في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية إذا أثبتت أمام المحكمة أنها ساهمت في اكتسابها. وهي مسألة مازالت قيد التجربة.

بما أنه ليس هناك نظام أساسي فيما يتعلق بالسكن ونظراً لعدم وجود نظام اقتصادي حقيقي بين الزوجين، ماعداً إذا اعتبرنا أن الأمر يتعلق بنظام مطلق للفصل بين الأموال، فإنه يتعين إثبات أن الزوجة ستكون محمية في حالة وجود العقار مسجلاً باسم زوجها، رغم كونها قد ساهمت في اكتسابه، وتبقى المسألة قيد الإثبات.

أما فيما يخص حقوق الأبناء، فقد تم التأكيد على حقهم في السكن. وفي هذا الإطار نشير إلى أن المرأة في حالة قيامها برعاية أطفالها (ستتطرق فيما بعد إلى موضوع الحضانة) فعليها أن تمكث في بيت الزوجية أو ما شابه ذلك، لكن يبقى هذا الحل غامضاً. في واقع الأمر فإن القانون الوضعي أعطى الامتياز للملكية ولصاحب الملك والمكركي وفضلها على حماية الأطفال. وهو ما يفيد أن المرأة لا تملك الحق في بيت الزوجية إلا إذا كان في ملكيتها، أما في الحالات الأخرى فعليها أن تعيش مع والديها. رغم ذلك، فإن قانون الأسرة الجديد (2004) يولي اهتماماً خاصاً للأولاد، و كما تمت الإشارة إلى ذلك سابقاً، فإنه، وبفضلهم، يخول لحاضنتهم الحق في السكن مع مراعاة وضعية الزوج، وعند الضرورة يخصص للزوج مكاناً في بيت الزوجية. وعليه، في حالة الطلاق، يجب على الأقل أن لا تطرد المرأة من بيت الزوجية باعتبارها حاضنة للأولاد الذين هم أصحاب الحق في بيت الزوجية. فقبل إصلاح المدونة أقر المجلس الأعلى هذا الحل في قراره رقم: 1245 الصادر بتاريخ 4/4/2002 عندما أشار إلى أن «قرار القاضي يعتبر طرد الأم المطلقة الحاضنة من بيت الزوجية التي تعيش فيه مع أولادها قراراً مجحفاً حيث اعتبر أنها محتملة لبيت الزوجية دون حق أو سند قانوني». يجوز قانونياً تواجد الأم في بيت الزوجية خلال فترة العدة بحيث أن مدتها ترتبط بالطلاق وتنتهي هذه الرخصة بانتهاء مدة العدة، ورغم ذلك، لا يمكن اعتبار الأم الحاضنة التي تقطن بيت الزوجية باعتبار أنها ليست صاحبة حق»<sup>300</sup>

أقرت الشريعة الإسلامية تعويضات مالية للمرأة المطلقة ولكنها تبقى مع ذلك ضئيلة. يتعلق الأمر بنفقة محدودة في الزمان ومدتها رهينة بوقت العدة وأخرى تسمى المتعة واسمها يدل عليها بحيث أنها تطيب

يتم تحرير عقد الطلاق في المغرب من طرف عدلين بحضور الزوجين، بعد إجراء محاولات الصلح بينهما من طرف القاضي الذي يتعين عليه أن يرضخ بتقييده في السجل. فالقاضي لا يتدخل لمعرفة سبب الطلاق (لا يحتاج الطلاق لأي تبرير). يجب كذلك محاولة التوفيق وإصلاح ذات البين بين الزوجين، وفي حالة فشل محاولات الصلح وأصر الزوج على موقفه في طلاق زوجته، ففي هذه الحالة يتوجب على القاضي أن يقوم بتنظيم الآثار المترتبة عن الطلاق وإن يضمن إشهاره عن طريق استدعاء الزوجة. ومن جهة أخرى، فإن اطلاع القاضي على أسباب الطلاق يمكن أن يساعده في تحديد قيمة التعويض الذي تستحقه الزوجة. إذا لم يحضر الزوج إلى جلسة الصلح اعتبر ذلك بمثابة تنازل عن دعوته. وإذا لم تحضر الزوجة يتم إبلاغها عن طريق وكيل الملك على أساس في حالة عدم حضورها فإن المسطرة ستأخذ مجراها إذا ما أصر الزوج على موقفه في الطلاق.

حدث مدونة الأحوال الشخصية التي تم تعديلها سنة 1993 من الامتيازات المخولة للزوج فيما يخص إيقاع الطلاق وذلك عن طريق فرض إشهاره وإعلانه وهو ما قامت بتريسيخه مقتضيات قانون الأسرة الصادر سنة 2004.

يتدخل القاضي أساساً لتحديد الآثار المترتبة عن الطلاق فيما يخص النفقة على المرأة والأبناء طبقاً لما هو منصوص عليه في الفصولين 84 و 85 من قانون الأسرة. وتتمثل الحقوق التي تؤول إلى الزوجة المطلقة بعد إيقاع الطلاق في كالي المهر إذا بقي بذمة الزوج. تجدر الإشارة إلى أن المهر رغم كونه قد أضحي محط انتقادات وذا صبغة رمزية، فهو يعتبر بمثابة رادع إزاء التهديد والتعسف الذي يمارسه الزوج بواسطة الطلاق. تملك المرأة الحق في النفقة خلال فترة العدة<sup>298</sup> لكنها فترة قصيرة (تفسح المجال أمام الزوجين لإعادة النظر في العلاقة الزوجية في حالة الطلاق الرجعي أو ما يقابله «الانفصال» في القانون الإسباني) وهي عموماً لا تتعدى ثلاثة أشهر.

وللمرأة الحق كذلك في «المتعة» التي تقدر حسب مدة الزواج والوضعية المالية للزوجين والشطط في استخدام الزوج لحقوقه الزوجية. وحسب الأسباب التي يقدمها الزوج لتبرير الطلاق (في حالة قيامه بذلك) يتم تحديد درجة الشطط في استخدام هذا الأخير لحق الطلاق التي تستنتج من خلال قراره وضع حد لحياته الزوجية. يجب أن نلاحظ هنا أن هذا التعويض أطلق عليه «اسم المتعة» وهو فعلاً بمثابة تعويض وتخفيف عن المرأة لأن المبالغ التي يتم تحديدها برسم هذه المتعة غالباً ما تكون هزيلة. ونشير هنا إلى أن المشرع لم يحم بسن تعويض دوري أو شهولي يمكن المرأة من العيش في نفس الوضعية التي كانت عليها في السابق ما عدا في حالة مزاولتها لعمل وتوفرها على موارد مالية. ففي حالات كثيرة تضطر للعودة إلى بيت والديها لتعيش على نفقتهم وأحياناً أخرى تلجأ إلى الاستجداء أو تحج نفسها في الشارع. ومهما يكن الأمر، فإذا ثبت للقاضي أن الطلاق فيه إجحاف (استناداً إلى تصريحات الزوجين) يمكنه أن يحدد للزوجة تعويضاً مالياً بحسب مدة الزواج (المادة 84 من مدونة الأسرة). هذه الإمكانية تخول للقاضي صلاحيات للقيام بدور الوساطة، وبناء عليه فليست هناك أية صعوبات كبرى تمنع القضاة الإسبان من تطبيق هذا المبدأ لدى دعوتهم للثب في دعوى التطلق.

وفي غالب الأحيان تقيم الزوجة المطلقة خلال مدة عدتها بيت الزوجية. ويسوغ للمرأة المعتدة، باتفاق مع مفارقتها، تحديد محل إقامتها بمنزل أحد أقاربها. حيث أقرت محكمة الاستئناف بربلونة القسم 12 في حكمها الصادر بتاريخ 25 أبريل 2006،<sup>299</sup> بأن الطلاق لا تسري عليه أحكام المادة 41 من قانون الأسرة الكاطالوني، بل أحكام المادة 84 من قانون الأسرة المغربي الجديد (2004) التي تحدد التعويض استناداً إلى القانون الوطني المشترك بين الزوجين خلال فترة تقديم الدعوى، وفقاً لما ينص عليه المادة 107.2 من القانون المدني.

298 العدة هي المدة التي تمتنع خلالها المرأة المطلقة أو الأرملة عن الزواج وعن إقامة علاقات جنسية. وتجتلي حكمة مشروعيتها في معرفة براءة الرحم حتى لا تختلط الأسباب بعضها ببعض.

299 محكمة الاستئناف بربلونة (القسم 21) الحكم الصادر بتاريخ 25 أبريل 2006 بحضور القاضي المقرر السيد: خوان ميغيل خيمينيث دي براغا غاستون. الاجتهاد القضائي 2007/261987، بيان أ. كينيون إسكاميث في الدليل الإسباني للقانون الدولي الخاص، 2006 (منشور في الصحافة).

وهذا الطلاق بالاتفاق (المادة 114) يتيح إمكانية إنهاء العلاقة الزوجية بشكل ودي. ويجب على القاضي أن يتدخل لضمان حقوق الأبناء من حضانة ونفقة. وإذا تم الاتفاق على أن تبقى نفقة الأبناء على حساب الأم، فيجب على القاضي أن يتحقق من من سيقوم بتلك التحملات. وباختصار، فالقاضي يراقب لكي لا يكون وراء هذا الانفصال مجال للابتزاز من قبل الزوج عندما تكون الزوجة هي التي تريد التطليق؛ أي مراقبة عدم دفع الزوجة ثمن حريتها الزوجية، وألا يؤثر هذا الثمن على الأطفال.

وهو مشكل يمكن أن يحدث في نطاق الطلاق بالخلع للزوج عندما تكون الأم معسرة. ففي المرحلة التي سبقت الإصلاح، يمكن الرجوع إلى القرار رقم 394 الذي أصدره المجلس الأعلى بالمغرب بتاريخ 17 شتنبر 2003، والذي يشير، استناداً إلى المادة 56 من مدونة الأحوال الشخصية، إلى أنه: «يسقط التزام الأم المختلعة بتحمل نفقة أبنائها إذا ثبت أنها معسرة، ويصبح الزوج هو المكلف بالنفقة»<sup>296</sup>. ويحد النص المعدل (المادة 119 من قانون الأسرة) في حالة الطلاق بالخلع المفترض من الآثار السلبية على الأبناء بسبب عسر الأم المختلعة.

وكما يحدث عادة لكل أشكال الطلاق، فإن محاولة الصلح ضرورية.

وتعترف بعض المحاكم الأوربية بنوع الطلاق بالاتفاق، ويجب تشجيعها في أواسط المغاربة المقيمين في الخارج إن أرادوا تطبيق القانون المغربي أو الاعتراف بالقرارات الصادرة عن المحاكم المغربية بشأن التطليق في إسبانيا. وليس فقط في بلادنا، مع أن قرارات البلدان الأوربية التي تأخذ في الحسبان القانون الجديد مازالت قليلة، فإن القرار المذكور لمحكمة الاستئناف بباريس، الذي اتخذته في حكمها الصادر بتاريخ 2 دجنبر 2004 (كدميري) كان مناسباً لهذا النوع من الانفصال الوارد في قانون الأسرة المغربي للطلاق بالاتفاق وللتطليق للشقاق<sup>297</sup>.

وختاماً، فمن المستحسن أن يتبع المواطنون المغاربة هذه الطريقة لفسخ الزواج في المغرب إضافة إلى التطليق للشقاق عندما يريدون أن يتم الاعتراف في إسبانيا (بلد الإقامة) بالقرار المتخذ في المغرب. ورغم ذلك، فيبدو أن تجربة الثلاث سنين الأخيرة قد أثبتت أن أغلبية الطلاق في المغرب يصدر عن طريق حكم قضائي. لكن، بالرغم من كون التطليق للشقاق يبدو الأكثر انتشاراً من الطلاق بالاتفاق، ويمكن اعتبار كليهما طريقتين لفسخ الزواج (كبديلين للطلاق الرجعي أو البائن) والمضمنتين بالصيغة التنفيذية.

## د) الطلاق

يعرف قانون الأسرة (2004) الطلاق على النحو التالي: الطلاق حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة، «كل بحسب شروطه» تحت مراقبة القضاء وطبقاً للمقتضيات المنصوص عليها في هذه المدونة (المادة 78).

### أ) الطلاق : الطلاق الرجعي ومدته الزمنية

بعد الإصلاحات التي شهدتها قانون الأسرة (2004)، يجب على الزوج الذي يريد طلاق زوجته أن يقوم بتقديم طلب كتابي أمام المحكمة من أجل الحصول على الإذن بالإشهاد به لدى عدلين منصفين لذلك، بعد إجراء محاولات الصلح الضرورية بين الزوجين. ويتعين على الزوج التوجه نحو المحكمة التي يتواجد بدائرة نفوذها بيت الزوجية، أو محل إقامة الزوجة، أو مكان إبرام عقد الزواج (المادة 79).

296 القرار رقم 349 الصادر بتاريخ 17 شتنبر 2003 (ملف عدد 482/2/1/2003). وكذلك ما قبل الإصلاح، القرار رقم 61 الذي أصدره المجلس الأعلى للقضاء الصادر بتاريخ 24 يناير 2002 (ملف عدد 2/2/2/2000)، حيث تمت الإشارة إلى أنه: «يسقط تنازل الأم عن نفقتها ونفقة أبنائها بسبب الطلاق بالخلع، إذا اختار الأبناء، عند بلوغهم سن الرشد، العيش مع أمهم. في هذه الحالة، تؤول تلك الحقوق إلى الأب، طبقاً لمقتضيات المادة 102 من مدونة الأحوال الشخصية». يمكن الاطلاع على القرارين على الموقع الإلكتروني لـ «مشروع عدل» (الاجتهاد القضائي: قرار رقم 895) <http://www.proyectoatl.com/index1024x768.html>

297 أنظر بيان ف. مونير في القانون والتراث، 2005، ص. 105-106 وتعليقنا في البيان التقدومي «مدونة الأسرة المغربية الجديد (2004): التطبيقات الأولى للمستجدات في المغرب وأوروبا»، في المدونة. مدونة الأسرة المغربية...، ص. 14-15.

ويجب الاطلاع على الحالات التي تقدر فيها المحاكم المغربية دافع الشقاق، والذي لم يحدد تحديدا دقيقا في المدونة. ففي الدليل العملي لقانون الأسرة (2005) يتم التطرق إلى خلاف عميق ودائم يحول دون استمرار الحياة الزوجية<sup>291</sup>.

ولحد الآن وبالرغم من أن الإحصائيات تتفاوت من مدينة لأخرى فهو عبارة عن طريقة لفسخ الزواج بدأت تلقى نجاحا لا بأس به و يسهل الاعتراف بالتطليق الذي يصدره القاضي المغربي خارج المغرب. ومن مؤيدي هذا الطرح هناك جون بيفس كارليي و ماريا كلير فويليط عند إشارتهم إلى المحاكم الأوربية<sup>292</sup>. بل أكثر من ذلك، إذا كان النظام الإسباني يسمح بإيقاع التطليق، فإنه يتم في القانون الإسباني بدون سبب. وبالرغم من أن قرارات الدول الأوربية التي تطبق قانون الأسرة الجديد قليلة، نجد أن محكمة الاستئناف بباريس، قد رحبت في قرارها الصادر بتاريخ 2 دجنبر 2004 (قدميري)<sup>293</sup> بهذه الطريقة الجديدة لقانون الأسرة المغربي المتمثلة في فسخ الزواج بواسطة التطليق للشقاق. وختاما، فمن المستحسن أن تكون تلك هي الطريقة لفسخ الزواج التي يتبعها المواطنون المغاربة، في ذلك البلد، عندما يريدون أن يتم الاعتراف بالقرار في أوربا (بلد الإقامة).

وفي بعض القرارات الإسبانية، يستخدم التطليق للشقاق في البحث عن الحلول التوافقية. ففي حالة القرار المذكور الذي أصدرته محكمة الاستئناف ببرشلونة بتاريخ 28 مارس 2006<sup>294</sup> والذي يطبق، وفقا للمادة 107 من القانون المدني، قانون الإقامة الإسباني، لكن مع الإشارة إلى أنه تم التوصل إلى حل توفيق مع قانون الأسرة المغربي الجديد (2004) ولكن:

«... لا يبدو أمرا بديهيا أن، وحتى في حالة وجوب تطبيق القانون الوطني المغربي، الأمر غير الوارد هنا، فبواسطة المقتضيات المنصوص عليها في المدونة أو قانون الأسرة المغربي ينظم فسخ الزواج بواسطة الطلاق (المادة 78 وما بعدها)، والتطليق للشقاق (المادة 94 وما بعدها) ولأسباب أخرى منصوص عليها في المادة 98. وهذا يعني أن التشريع المغربي يعترف بفسخ الزواج لأسباب التطليق تلك، بالنسبة لمواطنيه...».

وبالتأكيد، فإن التطليق للشقاق يسهل الاعتراف في الخارج بالقرارات الصادرة في المغرب بشأن التطليق. ومع ذلك، فإننا لسنا متفقين تمام الاتفاق على كون هذه الطريقة قد تحقق توازنا بين كلا الزوجين يمكن أن يؤدي إلى الاعتراف بطلاق الزوج<sup>295</sup>.

## ج) الطلاق بالانفاق

يأخذ قانون الأسرة (2004) بعين الاعتبار الطلاق بالاتفاق. فالمادة 114 من قانون الأسرة تنص على أنه: «يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال». ويقدم الزوجان، أو أحدهما مع موافقة الآخر، ذلك الاتفاق لمحكمة الأسرة للمصادقة بهدف الإشهاد على الطلاق و توثيقه.

291 الدليل العملي لقانون الأسرة، مارس 2005، ص. 69

292 ماريا كلير فويليط و جون بيفس كارليي، قانون الأسرة المغربي، وأثره على القانون الدولي الخاص في أوربا، بريان، 2005، ص. 65.  
293 أنظر بيان ف. مونجر في القانون و التراث، 2005، ص. 105-106 و ل أ. كينيونيس إسكاميث، البيان التقديمي «قانون الأسرة المغربي الجديد (2004)»: التطبيقات الأولى للمستجدات في المغرب و أوربا»، في المدونة، ملونة الأسرة المغربية...، ص. 14-15.

294 محكمة الاستئناف لبرشلونة (القسم 12)، القرار الصادر بتاريخ 28 مارس 2006. القاضي المستشار السيد خوان ميغل خيمث دي بارغا غاستون. الاجتهاد القضائي 2006/231410. بيان أنا. كينيونيس إسكاميث، الدليل الإسباني للقانون الخاص لسنة 2006 (في الصحافة).

295 تعليقا حول ذلك التوازن، ماريا كلير فويليط وجون بيفس كارليي، ملونة الأسرة المغربية، وأثره على القانون الدولي الخاص في أوربا، بريان، 2005، ص. 66.



## و) الإيلاء و الهجر

إذا ألى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي الذي يؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفئ بعد الأجل طلقها عليه القاضي (المادة 112).  
وفي جميع الأحوال، عندما يصدر القاضي أمره بالتطليق، بناء على طلب الزوجة، فإنه يحدد مستحقات الزوجة والأطفال المنصوص عليها في المادتين 84 و 85.

## ب) النطق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق بعد فشل الصلح

بدأ يظهر «التطليق بسبب الشقاق»<sup>289</sup> من حيث التطبيق، كأحدى المستجدات التي رافقت إصلاح مدونة الأسرة المغربية (2004). لكن تم استيعابها بتحفظ: تفادي النزاع عندما توجد خلاقات بين الزوجين، لأي سبب من الأسباب، يمكن أن تؤدي إلى انفصالهما.  
ومن حيث التطبيق، تحول إلى نوع جديد من الطلاق بالنسبة لكلا الزوجين، كما أنه ليس بحالة متكررة، عندما يطول الخلاف بينهما ولم يتوصلا إلى الصلح بينهما (يعتبر الصلح ضروريا قبل إيقاع الطلاق و التطليق<sup>290</sup>).

وبذلك يعطى للمرأة (أما الرجل لا يحتاج إلى سبب لفسخ الزواج) سببا إضافيا وعاما لطلب التطليق (الشقاق)، يضاف إلى قائمة الأسباب الواردة في المدونة لإيقاع التطليق بناء على طلب الزوجة. وبالتالي، فهو يجيز للزوجة أن تطلب التطليق لأسباب أخرى، غير تلك الواردة في المادة 98، والتي تناط بالقاضي مسؤولية تقييمها.

لقد بدأ التطليق للشقاق، لهذا السبب، يتحول إلى تحديد ذو أهمية كبرى من حيث التطبيق، لأنه يصلح للمرأة كي تطلب التطليق عندما لا تنفع أو يمكن أن تتحقق الأسباب التي تم التطرق إليها في الفقرة السابقة (ولا أن تقييم طلاقا خلعيًا أو طلاقا اتفاقيًا مع الزوج). وأيضًا، يشكل الحل الذي يقدم لها، حينما لا تقبل تعدد الزوجات في حالة زواج الرجل من زوجة ثانية. وإذا لم توافق الزوجة التزوج عليها، (المادة 45) طبق القاضي تلقائيًا مسطرة الشقاق.

إنها، مع ذلك، عبارة عن مسطرة يمكن أن يطلبها الزوجان، وتترتب عنها نتائج اقتصادية متباينة ( حسب مسؤولية كل زوج أثناء الانفصال).

ويجب الأخذ بعين الاعتبار أن الزوج الذي يتمتع بالطلاق دون سبب أو دافع قليلًا ما يهتم ب«التطليق للشقاق». ومع ذلك، فإن اهتمامه سينصب على مختلف آثار التطليق. وفي حالة الطلاق، يعتبر الزوج مسؤولًا عن تكاليفه وعن الانفصال، وهو مجبر على دفع وإيداع مصاريف التطليق لدى المحكمة، وكذا النفقة المستحقة للزوجة والأبناء، والتعويض الذي تحدده المحاكم، حسب مدة الزواج والمدخيل ودرجة انتهاك القانون وفق نظر المحكمة.

إن الزوج الذي يطلق زوجته دون سبب أو الذي لا يوفي بالحقوق الزوجية (التطليق بناء على طلب الزوجة للأسباب المحددة التي يجب أن تثبتها وتقدم عليها حججًا في الحكم) يعتبر، في نهاية المطاف، «المسؤول عن الانفصال». وعندما يصلان إلى التطليق لطول مدة «الشقاق»، فإننا نصبح أمام نزاع يمكن أن يطرحه أحد الزوجين، والذي يمكن إصلاحه حسب مسؤولية كل زوج على حدة. ولا يخص هذا التعويض الزوج، بل المسؤول عن الشقاق. بحيث يمكن أن يكون الزوج، هنا، المستفيد من التعويض (أو المعفى من المصاريف أو التعويضات المترتبة عن الطلاق).

289 يكتب أحيانًا chikak.

290 مع بعض الاستثناءات التي رأيناها مثل حالة التطليق بسبب العيب الخفي (المجلس الأعلى للقضاء، قرار رقم 895، الصادر بتاريخ 27 شتنبر 2000. يرجى زيارة الموقع الإلكتروني ل«مشروع عدل» (الاجتهاد القضائي: قرار رقم 895) <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html>



كما يحق للزوج بعد البناء أن يرجع بقدر المهر على من غرر به، أو كتم عنه العيب قصدا ( الولي مثلا). أما إذا علم الزوج بالعيب قبل العقد، وطلق قبل البناء، فيلزمه نصف المهر.

### • الغيبة أو الهجر

يمكن للزوجة طلب التطليق إذا غاب عنها الزوج مدة تزيد عن سنة دون سبب (المادة 104). ويتم البحث عن مكان الزوج حتى تتم معرفة عنوانه لتسهيل عودته إلى البيت. ويقدم القرار رقم 51 الذي أصدره المجلس الأعلى بالمغرب بتاريخ 11 فبراير 2004 ماثلا على ذلك، إذ مازال يطبق المادة 57 من مدونة الأحوال الشخصية (المدونة التي كانت قبل الإصلاح، لكنها تأخذ بالسبب نفسه) التي يعتبر فيها حضور الزوج، وليس محاميه، شرطا لايد منه لاستبعاد الغيبة<sup>285</sup>. وتم التركيز أيضا على هذا السبب في القرار رقم 979 الذي أصدره المجلس الأعلى بالمغرب، بتاريخ 18 أكتوبر 2000، حيث تمت الإشارة فيه إلى أن:

«...محكمة الاستئناف عندما أعلنت أنه تم تطبيق القانون في الحكم الابتدائي عندما تم التطق بحكم تطليق نادية من زوجها عبد الجليل، اعتمادا على معايينة الضرر المحدث، وأن المادة 57 من مدونة الأحوال الشخصية تنص على المعاشرة كإحدى الواجبات المتبادلة بين الزوجين، وأنه من هذا الواجب تتفرع واجبات أخرى كتلك التي تنطبق إليها المادتان 35 و36 من المدونة المذكورة؛ وأن المعنوية بالأمر مثلت وأدلت بالشهادة بعد أدائها اليمين القانونية على الغيبة كما تنص على ذلك المسطرة المتعلقة بهذا الموضوع، وأنه انطلاقا مما سبق، يستخلص بأن الحكم المذكور معطل ومبني على أساس قانوني...»<sup>286</sup>.

ويجوز للزوجة، أيضا، أن تطلب التطليق إذا حكم على زوجها المسجون بأكثر من ثلاث سنوات حبسا (المادة 106)؛ وتقبل الدعوى بعد مرور سنة من اعتقاله. وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الأعلى بالمغرب، في قراره الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 2000، اعتبر «ضرا» موجبا للتطليق كل تصرف مخل بالأخلاق الحميدة ناجم عن القيام بالاتجار في المخدرات من قبل الزوج، الذي حكمت عليه محكمة أجنبية (فرنسية) بتلك الجنحة، وأدى ذلك إلى طرده من التراب الفرنسي<sup>287</sup>. ولم تصل عقوبة الحبس التي فرضتها المحاكم (الفرنسية) إلى ثلاث سنوات (كانت سنتين تقريبا) التي تعتبر كافية للاستناد إلى هذا السبب المشكوك فيه (الذي يتم الاعتماد عليه في حالات السجن التي لا يتوقع فيها الاتصال بين الزوجين) الذي يؤدي إلى الضرر. إنها حالة القرار رقم 56 الذي اتخذه المجلس الأعلى بتاريخ 23 يناير 2002 الذي ورد فيه أنه قد حكم على الزوج بثلاث سنوات حبسا بسبب الغش يفترض حرمان الزوجة من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، مثل المعاشرة وحسن المعاملة، ويسبب للزوجة ضرا موجبا للتطليق<sup>288</sup>.

285 ملف عدد 575/2/1/2003. يرجى زيارة الموقع الإلكتروني ل«مشروع عدل» (الاجتهاد القضائي: حكم رقم 51) <http://www.projetoatl.com/index1024x768.html>

286 ملف عدد 852/2/1/2000. يرجى زيارة الموقع الإلكتروني ل«مشروع عدل» (الاجتهاد القضائي: قرار رقم 979) <http://www.projetoatl.com/index1024x768.html>

287 ملف عدد 482/2/98. يرجى زيارة الموقع الإلكتروني ل«مشروع عدل» (الاجتهاد القضائي: قرار رقم 988) <http://www.projetoatl.com/index1024x768.html>

288 ملف عدد 472/2/1/2001. يرجى زيارة الموقع الإلكتروني ل«مشروع عدل» (الاجتهاد القضائي: قرار رقم 475) <http://www.projetoatl.com/index1024x768.html>

## د) المرض الخطير أو العيب الخفي

إذا اكتشفت الزوجة أن زوجها مريض مرضا خطيرا يتعذر شفاؤه أو لا يرجى الشفاء منه داخل سنة، وهو ما يؤدي إلى استحالة المعاشرة الزوجية، أو يؤثر على صحتها، فيمكن لها أن تطلب التطلق. وأعطى القرار الذي أصدره المجلس الأعلى بالمغرب، بتاريخ 20 دجنبر 2000، مثالا على قاعدة النص ما قبل الإصلاح، حيث اعتبر فيه أنه:

«... يجب قبول ادعاء المدعية التي تقدمت بالدعوى، حيث إنه في الفقرة الأولى من المادة 54 من قانون الأحوال الشخصية (حاليا المادة 98 الفقرة 5 من قانون الأسرة)، يصبح من الواضح، عندما تتم الإشارة إلى أن الزوجة التي أصيب زوجها بعيب مثل الجنون أو الجذام أو البرص أو السل التدرني (tuberculosis)، لها الحق في أن تطلب من القاضي فسخ العصمة الزوجية، سواء في حالة ما إذا كان الزوج مصابا قبل البناء، وهي لا تعلم ذلك، أو بعد البناء وهي لا تستطيع تحمل ذلك، أن القاضي سيمنح الزوج أجلا مدته سنة، فإذا تعافى، يصدر حكمه بالتطلق، وأنه في حالة مستندات الدعوى، قد تم إثبات مرض البرص بواسطة تقرير خبير طبي أعده الدكتور محمد في 21/11/1998 والذي يشكل جزءا من الملف، كما أكدت المحكمة ذلك في قرارها؛ وأنه مع ذلك، فهذه الأخيرة، عندما بررت حكمها بأن المرض ليس له أي تأثير على الحياة الجنسية للمعني بالأمر، وليس معديا؛ وعلى الرغم من تشكيله ضررا يخول للزوجة طلب التطلق، وأنه من خلال ما تمت الإشارة إليه، يستخلص أن المحكمة لم تطبق القانون تطبيقا سليما، عندما لم تعتبر ذلك العيب سببا لطلب التطلق، وأن الحكم ظل معرضا للنقض»<sup>282</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الأعلى بالمغرب، في حكمه عدد 895، الصادر بتاريخ 27 شتنبر 2000<sup>283</sup> اعتبر أنه في حالة التطلق بسبب عيب أو نقص خفي تعد محاولة الصلح غير ضرورية: «في تطور قضية التطلق بسبب العيب الخفي، تعتبر محاولة الصلح المنصوص عليها في المادة 212 من قانون المسطرة المدنية غير ضرورية، إذ يجب تطبيق مقتضيات أخرى من قانون الأحوال الشخصية التي لا تنص على تلك المحاولة تطبيقا لإزاميا. وإذا كان الزوج مصابا بمرض يتعذر الشفاء منه، فليس من الضروري تأجيل تطور قضية التطلق بسبب نقص خفي». ويجب التأكيد على أن مرحلة الصلح، من حيث التطبيق، تؤدي إلى تمديد المسطرة، حيث إن أجل الستة أشهر المنصوص عليه في مدونة الأسرة لإيقاع التطلق يتم احتسابه من وقت فشل محاولة الصلح.

ويحيل العيب، الذي تم الاستناد إليه في العجز السابق، إلى عجز الزوج («عجزه جنسيا»)، وبالمقابل فإن عقم الزوج لا يشكل سبب طلب التطلق. ومع ذلك، فقد اعتبر المجلس الأعلى بالمغرب، في قراره الصادر بتاريخ 14 شتنبر 1999، أن: «عقم الزوج بهدف الإضرار بزوجته وحرمانها من الأمومة يعتبر ضررا موجبا للتطبيق»<sup>284</sup>.

وفي هذه الفرضية، تبرز الاختلافات في الوضعية القانونية والأدوار بين الزوجين. إذ يمكن للزوج أن يطلق زوجته دون أي مبرر، وأن يطالبها بالمهر إن وجد المبرر (العيب). وتحديدا، فالتداعيات القانونية للعيب الخفي فيما يتعلق بتسليم المهر في الحالات التي يكتشف فيها الزوج أن زوجته بها عيب أو نقص خفي، تختلف قبل البناء أو حسب معرفته بالأمر. فلا صداق للزوجة في حالة التطلق للعيب عن طريق القضاء قبل البناء.

282 ملف عدد 142/2/1/2000. يرجى زيارة الموقع الإلكتروني ل«مشروع عدل» (الاجتهاد القضائي: حكم رقم 1211) <http://www.proyectoatl.com/index1024x768.html>

283 ملف عدد 668/2/2/95. يرجى زيارة الموقع الإلكتروني ل«مشروع عدل» (الاجتهاد القضائي: حكم رقم 895) <http://www.proyectoatl.com/index1024x768.html>

284 ملف عدد 478/2/1/98. يرجى زيارة الموقع الإلكتروني ل«مشروع عدل» (الاجتهاد القضائي: حكم رقم 775) <http://www.proyectoatl.com/index1024x768.html>

تنفيذية: تطلب المرأة المغربية التطليق (من جديد) فيصرح به القاضي المغربي مستندا إلى أحد الأسباب (لطلب المرأة) الواردة في حقها استنادا إلى الوقائع التي تمت معاينتها لدى الاجتهاد القضائي الفرنسي.

### ج) عدم الإنفاق

ليست المرأة في الإسلام مجبرة على تحمل أعباء الزواج بل تجب نفقتها على زوجها (المادة 194 من قانون الأسرة). وللزوجة حق طلب التطليق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الواجبة عليه ( المادة 102 من قانون الأسرة). ومن المدعش ، إلى حد ما ، أن سبب التطليق هذا يتماشى ومقتضيات المادة 51 التي تنص، ولأول مرة، على المسؤولية المشتركة بين الزوجين، وكذا الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما فيما يخص تسيير شؤون البيت والأطفال. ومع ذلك تظل مقتضيات هذه المادة غير واضحة المعالم وينبغي أن يكون هدفها هو تحديد دور الاجتهاد القضائي.

يقيم قانون الأسرة ثلاث فرضيات:

1. توفر الزوج على أموال،
2. الزوج معسر،
3. تهرب الزوج من النفقة.

فإذا كان الزوج يتوفر على أموال، فإن المحكمة تقرر اللجوء إلى تنفيذ النفقة دون أن يؤدي ذلك إلى طلاق بائن، وهو ما يفترض طلاقا رجعيا.

وفي حالة ثبوت العجز، تحدد المحكمة حسب الظروف، أجلا للزوج (لا يتعدى شهرا) لينفق خلاله وإلا طلقت عليه، إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي، مثل فقدان الزوج وظيفته.

وفي الأخير، يصدر القاضي حكمه بالتطليق، إذا كان الزوج الموسر يرفض دفع نفقة المأكل والمشرب. إن القرار الذي أصدرته محكمة الاستئناف لمريد بتاريخ 12 دجنبر 2005 (القسم 22) <sup>281</sup> يقدم لنا مثالا على تطبيق سبب التطليق هذا. وأشارت المحكمة، في البداية، إلى أن المحكمة الابتدائية رقم 1 بالكوركون ، بتاريخ 24/06/2004، أصدرت الحكم الآتي نصه:

« 1. أصدر الأمر بفسخ الزواج عن طريق التطليق نظرا لغياب النفقة كما تنص على ذلك المادة 53 من التشريع المغربي، وذلك مع أن الجهة المدعية تعللت بسبب التطليق المذكور، وعارضه المدعى عليه الذي لم يدل بأي حجة تدحض السبب المعتقد به. وفي المقابل، تدلي الجهة المدعية بدليل إثبات يبين حاجته الاقتصادية، وحاجته إلى ارتياد مراكز ذات طابع اجتماعي للحصول على مساعدات اقتصادية، وكذا مكافآتها وأجورها غير المستقرة.»

وتضيف:

« إن ادعاء الطرف الأول المستأنف للزيادة يجب أن يلقى المصير نفسه الذي لقيه الادعاء السابق، حيث إن مبلغ 250 أورو شهريا، قابل للتحيين سنويا ومحددة في قرار المحكمة، هو طبقا للمادة 127 من مدونة الأحوال الشخصية والميراث... »

وهي مقتضيات تتوافق، مرة أخرى، مع النص ما قبل الإصلاح.

غير ذلك). أو، كما سنرى لاحقا، سيتم الاعتماد على قاعدة وجود الخلاف العميق والشديد الذي سيتسبب في انفصال الزوجين.

يتم التبرير في بعض القرارات الإسبانية مع الأخذ بعين الاعتبار التكافؤ. إنها حالة القرار الذي أصدرته محكمة الاستئناف برشلونة بتاريخ 8 يونيو 2006 الذي يطبق القانون المغربي<sup>278</sup>. لكن، كذلك، في حالة الحكم الذي أصدرته المحكمة الاستئنافية برشلونة بتاريخ 28 مارس 2006<sup>279</sup> الذي يقضي، طبقا للمادة 107 من قانون الأسرة، بتطبيق قانون الإقامة الإسباني (على طرفي الزواج المختلط)، بالرغم من الإشارة إلى أنه تم التوصل مع قانون الأسرة المغربي (2004) إلى حل مماثل. وما يتم الاستناد إليه أمام أدلة المدعى عليه بأن المعتقدات الدينية المشتركة مع الزوجة المدعى عليها قد تؤدي إلى تطبيق قاعدة أخرى. فمحكمة الاستئناف تعتبر أن التشريع المغربي يعترف بفسخ زواج مواطنيه بسبب التطلق على الرغم من إظهار معتقدات أو مشاعر دينية مشتركة مع الجهة المدعى عليها في القضية:

«إن الدفوعات التي تقدم بها الطاعن بخصوص معتقداته الدينية، لم تقدم وصفا ولم تكشف عن هويته الدينية، لكنها كشفت عن كونه يحمل الجنسية المغربية، لا يعتد بها قانونا، عند تطبيق قاعدة القانون المدني على مسطرة الدعوى، بسبب تقادم ذلك النص القانوني المضمن في المادة 107، رغم أنه وحتى في حالة وجوب تطبيق القانون الوطني المغربي، الأمر الذي لا ينطبق على هذه الحالة، بواسطة المقتضيات المنصوص عليها في المدونة أو قانون الأسرة المغربي، فإنه يتم تنظيم فسخ الزواج بواسطة الطلاق (المادة 94 وما بعدها)، ويتركز على أسباب المنصوص عليها في المادة 98. ويعني ذلك أن التشريع المغربي يقر بفسخ الزواج بناء على أسباب التطلق المذكورة، وفيما يتعلق بمواطنيه، حتى وإن وجدت بعض المعتقدات الدينية المشتركة مع الطرف المدعى عليه في القضية.»

واعتبر المجلس الأعلى في القرار الذي أصدره بتاريخ 18 أكتوبر 2000 «ضرا» مبررا لطلب التطلق، كل تصرف مخل بالأخلاق الحميدة ناجم عن الاتجار في المخدرات يقوم به الزوج، وهي الجنحة التي اتهمته بارتكابها محكمة أجنبية (فرنسية)، وقضى بموجبها عقوبة السجن وتم طرده من التراب الفرنسي:

«يصبح اتهام الزوج بالاتجار في المخدرات ضرا مبررا لطلب التطلق، إذا كان مخلًا بالأخلاق الحميدة وتصبح المعاشرة الزوجية معه مستحيلة. و تتركز معاينة الضرر الناجم والمبرر لطلب التطلق على القرار الذي تصدره محكمة أجنبية»<sup>280</sup>.

وفي هذه الحالة، أدلت الزوجة، أيضا، بحكم المحاكم الفرنسية التي أصدرت أمرها بالتطلق. ولم تصل عقوبة السجن إلى ثلاث سنوات، وهي الحالة التي تتضمن، كذلك سبب الهجر الذي سنتطرق إليه لاحقا. ومع ذلك يجب الأخذ في الحسبان أنه، بالرغم من وجود حكم التطلق الفرنسي، فإن الأمر لا يتعلق بصيغة

278 محكمة الاستئناف لبرشلونة (القسم 12)، القرار الصادر بتاريخ 8 يونيو 2006. القاضي المستشار السيد باسكوال أورتنويو مونيوت. قانون 2007/19193. بيان أ. كينيونيس إسكاميث في الدليل الإسباني من القانون الخاص لسنة 2006. «في القانون المغربي، من جهة أخرى، تعترف المادة 128 من قانون الأسرة، أو قانون الأسرة، بالأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بشأن هذا الموضوع، وتكون قابلة للتنفيذ إذا صدرت عن محكمة مختصة وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية.»

279 محكمة الإستئناف لبرشلونة (القسم 12)، الحكم الصادر بتاريخ 28 مارس 2006. سعادة القاضي المستشار السيد خوان ميغل خيمث دي بارغا غاستون. قانون 2006/231410. وقانون 2006/231410. بيان أ. كينيونس إسكاميث في الدليل السنوي الإسباني من القانون الخاص لسنة 2006 (في الصحافة).

280 ملف عدد 482/2/98. ترعى زيارة الموقع الإلكتروني ل «مشروع عدل» (الاجتهاد القضائي: قرار رقم 988)

<http://www.proyectoadd.com/index1024x768.html>

هجر الزوجة التي اضطرت إلى الانضمام إلى شغالات البيوت، ود) غياب كلي من بيت الزوجية بسبب الزواج من زوجة ثانية في المغرب.  
ويحدد سبب التظليق ما إذا كان واجبا فرض أداء التعويض على المدعى عليه...»

وكذلك، القرار الذي أصدرته المحكمة الإقليمية لبرشلونة بتاريخ 25 من أبريل 2006<sup>274</sup>:

«... يجب تطبيق القانون الوطني المشترك للطرفين وقت تقديم الدعوى، كما هو منصوص عليه في المادة 107.2 من القانون المدني. وباختصار، يجب الاطلاع على قانون الأسرة المغربي الجديد لسنة 2004، المسمى بالمدونة، مع الأخذ بعين الاعتبار التشريع الإسباني فيما يتعلق بانفصال الزوجين، ما دامت تلك المؤسسة القضائية غير معترف بها في القانون الوطني المغربي. ويؤدي تنفيذ القانون الوطني المشترك بين الطرفين، وتحديد المدونة إلى عدم تطبيق دعوى المشتكي التي تركز على الفصلين 84 و41 من قانون الأسرة لكطالونيا...»  
أو القرار الذي أصدرته المحكمة الإقليمية لخبرونة بتاريخ 7 يوليو 2004<sup>275</sup> والذي يشير إلى أن: «... طلبها التظليق بسبب المعاملات القاسية الذي يحوله التشريع المغربي يطابق الانفصال المفترض المنصوص عليه في المادة 82.1 من القانون المدني («تصرف مجحف أو مهين، أي انتهاك خطير أو متكرر للواجبات الزوجية»)، بحيث لم يكن هناك مانع يستوجب قبول الدعوى من قبل المحكمة (عدم استيفاء أي سبب من أسباب الطلاق الواردة في القانون المدني)..»

وتنتقد محاكم الاستئناف تعامل المحكمة الابتدائية بشأن قضية القانون الأجنبي، إذ أن التظليق بسبب المعاملة القاسية أو سوء المعاملة ليس بالجديد ولا يشكل السبب الذي دفع قاضي المحكمة الابتدائية إلى منعه. وربما التعود على استناد المحامي إلى القانون الإسباني، (ربما بسبب المهنة)، على الرغم من عدم ضمان الاعتراف بالقرار في المغرب. وهو الإجراء الذي يسهله، اليوم، المادة 107 من القانون المدني، لكن يجب تفحص نتائجه كما أوضحنا ذلك متبعين الأعمال السابقة<sup>276</sup>.

إلا أنه لا يجب أن نقرن تطبيق القانون الإسباني باستحالة الاعتراف باللاحق بقرار المحكمة الإسبانية في المغرب. إذ ليست هناك مراقبة للصراع الذي، بمقتضى المادة 23 من الاتفاقية الثنائية الإسبانية المغربية، يفرض أو يسمح بالتحقق من تطبيق القانون المغربي على زواج يبرمه زوجان مغربيان مقيمين في الخارج أو على زواج مختلط بين إسباني ومغربية أو العكس.

وليس من اللائق كذلك في ظل الصيغة التنفيذية بأن يلجأ القاضي الذي تم اللجوء إليه لمراجعة مضمون الحكم، وبما أن الأمر يتعلق بمبدأ عام وطبقا لوجهة نظر المحكمة الدستورية الإسبانية، فإن مسطرة الصيغة التنفيذية هي بمثابة مصادقة على الحكم<sup>277</sup>.

واستنادا إلى ما سبق، كان من اللازم الاعتراف بقرار التظليق الإسباني الذي تقدمت بطلبه الزوجة، بالرغم من تطبيق القانون الإسباني، إذا لجأ القاضي الإسباني - كما تمت الإشارة إلى ذلك - إلى إجراء تبرير أو تعليل قراره، محاولا البحث عن بعض التوافق أو وجود دافع إلحاق الأذى بالزوجة (المعاملات القاسية أو

274 محكمة الاستئناف لبرشلونة (القسم 12) ، القرار الصادر بتاريخ 25 أبريل 2006. القاضي المستشار السيد خوان ميغل خيمث دي بارغا غاستون. الاجتهاد القضائي 2007/261987. بيان أ. أنا كينيونيس إسكاميث، الدليل الإسباني للقانون الخاص لسنة 2006 (في الصحافة).

275 الاجتهاد القضائي رقم 2004/216585.

276 على سبيل المثال في إشارتنا إلى العديد من قرارات محاكم الاستئناف، في المجلة الإلكترونية للقانون الإعلامي، 2003-1، ص. 814-224، وفي الباب، أنا. كينيونيس إسكاميث، «فسخ الزواج: الطلاق في الإسلام»، في التعددية والإسلام (...أ. رودريغيث بينوت)، دفاتر السلطة القضائية. مدريد، 2002، ص. 162-143.

277 المحكمة الدستورية (قرار المحكمة الدستورية 132/1999)، التي تتميز بالعديد من مستندات الدعوى للمحكمة العليا (جلسات المحكمة العليا بتاريخ 5 مايو 1998، و8 شتنبر 1998، و27 أبريل 1999، إلى جانب جلسات أخرى).

ارتكابه جنحة إلحاق جروح بزوجته، نجم عنها تلقي هذه الأخيرة الإسعافات الضرورية، مما جعل المحكمة الجنائية رقم 2 لمنيسا تصدر حكما يقضي بإدانة الزوج بتاريخ 26 أبريل 2005 حسب المستندات المضمنة بالإجراءات الخاصة بهذه المسطرة.

وتشير محكمة الاستئناف إلى التغيير الذي أحدثه النص الذي تم تعديله، والذي لم يتم أخذه بعين الاعتبار ابتدائيا: « إن قاضي المحكمة الابتدائية لم يأخذ في الحسبان التعديل القانوني المغربي الذي تم نشره في الجريدة الرسمية بتاريخ 5 فبراير 2004، وبالتالي، الجاري به العمل وقت تقديم المقال الافتتاحي لإجراءات الدعوى القضائية، ومع ذلك فمحاولات رافع الدعوى الموضحة في محضر جلسة الحكم الشفوية، حيث طلب إدراج قانون الأسرة المغربي في محضر المرافعة، مرفقا بالفاكس المرسل إلى القنصلية المغربية، و الذي لم يتم تلقي أي رد عليه إلى حدود التاريخ الموالي لانعقاد الجلسة الشفوية، باعتبارها تم تقديم طلبها أثناء تحرير مذكرة الاستئناف، وإدراج المستندات المتعلقة بالقانون المغربي الجاري به العمل، وهو ما تم قبوله كليا من قبل محكمة الاستئناف هذه، في الحكم الصادر في الملف بتاريخ 7 شتنبر 2005». وحيث إنه تم تطبيق القانون الوطني نظرا لكون الزوجان المقيمان في إسبانيا مواطنان مغربيان فإن: « تطبيق القانون الوطني المغربي يتم استنادا إلى مضامين الفصول 9.2 و107 من القانون المدني الإسباني، مع الإشارة في هذا الإجراء المسطري، إلى توفر سبب التطبيق السالف الذكر».

وفعلا، ففي حالة الاستئناف، يسمح بتطبيق المادة 98.2 من مدونة الأسرة المغربية بإصدار حكم التطبيق عند وجود أحد الأسباب التي رأيناها. إذ يمكن للزوجة أن تطلب التطبيق في حالة الضرر. وفي الجلسة العلنية يتم الاستناد إلى قانون الأسرة المغربي الجديد، وتحديدًا إلى المادة 99 لإثبات «التصرف المشين الذي يقوم به الزوج».

تحجر الإشارة، في هذا الصدد، إلى أن القرار الذي أصدرته محكمة الاستئناف لبرشلونة بتاريخ 8 يونيو 2006<sup>273</sup> الذي يقوم بتطبيق الفصول 98 و84 و101 مع تفسير القرار في حالات سوء المعاملة والضرر، مع الأخذ بعين الاعتبار ضرورة ضمان قرار فعال طبقا لما جاء في المادة 128 من قانون الأسرة:

« في القانون المغربي، من جهة أخرى، تفر المادة 128 من المدونة، أو قانون الأسرة، بأن الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية المتعلقة بهذا الشأن، تكون قابلة للتنفيذ إذا صدرت عن محكمة مختصة وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية. وعليه، فإن الفصلين 41 و84 من قانون الأسرة لكاتالونيا غير معمول بهما. فالخطأ في سبب الطلب قد يؤدي إلى رفض الطلب، إضافة إلى ذلك، فكون الأمر يتعلق بالحالة العائلية، من شأن المحكمة أن تراجع النقص التقني بتطبيق مبدأ «القاضي يعرف القانون» (iura novit curia) الذي يمتد إلى القانون الأجنبي، كما بينت ذلك المحكمة الدستورية في حكمها عدد 10/2000 الصادر في 17 يناير (...).

وتنص المادة 98 من قانون الأسرة المغربي على أن للزوجة الحق في طلب التطبيق بناء على أحد الأسباب الآتية: إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج، كعدم الإنفاق والغيبة. في هاته الحالات، ونظر لجسامة السبب ومدة الزواج ووضعية الأسرة، فإن المادة السابقة تمنح للقاضي صلاحية فرض تعويض على الزوج، حسب ما هو منصوص عليه في المادتين 84 و101. قام الزوجان بإبرام زواجهما في المغرب سنة 1973، وقد استقرا بشكل متناوب في ذلك البلد وفي إسبانيا. ومنذ عشر سنوات، كان عدم وفاء الزوج بالواجبات الزوجية خطيرا ومتكررا. وقد سجلت الأخطاء التالية: أ) الإهانة وسوء المعاملة، (التقرير الطبي للدكتور إيباريسطو)، و ب) اللامبالاة الشخصية المتمثلة في التشطيب على الزوجة والابنة القاصرة من سجل السكنى، و ج)

273 محكمة الإستئناف لبرشلونة (القسم 12)، القرار الصادر بتاريخ 8 يونيو 2006. القاضي المستشار السيد باسكوال أورونيو مونيوت. الاجتهاد القضائي رقم 2007/19193. بيان أن كينونيس إسكاميث، الدليل الإسباني للقانون الخاص لسنة 2006.



إن القضاة الإسبان يمكن أن يأخذوا بعين الاعتبار مقتضيات القانون المغربي الذي يسمح بالتطبيق بناء على طلب الزوجة بسبب «الضرر» (الذي، كما رأينا، يعطي عدة إمكانيات) في حالة حدوث نزاع بين المواطنين المقيمين في إسبانيا، وفقا لما تنص عليه المادة 107 من القانون المدني (قانون الجنسية المشتركة)، من أجل ضمان الاعتراف في المغرب بالتطبيق بناء على طلب الزوجة الذي تم التوصل إليه في إسبانيا. يمكن أن يتم إدراج سبب سوء المعاملة أو الضرر أو الإخلال بأحد شروط الزواج المنصوص عليها في العقد ضمن تعليل القاضي الإسباني، الذي يفسر الضرر وبالتحديد سوء المعاملة بالطريقة نفسها التي يتم تفسيره بها في إسبانيا، وبالتالي، فهذه الأخيرة هي الدولة الذي تحدث فيه هذه التصرفات.

ومن المدهش، في هذا الصدد، مع التحفظ على الأخبار التي تنشرها الصحافة، أن تقوم إحدى محاكم مدينة فرانكفورت، يوم 22 من مارس 2007 المنصرم، برفض طلب امرأة، ذات جنسية مغربية وألمانية والمقيمة في ألمانيا، تسريع تطبيقها من زوجها من جنسية مغربية، مستندة في ذلك إلى أن القرآن يسمح بسوء معاملة الزوجات<sup>270</sup>. وهذا يعني أنها تتجاهل القانون الإيجابي والاجتهاد القضائي<sup>271</sup>.

ويجب أن لا يطرح التطبيق بناء على طلب الزوجة المستند على قاعدة مدونة الأسرة هذه أو لهذا السبب مشاكل التطبيق ولا حتى الاعتراف في إسبانيا. ولتوضيح ذلك، يكفي الرجوع إلى القرار الذي أصدرته المحكمة الاستئناف لبرشلونة بتاريخ 17 نونبر 2005<sup>272</sup> المتعلق بقبول حل ميثاق الزوجية بين المواطنين المغاربة المقيمين في إسبانيا طبقا لمقتضيات قانون الأسرة المغربي الجديد للأحوال الشخصية والأسرة (2004): « وخلافا للحكم الذي أصدرته المحكمة الأولى، فقد ثبت لهذه المحكمة بشأن القضية أنه تم استيفاء سبب التطبيق المنصوص عليه في المادة 98 من قانون الأسرة، قانون 70.03 الصادر بموجب ظهير 1.04.22 بتاريخ 3 فبراير 2004 الذي تم نشره بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير، بسبب الإخلال بشروط من شروط رسم الزواج، مع الإشارة إلى المادة 99 من ذلك القانون التي تنص على تبرير طلب التطبيق، إذا قام الزوج بتصرف أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة، يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية. وهذا ما يستخلص من مباشرة إجراءات دعوى جنحية ضد الزوج، بسبب

270 جريدة ليبيراسيون، في 23 مارس 2007، من بين وسائل الصحافة الأخرى <http://www.liberation.fr/actualite/monde/242950.FR.php>  
271 ومثالا على هذا السبب المنصوص عليه في المادة 56 من مدونة الأحوال الشخصية، القرار الذي أصدره المجلس الأعلى بالمغرب، بتاريخ 19 نونبر 2003، ملف عدد 418/21/2003. يرجى زيارة الموقع الإلكتروني ل«مشروع عدل» (الاجتهاد القضائي: قرار رقم 530) <http://www.projectoadd.com/index1024x768.html>

272 محكمة الاستئناف لبرشلونة (القسم 12)، القرار الصادر بتاريخ 17 يونيو 2007. القاضي المستشار السيد خوان ميغل خيمينث دي براغا إستون. الاجتهاد القضائي رقم 16647/2006. أنظر بيان أ. كينونوس إسكامث، في المجلة الإسبانية للقانون الدولي، 1-2006، ص. 482-484 و بيان أ. كينونوس إسكامث في الدليل الإسباني للقانون الخاص لسنة 2006 (في الصحف). يوجد النص في الملحق الإضافي رقم 2. وتعلق الأمر في حد علمنا بأحدى التطبيقات الأولى المدونة الجديدة. هناك قرار حديث، لكنه يشير فقط إلى النص الجديد. إنها حالة القرار الذي أصدرته المحكمة الإقليمية لوسكا بتاريخ 14 دجنبر 2005، المتعلق بآثار انحلال ميثاق الزوجية، الذي تم إعلانه، بين المواطنين المغاربة، على النظام المالي للزوجين. في هذا القرار الأخير، تستند المحكمة إلى القانون الأجنبي المغربي، لاسيما المادة 9.2 من القانون المدني الإسباني، والذي يقتضاه يتم التحكم في آثار الزواج بالقانون الشخصي المشترك للزوجين وقت إبرام الزواج. واستنادا إلى مدونة الأسرة والأحوال الشخصية الجديدة (2004) فالزوجان يحكمهما نظام فصل الأموال، وهو ما يستثني نظام الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية، ولذلك يمنع ضم الأثاث الذي تم شراؤه أثناء الزواج إلى قائمة الممتلكات المنفصلة. وهذا هو التفسير السائد (من بينها، القرار رقم 7/2/2000 الذي أصدرته المحكمة الإقليمية لاسكالماس بتريفري) قبل تعديل مدونة الأسرة (2004)، أو يستحسن أن نقول التفسير الذي كان يتم اللجوء إليه في ظل غياب تفسير أحسن. فإذا كان يتم الحديث عن «فصل الأموال المطلق»، ليس لأنه لا يوجد هناك نظام اقتصادي يتعلق بالزواج، بل لغياب وجود مفهوم مصطلح نظام اقتصادي يتعلق بالزواج. وهو ما يعد أمرا منطقيًا، إذا فكرنا أن الإسلام يسمح للرجل بالتعدد والطلاق وأن هذه المؤسسات تقوم بتثبيت الذمة المالية للرجل، إذا تمكنت من تقسيمها أو تصفيتها. وباختصار، فعندما زيد البحث على مقابل للمصطلحات القانونية الإسبانية، نلجأ إلى فكرة الفصل المطلق للأموال الزوجية. وبالتالي، فكونت المسكن المكتسب أثناء قيام الزوجية الذي يؤول للزوجين كليهما، أو أحدهما - يبقى في هذا السياق، بالتحديد، مسألة إثبات الملكية. ومع ذلك فأظن أنه يمكن الاستناد في ذلك إلى المادة 4 من مدونة الأسرة المغربية (2004)، التي تنص على إنشاء الزوجين أسرتها بشكل مشترك مع الأخذ بعين الاعتبار تسمير و شراء الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية والتي أفلتت التلاعب القانوني السابق، إذ كان الزوج هو من تؤول إليه تلك المسؤوليات، مثل «الإفناق على الزوجة والأبناء»، أما الزوجة فهي فتدبر أموالها دون القيام بواجبات الأسرة المشتركة أو تحمل المسؤولية أمام الأغبان (للمحافظ، بطريقة معينة، على صداقتها وأموالها الخاصة في حالة ما إذا أصبحت مطلقة). والواقع يثبت أن المنطق السابق منطوق غير لائق و خذاع، فالمرأة تعرض أموالها و عملها لشراء أموال مهمة مثل المسكن الذي يستحق حماية خاصة. ومع ذلك، فلا تستخلص هذه الاعتبارات من القرار الذي أصدرته المحكمة الإقليمية لوسكا بتاريخ 14 دجنبر 2005 الذي يكتفي فقط بإثبات التكاثر مع نظام فصل الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية مع الإشارة إلى مدونة الأسرة المغربية المعدلة.



الشروط نادرا ما تتم قبل بدء الحياة الزوجية، و لا تقوم بتلك الاحتياطات إلا النساء المتعلقات والموسرات (أو بالأحرى أسرهن).

وسيكون من اللائق، ربما، أن ترفق عقود الزواج باستمارات نموذجية بها خانات يجب وضع علامات بداخلها، تتم الإشارة فيها إلى الطريقة التي سيتم بواسطتها فسخ الزواج: هل عن طريق التطليق للشقاق أو الطلاق بالاتفاق؟.

لكن في جميع الحالات سيكون هذا حلا استباقيا، وليس وحيدا، داخل نظام معقد من الأشكال التي سنتطرق إليها فيما بعد.

### ب) الضرر: سوء المعاملة أو القسوة.

يعتبر سوء المعاملة ضررا موجبا لطلب التطليق. وبالضبط، عندما تثبت الزوجة أنها عرضة «لتصرف أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة من قبل الزوج». ومثالا على هذا السبب، المضمن في المادة 56 من مدونة الأحوال الشخصية، نجد قرار المجلس الأعلى بالمغرب، الصادر بتاريخ 19 نونبر 2003، عندما اعتبر أن: «...الحكم بالتطليق الذي يعتمد على قرار ذو طابع تأديبي يحكم على الزوج بعقوبة سجن نافذة بسبب إلحاقه ضررا بزوجته». كما اعتبر أن: «...الزوج بدأ يلحق ضررا بأسرته، وأنه اخل بالالتزام بنفقتها، وأنه بسبب غيبته لم يلتزم بالإتفاق عليها، وبالإضافة إلى ذلك، تم الحكم عليه بعقوبة سجن نافذة بسبب الإضرار بزوجته، وبسبب الضرر المادي والمعنوي أصبحت الحياة الزوجية مستحيلة، وأنه، بالرغم من كل هذا، يطلب من المحكمة أن تصدر أمرها بالتطليق...»<sup>268</sup>

ويعتبر كل سوء معاملة أو قسوة أو إخلال بأحد شروط الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق، بما في ذلك المضمنة في عقد الزواج. وكلا السببين موجبان للتطليق بناء على طلب الزوجة التي الحق بها الضرر(المادة 99 من قانون الأسرة).

وإذا ثبت لدى القاضي توفر هذا السبب، يحكم بالتطليق وبمستحقات الزوجة والأبناء طبقا لمقتضيات المدونة. وإذا لم تستطع الزوجة إثبات الضرر، وتشبثت بطلب التطليق، يبقى لها خيار التطليق للشقاق، الذي كان في الأصل وسيلة لمحاولة الصلح بين الزوجين حسب ما تنص عليه المادة 97 من قانون الأسرة الجديد. يعتبر التطليق للشقاق الذي تصر عليه الزوجة بعد فشل محاولة الصلح المخرج الذي تجده المرأة نفسها أمامه حينما ترفض التعدد. فإذا لم توافق الزوجة على التعدد، طبقت المحكمة تلقائيا مسطرة الشقاق التي تنتهي بالتطليق إذا تمسكت الزوجة بذلك، طبقا للمادة 45 من قانون الأسرة. يعني باستثناء الحالة التي يوجد فيها شرط يعارض التعدد في عقد الزواج الذي يسمح بمعاينة الإخلال بأحد شروط الزواج وخارج الحالة التي تعارض التعدد، يجب على الزوجة إثبات الضرر أو التهميش الذي ينجم عن العيش في إطار التعدد. وهذا التنصيص يتوافق مع ما جاء في القرآن الكريم الذي يفرض على متعدد الزوجات العدل بينهن، أي عدم إلحاق الأذى بأي واحدة منهن.

إن التطليق بسبب الضرر الراجع إلى الخلافات الزوجية، والشقاق وزواج الرجل من زوجة ثانية ليس أمرا جديدا، كما يوضح ذلك القرار الذي أصدره المجلس الأعلى بالمغرب بتاريخ 1 أكتوبر 2003: «إن الحكم الذي يقضي التطليق، دون الأخذ بعين الاعتبار الخلافات الزوجية والشقاق من جهة، وزواج الرجل من زوجة ثانية على هامش المادة 30 من مدونة الأحوال الشخصية من جهة ثانية، ويدوس على شرف الزوجة الأولى، يفترق إلى أساس قانوني»<sup>269</sup>

268 ملف عدد 418/21/2003. يرجى زيارة الموقع الإلكتروني ل«مشروع عدل» (الاجتهاد القضائي: حكم عدد 530)  
<http://www.proyctoatl.com/index1024x768.html>

269 ملف عدد 108/1/2/2003. يرجى زيارة الموقع الإلكتروني ل«مشروع عدل» (الاجتهاد القضائي: حكم عدد 421)  
<http://www.proyctoatl.com/index1024x768.html>

وينص قانون الأسرة المغربي فيما يخص طرق فسخ الزواج في حياة الزوجين على ما يلي: الطلاق (الذي يوقعه الزوج) (الباب 3: المواد 93-78)<sup>264</sup>، والتطليق عن طريق المحكمة (الباب 4: المواد 98-94) بطلب من الزوجة، بما في ذلك الطلاق للشقاق بطلب من أحد الزوجين، والطلاق الخلعي (الباب 5) ، ويتضمن هذا الباب كذلك الطلاق بالاتفاق (المادة: 114)<sup>265</sup>.  
وسنبدأ بالحديث عن التطليق بناء على طلب الزوجة.

### (أ) التطليق بناء على طلب الزوجة.

يسوغ للزوجة أن تحصل على التطليق مقدمة للعلل للقاضي ومستوفية أحد الأسباب المحددة في المادة 98 من قانون الأسرة المغربي، وأسباب واردة في النص السابق (الذي تم تعديله سنة 1993):

- إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج.
- الضرر.
- عدم الإنفاق.
- العيب.
- الغيبة.
- الإيلاء والهجر.

ويعتبر هذا الطلاق الذي يوقعه الزوج طلاقاً بائناً، ماعداً في الحالتين المفترضين ألا وهما عدم الإنفاق والإيلاء (المادة 122 من قانون الأسرة المغربي). ويصبح الطلاق رجعيًا إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته بعد إصدار القاضي الحكم بالطلاق الرجعي، ويمكن في تلك الحالة استئناف الزواج بالرغم من أن الزوجة مصرة على التطليق.  
والجديد في الإصلاح الذي جاء به قانون الأسرة المغربي (2004) أن المرأة المصرة على رغبتها في التطليق، يبقى أمامها خيار الطلاق للشقاق مفتوحاً.  
ويمكن إجمال أسباب التطليق بناء على طلب الزوجة فيما يلي:

### (ب) خلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج.

يمكن للزوجين أن يدرجا الشروط الملزمة لهما في إطار ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، تحدها قاعدة الشريعة<sup>266</sup>. إذ يجوز للزوجة مثلاً أن تدرج في العقد شرطاً يسمح لها بالاحتفاظ بمبادرة الطلاق بالخلع، على الرغم من أنه من الصعب أن يتعاقد الزوجان على أن الزوج المسلم لا يستطيع أن يطلق زوجته. ولا يبدو أن إصلاح 2004 قد غير تلك الوضعية، على الرغم من أنه يزيد من أهمية الإرادة المستقلة التي تسمح للزوجة بالتطليق بسبب إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج (المادة 98.1 من قانون الأسرة المغربي)<sup>267</sup>.  
لاحظ أن التنصيص على أن تحتفظ الزوجة، في إطار المساواة في الشروط، بمبادرة الطلاق في عقد الزواج يجيز، بشكل استباقي، إيقاع التطليق على الزوجة. فالمشكل، إذن، يكمن في كون المفاوضات على تلك

264 لم يتم إلغاؤه على الرغم من الترجمات التي عرفها. بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية (2004) تم الأخذ بعين الاعتبار النص باللغتين العربية والكظلاتية، الذي شاركنا في إعداده، مدونة الأسرة المغربية / المدونة (2004)، ونشرته مجموعة المحامين الشباب ولجنة المحامين الكبار بهيئة المحامين برشلونة، دار النشر ميديترايا، برشلونة (في الصحف). ويجب الأخذ كذلك بعين الاعتبار الترجمة إلى الفرنسية (غير رسمية) الموجودة على الموقع الإلكتروني لوزارة العدل المغربية.

[http://www.justice.gov.ma/ar/legislation/legislation\\_.aspx?ty2&id\\_.l122#122](http://www.justice.gov.ma/ar/legislation/legislation_.aspx?ty2&id_.l122#122)

265 في هذا الباب يستثنى بطلان الزواج عندما يتم الحديث عن الزواج.

266 أنظر المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على إجراء التعديلات الضرورية، ويشبه في ذلك القانون المدني الإسباني، لكن بتطبيقه على الزواج.

267 المادة 98.1 «للزوجة طلب التطليق (...)»: 1. في حالة إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج.»

ذلك<sup>261</sup>. وهو الشيء الذي يبعث على التفكير، كما أشرنا إلى ذلك آنفا، بأن مراقبة النظام العام في المغرب ينصب على الأسباب أو دواعي التطليق التي استند إليها القرار الإسباني عندما يتم طلبه من طرف الزوجة. إلا أنه مع ذلك، لا نرى أي إشكال بخصوص الاعتراف في المغرب بالتطليق بدون سبب بطلب من الزوج. بيد أنه يعترف بالطلاق بموافقة الزوجة أو بدونها.

كخلاصة، نلاحظ بأن المراقبة بشأن أسباب التطليق يتم القيام بها عندما يتم إيقاع هذا الأخير من طرف الزوجة، وعليه، فالنظام الذي يخول فيه للزوج حق الطلاق، الذي لا يشترط عليه تحديد أي سبب أو دافع، يصبح عديم الجدوى، عند قيامه بمراقبة أسبابه لدى مباشرة مسطرة تذييل الحكم بالصيغة التنفيذية في البلد الآخر. والتطليق في المغرب هو إما بدون سبب (أو بالضرورة بوجود سبب). فأحقية الزوج في إيقاع التطليق وفق القانون الإسباني (بدون سبب) لا يعني سريان مفعول هذا القرار في النظام العام أمام المحاكم المختصة. وبرز المشكل فقط عندما تحصل عليه الزوجة؛ ومن تم فالضرورة تقتضي، رغم كونها قد لا تخلو من تناقضات، بأن يقوم القاضي بتعليق قراره، رغم مطابقته للقانون الإسباني، باحثا عن نوع من التوافق في منطوق الحكم. و يظل اللجوء إلى «الشقاق» كسبب موجب للطلاق، من بين المنطلقات العامة والشمولية. ومن خلال كل ما سلف ذكره، في حالة حصول الزوجة على التطليق فقط وفق القانون الإسباني، فإنه يتم تطبيق مقتضيات هذا الأخير طبقا لما هو منصوص عليه في مبادئ الدستور (حرية بناء الشخصية) ووفقا لما ينص عليه المادة 107.2 من القانون المدني الإسباني.

وفي جميع الحالات، فإن تطبيق القانون المغربي الذي تنص عليه القاعدة الإسبانية الفاصلة بين قانونين في حالة تعارضهما أو البحث عن تعليل متطابق يضمن الاعتراف بالقرارات الإسبانية، يفرض علينا الاطلاع على مقتضيات القانون المغربي، بهدف تحديد توظيف أنسب للأسباب الموجبة لفسخ الزواج وتقييم وقع منطوق الحكم وأثاره ضمن تقنيات تعاقدية وفي احترام شامل للنظام العام<sup>262</sup>.

## 5. طرق فسخ الزواج على ضوء قانون الأسرة المغربي (2004).

يمكن القول إجمالا بأن القانون الإسلامي يعتبر الزواج ميثاق تراض وترباط شرعي بين رجل وامرأة، ويمكن للزوج أن يفسخه. فالشريعة الإسلامية تخول له هذا الامتياز باعتباره المسئول عن الإنفاق على الأسرة<sup>263</sup>. ولكن حل ميثاق الزوجية ليس أمرا إيجابيا لا بالنسبة للأسرة ولا بالنسبة للمجتمع، وتشير المادة 70 من قانون الأسرة (2004) إلى أنه: لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطليق إلا في حالات استثنائية، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين، لما في ذلك من تفكيك الأسرة والإضرار بالأطفال». ومن ثم يتوجب بالضرورة محاولة الصلح بين الزوجين في أغلب الحالات التي يتم فيها فسخ الزواج المنصوص عليها قانونا.

ومع ذلك، فإن الحفاظ على ميثاق الزوجية تناط به المرأة أكثر من الرجل، وبالتالي فالطلاق والتعدد يشكلان حقا للزوج فقط. وحسب المادة 78 من مدونة الأسرة، فإن الزوجان لا يخضعان فيما يتعلق بحل ميثاق الزوجية لنفس الشروط. فبالنسبة للزوج، يحق له إيقاع الطلاق بدون سبب. أما بالنسبة للزوجة، فالتطليق يجب أن يكون معللا، ما عدا في حالة اتفاقها مع زوجها لوضع نهاية لعلاقتها الزوجية. وهذا الاتفاق يعتبر إجراء احتياطيا، يمكن تضمينه في عقد الزواج.

261 « قانون الأسرة المغربي الجديد »، المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص، 3-2006، صفحات 521-555، وخاصة صفحة 545 والقرارات المشار إليها في البيان رقم 67 (المجلس الأعلى المغربي قرار رقم: 188، الصادر بتاريخ 30 مارس 2005، مجلة الاجتهاد القضائي للمجلس الأعلى عدد 63، 115-12، قرار رقم 333، الصادر بتاريخ 15 يونيو 2005، المرجع نفسه، رقم 63، 126-128.

262 القضية التي تشغل، اليوم، اهتمام الفقه القانوني (معهد القانون الدولي، بلاكار، «الاختلاف الثقافي والنظام العام في القانون الدولي الخاص المتعلق بالأسرة»، دليل معهد القانون الدولي، 2005.

263 هذه القضية واردة في قرار المجلس الأعلى بالمغرب (نزاع إداري)، الصادر بتاريخ 25 يناير 2006. القاضي المستشار السيد رفايل فرناندث بالبيريدي، قانون 2006/4338.

يميل القاضي بسهولة إلى استبعاد القانون الأجنبي في حالة ما إذا ثبت له أن هناك خطراً هيناً عند إصدار حكم، في قضية معينة، وفق القانون الإسباني بخصوص عدم فعاليته، نظراً لإقامة الزوجين لفترة زمنية طويلة بالتراب الإسباني وارتباطهم به وعدم وجود روابط تربطهما ببلدهما الأصلي. إلا أن هذا التحليل يجب أن يتم القيام به في حدود ما ينص عليها المادة 107 من القانون المدني. فلا يمكن أن يفضي مثلاً إلى تطبيق مبدأ محل الإقامة الاعتيادي بدل مبدأ الجنسية المشتركة التي تحتل الأولوية لدى المشرع. وفي حالة قيامه بذلك يكون قد قدم حلاً مخالفاً لمقتضيات المادة 107 من القانون المدني، الذي لم ينص على أي بند استثنائي ولم ينص كذلك على أن إرادة الطرفين تحدد إمكانية تطبيق القانون الوطني أو مبدأ محل الإقامة. ويمكن اللجوء إلى هذه الإمكانية فقط في حدود القواعد الاستثنائية للنظام العام الدولي (ما له صلة بالمحكمة) أو في حدود ما يسمح به المادة 107 فيما يخص تطبيق القانون الإسباني. (الذي لا يتوافق دائماً مع قانون محل الإقامة الاعتيادي).

يجب على القاضي تطبيق القاعدة الفاصلة بين قانونين متعارضين التي تم التنصيص عليها في المادة 107 من القانون المدني بشكل تلقائي ولا يجب عليه أن يقلب ترتيب المبادئ. في هذا الصدد، يجب النظر بطريقة نقدية إلى التعليل الوارد في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف ببرشلونة بتاريخ 24 أكتوبر 2006 عند إشارته إلى ما يلي نصه: «وحيث إنه ينبغي الإشارة كذلك أن إحدى مبادئ النظام القانوني تقضي، في مثل هذه الحالات، بأن صلة الترابط سلبية وخصوصاً بالنسبة للمهاجرين الأجانب الذين يعيشون في إسبانيا والذين اندمجوا في المجتمع الغربي، عندما تكون الجنسية المشتركة مجرد رابط شكلي، الشيء الذي يتعين معه الإشارة إلى وجود ثغرة تدع مجالاً للانتقاد (المبدأ الأول)، وبناء عليه يتم الانتقال إلى المبدأ التالي: هكذا ففي هذه القضية، أقام الزوج بإسبانيا منذ سنة 1992 وتمكن من خلق مشروعين فيها، أي منذ 14 سنة، أما الزوجة فمن دون شك أنها قدمت إلى إسبانيا في وقت متأخر، إلا أنها أقامت في بلدة أخرى. وفيما يخص إرادة الاستمرار في العيش في إسبانيا بوسعنا أن نتكلم هنا عن اكتساب نمط العيش الغربي الذي يقود حسب ما أشرنا إليه سابقاً إلى تطبيق القانون الكاطالاني، بما أن ابن الزوج ولد بكاطالونيا ونظراً لكون الزوجين معاً يقيمان ويشغلان هناك». كما أنه لم يتم خلال مسطرة الدعوى أو في مضمون الحكم الإشارة إلى إشكالية التشريع المطبق، نظراً لكون هذه الدعوى قد تم تقديمها قبل إصدار قانون الأسرة المغربي الجديد (المدونة)<sup>260</sup>.

إن مبدأ محل الإقامة الاعتيادي ليس هو المبدأ الأساسي بل يأتي في مرتبة ثانية وفق نظامنا القانوني. لقد قام المشرع البلجيكي في القانون الدولي الخاص لسنة 2004 بقلب ترتيب الأولوية حيث قام بتقديم مبدأ محل الإقامة على مبدأ الجنسية، وهو ما لم ينص عليه قانوننا.

حيث إنه عن طريق الإمكانات التي يتيحها المادة 107 المتعلقة بتطبيق القانون الإسباني، يمكن الأخذ بمبدأ محل الإقامة الاعتيادي في بعض الحالات، وخصوصاً في الأحكام الابتدائية لا تطرح بتاتا- كما ورد في الحكم السالف الذكر- مسألة تطبيق القانون الأجنبي في موضوع التطبيق على الصعيد الدولي. انطلاقاً من كل ما سلف ذكره، يبدو من الأنسب مبدئياً، أن تقوم المحاكم بتعليل قراراتها المتعلقة بالتطبيق عندما يكون بطلب من الزوجة، وذلك بالاستدلال بأحد الأسباب المنصوص عليها في القانون المغربي- في حالة استيفائه- أو سبب الشقاق لكي يسهل على الأفراد (الزوجة) الحصول على الاعتراف بالحكم الصادر في إسبانيا من طرف السلطات المغربية، البلد الذي تربطهم و تربطهم به أو قد يستمر ارتباطهم به. ويشير كل من ماريا كلير فويلب و ج.إ. كارليير، إلى أن المجلس الأعلى المغربي، وبشأن قضية سبقت إصلاحات 2004، لم يعترف بقرار تطبيق بطلب من الزوجة صدر في الخارج من دون موافقة الزوج على

260 المحكمة الإستئناف ببرشلونة (القسم 81)، الحكم الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 2006، القاضي المقرر السيد: إريكة أليدرا فاراندو، الاجتهاد القضائي رقم: 639/2006، الصادر بتاريخ 26/2006.

يتبع المشكل، في الوقت الراهن، من كون القانون الإسباني، بعد إجراء الإصلاح 15/2005، يسمح بإيقاع التطليق بدون سبب. يمكن الاعتراف بهذا التطليق في حالة إيقاعه من طرف الزوج، لكنه سيصطدم بعدة عراقيل إذا قامت بإيقاعه الزوجة، ما عدا في حالة التوصل إلى اتفاق بين الزوجين أو في حالة قيام القاضي لدى صياغة نص الحكم بمحاولة إيجاد تعليقات استنادا إلى الأسباب المنصوص عليها في القانون المغربي، الذي يمكن تطبيقه مبدئيا. أي أن يراعي القاضي تطابق النتائج.

من الملاحظ أنه بعد إصلاح مدونة الأسرة المغربية، أضحت هناك مرونة أكثر تجاه سبب «الشقاق» وهو الذي سنعالجه بشكل مفصل في الفقرة الموالية، دون أن ننسى أسباب التطليق بطلب من المرأة المنصوص عليها في القانون المشار إليه أعلاه، التي إذا تم استيفائها يمكن أن تضمن للمرأة حصولها على تعويض (الشيء الذي لا يحدث دائما في حالة الشقاق)، إذ يعتبر الزوج في هذه الحالة هو المذنب. وهذه صعوبة أخرى تعترض سبيل القانون الإسباني، المتمثلة في الفوارق الموجودة بين التطليق للشقاق والتعويض أو النفقة التي يستلمها الزوج البريء. وهذه الصعوبة التي لا تبرز مع القانون المغربي فحسب، بل مع قوانين أجنبية أخرى. في هذا الصدد، ينبغي الإشادة ببعض القرارات الصادرة عن المحاكم الإقليمية التي ارتأت تطبيق القانون المغربي الجديد أو البحث عن إحدى التعليقات المناسبة لأجل ضمان الاعتراف بالقرارات الإسبانية في المغرب، الشيء الذي يطرح بعض الصعوبات فيما يتعلق بفسخ ميثاق الزوجية وبحدة أكثر فيما يتعلق بقيمة التعويض<sup>258</sup>.

وخلافا لذلك، لا يبدو القرار الصادر عن المحكمة الإقليمية بظليطة، بتاريخ 1 شتنبر 2006<sup>259</sup> صائبا، عندما استبعد القانون الأجنبي واستند إلى القانون الإسباني الذي يسمح بإيقاع التطليق بدون سبب: «فحسب قاعدة الاجتهاد القضائي، يعد الاستناد إلى القانون الأجنبي مجرد مسألة إثبات، ذلك أنه ينبغي أن يكون معللا ومؤسسا قانونا، كما أنه يتوجب ليس فقط إثبات هوية القانون المطبق بل والغاية من تطبيقه وتأويله، بحيث لا يثير تطبيقه أدنى شك معقول بالنسبة للمحاكم الإسبانية، ويتأتى ذلك عن طريق تقديم الوثائق والمستندات الحجية المناسبة، غير أن تقديم استشهادات معزولة من نصوص قوانين أجنبية لا يعد كافيا لإثبات ضرورة الاعتداد بهذه الأخيرة.

(...) حيث إنه عند تقديم طلب التطليق طبقا لمقتضيات التشريع الجديد، القانون 15/2005، الذي دخل حيز التنفيذ في اليوم الموالي لتاريخ إصداره (9 يوليو 2005)، ليس أمرا ضروريا تعليله ولا تقديم أي سبب بشأنه، لأنه حسب ما ورد في بيان الأسباب في القانون الجديد، «فإن احترام مبدأ حرية بناء الشخصية المضمون وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 10.1 من الدستور، يفسر الإقرار بمدى الأهمية التي تكتسبها حرية الشخص عندما لا يرغب في استمراره في الارتباط بزوجه؛ وبناء عليه، فممارسة حقه في وضع حد لعلاقته الزوجية لا يمكن أن يكون مقيدا بإثبات استيفاء أي سبب كان، فالسبب المحدد إذن، يتمثل في الغاية من الإرادة المعبر عنها في طلب الانفصال الواجب تقديمه مسبقا».

258 وهي الحالة التي تنطبق على المحكمة الإقليمية ببرشلونة (القسم 12)، في حكمها الصادر بتاريخ 3 ماي 2006. القاضي المقرر: السيد باسكوال أورطونيو مونيوت، الاجتهاد القضائي رقم: 2006/261212؛ المحكمة الإستئناف ببرشلونة (القسم 21)، في حكمها الصادر بتاريخ 8 يونيو 2006. القاضي المقرر: السيد باسكوال أورطونيو مونيوت، الاجتهاد القضائي رقم: 2007/19193؛ المحكمة الإستئناف ببرشلونة (القسم 21)، في حكمها الصادر بتاريخ 28 مارس 2006. القاضي المقرر: السيد خوان ميغيل خيمينيث دي بارغا غاسطون، الاجتهاد القضائي رقم: 2006/231410؛ والمحكمة الإستئناف ببرشلونة (القسم 21)، في حكمها الصادر بتاريخ 25 أبريل 2006. القاضي المقرر: السيد خوان ميغيل خيمينيث دي بارغا غاسطون، الاجتهاد القضائي رقم: 2007/261987. التي سترأها تباعا وفق السبب المحتج به. وبخصوص هذه الأحكام راجع البيان الذي أوردته أ. كينوينيس إسكاميث، «تطبيق مدونة الأسرة المغربية الجديدة (2004) في حالات فسخ الزواج» AEDIPriv، 2006 (في الصحافة).

259 المحكمة الإستئناف بظليطة، القسم 2، الحكم الصادر بتاريخ 1 شتنبر 2006، الاجتهاد القضائي رقم: 2006/224583.

إن النتيجة النهائية لذلك، تتمثل في كون طلب الانفصال الذي تم قبوله من طرف المحكمة الابتدائية غير صائب. لكن قرار المحكمة الإقليمية ببرشلونة الصادر بتاريخ 30 أبريل 2002 أيد الحكم الصادر عن قاضي المحكمة الابتدائية مستندا إلى حيثيات وظروف القضية<sup>255</sup>.

يظهر المشكل (بخصوص الحالات المشار إليها آنفا) في حالة اختيار تطبيق القانون الإسباني دونما حاجة إليه، بسبب نقص في معرفة القانون الدولي الخاص والقانون الأجنبي، وبصفة عامة يعزى ذلك إلى ضعف الاستشارة القانونية بالنسبة للطرفين. ويعني ذلك، أنه عندما يكون ممكنا تقديم طلب التطبيق طبقا لمقتضيات القانون المغربي بسبب الضرر أو سوء المعاملة (بعد تقديم شكاية في الموضوع وإثبات حدوث الضرر) أو أي سبب آخر منصوص عليه في القانون الأجنبي المطبق. واستنادا إلى ذلك، فقرار التطبيق (الذي راعى القانون المشترك للزوجين) يمكن الاعتراف به في المغرب سواء وفقا للاتفاقية الثنائية المبرمة بين المغرب وإسبانيا سنة 1997<sup>256</sup> أو طبقا لمقتضيات المادة 128 من قانون الأسرة المغربي الجديد<sup>257</sup> (الذين سنعود إليهما لاحقا). وبالتالي فالسبب الذي قدمته الزوجة (الضرر الناجم عن سوء المعاملة)، طبقا لما ورد في القرار الذي أصدره القاضي الإسباني، لن يجد أية عراقيل في طريقه إلى المغرب نظرا لأسباب النظام العام الدولي، بل وحتى في حالة تطبيق المحاكم المغربية لأسباب التطبيق الواردة بالقانون باعتبار تطبيقها أمرا ضروريا في حالة وجود مغربي (مسلم)، كما يمكن إقرار الحكم الإسباني، حيث إن القانون المغربي يمنح للزوجة حق طلب التطبيق بسبب الضرر.

يمكن القول كذلك، أنه ليست هناك ضرورة تستدعي أن يطبق القرار الإسباني القانون المغربي، ذلك أن الاتفاقية الثنائية حول الاعتراف بالقرارات لا تلزم مراقبة القاعدة الفاصلة بين قانونين متعارضين أو ضرورة تنفيذ القانون المطبق وليس أمرا ضروريا مراجعة مسطرة تذييل الحكم بالصيغة التنفيذية في جوهرها. في حين يعد أمرا ضروريا في حالة تقديم طلب التطبيق من طرف الزوجة، مراجعة مدى مطابقة سبب أو أسباب التطبيق لمقتضيات مدونة الأسرة التي تم تعديلها (المادة 128 من نفس القانون).

255 هناك مؤشرات كافية لنخلص إلى القول أن جنسية كلا الزوجين مغربية. وانطلاقا من هذا، واستنادا إلى الفصول 12.6 و 107 من القانون المدني) - (C. C.، يتوجب تنظيم الانفصال من طرف القانون المغربي، وهو الشيء الذي لم يتم تقديم دواعي في شأنه كما لم يشته أي واحد من الطرفين (المادة II. 12.6 من القانون المدني) الذي تم إلغاء مقتضياته بموجب القانون 1/2000 من قانون المسطرة المدنية والمادة 281.2 من هذا القانون). في ظل هذه الظروف هناك قاعدة متكررة في المجلس الأعلى مفادها أنه إذا لم يتم تقديم دواعي أو حجج بشأن تطبيق القانون الأجنبي يتوجب الاحتكام إلى مقتضيات القانون الإسباني (قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 15 مارس 1984 وقرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 7 شتنبر 1990 وقرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 13 دجنبر 2000 إلى جانب قرارات أخرى)، مثل مبدأ المحكمة هي المختصة في تحديد نوع القانون الواجب تطبيقه. رغم كون هذه الطريقة يمكن أن تجلب خطر ترك مسألة القانون المطبق رهينة باختيار الطرفين (حيث يمكن أن لا يرغب هذين الأخيرين بتطبيق مقتضيات القانون الأجنبي الذي تحدده القاعدة الفاصلة بين قانونين متعارضين، في حين يفضلان الاحتكام إلى قانون المحكمة هي المختصة في تحديد نوع القانون الواجب تطبيقه). حسب المحكمة الدستورية فإن قاعدة الاجتهاد القضائي، التي مفادها أنه في غياب إثبات حجية تطبيق القانون الأجنبي يتعين الاحتكام إلى القانون الإسباني، تراعي مضامين المادة 1.42 من الدستور الإسباني أكثر من مراعاتها الحل الذي يقضي برفض الدعوى. «نظرا لكون القانون الإسباني يتميز بإمكانية استبداله بقانون آخر قابل للتطبيق. كما يمكن للمحكمة الدستورية، في حالة إحالة القضية على المحاكم الخارج، إصدار قرار مؤسس ومعلل قانونيا الذي نصت عليه القاعدة الدستورية السالف الذكر» (قرار المحكمة الدستورية رقم: 551/2001، الصادر بتاريخ 2 يوليو، التعليقات القانونية، 5؛ كما يستفاد ذلك من خلال قرار المحكمة الدستورية رقم: 33/2002، الصادر بتاريخ 11 فبراير، التعليقات القانونية 6). من أجل توفير حماية قضائية للمصالح (المادة 24 من الدستور الإسباني)، لتفادي عدم الدفاع وسعيا لضمان المصالح العليا والأساسية للقاصر وحل القضية يتم المصادقة على حكم الانفصال الصادر عن قاضي المحكمة الابتدائية (وهو الإجراء الذي تؤيده القاعدة الفاصلة الإسبانية المعمول بها في حالة تعارض قانونين فقط الزوجين القيمين بإسبانيا، كما هو مضمن بمستندات الدعوى، يحملان جنسيتين مختلفتين، واستنادا إلى حيثيات القضية، يتعين من الألسب رفض الادعاء الذي تقدم به الزوجان معا نظرا لعدم تقديمهما دواعي وعدم إثباتهما حجية تطبيق القانون الأجنبي). وهو ما يسمح من جهة بالاستجابة على الطلب المقدم من طرف كلا الزوجين (الذين اتفقا على طلب الانفصال) وتنظيم توقيف معاشرتهم الزوجية وإمكانية عيش الزوجين بشكل منفصل (بحيث سيكون غير مجدي استمرار العشرة الزوجية بينهما الشيء، الذي يمثل إلحاقا بالضرر خصوصا بالنسبة للزوجة، التي كانت ضحية عدة اعتداءات، إذ يوجد حكم صادر في حق الزوج بصفته متسببا في إلحاق الضرر (الصفحتان 75-85)؛ ومن جهة أخرى، اتخاذ إجراءات وتدابير، دون تأخير، تتعلق بالآليات التي ترتبها المحكمة مناسبة واستعجاله لضمان مصلحة القاصر». (انظر حكم المحكمة الاستئناف ببرشلونة الصادر بتاريخ 30 أبريل 2002، ملف عدد: 1300/2000، بيان 1. كيتيوتيس إسكاميث الوارد بالمجلة الإسبانية للقانون الدولي، 2003، صفحات 414-424).

256 م. موي إسكوديرو و. د. زكري، «النظام الثنائي الجديد حول المساعدة القضائية الدولية والاعتراف بالقرارات وتنفيذها في المغرب»، المجلة الإسبانية للقانون الدولي، صفحة 2-1997، صفحة 369 وما يليها.

257 بخصوص المسطرة راجع الفصول 430-432 من قانون المسطرة المدنية.



يميل النص القانوني إلى النزعة الحالية السائدة بالقارة الأوروبية والمتمثلة في تطبيق التشريع الخاص - أو الإرادة المستقلة وقانون محل السكنى الاعتيادي - بخلاف الدول الأجنبية التي تمنع أو تضع عراقيل أمام التطبيق. هذا الموقف المعارض للتطبيق يوجد مضمنا في القواعد القانونية الفاصلة الأحادية الجانب (المادة 310- حاليا 309 - من القانون المدني الفرنسي) وفي البنود الإضافية للنظام العام (المادة 17.1 EGBGB الألماني أو المادة 61.3 LFDIP)<sup>251</sup> وفي القاعدة القانونية الثنائية الهولندية الفاصلة في حالة تعارض قانونين (المادة 1 (4) من القانون الصادر بتاريخ 25 مارس 1981) المتعلق بفسخ الزواج. وتشتمل هذه القاعدة الهولندية على عدة عناصر ذات نظام تراتبي. لكن العنصر الأول، المتمثل في الجنسية المشتركة، يمكن استبعاده من طرف الزوجين وتعويضه بالجنسية الهولندية<sup>252</sup>.

#### 4. صعوبات إقرار النطق بدون سبب بطلب من الزوجة (القانون الإسباني)

تبنى قانوننا الوطني النزعة المتمثلة في تطبيق مبدأ إسناد الاختصاص للمحكمة في تحديد القانون الواجب تطبيقه فيما يخص النزاعات الزوجية في وقت متأخر، من خلال تعديلا المادة 107 من القانون المدني بمقتضى القانون التنظيمي 11/2003، الصادر بتاريخ 29 شتنبر، المتعلق بالتدابير المتخذة في مجال أمن المواطنين والعنف الأسري والاندماج الاجتماعي للأجانب<sup>253</sup>. غير أن تطبيق ثانوي أو استثنائي للقانون الإسباني من طرف القاضي و/أو الزوجة أو الأزواج يجب أن يرتكز على استشارة قانونية جيدة تمكن من تفادي النتائج المترتبة عن إصدار قرار غير صائب وغير مجدي. إذا أمكن إصدار قرار أو حكم مقنع مبني على قاعدة قانون أجنبي، فهذا هو الحل الذي يجب الأخذ به وفقا للعنصر الأول للقاعدة القانونية الفاصلة بين قانونين متعارضين - وذلك ضمانا للاعتداد بالقرار الصادر في البلد الأصلي للزوجين (المغرب).

ليس هناك داعي يستوجب إصدار حكم غير صائب. ويمكن توضيح ذلك من خلال قرار محكمة الاستئناف بمديرد، الصادر بتاريخ 21 فبراير 2000 وقرار محكمة الاستئناف ببرشلونة الصادر بتاريخ 30 أبريل 2002<sup>254</sup>. ففي القرارين معا كان من الممكن تقديم طلب «تطبيق للضرر وسوء المعاملة» أمام المحكمة الابتدائية طبقا لما ينص عليه القانون المغربي (القانون الوطني المشترك) بدل تقديم طلب «الانفصال» وفق القانون الإسباني. غير أنه، تم طلب «انفصال» زوجين مغربيين وفقا لما ينص عليه القانون الإسباني، دون الاطلاع على مقتضيات المادة 107 من القانون المدني التي توجب تطبيق القانون المغربي (الذي لا يتضمن طريقة فسخ الزواج بواسطة الانفصال). ويزداد الأمر تعقيدا عند إحالة القضية على المحكمة الإقليمية التي توصلت إلى عدم تطبيق القانون الوطني المشترك، لكنها بقيت مكتوفة الأيدي أمام طلب «الانفصال» الذي لا يتضمنه القانون الوطني المشترك للزوجين.

251 حول البنود الخاصة للنظام العام المتعلقة بهذا الموضوع راجع: ب. لاغارد، «نظرية النظام العام الدولي إزاء تعدد الزوجات والطلاق. التجربة الفرنسية في المسارات الجديدة للقانون»، تكريم فرانسوا ريفو، بريلان، 1993، و«النظام العام» Int. Enc. Comp، ل. جزء III/11، توينيغا/دوردرش/بوسطن/لانكاستر، 1994، صفحة 279، وأ. كينيونيس إسكاميث، القانون والهجرة، نفس المصدر السابق، صفحة 55 وما يليها.  
252 بحث، يملك زوجان من جنسية مغربية في هولندا، بموجب القانون المشار إليه أعلاه، الحق في اختيار القانون الهولندي، متى كان الاختصاص للمحاكم الهولندية (أي إذا كان أحد الزوجين مقيما بهولندا لمدة لا تقل عن سنة، طبقا لما هو منصوص عليه في قانون الاتحاد الأوروبي أو بمقتضى المادة 814 من قانون المسطرة المدنية الذي تم تعديله سنة 1993).

253 نشرة الجريدة الرسمية رقم: 234، الصادرة بتاريخ 30 شتنبر 2003، صفحات 35404-35390 (انظر بيان كينيونيس إسكاميث، في المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص، 4-2003، صفحات 783-790).

254 يتم تقديم طلب «الانفصال» وليس التطبيق بالنسبة لمواطني مغربيين طبقا لمقتضيات القانون الإسباني في الوقت الذي يقضي فيه القانون المغربي بتطبيق الزوجين («تطبيق بسبب سوء المعاملة»). لقد بقيت المحكمة الإستئناف مكتوفة الأيدي و عاجزة أمام طلب الانفصال، فحتى لو تم تطبيق القانون الأجنبي فلا وجود للانفصال في القانون المغربي. ويعزى هذا الوضع إلى وجود ضعف الاستشارة القانونية في البداية. راجع قرار المحكمة الإقليمية بمديرد، الصادر بتاريخ 21 فبراير 2000، مستندات الدعوى عدد: 2000/111 وقرار المحكمة الإستئناف ببرشلونة، الصادر بتاريخ 60 أبريل 2000، مستندات الدعوى عدد: 2000/1088 وقرار المحكمة الإستئناف ببرشلونة، الصادر بتاريخ 30 أبريل 2002، ملف عدد: 1300/2000 وبيان أ. كينيونيس إسكاميث في المجلة الإسبانية للقانون الدولي (REDI)، 2003، صفحات 414-424.



ج) أو عند وضع حد للمساطر المتعلقة بالحالات المنصوص عليها في النقطة أ و ب لسبب من الأسباب»<sup>250</sup>.

لا تطبق القوانين السالفة الذكر على جميع الحالات والقضايا المتعلقة بالزواج. ويسوغ اللجوء إلى القانون رقم: 44/2001 بالنسبة لقضايا النفقة (حيث يمكن حصر الاختصاص للبت في القضية المعروضة على القاضي المختص في قضايا التطليق طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 5.2). و في غياب قانون قابل للتطبيق يجب العمل بما هو منصوص عليه في القانون الدولي الخاص المستقل. ويخول المادة 22 من القانون التنظيمي للمسطرة القضائية الاختصاص للمحاكم الإسبانية:

2. بصفة عامة، عندما يخضع الطرفان بشكل صريح أو ضمني لسلطة المحاكم الإسبانية وكذا عندما يكون المدعى عليه يتوفر على محل سكنه بإسبانيا.

3. في غياب المعايير السالفة الذكر و (...) بشأن العلاقات الشخصية والمالية بين الزوجين وبطلان العلاقة الزوجية والانفصال والتطليق، وعندما يملك كلا الزوجان محلا للإقامة الاعتيادي بإسبانيا خلال الفترة التي يتم فيها تقديم الدعوى أو أن يكون المدعي إسباني الجنسية أو يتوفر على محل إقامة اعتيادي بإسبانيا. وكذا عندما يكون الزوجان معا حاملان للجنسية الإسبانية أينما كان محل إقامتهما عند تقديمهما لطلب باتفاق مشترك أو تقديم أحد الزوجين لطلبه بموافقة الآخر. فيما يخص قضايا النفقة عندما يكون مستحق هذه الأخيرة يتوفر على محل إقامة اعتيادي بالتراب الإسباني (...).

يخصوص القانون المطبق، وبموجب الاختصاص المخول للمحاكم الإسبانية (التي قليلا ما يسقط عنها هذا الاختصاص)، فإن القاعدة الفاصلة في حالة تعارض النظامين المنصوص عليها في المادة 107 من القانون المدني الإسباني من جملة ما تنص عليه هناك تطبيق القانون الوطني المشترك بين الزوجين. إذا كان الزواج مبرما بين مواطنين مغربيين مقيمين بإسبانيا يمكن أن يتم مبدئيا تطبيق القانون المغربي، وفي هذا الصدد يمكن أن يؤدي ذلك إلى طرح إمكانية تطبيق القاعدة الاستثنائية للنظام العام، ليس لكونها مقتضى عاما ولكن استنادا إلى المقتضى الإضافي المنصوص عليه في المادة 107.2، الذي ينص على ما يلي:

« يخضع تنظيم الانفصال والتطليق لأحكام التشريع الوطني المشترك بين الزوجين خلال الفترة التي يتم فيها تقديم الدعوى؛ وفي حالة حملهما لنفس الجنسية، يخضع ذلك لقانون محل الإقامة الاعتيادي المشترك بينهما خلال نفس الفترة، وفي حالة تعذر هذا الشرط، يطبق قانون آخر محل الإقامة اعتيادي مشترك بين الزوجين إذا كان أحدهما يقيم بشكل اعتيادي في ذلك البلد». وفي جميع الحالات، يطبق القانون الإسباني عندما تكون جنسية أحد الزوجين إسبانية أو في حالة إقامة واحد منها بشكل اعتيادي في إسبانيا: إذا لم يتم تطبيق أي قانون من القوانين السالفة الذكر. إذا تم تقديم الدعوى أمام المحكمة الإسبانية من طرف الزوجين معا أو من طرف أحدهما بموافقة الآخر. إذا كانت القوانين المشار إليها في النقطة الأولى من هذه الفقرة لا تقر بالانفصال أو التطليق أو تنظمه بشكل تهميشي أو مخالف للنظام العام.

250 فيما يخص الإجراءات والتدابير المؤقتة والاحتياطية، ينص الماد 20 على ما يلي:

1. في الحالات الاستعجالية، لا تمنع مقتضيات هذا القانون الهيئات القضائية للدولة العضو في الاتحاد الأوروبي من اتخاذ الإجراءات والتدابير المؤقتة والاحتياطية المنصوص عليها في تشريعها الوطني فيما يتعلق بالأشخاص أو الممتلكات المتواجدة بتلك الدولة العضو، بل وحتى عندما يكون الاختصاص مخولا لهيئة قضائية لدولة عضو أخرى للنظر في القضية طبقا لما هو منصوص عليه في القانون السالف الذكر.

2. ينتهي سريان مفعول الإجراءات المتخذة المنصوص عليها في الفقرة 1 عندما تكون الهيئة القضائية للدولة العضو في الاتحاد الأوروبي المختصة بموجب القانون المشار إليه أنفا في النظر في القضية قد قامت باتخاذ التدابير المناسبة.

إن المعيار الأساسي لتحديد الاختصاص هو محل الإقامة الاعتيادي للقاصر خلال الفترة التي يتم فيها تقديم الدعوى أمام الهيئة القضائية (المادة 8)<sup>247</sup>. ويستند النص القانوني بصفة عامة على المصلحة العليا للقاصر وعلى مبدأ القرب<sup>248</sup>. إن محل الإقامة الاعتيادي هو مفهوم منحصر على القانون الدولي الخاص. ويعكس واقعاً ملموساً الذي يتوافق مع الوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه الشخص. ولكي يتم تحديد محل الإقامة الاعتيادي للقاصر يجب الاستناد إلى مبدأ اندماج هذا الأخير في الوسط الاجتماعي وروابطه الأسرية والاجتماعية والتعليمية وفق عنصر الزمن وإذا أمكن استناداً إلى إرادته الشخصية. ولا يخضع تحديد محل الإقامة الاعتيادي للمفهوم القانوني لمحل المخاطرة للقاصر أو لوالديه أو للمكلفين بحضنته<sup>249</sup>.

ينص الاختصاص القانوني المحدد في المادة 8 على ما يلي:

«1. يوكل الاختصاص للهيئات القضائية المتواجدة ببلد عضو بالاتحاد الأوروبي في القضايا المتعلقة بالمسؤولية الأبوية بخصوص قاصر يوجد مقر إقامته الاعتيادي بهذا البلد العضو خلال الفترة التي يتم تقديم الدعوى فيها أمام الهيئة القضائية».

يمكن تمديد الاختصاص القانوني ليشمل:

«1. الهيئات القضائية للدولة العضو المختصة طبقاً لمقتضيات المادة 3 بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالتطبيق والانفصال عن طريق المحكمة وانحلال ميثاق الزوجية، التي يوكل إليها كذلك اختصاص البت في القضايا المتعلقة بالمسؤولية الأبوية التي لها صلة بالدعاوى السالفة الذكر.

أ) عندما تكون المسؤولية الأبوية ممارسة من طرف أحد الزوجين على الأقل.  
ب) أو عندما يكون اختصاص الهيئات القضائية السالفة الذكر قد وافق عليه الزوجان صراحة أو بأي كيفية لا ليس فيها أو وافق عليه أصحاب المسؤولية الأبوية خلال الفترة التي يقومون فيها بتقديم الدعوى أمام الهيئة القضائية بحيث تراعى فيه المصلحة العليا للقاصر.

2) تنتهي صلاحية الاختصاص الممارس وفق الفقرة 1:

أ) عندما يصدر قرار نهائي يقضي بقبول أو رفض دعوى التطبيق والانفصال عن طريق المحكمة وبتلّان العلاقة الزوجية.  
ب) أو عندما يصدر قرار نهائي بشأن المسؤولية الأبوية في إحدى الحالات المشار إليها في النقطة أ) يكون جارياً فيها سير مساطر في موضوع المسؤولية الأبوية.

247 مستوحى من المادة 5 من اتفاقية لاهاي لسنة 1996 التي تؤيد مبدأ محل الإقامة لتجنب تعارض المصالح مع السلطات الوطنية الموقعة لاتفاقية لاهاي لسنة 1961.

248 كما يشير إلى ذلك تعليقه رقم 12: «إن القواعد القانونية للاختصاص المنصوص عليها في هذا القانون فيما يخص المسؤولية الأبوية تم تحديدها بمراعاة المصلحة العليا للقاصر وخاصة بحسب معيار القرب. ويعني ذلك، أن الهيئات القضائية للدولة العضو في الاتحاد الأوروبي التي يوجد فيها محل الإقامة الاعتيادي للقاصر هي التي يوكل إليها الاختصاص، ما عدا في حالة حدوث تغيير في محل الإقامة للقاصر أو في حالة اتفاق ميرم بين أصحاب المسؤولية الأبوية».

249 بخصوص وجود تقارب بين محل السكني ومحل الإقامة الاعتيادي راجع في هذا الصدد ب. أنسيل و د. مويراوط، نفس المصدر السابق، بيان 4، صفحة 814.

القانون الإنجليزي والاسكتلندي والهولندي «أبناء الأسرة»- لضمان المساواة بين جميع الأطفال بغض النظر عن الوسط العائلي الذي تربوا فيه<sup>244</sup>.

إن القانون الجديد يتضمن جميع الأطفال وجميع النزاعات المتعلقة بهم، بما في ذلك النزاعات المترتبة عن التطبيق التي لا يتضمنها القانون السالف الذكر. ويعتبر هذا التوسيع الذي جاء به القانون الجديد تقدماً مهماً مقارنة مع القانون السابق. يمكن الاطلاع في هذا الصدد على القرار الصادر عن المحكمة الإقليمية بتينيريفي بتاريخ 1 يونيو 2004، الذي يشير إلى كون القانون الجديد رقم: 2201/2003 قد دعم وعزز الحل الذي جاء به القانون الجاري به العمل رقم: 1347/2000 لأحد النزاعات المترتبة عن التطلاق<sup>245</sup>. تعتبر الاستثناءات ذات أهمية كبرى التي يتجلى سبب وجودها في تعقد القضايا وتشعبها أو بوجود وسائل دولية (المادة 1.3). وهي الحالة التي تنطبق على الالتزامات المتعلقة بالنفقة التي سيظل تنظيمها خاضعاً للقانون<sup>246</sup> 44/2001. يحدد المادة 3 من القانون 2201/2003 معايير الاختصاص في قضايا التطلاق والانفصال عن طريق المحكمة وبطلان العلاقة الزوجية الآتي ذكرها:

« 1. في الحالات المتعلقة بالتطلاق والانفصال عن طريق المحكمة وانحلال ميثاق الزوجية فإن الاختصاص يؤول للهيئات القضائية للدولة العضو في الاتحاد الأوروبي:

- أ) التي يوجد في دائرتها الترابية:
- محل الإقامة الاعتيادي للزوجين.
- أو محل الإقامة الاعتيادي الأخير للزوجين ما دام أحدهما يقيم هناك.
- محل الإقامة الاعتيادي للمدعى عليه.
- أو في حالة تقديم دعوى بشكل مشترك، محل الإقامة الاعتيادي لأحد الزوجين.
- أو محل الإقامة الاعتيادي للمدعى إذا كان قد أقام ثمة لمدة لا تقل عن سنة قبل تقديم الدعوى.
- أو محل الإقامة الاعتيادي للمدعى في حالة إقامته ثمة لمدة لا تقل عن ستة أشهر قبل تقديم الدعوى وأن يكون أحد مواطني البلد العضو في الاتحاد، أو أن يكون له محل سكنى ثمة بالنسبة لبريطانيا أو أيرلندا».
- ب) المتواجدة ببلد الجنسية لكلا الزوجين (أو بالنسبة لبريطانيا وأيرلندا المتواجدة بمحل السكنى المشترك)».

فيما يخص المسؤولية الأبوية فقد استوحى القانون الجديد أحكامه ومقتضياته من الاتفاقية المبرمة خلال مؤتمر لاهاي المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق وإقرار وتنفيذ والتعاون في مجال المسؤولية الأبوية والإجراءات والتدابير الخاصة بتوفير الحماية للأطفال، الموقع بتاريخ 91 أكتوبر 6991 التي كان لزوماً عليه أخذها بعين الاعتبار.

---

244 يوجد مضمناً هذا الهدف بالتعليل رقم 5 من ديباجة القانون «من أجل ضمان المساواة بين جميع الأبناء»، يطبق هذا القانون على جميع القرارات المتعلقة بالمسؤولية الأبوية، بما فيها الإجراءات والتدابير المرتبطة بتوفير الحماية للقاصرين، بغض النظر عن ارتباط هذه القرارات أم لا بمسطرة متعلقة بقضايا الزواج».

245 الاجتهاد القضائي 2004/198314 راجع البيان المنشور في المجلة الإسبانية للقانون الدولي، 1-2005، صفحات 364-368. اهدت المحكمة إلى كون القضية لا تدخل في النطاق المؤقت للتطبيق، ولكن تبرر التفسير القديم لتلك الفصول من أجل تدعيم القانون المعمول به. إلا أنه ومع ذلك لم يتم التحقق من كون القانون السابق رقم: 1347/2000 لا يتضمن النزاعات المترتبة عن التطلاق المتعلقة بالمسؤولية الأبوية.

246 لا يتضمن القانون رقم: 2201/2003 موضوع النفقة حسب ما يستفاد من التعليل رقم 9: «إن التدابير المتعلقة بأموال القاصر التي لا تندرج في إطار توفير الحماية له يجب أن تظل خاضعة لأحكام القانون 44/2001 الصادر عن مجلس الاتحاد الأوروبي بتاريخ 22 دجنبر 2000، المتعلق بالاختصاص القضائي وإقرار وتنفيذ القرارات القضائية في القضايا المدنية والتجارية» وكذا في التعليل رقم 11: «إن التكاليف المتعلقة بالنفقة بما أنها يتم تنظيمها طبقاً لمقتضيات القانون 44/2001 فهي مستثناة من مجال تطبيق هذا القانون. وتتمتع الهيئات القضائية المختصة بمقتضى هذا القانون وبصفة عامة بالاختصاص فيما يتعلق بإصدار في قضايا النفقة تطبيقاً للمقتضيات الفقرة 2 من المادة 5 من قانون 44/2001».

تحقيق ذلك، سيسود في النصوص القانونية الجاري بها العمل وتلك التي سيتم إصدارها لاحقاً مبدأ تفصيل محل الإقامة الاعتيادي وفي بعض الحالات مبدأ الإرادة المستقلة على مبدأ الجنسية المشتركة التي لازالت تحظى بمكانة متميزة في الأنظمة الداخلية والمستقلة لبعض الدول الأعضاء في الاتحاد كإسبانيا (المادة 9 من القانون المدني)<sup>242</sup>.

### 3. المساواة بين الزوجين عند فسخ الزواج: الاختصاص القضائي والقانون المطبق

ينص القانون الإسباني علي أن فسخ العلاقة الزوجية في إسبانيا يجب أن يتم بموجب قرار صادر عن المحاكم الإسبانية. عندما يتعلق الأمر بزواج دولي، فإن الاختصاص للبت في القضية يؤول للقاضي الإسباني استناداً إلى قانون بروكسيل مكرر (2003/2201) وبدرجة ثانية بمقتضى القانون التنظيمي للسلطة القضائية. وقد وسع قانون CE 1347/2000 في وقت سابق، فيما يخص الزواج والمسؤولية الأبوية، الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 1 مارس 2001، من إمكانيات اللجوء إلى المحاكم الإسبانية لإيقاع التطبيق<sup>243</sup>: وقام بإدخال قاعدة قانونية، استناداً إلى قاعدة محل الإقامة الاعتيادي لمدة سنة واحدة على الأقل بالنسبة للمدعي، التي يمكن أن تقتلص إلى ستة أشهر إذا كان المدعي مواطناً من نفس الدولة. وعلى غرار قانون 1347/2000، فإن القانون الحالي 2201/2003 الذي نسخ الأول، يتيح للمرأة المغربية أو الإسبانية المتزوجة من مغربي (إذا استوفيتا بعض شروط الإقامة) اللجوء إلى المحاكم الإسبانية لإيقاع التطبيق. هذه القاعدة القانونية لا تنجم عن الفصول 22.2 و3 من القانون التنظيمي للسلطة القضائية (1985) ولا يعتمد كذلك نظامنا القانوني على محاكم تسيء استعمال السلطة أو ذات امتيازات من حيث جنسيتها- كما هو الشأن بالنسبة للفصلين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي أو المادة 32 من القانون الإيطالي الخاص بالقانون الدولي الخاص لسنة 1995- والتي تسمح، باعتبارها محاكم ضرورية، على الزوجة الإسبانية اللجوء إلى المحاكم من أجل إيقاع التطبيق عندما لا يتم استيفاء أي شرط آخر متعلق بالإقامة.

إن السبب الأساسي الذي كان وراء إصدار قانون 2201/2003 هو توسيع دائرة تطبيق القانون 1347/2000 الذي حل محله. ولكن لم يأت بمستجدات تهتم كافة المجالات الأخرى. فيما يخص موضوع الزواج ينص قانون الاتحاد الأوروبي على فسخ وفتور الزواج فقط. هكذا فقد ضاعت، لدى القيام بمراجعة النص القانوني، فرصة إقحام النتائج المالية المترتبة عن الأزمات الزوجية. وبالمقابل، وفيما يخص المسؤولية الأبوية يوسع القانون الجديد مجال تطبيق النص القانوني السالف الذكر عبر إدخاله لقواعد قانونية جديدة. يعتبر القانون 1347/2000 قابلاً للتطبيق فقط على أبناء زوجين نشب بينهما خلاف اللذان يقومان بمباشرة مسطرة فسخ الزواج أو وضع حد نهائي للعلاقة الزوجية. يمنح القانون الجديد للدعاوي المتعلقة بالمسؤولية الأبوية طابعاً استقلالياً فيما يخص موضوع الزواج.

يتم تطبيق القانون بغض النظر عن طبيعة الهيئة القضائية في القضايا المتعلقة بمنح وممارسة وتفويض وحصر أو انتهاء المسؤولية الأبوية (المادة 1.1.ب). إن مفهوم «المسؤولية الأبوية له تعريف فضفاض، فهي عبارة عن مجموعة من الحقوق والالتزامات الممنوحة لصاحب المسؤولية الأبوية في علاقة مع الشخص أو ممتلكات الطفل (المادة 2.7). هناك بعض المشاكل التي قد تطرح عند وصف كل ما يطلق عليه اسم «القضايا المدنية» وسيتم شرحها بانتظام من طرف محكمة العدل. يتم على سبيل التوضيح تقديم لائحة غير مطولة حول القضايا المضمنة (المادة 1.2). ويشمل القانون الجديد جميع الأطفال من ثمرة علاقة زوجية والأطفال ثمرة علاقة غير شرعية وكذا الأطفال الذين تم إنجابهم من علاقات زوجية سابقة. وهو ما يصطلح عليه في

242 المرجع نفسه.

243 سبق وأن تعرضنا لهذه النقطة في بحثنا تحت عنوان «القانون والهجرة: الطلاق الإسلامي بأوروبا»، مؤسسة لا كايشا، جائزة روجيلو دو كاسطيليا (1999)، برشلونة، 2000، صفحة 91 وما يليها.

غير أنه، من المتوقع في المستقبل القريب أن تعمم سيادة القانون الدولي الخاص المشترك على القانون المطبق لتشمل مجالات أخرى من قانون الأسرة والإرث<sup>236</sup>، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المطبق على التطبيق<sup>237</sup>. وقد أبدى وزراء العدل لدول الاتحاد الأوربي وجهات نظرهم بخصوص مقترحات قانون روما 3 المتعلق بالتطبيق، خلال الاتفاقية الأخيرة للمجلس المبرمة بتاريخ 19 أبريل 2007، مانحين أهمية كبرى للاختيار المقترح من قبل أعضاء هيئة المحكمة والقانون المطبق<sup>238</sup>.

يتم إعطاء الأولوية في المجالات التي يشملها قانون الاتحاد الأوربي إلى النصوص الأوربية (بغض النظر عن الجنسية) التي تنظم الاختصاص والقانون المطبق على التطبيق وأثاره التي تهم المهاجرين (المغاربة) المقيمين بأوروبا. ويمكن أن يلعب عنصر محل الإقامة الاعتيادي أو الإرادة المستقلة دورا أساسيا ومهما. بالرغم من أنه سيتم تقديم مبدأ النظام العام على مبدأ الإرادة المستقلة مثل ما يحدث حاليا مع مبدأ الجنسية. ولا يبدو أن هناك حلا نهائيا في المجال الذي نحن بصدد دراسته كما أشرنا إلى ذلك في بحوث سابقة<sup>239</sup>. لقد أصبح الاتحاد الأوربي كذلك ابتداء من 3 أبريل 2007 عضوا رسميا في مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، لذلك فمن المتوقع المصادقة على النصوص القانونية التي توجد قيد الدرس ودخولها حيز التنفيذ، كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية لاهاي المبرمة بتاريخ 19 أكتوبر 1996 حول الاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتعاون في مجال حماية القاصرين<sup>240</sup>، التي كان المغرب أول الموقعين عليها ويتمتع بالعضوية فيها. وينظم النص القانوني السالف الذكر الآثار القانونية المترتبة على الأبناء ضحايا الخلافات الزوجية وكذا حالات الترحيل الغير الشرعي للقاصر وهي التي يمكن اعتبارها بمثابة تكملة للاتفاقية الثنائية الإسبانية المغربية (1997) حول المساعدة القضائية والاعتراف بالقرارات القضائية و تنفيذها في مجال قانون الحضانة وقانون الزيارة وإعادة القاصرين<sup>241</sup>.

في هذا الإطار، يتلاقى قانون الاتحاد الأوربي مع قانون بروكسيل II مكرر وقانون روما III، ويظهر جليا تأثر اتفاقية لاهاي المبرمة سنة 1996، حول توفير الحماية للقاصرين وإمكانية إبرام اتفاقيات جديدة في هذا الموضوع مع بلد ثالث (المغرب) بقانون الاتحاد الأوربي مع مراعاة استمرار سريان مفعول النصوص القانونية الموجود سابقا. وهو الحال بالنسبة للاتفاقية الثنائية الإسبانية- المغربية السالفة الذكر التي، رغم ذلك، يمكن أن تستبدل باتفاقية لاهاي 1996. فكلالهما يتطرقان لقضايا حساسة كالحضانة واختلاس الأموال على الصعيد العالمي، التي عادة ولسوء الحظ ما تبرز في إطار النزاعات الزوجية أو على هامشها. في حالة

236 في هذا السياق، ينبغي التذكير بأنه تم خلال سنة 2005 نشر مقترح القانون المتعلق بالاختصاص والقانون المطبق والقرارات وتنفيذها في مجال التزامات النفقة 649 (COM (2005) الأخرى). وكذلك، نشر مبادرتين للجنة الأوروبية بتاريخ 17 يوليوز 2006، الرامية إلى إدخال قواعد القانون الدولي الخاص في مجال القانون المطبق على التطبيق وفي مجال تنظيم أنظمة الزواج على التوالي. وتناقش المبادرة المتعلقة بالقانون المطبق على التطبيق، في كتاب أخضر مقدم بتاريخ مارس 2005 (COM (2005) 82). وتراجع القانون الجاري به العمل رقم 2201/2003 أو قانون بروكسيل II مكرر، مضيئة قواعد فاصلة بين قانونين في حالة تعارضهما مشتركة بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي. وأصدرت المبادرة الثانية التي تهم مجال تنظيم أنظمة الزواج كتابا أخضرا (COM (2006) 400 الأخير) مع إجراء استشارة عمومية الرامية إلى الحصول على مقترح قانون يتضمن قواعد القانون الدولي. وفي ميدان التركات والوصايا، تم إعطاء الانطلاقة لإجراء استشارة عمومية داخل نطاق دول الاتحاد الأوربي من خلال إصدار كتاب أخضر (COM (2005) 65) الأخير، سبقته دراسة قانونية عهد بإجرائها إلى المعهد التوثيقي الألماني Deutsches Notar institut وأعدده دورنير ولاغارد (2002). وقد شهدت هذه الاستشارة تقديم حوالي 100 مساهمة، وحاليا يوجد مقترح القانون قيد الإنجاز الذي من الممكن أن يتم نشره خلال هذه السنة.

237 مقترح القانون المقدم من طرف مجلس الاتحاد الأوربي الذي يتم بموجبه تعديل القانون (CE) رقم: 2201/2003 فيما يتعلق بالاختصاص، كما سيتم بموجبه إدخال قواعد متعلقة بالقانون المطبق في مجال الزواج، COM (2006) 17/7/2006، 399 الأخير.

238 المرجع: مجلس الاتحاد الأوربي، بلاغ صادر بتاريخ 19 أبريل 2007.

239 أ. كينوتيس إيسكاميث، القانون والهجرة: الطلاق الإسلامي في أوروبا، جائزة: 1999، مؤسسة لا كاشا، 2000، صفحات 32-40 و 176-178، "تلقي مدونة الأسرة المغربية الجديدة في أوروبا (مدونة 2004، مجلة القانون الدولي الخاص والمسئوري، 3-2004 الصفحتين: 898-899، أو في "إسبانيا، القانون التنظيمي 2003/11، الصادر بتاريخ 29 شتنبر 2003...". المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص، 2003، صفحات: 783-790.

240 دخل حيز التنفيذ سنة 2002

[http://hcch.e-vision.nl/index\\_fr.php?act=conventions.text&cid=70](http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.text&cid=70)

241 اتفاقية موقعة بين المملكة الإسبانية والمملكة المغربية حول المساعدة القضائية والاعتراف بالقرارات القضائية وتنفيذها في مجال حق الحضانة وحق الزيارة وإعادة القاصرين، مبرمة بملرد بتاريخ 30 ماي 1997 (نشرة الجريدة الرسمية عدد: 150، الصادرة بتاريخ 24 يونيو 1977.

التي منحها نظامنا القانوني لعنصر الجنسية فيما يخص الفرد والأسرة. لكن هذا الطرح لا يسلم من وجود استثناءات كثيرة إذا رجعنا إلى الإصلاحات التشريعية الجديدة (راجع المادة الفاصلة بين قانونين في حالة تعارضهما المنصوص عليها في المادة 107 من القانون المدني) المتعلقة بالتطبيق<sup>232</sup>، وإلى مبدأ منح الأفضلية الجنسية المحكمة في الحالات التي يكون فيه الشخص حاملاً لجنسيتين (المادة 9.10 من القانون المدني)، وإلى اعتماد مبدأ المحكمة هي المختصة في تحديد نوع القانون الواجب تطبيقه في جميع الدوائر القضائية، عكس المؤسسات الأخرى (الإشارة إلى وجود النقص واعتماد مضمون القانون الأجنبي أو غياب التطابق أو وجود تعارض مع النظام العام).

نستند كذلك على جملة من الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي أبرمتها إسبانيا، خصوصاً الاتفاقية المبرمة خلال انعقاد مؤتمر لاهاي التي يفضل سريان مفعولها على نطاق واسع، عوضت قواعد القانون الدولي الخاص المضمنة بالباب التمهيدي من القانون المدني السالف الذكر والتي ترجح الأخذ بعنصر الإقامة الاعتيادي. في هذا الصدد، تعتبر اتفاقية لاهاي، الصادرة بتاريخ 2 أكتوبر 1973، المتعلقة بالقانون المطبق على النفقة<sup>233</sup>، ذات أهمية كبرى.

هذا التطور المتمثل في تفضيل مقر الإقامة الاعتيادي على حساب عنصر الجنسية تم تعميمه على مستوى القانون الدولي الخاص للدول الأوروبية، لذلك فتطبيقه لا يقتصر فقط على القانون الإسباني، نظراً للاختلافات الثقافية والوثيرة المضطربة للاستقرار السكاني، فقد أثار طابع الاستقرار والتجمع العائلي لأولئك الذين كانوا «مهاجرين» جدلاً حول مدى ملائمة الاستمرار في تطبيق التشريع الوطني فيما يخص العلاقات بين الأشخاص والعلاقات الأسرية للمهاجرين الأجانب المقيمين في التراب الأوروبي.

وتؤيد مختلف وجهات نظر مذاهب فقه القانون والتطورات التشريعية الحديثة مبدأ الأخذ بقانون المحكمة هي المختصة في تحديد القانون الواجب تطبيقه، وتدعو إلى تقليص إمكانيات تطبيق القانون الأجنبي (وهو ما ينسحب كذلك على قانون الأسرة المغربي). وكدليل على تقديم قانون بلد محل الإقامة الاعتيادي في التدوينات القانونية الأخيرة للدول الأوروبية، المادة 48 من القانون الدولي الخاص البلجيكي (2004)، الذي يتبنى التراتبية التي جاء بها ج. كيغل بتقديمه لمبدأ الإقامة على مبدأ الجنسية فيما يتعلق بتنظيم الآثار المترتبة عن الزواج<sup>234</sup>.

على الصعيد الأوروبي تمت المصادقة كذلك على تقديم مبدأ الإقامة (وكذا اعتماد الإرادة المستقلة) على حساب مبدأ الجنسية. ينبغي التذكير قبل كل شيء، أنه بعد دخول معاهدة أمستردام (1997) حيز التنفيذ سنة 1999، فإن القانون الدولي الخاص المشترك بدأ شيئاً فشيئاً يحظى بالأهمية في مجال قانون المسطرة المدنية الدولي للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. كما يلاحظ أن مجال الاختصاص القضائي قد تأثر بالقوانين التالية: 44/2001 أو بروكسيل I (النفقة) 1347/2000 أو بروكسيل II، و 2201/2003 أو بروكسيل II مكرر (التطبيق ومسؤولية الأب)<sup>235</sup>. يتعلق الأمر بنصوص تنظم قضايا قانون المسطرة الدولي حيث تكتسي الإقامة الاعتيادية (أو محل السكنى) أهمية كبرى بفعل تسهيلها للدخول إلى القضاء.

232 أ. كينيونيس إسكاميث، «القانون المطبق على الطلاق في إسبانيا (القانون التنظيمي 11/2003، الصادر بتاريخ 29 شتنبر 2003، المتعلق بالإجراءات العملية في ميدان الأمن العمومي والعنف الأسري والاندماج الاجتماعي للأجانب، المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص، 4-2003، صفحات 783-790. 233 نشرة الجريدة الرسمية عدد 222، الصادرة بتاريخ 16 شتنبر 1986.

234 الماد 48 من القانون البلجيكي المحدث للقانون الدولي الخاص الصادر بتاريخ 16 يوليوز 2004، تعليق ج. ي. كارليبير المنشور بالمجلة النقدية للقانون الدولي الخاص، 2005، صفحة 22.

235 قانون 2201/2003 يحل محل قانون 1347/2000. يمكن الاطلاع على المضمون الكامل لهذه النصوص في الموقع الإلكتروني «للشبكة القضائية الأوروبية». كما توجد مجموعة من النصوص مرفقة بتعليق في كتاب من إعداد وتنسيق كينيونيس/أورطونيو/كالفو، يحمل عنوان: النزاعات الزوجية: حماية القاصر على الصعيد الأوروبي (أيام التعاون القضائي الأوروبي المنظمة أيام 25-27 أكتوبر 2004). القانون، مدريد، 2005. حول النزاعات الزوجية بإسبانيا، بحوث ر. أربناس غارثيا، النزاعات الزوجية الدولية، جامعة سانتياغو دي كومبوستيلا، 2004. ج.س. إيسيلوغيس موطا، التطبيق الدولي: الاجتهاد القضائي، القانون المطبق والاعتراف بالقرارات وتنفيذها، تيرانو بلاش، فالنسيا، 2003.



من ذلك، أن المواليين من أم مغربية، بالرغم من زواج هذه الأخيرة من أجنبي، يمكن اعتبارهم مواطنين مغاربة وتسري عليهم في هذا البلد أحكام مدونة الأحوال الشخصية والأسرة و الإرث المنظمة للقانون السالف الذكر. إلا أنه وبالرغم من إمكانية تطبيق قانون الأسرة المغربي (2004) على المواطنين المغاربة المقيمين بإسبانيا؛ وكذلك على أبنائهم وعلى أسرهم- بغض النظر عن إقامتهم وجنسياتهم الأخرى- لا تتم المطالبة بتنفيذ مقتضياته وتطبيقه خارج المغرب. كما أنه لا شيء يضمن المطالبة بتنفيذ أحكام هذا القانون أو بتطبيقها من طرف السلطات الأجنبية أو أمام محكمة غير مغربية.

ويفسر ذلك بكون قانون الأسرة الدولي الخاص بالنسبة للأنظمة ذات المرجعية الدينية لا يركز على نفس القواعد التي تستند عليها الأنظمة ذات المرجعية غير دينية. ففي النظام الذي يستند إلى مرجعية دينية تعطى الأولوية عند منح الجنسية بحسب الانتماء الديني. ويتجلى الهدف من وراء ذلك إلى استمرار سريان مفعول القواعد الدينية على المواطنين رغم إقامتهم بالخارج. ولكن بالنسبة لنظام علماني مثل النموذج الإسباني فإن الاختصاص الدولي للمحاكم ولللقانون المطبق على النزاع يختلفان ليس بحسب الخطوات المتبعة أو بحسب الانتماء الديني، بل بحسب العلاقات القانونية التي يمكن أن تكون مرتكزة على الجنسية ومحل السكنى ومحل الإقامة الاعتيادي والإرادة المستقلة.

يتعين التوقف قليلا عند هذه النقطة. ففي القانون الدولي الخاص لنظام غير عقائدي تمثل القواعد الفاصلة بين قانونين متعارضين بوابة الدخول إلى القانون الأجنبي؛ ومن تم بوابة النفاذ إلى القواعد الدينية التي يتضمنها. فالدين لا يمثل رابطة وصل، إذ لا يعني أن يكون الشخص مسلما (أو مغربيا) لكي يتم بشكل تلقائي خضوعه لأحكام ومقتضيات «مدونة الأحوال الشخصية» المعمول بها في المغرب، ولا كذلك أن يكون الزوجان مسلمان أجنبيان. فيما يلي نقدم مثلا يساعد على توضيح هذه النقطة بكمية مختصرة: في إسبانيا لا يتم تنظيم فسخ الزواج المبرم بين مغربي وجزائري مقيمين بهذا البلد باعتماد القانون الإسلامي المعمول به في كلا البلدين (الشرعية الإسلامية) ولا يتم كذلك المادة في ذلك باختيار مدونة الأسرة المغربية أو الجزائرية<sup>229</sup> نظرا لكونهما يندرجان في إطار نظام إسلامي واحد<sup>230</sup>.

وفي جميع الحالات تطبق السلطات الإسبانية قانون الأسرة المغربي الجديد (2004) وفق مقتضيات النظام القانوني الإسباني. ويعتبر المسار الضروري لاعتماد القانون الأجنبي هي مطابقة أحكامه لقواعد القانون الدولي الخاص الواردة أساسا في الباب التمهيدي من القانون المدني الإسباني.

## 2. محل الإقامة الاعتيادي وإضفاء الصبغة المشتركة على القانون الدولي الخاص

حاليا تتمثل النزعة السائدة في القانون الدولي الخاص في الدول الأوروبية في تراجع اعتماد مبدأ الجنسية والتوجه نحو تبني مبدأ محل الإقامة الاعتيادي<sup>231</sup>. هناك عدة أسباب تساعد على تفسير هذا التراجع عن اعتماد الجنسية، نذكر من بينها اثنتان في هذا الصدد: من جهة، وجود أعداد كبيرة من المهاجرين المقيمين بأوروبا، ومن جهة أخرى، هناك عمليات إدماج المهاجرين على المستوى الجهوي التي تجعل الشكوك تحوم حول وجود معاملة تمييزية بخصوص عنصر الجنسية.

عند القيام بقرأة سريعة لمضمون مقتضيات المادة 9 من القانون المدني ذو المعنى العام يمكن أن يفهم أن هناك العديد من الحالات التي يتوجب فيها تطبيق القانون الأجنبي (المغربي)، نظرا للأولوية التقليدية

229 مثلا تلك المبينة على العنصر المحايدة للجنسية المتزامنة مع آخر إقامة مشتركة أو -رغم كونها تمييزية- القانون الوطني للزوج مثلما هو الحال بالنسبة للقانون الجزائري.

230 سبق وأن تطرقنا لهذا الجانب في أعمال سابقة، القانون والهجرة: الطلاق الإسلامي في أوروبا، مؤسسة «لا كاشا»، سلسلة: جوائز دوووكاسيا، برشلونة، 2000، صفحات 32-56، وخاصة الصفحات 28-29 و 173-175.

231 مؤرخا دعا إلى تعميمها م. أوتر إينين، في كتابه «حقوق الأشخاص و حقوق الإنسان: تطابق أم تعارض؟»، المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص، 2006-4، صفحات 743-775.



الزوجات والطلاق في الحالات ذات الصبغة الدولية. هذه التشريعات الخاصة تتماشى مع روح الإصلاح (الذي يحاول تقليص نسبة تعدد الزوجات و الطلاق) وستمكن من تفادي حالات يستعصي حلها (بالنسبة للأشخاص الغير مقيمين) وستسهل الاطلاع المتبادل على القواعد القانونية والقرارات. في يومنا هذا، من المؤكد أن قانون الأسرة المغربي الجديد (2004) يحدد بشكل أحادي نطاق تطبيقه في الحيز المكاني ويتأتمى له ذلك من خلال قاعدة قانونية فاصلة بين قانونين في حالة تعارضهما، أحادية الجانب أو شمولية، تعطي أهمية كبيرة لمقتضياته القانونية في النزاعات المتعلقة بالشخص وبالعائلة مع شخص أجنبي. وتسري أحكام المادة 2 من قانون الأسرة (2004) على:

- جميع المغاربة ولو كانوا حاملين جنسية أخرى.
- اللاجئین بمن فيهم عديمو الجنسية طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة ب 28 يوليو لسنة 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئین<sup>224</sup>.
- العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا.
- العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

لم يخرج الزواج الثنائي الجنسية أو الزواج المختلط الذي يكون فيه أحد الزوجين من جنسية مغربية عن نطاق تطبيق القانون السالف الذكر. كما لا يتم قبول تقديم الجنسية ومحل الإقامة بالخارج، لذلك فالجنسية المغربية تحتل الأولوية بشكل تلقائي في جميع الحالات التي يحدث فيها تعارض بين الجنسيات<sup>225</sup>. ينبغي الإشارة كذلك، إلى تداعيات الإصلاح الجديد لقانون الجنسية المغربية (ظهير رقم: 80-07-1، الصادر بتاريخ 23 مارس 2007، المحدث بموجبه القانون رقم: 62/06 الذي تم بمقتضاه تعديل وتتميم الظهير رقم: 250-58-1 المتعلق بقانون الجنسية المغربي)<sup>226</sup> وسيوسع إصلاح قانون الجنسية مجال تطبيق قانون الأسرة الجديد<sup>227</sup>. وبصفة عامة، يمكن أن نعتبر أن مجال تطبيق قانون الأسرة (2004) قد عرف توسعا من الناحية العملية من خلال منح الجنسية المغربية ليس فقط عن طريق النسب من جهة الأب بل أيضا بواسطة النسب من جهة الأم (المادة 6)، وحتى في حالة زواج الأم المغربية بأجنبي (مسلم)<sup>228</sup>. ففي هذه الحالة، تنتقل جنسية الأم إلى ابنها ويتوجب على هذا الأخير القيام بالتصريح المناسب لكي يتسنى له الاحتفاظ بجنسية أحد أبويه فقط (حالة فقدان الجنسية). نفهم

224 بخصوص الأشخاص عديمي الجنسية، ورد في الدليل العملي لمدونة الأسرة (2006) لوزارة العدل بشأن المادة 2، أن المغرب بالرغم من عدم توقيعه على اتفاقية نيويورك المتعلقة بالأشخاص عديمي الجنسية المبرمة بتاريخ 28 سبتمبر 1954، لا شيء يمنع من تطبيق أحكامها (...) لأجل حماية مصالح هذه الفئات في حالة غياب نص قانوني. مع أن اتفاقية جنيف هي الوحيدة المنظمة لشؤون اللاجئین.

225 هو الحل الكلاسيكي الذي تتضمنه الاتفاقيات الدولية (1930) وكذا يوجد مضمنا في مقتضيات المادة 9.10 من القانون المدني الإسباني، رغم كونه قد تم تغييره على الأقل في إطار المجال المشترك بشأن قضية غارتيا أفيبو (أ. كينونيس إسكاميث، «المواطنة الأوروبية، الجنسية المزدوجة و تغيير الأسماء العائلية للأنثى: الإرادة المستقلة والتعارض الإيجابي بين جنسيات بلدين عضوين في الاتحاد الأوروبي. حكم محكمة العدل للمجموعة الأوروبية، قضية مدنية عدد 148/02 غارتيا أفيبو، بتاريخ 2 أكتوبر 2003»، المجلة القانونية لكاتالونيا، 3-2004 صفحة 203 وما يليها). إن النزعة السائدة في بعض الدول الغربية المتمثلة في التعامل بمرونة أكبر مع التشريع الوطني (الجنسية الأصلية المكتسبة عن طريق النسب) مع مراعاة عدم المادة بين القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية (هولندا و بلجيكا).

226 ظهير رقم: 80-07-1 الصادر بتاريخ ربيع الأول 1428 هجرية (23 مارس 1958)، المحدث للقانون رقم: 62/06، الذي تم بواسطته تعديل وإتمام الظهير رقم 250-58-1، الصادر بتاريخ 21 صفر 1378 هجرية موافق 6 سبتمبر 1958، المتعلق بقانون الجنسية المغربية (راجع الإصلاح في نشرة الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 5 أبريل 2007، رقم: 5514، صفحات 457-460)، الذي دخل حيز التنفيذ بنفس تاريخ نشره بالجريدة الرسمية. ويهدف هذا الإصلاح إلى تخويل الابن المولود من أم مغربية حق اكتساب الجنسية المغربية الأصلية عن طريق النسب (منذ ولادته). ولهذا الغرض تم إصلاح المادة 6 من قانون الجنسية المغربي حتى يتسنى لأم ذات جنسية مغربية نقل جنسيتها إلى ابنها كما هو الشأن للأب. لاحظ جيدا أن هذا التشريع الجديد سيوسع من دائرة تطبيق مدونة الأسرة، إذ بمقتضى المادة الثانية منه يتم تطبيقه على العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا.

227 يحيل المادة 3 من إصلاح قانون الجنسية بشكل صريح على نقطة الالتقاء بين القانونين حيث تحدد الجنسية مجال تطبيق قانون مدونة الأسرة (2004).  
228 إذا كان الأب غير مسلم، فلا يعتد بهذا الزواج وفق القانون السالف الذكر، وفي هذه الحالة تنقل الأم جنسيتها إلى ابنها نظرا لكونه ابنا غير شرعي (من أب مجهول) طبقا لما تنص عليه أحكام قانون الجنسية بالمغرب.

## 1. المنطق الإحادي الطرف والمنطق الثنائي الجانب عند نحديثه قانون الأسرة المطبق: الدين باعتباره صلة وصل

يضم قانون الأسرة المغربي الجديد (2004) قاعدة قانونية ذات إشكالية أحادية الجانب أو، بالرغم من أن المصطلحات غير مستعملة بكثرة، ذات إطار (ف. كهن) يحدد نطاق تطبيقها من حيث الحيز المكاني (المادة 220).

هذه القاعدة القانونية تحدد الحالات التي يتم فيها تطبيق مقتضيات قانون الأسرة السالفة الذكر في حالات ترتبط بأكثر من نظام قانوني، ليس فقط خاص بالدولة بل وكذلك بالدين. يتعلق الأمر بقاعدة قانونية وحيدة ومعقدة على جميع المواد التي يتضمنها القانون. كما لا توجد أية قائمة تتضمن قواعد القانون الدولي الخاص تهم مختلف الفئات والعلاقات الأسرية التي تجمع بين الأشخاص المرتبطين بشخص أجنبي؛ وبالتالي فلا يتوفر قانون الأسرة (2004) على مقتضيات خاصة بالتزاوج الزوجية. كما أن القانون السالف الذكر لا يتضمن قواعد قانونية تحدد مدى ما هو خارج عن نطاق التشريع الوطني بخصوص المؤسسات الأكثر جدلاً: الطلاق و تعدد الزوجات.

فرغم أن النص القانوني الجديد يضع عدة عراقيل أمام مسطرة تعدد الزوجات وإجراءات الطلاق من الناحية المادية والمعنوية، فإن إرادة الإصلاح لم تتعمق في نطاق القانون الدولي الخاص. فلم يتم التنصيص مثلاً على التطبيق المزدوج للقانون الوطني لكل واحد من الزوجين، فقط في الحالات التي تتعلق بالامتيازات الذكرية والدينية لتعدد الزوجات أو الطلاق عندما تكون هناك أطراف أجنبية. إذ أن الطابع الحصري للإصلاح فيما يخص الطلاق أو تعدد الزوجات لا يكتسي صبغة دولية.

في المغرب يستطيع زوج مسلم إبرام زواج ثاني أو إيقاع الطلاق على زوجته الأجنبية وحتى إن لم يكن يقيم بالبلد. في بحث لاحق<sup>221</sup> ننادي استناداً إلى المنطق الذي استدعى القيام بالإصلاح، بأن يتم إدخال قاعدة قانونية فاصلة بين قانونين في حالة تعارضهما التي تستلزم جملة من القوانين لأجل الحصول على إذن بتعدد الزوجات (أو بالطلاق) في الحالات ذات الصبغة الدولية.

يرى كل من ماريا كلير فولبيط و ج. ييفيس كارليير، أن إدخال التعديلات المشار إليها في الفقرة السابقة من الصعب تطبيقها، بحيث أن إدخال إصلاحات من شأنها تضييق مجال تطبيق القانون الجديد لا تدخل في إطار اهتمامات وأهداف المشرع المغربي<sup>222</sup>.

انطلاقاً من كل ما سلف ذكره، وإدراكاً منا لصعوبة ذلك وللإرادة الشمولية للمشرع لتطبيق القانون الجديد، نستحسن فكرة كون الهدف من إقرار مبدأ الخروج عن التشريع الوطني الذي تبناه المشرع بهدف إلى إبراز الجوانب الإصلاحية أو المجددة للقانون أكثر من امتيازات الزوج المتمثلة في الطلاق وفي تعدد الزوجات. ورغم كون مبدأ الخروج عن التشريع الوطني قد خلف أصداءً لدى تطبيقه من طرف المحاكم (المحافظة) فقد وجهت له انتقادات من طرف التيار المؤيد للقانون الدولي الخاص بالمغرب<sup>223</sup>. وفي نهاية المطاف، فإن التنصيص الشمولي الذي يحدد نطاق تطبيق القانون يمكن أن يتلاءم مع تكييف نظام قواعد القانون الدولي الخاص الذي، حسب نوع الاختصاص، يقلل من المؤسسات الأكثر إثارة للتعارض بين القوانين وهما تعدد

220 كما أشرنا إلى ذلك آنفاً في كتاب أ. كينيونيس إسكاميث، تحت عنوان «تلقى قانون الأسرة المغربي الجديد (قانون 2004) في أوروبا»، مجلة القانون الدولي الخاص و القانون المسطري، 3-2004، صفحات: 877-878.

221 أ. كينيونيس إسكاميث، «تلقى قانون الأسرة المغربي الجديد في أوروبا (قانون 2004)»، مجلة القانون الدولي الخاص و القانون المسطري، 3-2004، صفحات: 883-884.

222 ماريا كلير فولبيط و ج- ييفيس كارليير، «قانون الأسرة المغربي الجديد»، بريان، 2005، صفحة 40 وبالضبط في البيان رقم 201. 223 ينبغي التذكير بالدروس الشهيرة لأكاديمية لاهاي للأساتذة خ. دبيرث و م. الشارفي، إلى جانب أعمال أخرى (م. الشارفي، «تأثير الدين على القانون الدولي الخاص للدول الإسلامية، مجموعة دروس أكاديمية القانون الدولي بلاهاي، 1987، صفحة 321 وما يليها و خ. دبيرث، «القانون الشخصي والممارسات العائلية للمسلمين الأجانب بفرنسا: جوانب القانون الدولي الخاص»، وكذا فولبيط ماريا كلير: «دار النشر العائلات-الإسلام-أوروبا». «القانون المقارن على ضوء التغيير»، باريس، 1996، صفحة 57 وما يليها.

طريق تنظيم كيفية التصريح به وآثاره القانونية سواء بالنسبة للزوجة أو بالنسبة للأبناء. وهو الحال بالنسبة للمغرب الذي قام بإصلاح مدونة الأحوال الشخصية (1957) خلال سنتي 1993 و2004<sup>217</sup>.

منذ إصلاح 1993، دفع المجتمع المدني المغربي المشرع إلى إحداث تغيير جزئي في مدونة الأحوال الشخصية. وبعد اعتلاء الملك محمد السادس العرش تم تفعيل الإصلاح الحالي استناداً إلى المنظور الأولي- في إطار البرنامج الوطني لإدماج المرأة في التنمية- وذلك عبر استبدال الطلاق بالتطليق بواسطة حكم قضائي وتم توسيع مفهوم النفقة لكي يشمل بيت الزوجية (المسكن). وقد تم تجسيد هذه التطورات على أرض الواقع ولو بشكل جزئي في نص القانون الجاري به العمل. مع العلم أن هذا الإصلاح حمل في طياته فضلاً عن ذلك تغييراً في طرق التفكير وتطويراً لمبدأ المساواة بين الجنسين (الأشخاص)، الذي يعتبر من المقومات الضرورية لإرساء الديمقراطية بالبلد (المغرب)<sup>218</sup>.

إن قانون الأسرة المغربي (2004) هو ثمرة إرادة إصلاحية و توافق بعد مفاوضات عسيرة. إن هذا النص القانوني يقدم نتائج معقدة وغامضة<sup>219</sup>، بحيث يبدو وكأنه تم إعداده من طرف أرقام متعددة، هكذا فالطلاق و طرق تقليدية أخرى لفسخ الزواج (من المادة 98 إلى 113) تتلاءم مع طرق جديدة (من المادة 94 إلى المادة 97، والفصلين 99 و114)، تعدد طرق و أسباب كيفية فسخ الزواج بطلب من الزوجة أو من طرف الزوجين معاً. يتم تعويض التهميش الجوهري الضمني للمؤسستين الأكثر أهمية، وهما الطلاق وتعدد الزوجات، بواسطة مراقبة القضاء و أسباب و طرق بديلة للتطليق. ويبقى الإصلاح الحقيقي رهيناً بمدى تداوله من طرف الأفراد، وبصفة خاصة بمدى تأويله وتطبيقه من طرف المحاكم التي يخول لها القانون الجديد سلطة تحكيمية أكبر. نخص بالذكر: الإذن والترخيص بتعدد الزوجات و زواج القاصرين والتطليق بطلب من الزوجة وتحديد التعويض الواجب بعد إيقاع الطلاق بين الزوجين.

## II. تطبيق قانون الأسرة المغربي (2004)

سننتقل هنا إلى موضوع فسخ الزواج على ضوء مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957، التي تم تعديلها خلال سنتي 1993 و2004 (تعرف حالياً بعد الإصلاحات الأخيرة بقانون الأسرة).

يتجلى هدفنا من وراء هذه الدراسة في كشف مشاكل تطبيق مقتضيات قانون الأسرة (2004) حتى يتسنى للسلطات الإسبانية المختصة دراسة النزاعات الزوجية. وكذلك كشف المشاكل الناجمة عن عدم اعتراف السلطات المغربية بالقرارات الصادرة عن السلطات الإسبانية و كذا تحديدها و الحد منها. ولكن قبل التطرق للنقطة الأولى ومعاينة النصوص القانونية التي تنظم فسخ الزواج، ينبغي تحديد الحالات التي يمكن فيها تطبيق قانون الأسرة الجديد. وعليه فالجواب سيختلف بحسب المعلومات المتوفرة لدى السلطات المغربية أو الإسبانية بخصوص النزاعات الزوجية، كما سنعرض لذلك لاحقاً.

217 تم إدخاله بواسطة القانون عدد 03/70، الصادر بمقتضى الظهير رقم 22-04-1 الصادر بتاريخ 3 فبراير 2004، الجريدة الرسمية المغربية عدد 5184 الصادر بتاريخ 5 مارس 2004 (النص العربي). الترجمة الأولى من اللغة الكتالانية المنجزة من طرف هيئة المحامين ببرشلونة (قانون الأسرة المغربي الجديد، المدونة، دار النشر Méditerranée، 2005).

218 في هذا السياق راجع مداخلة بنراضي تحت عنوان «قانون للمساواة: رهانات الديمقراطية (الوسط العائلي كمحطة للبناء الديمقراطي)»، خلال المنتدى المنظم حول المدونة: العقود، جامعة محمد الخامس-السويس، تونير، 2003، صفحات 3/13.

219 ف. لاوش- جيسورت، «قانون الأسرة المغربي الجديد: تحديد أم أصالة؟»، مجلة القانون الدولي المقارن، 2005، صفحة 335 وما يليها.

# 1. مقدمة : التقاليد العرفية و الإصلاحات في موضوع فسخ الزواج

إن الحديث عن قانون الأسرة في إطار التشريعات الوطنية للدول الإسلامية يحيلنا على واقع قانوني معقد وثابت، إذ يساهم العرف والتشريعات الدينية في وضع المرأة ضمن إطار قانوني من الدرجة الثانية. وما لا شك فيه، هناك قواعد وتطبيقات قانونية لا تثير أية نوع من الإشكاليات، ولكن تلك القواعد القانونية ليست هي التي تصنع الحدث أمام المحاكم. لنعرض بعض الأمثلة عن هذه الإشكاليات: منع المرأة المسلمة من الزواج بغير المسلم؛ كبر سن ولي الزوجة لإبرام الزواج؛ الإكراه على الزواج وزواج القاصرين؛ الامتياز الذي يتمتع به الرجل في الإسلام و المتمثل في إمكانية الزواج بأكثر من امرأة (تعدد الزوجات)؛ امتياز التطلق؛ كون الولاية على الأبناء بعد الطلاق تعود للأب في حين تعهد حضانتهم إلى الأم، و كون البنات يمتلكن حق إرث نصف النصيب الذي يرثه الأبناء الذكور. يتعلق الأمر هنا بجوانب ملموسة، ليس فقط خارج العالم الإسلامي وإنما داخله أيضا. سنتعرض هنا لموضوع فسخ الزواج والآثار المترتبة عنه، حيث تتقاطع عدة جوانب إشكالية لها أهمية عملية كبرى، من خلال أعمال النظر، ليس فقط من حيث الحماية المعنوية للأهلية القانونية، بل من حيث الحماية الفعلية للحقوق الفردية للأشخاص الذين تضرروا بسبب وجود تباينات و تناقضات في الأنظمة القانونية.

تتجلى الطريقة التقليدية لفسخ الزواج في حياة الزوجين في العالم العربي في الطلاق. فالزواج عقد يتم إبرامه بعد موافقة كلا الزوجين، إلا أن الزوج يملك حق فسخ هذا الزواج باعتباره المسئول عن إعالة الأسرة. حيث يمنح الطلاق للزوج صلاحية وضع نهاية - من جانب واحد و بدون سبب- للزواج. إلا أن الشريعة الإسلامية لها موقف مخالف لذلك حسب ما ورد في أحد الأحاديث المشهورة (سنة النبي محمد صلى الله عليه وسلم وتعاليمه) «إن أبيض الحلال عند الله الطلاق». غير أنه في العالم الإسلامي ألغت الطلاق دولتان فقط وهما تركيا وتونس<sup>215</sup>، ورفعنا بذلك الحاجز الذي يفصلها عن النظام العام الدولي بخلاف التشريعات الإسلامية الأخرى التي مازالت تتبناه<sup>216</sup>. وفي الدول الإسلامية الأخرى، فإن النزعة الحالية فيما يخص الطلاق (في الجزائر خلال سنتي 1984 و 2005، مصر خلال سنة 2000، إلى جانب دول أخرى) تتمثل في إخضاعه لمراقبة القضاء وفي تقليصه عن

215 منح القانون التونسي بعد إصلاح مبادئ الأحوال الشخصية (1956) صلاحية إيقاع الطلاق (التطلق من طرف واحد عبر اللجوء إلى القضاء) للرجل وللرأه على حد سواء. في هذا السياق، م. الشارفي، في كتابه "قانون الأسرة التونسي بين الإسلام والحداثة"، ر.ط.د. 1973، صفحة 11، وخاصة الصفحات 29-30. يشير إلى أنه: تم إلغاء تعدد الزوجات استنادا إلى الآية القرآنية التي تفرض على الرجل المساواة في معاملته لأزواجه، الشيء الذي لا يتأتى إلا بإلغاء هذه العادة الجاهلية (الاكتفاء بزوجة واحدة). وهو ما يفسر تحديد عقوبة تعدد الزوجات في مدة سنة واحد حسبا. وحول هذا التفسير المطابق للعالم الإسلام يمكن الاطلاع على كتاب م. الشارفي الذي يحمل عنوان مدخل لرأسة القانون، تونس S.E.R.E.C للنشر، 1997، صفحات 77، رقم: 117.

216 محكمة تونس، بتاريخ 19 أبريل 1997، اعتبرت أن القانون المغربي الجديد منافي للنظام العام نظرا للتعويضات المالية الضخيمة التي خصصها للرأه، مجلة القانون الفصيلة 1977، صفحة 91، بيان أ. المزرغاني والمجلس الأعلى، بتاريخ 16 يونيو 1987، R.J.L. 1987، صفحة 223؛ كالا استشهدا بن تمت الإشارة إليهما من طرف ك. مزويو أ. المزرغاني في كتابهما «المسلمون في أوروبا»، دفاتر القانون المغربي، 1995، صفحة 70. يجب الأخذ بعين الاعتبار أن القواعد والمقتضيات المنصوص عليها في القانون الدولي الخاص، عززت من إمكانيات تدخل النظام العام الدولي المادة 36 من القانون الجديد الصادر بتاريخ 27 نونبر 1998، الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 1 مارس 1999، JORT، رقم: 96، الصادر بتاريخ 1 ديسمبر 1998.

هناك تعليق على هذا الإصلاح ورد في كتاب العربي حشينا «القانون التونسي الدولي الخاص»، مجلة دفاتر القانون الدولي الخاص، 2-1992، وخاصة الصفحة 240. وبعد صدور هذا الإصلاح: المحكمة الابتدائية بتونس، بتاريخ 18 ماي 2000، المجلة التونسية القانونية، 2000، صفحة 247، بيان أ. المزرغاني (الجزء المكتوب باللغة العربية). محكمة الاستئناف بتونس، 6 يناير 2004 والمجلس الأعلى بتاريخ 20 ديسمبر 2004، جريدة القانون الدولي، 2005، صفحة: 1193، بيان س. بن عاشور مذكورة من طرف أ. المزرغاني، «أي تساهل مع الطلاق؟»، المجلة الدولية للقانون المقارن، 1-2006، صفحة 70. (حيث إن الطلاق الذي يشكل إحدى الطرق الكلاسيكية والدينية لفسخ الزواج، المبني على الإرادة الفردية للزوج دون الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الأسرة، ميس بالنظام العام الدولي التونسي استنادا إلى مقتضيات المادة 6 من الدستور البنود 1 و 2 و 1-16-16-c من ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1979 حول إلغاء كافة أنواع التهميش ضد المرأة). راجع كذلك بيان الاجتهاد القضائي لبلامين، جريدة القانون الدولي، 2007-1، صفحة 165 وما يليها، المتعلق بقرار صادر عن محكمة الاستئناف بتونس، بتاريخ 5 ماي 2005، بشأن طلاق خلعي صادر عن محكمة مصرية، تم فيه تخفيض النظام العام استنادا على تحليل ملموس للوضعية القانونية (تتبعي الإشارة إلى أن هذا النوع من الطلاق يستلزم اتفاق الزوجين).

## الباب الثاني انحلال الزواج

أنا كينيونيس إيسكاميث  
جامعة بومبيو فابرا (برشلونة)



- قرار المحكمة العليا للقضاء بكاتالونيا (الغرفة الاجتماعية) في 30 يوليو 2003، مجموعة الاجتهادات أرنزادي الاجتماعية، 2002، رقم 3049.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) de 30 de julio de 2003, Repertorio Aranzadi Social, 2002, n° 3049
- قرار المحكمة العليا للقضاء بغاليسيا (الغرفة الاجتماعية) في 2 أبريل 2002، مجموعة الاجتهادات أرنزادي الاجتماعية، 2002، رقم 899.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 2 de abril de 2002, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social, 2002, n° 899
- قرار المحكمة العليا للقضاء بمدريد (الغرفة الاجتماعية) في 29 يوليو 2002، مجموعة الاجتهادات أرنزادي الاجتماعية، 2002، رقم 3324.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) de 29 de julio de 2002, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social, 2002, n° 3324
- قرار المحكمة العليا للقضاء ، غرفة النزاعات الإدارية (الفرع الخامس) في 25 يناير 2006، مجموعة الاجتهادات أرنزادي الاجتماعية، 2006، رقم 4338.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª) de 25 de enero de 2006, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2006, n° 4338



- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de abril de 2005, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 9778
- القرار (الأول) المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 14 يونيو 2005، مجموعة الاجتهادات أرنازادي، 2005، رقم 7534 .
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (1ª) de 14 de junio de 2005, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 7534
- القرار (الثالث) المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 15 يونيو 2005، مجموعة الاجتهادات أرنازادي، 2005، رقم 7536
- Resolución (3ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de junio de 2005, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 7536
- القرار (الثاني) المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 3 يناير 2006، مجموعة الاجتهادات أرنازادي، 2006، رقم 6691 .
- Resolución (2ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de enero de 2006, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2006, nº 6691
- القرار (الرابع) المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 7 أبريل 2006، الجريدة الرسمية للدولة، رقم 135، في 7 يونيو 2006 .
- Resolución (4ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2006, BOE nº 135, de 7 de junio de 2006
- قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 4 يناير 2007، الجريدة الرسمية للدولة، رقم 24، في 27 يناير 2007
- Resolución de 4 de enero de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE nº 24, de 27 de enero de 2007)
- القرار (الأول) المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 20 مارس 2007، الجريدة الرسمية للدولة، رقم 96، في 21 أبريل 2007 .
- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de marzo de 2007, BOE nº 96, de 21 de abril de 2007
- قرار (الأول) المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 27 مارس 2007، الجريدة الرسمية للدولة، رقم 101، في 27 أبريل 2007 .
- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de marzo de 2007, BOE nº 101, de 27 de abril de 2007
- قرار (الثاني) المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 27 مارس 2007، الجريدة الرسمية للدولة، رقم 101، في 27 أبريل 2007 .
- Resolución (2ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de marzo de 2007, BOE nº 101, de 27 de abril de 2007
- قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 29 مارس 2007، الجريدة الرسمية للدولة، رقم 120، في 19 مايو 2007 .
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de marzo de 2007, BOE nº 120, de 19 de mayo de 2007
- قرار المحكمة العليا للقضاء بالأندلس (الغرفة الاجتماعية) في 10 يونيو 1998، مجموعة الاجتهادات أرنازادي الاجتماعية، 1998، رقم 3559 .
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social) de 10 de junio de 1998, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social, 1998, nº 3559

- القرار (الأول) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق في 11 فبراير 2003، مجموعة الاجتهادات أرنزادي، 2003، رقم 4024.
- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de febrero de 2003, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2003, nº 4024
- القرار (الخامس) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق في 11 فبراير 2003، مجموعة الاجتهادات أرنزادي، 2003، رقم 4026
- Resolución (5ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de febrero de 2003, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2003, nº 4026
- القرار (الثالث) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق في 29 نوفمبر 2003، النشرة الإعلامية لوزارة العدل، رقم 1954، (2003)، ص 4151 وما يليها.
- Resolución (3ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de septiembre de 2003, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1954 (2003), p. 4151 ss.
- القرار (الخامس) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق في 19 يناير 2004، القانون إنترنت 2004، رقم 40017
- Resolución (5ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de enero de 2004, El Derecho Internet, 2004, nº 40017
- القرار (الأول) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق في 15 مارس 2004، مجموعة الاجتهادات أرنزادي، 2004، رقم 3945 .
- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de marzo de 2004, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2004, nº 3945
- القرار (الأول) للمديرية العامة لسجلات والتوثيق في 17 سبتمبر 2004، مجموعة الاجتهادات أرنزادي، 2004، رقم 284760 .
- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de septiembre de 2004, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2004, nº 284760
- القرار (الرابع) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق في 27 ديسمبر 2004، مجموعة الاجتهادات أرنزادي، 2005، رقم 83996 .
- Resolución (4ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de diciembre de 2004, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 83996
- القرار (الثاني) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق في 2 نوفمبر 2004، مجموعة الاجتهادات أرنزادي، 2005، رقم 61569 .
- Resolución (2ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de noviembre de 2004, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 61569
- القرار (الثاني) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق في 24 يناير 2005، مجموعة الاجتهادات أرنزادي، 2005، الجريدة الرسمية للدولة، رقم 63، في 15 مارس 2005.
- Resolución (2ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de enero de 2005, BOE nº 63, de 15 de marzo de 2005
- القرار (الثالث) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق في 10 فبراير 2005، مجموعة الاجتهادات أرنزادي، 2005، رقم 150250 .
- Resolución (3ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de febrero de 2005, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2005, nº 150250
- القرار (الأول) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق في 28 أبريل 2005، مجموعة الاجتهادات أرنزادي، 2005، رقم 9778 .

- القرار (الثالث) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق في 4 يوليو 2001، مجموعة الاجتهادات أرانزادي، 2002، رقم 5494.
- Resolución (3ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2002, nº 5494
- القرار (التاسع) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق في 3 يوليو 2001، مجموعة الاجتهادات أرانزادي، 2001، رقم 8394
- Resolución (9ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de julio de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2001, nº 8394
- القرار (الأول) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 14 سبتمبر 2001، مجموعة الاجتهادات أرانزادي، 2001، رقم 10199.
- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2001, nº 10199
- القرار (الثاني) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 17 سبتمبر 2001، مجموعة الاجتهادات أرانزادي، 2001، رقم 10200.
- Resolución (2ª) de 17 de septiembre de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2001, nº 10200
- القرار (الثالث) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 23 أكتوبر 2001، النشرة الإعلامية لوزارة العدل، 1907 (2001)، ص 4221 وما يليها.
- Resolución (3ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de octubre de 2001, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1907 (2001), p. 4221 ss.
- القرار (الرابع) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق في 5 نوفمبر 2001، مجموعة الاجتهادات أرانزادي، 2002، رقم 3081.
- Resolución (4ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de noviembre de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2002, nº 3081
- القرار (الرابع) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 10 يوليو 2002، النشرة الإعلامية لوزارة العدل، رقم 1926 (2002) ص 3063 وما يليها.
- Resolución (4ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de julio de 2002, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1926 (2002), p. 3063 ss.
- قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق، (الرابع)، في 21 مايو 2003، مجموعة الاجتهادات أرانزادي، 2003، رقم 5471.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (4ª) de 21 de mayo de 2003, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2003, nº 5471
- القرار (الرابع) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق في 12 سبتمبر 2002، مجموعة الاجتهادات أرانزادي، 2003، رقم 136.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (4ª) de 12 de septiembre de 2002, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2003, nº 136
- قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 20 نوفمبر 2002، مجموعة الاجتهادات أرانزادي، 2003، رقم 1105.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (1ª) de 20 de noviembre de 2002. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2003, nº 1105

- القرار (الثاني) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 12 مايو 1999، المجلة السنوية للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، 1999، ص 3253 وما يليها.
- Resolución (2ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 1999, Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 1999, p. 3253 ss.
- قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 10 يونيو 1999، المجلة السنوية للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، 1999، ص 3383 وما يليها.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1999, Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 1999, p. 3383 ss.
- قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 9 فبراير 2000، مجموعة الاجتهادات أرانزادي، 2000، رقم 3099.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de febrero de 2000, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2000, nº 3099
- قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 23 سبتمبر 2000، مجموعة الاجتهادات أرانزادي، رقم 9349.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de septiembre de 2000, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2000, nº 9349
- قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 8 يناير 2001، مجموعة الاجتهادات أرانزادي، 2001، رقم 2569.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de enero de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2001, nº 2569
- قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 6 مارس 2001، مجموعة الاجتهادات أرانزادي، 2001، رقم 3883.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de marzo de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2001, nº 3883
- قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 30 مارس 2001، مجموعة الاجتهادات أرانزادي، 2002، رقم 5490.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de marzo de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2002, nº 5490
- قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 19 أبريل 2001، مجموعة الاجتهادات أرانزادي، 2001، رقم 5191.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de abril de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2001, nº 5191
- قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 14 مايو 2001، مجموعة الاجتهادات أرانزادي، 2002، رقم 1728.
- Resolución (2ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de mayo de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2002, nº 1728
- القرار (الأول) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق في 28 مايو 2001، النشرة الإعلامية لوزارة العدل، رقم 1897، (2001)، ص 2465/2466 وما يليها.
- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo de 2001, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1897 (2001), p. 2465-2466

- Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997 sobre medidas en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DOCE C 382, de 16 de diciembre de 1997)
- القرار/الدورية بتاريخ 29 يوليو 2005، للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، حول الزواج المدني بين أشخاص من نفس الجنس (المجريدة الرسمية للدولة رقم 188، في 8 غشت 2005)
- 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 (BOE nº 188, de 8 de agosto de 2005)

### 3. الاجتهادات المذكورة

- قرار المحكمة العليا في 18 سبتمبر 1986، المجلة الاسبانية للقانون الدولي، 1987، رقم 1 ص 204 وما يليها.
- Auto del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1986, Revista Española de Derecho Internacional, 1987, nº 1, p. 204 ss.
- قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 4 ديسمبر 1991، النشرة الإعلامية لوزارة العدل، رقم 1627، (1992)، ص 1035 وما يليها.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de diciembre de 1991, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1627 (1992), p. 1035 ss.
- قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 27 أكتوبر 1992، مجموعة الاجتهادات أرانزادي رقم 9461، 1992
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de octubre de 1992, Repertorio de Legislación Aranzadi, 1992, nº 9461
- قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 20 ديسمبر 1996، مجموعة التشريعات أرانزادي، (1997) رقم 8279
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1996, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1997, nº 8279
- القرار (الأول) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 30 مايو 1998، النشرة الإعلامية لوزارة العدل، رقم 1840، (1999)، ص 468/469.
- Resolución (1ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de mayo de 1998, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1840 (1999), p. 468-469
- القرار (الثاني) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 8 يونيو 1998، النشرة الإعلامية لوزارة العدل، رقم 1840 (1999)، ص 503 وما يليها.
- Resolución (2ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 1998, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1840 (1999), p. 503 ss.
- القرار (الرابع) للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 31 غشت 1998، النشرة الإعلامية لوزارة العدل، رقم 1845 (1999)، ص 1426 وما يليها.
- Resoluciones (4ª) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de agosto de 1998, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1845 (1999), p. 1426 ss.

- Orden Ministerial de 26 de marzo de 1988 sobre aprobación de un modelo plurilingüe de certificado de capacidad matrimonial (BOE nº 136, de 7 de junio de 1988)
- الأمر الصادر في 21 يناير 1993، المتعلق بالمصادقة على النموذج الرسمي لشهادة الأهلية للزواج وإبرام الزواج الديني، (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 29، في 3 فبراير 1993)، المعدل بالأمر الصادر في 10 ديسمبر من نفس السنة (الجريدة الرسمية للدولة رقم 305، في 22 ديسمبر 1993)
- Orden de 21 de enero de 1993 por la que se aprueba modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso (BOE nº 29, de 3 de febrero de 1993), modificada por Orden de 10 de diciembre del mismo año (BOE nº 305, de 22 de diciembre de 1993)
- المرسوم الملكي رقم 2393/2004، في 30 ديسمبر، المتعلق بالمصادقة على تنظيم القانون الأساسي 4/2000 في 11 يناير، حول حقوق وحريات الأجانب في إسبانيا وإدماجهم الاجتماعي، ( الجريدة الرسمية للدولة رقم 6، في 7 يناير 2005)
- Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE nº 6, de 7 de enero de 2005)
- المرسوم الملكي رقم 240/2007، في 16 فبراير، حول الدخول والمرور الحر والإقامة في إسبانيا لمواطني البلدان أعضاء الاتحاد الأوروبي والدول الأخرى الأعضاء في الاتفاقية حول المجال الاقتصادي الأوروبي (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 51، في 28 فبراير 2007)
- Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE nº 51, de 28 de febrero de 2007)
- قانون تنظيمي لأجل تطبيق قانون السجل المدني، المصادق عليه بمرسوم 14 نوفمبر 1958، (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 296، في 11 ديسمبر 1958)
- Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958 (BOE nº 296, de 11 de diciembre de 1958)
- قرار 25 نوفمبر 1978، للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، حول الزواج بالخارج بالطريقة الدينية غير المسيحية، (مجموعة الاجتهادات أرنزادي، 1978، رقم 179)
- Resolución de 25 de noviembre de 1978, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios en el extranjero en forma religiosa no canónica (Repertorio de Legislación Aranzadi, 1978, nº 179)
- قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 13 يوليو 1982 حول تمييز الزواج المبرم من طرف الإسبانين في الخارج لدى سلطة قنصلية مختلفة عن السلطة الإسبانية (النشرة الإعلامية لوزارة العدل، رقم 1282 (1982)، ص 912 وما يليها)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de julio de 1982, sobre inscripción del matrimonio celebrado por españoles en el extranjero ante autoridad consular distinta de la española (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1282 [1982], p. 912 ss.)
- قرار مجلس الاتحاد الأوروبي في 4 ديسمبر 1997 حول التدابير المتعلقة بمحاربة الزواج التديليسي (الوثائق الرسمية للاتحاد الأوروبي رقم 382، في 16 ديسمبر 1997)

- por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre (BOE nº 307, de 23 de diciembre de 2000), 11/2003, de 29 de septiembre (BOE nº 235, de 30 de septiembre de 2003) y 14/2003, de 20 de noviembre (BOE nº 279, de 21 de noviembre de 2003)
- القانون رقم 1/2000، في 7 يناير للمسطرة المدنية (الجريدة الرسمية للدولة رقم 7، في 8 يناير 2000).
  - Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8 de enero de 2000)
  - قانون السجل المدني، في 8 يونيو 1957 (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 151، في 10 يونيو 1957)
  - Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 (BOE nº 151, de 10 de junio de 1957)
  - القانون 24/1992، في 10 نوفمبر، المتعلق بالمصادقة على اتفاقية التعاون بين الدولة الإسبانية وفدرالية المجموعات الدينية الإنجيلية، (الجريدة الرسمية للدولة رقم 272، في 12 نوفمبر 1992).
  - Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas (BOE nº 272, de 12 de noviembre de 1992)
  - القانون 25/1992، في 10 نوفمبر، المتعلق بالمصادقة على اتفاقية التعاون بين الدولة الإسبانية وفدرالية المجموعات الدينية الإسرائيلية في إسبانيا، (الجريدة الرسمية للدولة رقم 272، في 12 نوفمبر 1992).
  - Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas en España (BOE nº 272, de 12 de noviembre de 1992)
  - القانون 26/1992، في 10 نوفمبر، المتعلق بالمصادقة على اتفاقية التعاون بين الدولة الإسبانية واللجنة الإسلامية في إسبانيا، (الجريدة الرسمية للدولة رقم 272، في 12 نوفمبر 1992)
  - Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación entre el Estado y la Comisión Islámica de España (BOE nº 272, de 12 de noviembre de 1992)
  - القانون 13/2005، في 1 يوليو، المتعلق بتعديل القانون المدني في مجال حق إبرام الزواج (الجريدة الرسمية رقم 157، في 2 يوليو 2005)
  - Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE nº 157, de 2 de julio de 2005)
  - القانون المغربي رقم 03/70، المتعلق بإصدار قانون الأسرة (المدونة)، المصادق عليه بظهير 3 فبراير 2004 (الجريدة الرسمية رقم 5184 في 5 فبراير 2004 بالعربية، ورقم 5358 في 6 أكتوبر 2005 بالفرنسية).
  - Ley marroquí nº 70-03 por la que se promulga el Código de Familia (Mudawana) aprobado por el Dahir de 3 de febrero de 2004 (Boletín Oficial nº 5184 de 5 de febrero de 2004 en árabe y nº 5358 de 6 de octubre de 2005 en francés)
  - القانون المغربي رقم 06/62 المعدل والمكمل لقانون 6 سبتمبر 1958 المصادق على قانون الجنسية المغربية، الصادر بظهير 80/7/01 في 23 مارس 2007 (الجريدة الرسمية رقم 5513 في 2 أبريل 2007، بالعربية، ورقم 5514 في 5 أبريل 2007 بالفرنسية).
  - Ley marroquí nº 62-06 por la que se modifica y completa la Ley de 6 de septiembre de 1958 que aprobó el Código de la nacionalidad marroquí, promulgada por el Dahir nº 1-07-80, de 23 de marzo de 2007 (Boletín Oficial nº 5513 de 2 de abril de 2007 en árabe y nº 5514 de 5 de abril de 2007 en francés)
  - الأمر الوزاري في 26 مارس 1988 حول المصادقة على النموذج المتعدد اللغات لشهادة الأهلية لزواج، (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 136، في 7 يونيو 1988)



- Dahir de 1 de junio de 1914 sobre la condición de los españoles y extranjeros en el Protectorado español de Marruecos
- توجيهات 2004/38 للجنة الأوروبية، عن البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي، في 29 أبريل 2004، المتعلقة بحقوق مواطني الاتحاد وأعضاء أسرهم، في التجوال والإقامة الحرة فوق تراب الدول الأعضاء (التعليمات الرسمية للاتحاد الأوروبي، ل. 158، في 30 أبريل 2004).
- Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DOUE L 158, de 30 de abril de 2004)
- تعليمات 22 مارس 1974، للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، حول الملف السابق للزواج المدني (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 90، في 15 أبريل 1974).
- Instrucción de 22 de marzo de 1974, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el expediente previo al matrimonio civil (BOE nº 90, de 15 de abril de 1974)
- تعليمات 10 فبراير 1993، للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، حول التقييد بالسجل المدني لبعض الزواج المبرم بالطريقة الدينية، (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 47، في 24 فبراير 1993).
- Instrucción de 10 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa (BOE nº 47, de 24 de febrero de 1993)
- تعليمات 9 يناير 1995، للمديرية العامة لسجلات والتوثيق، حول الملف السابق لزواج عندما يكون أحد الزوجان مقيما بالخارج (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 21، في 25 يناير 1995).
- Instrucción de 9 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los cónyuges está domiciliado en el extranjero (BOE nº 21, de 25 de enero de 1995)
- تعليمات 23 مايو 2007، للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، حول ألقاب الأجانب المكتسبين للجنسية الإسبانية وتقييدها بالسجل المدني الإسباني (الجريدة الرسمية للدولة رقم 159، في 4 يوليو 2007).
- Instrucción de 23 de mayo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español (BOE nº 159, de 4 de julio de 2007)
- تعليمات 31 يناير 2006، للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، حول زواج المتعة (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 41، في 17 فبراير 2006).
- Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia (BOE nº 41, de 17 de febrero de 2006)
- القانون التنظيمي 4/2000، في 11 يناير، حول حقوق وحرية الأجانب في إسبانيا وإدماجهم الاجتماعي (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 11، في 12 يناير 2001)، المعدل بالقوانين التنظيمية 8/2000، في 22 ديسمبر (الجريدة الرسمية للدولة رقم 307، في 23 ديسمبر 2000)، و 11/2003، في 29 سبتمبر (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 235، في 30 سبتمبر 2003) و 14/2003، في 20 نوفمبر (الجريدة الرسمية للدولة رقم 279، في 21 نوفمبر 2003).
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE nº 11, de 12 de enero de 2001), reformada

- Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita y de devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE nº 151, de 25 de junio de 1971)
- اتفاقية متعلقة بتسليم شهادة الأهلية للزواج، مبرمة في ميونيخ، في 5 سبتمبر 1980، ضمن اللجنة الدولية للحالة المدنية، (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 117، في 16 مايو 1988).
- Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980 en el seno de la Comisión Internacional sobre el Estado Civil (BOE nº 117, de 16 de mayo de 1988)
- اتفاقية متعلقة بالترخيص للزواج، والسن الأدنى لإبرام الزواج وتسجيل ذلك، مبرمة بنيويورك في 10 ديسمبر 1962 (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 128، في 29 مايو 1969).
- Convenio relativo al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, hecho en Nueva York 10 de diciembre de 1962 (BOE nº 128, de 29 de mayo de 1969)
- اتفاقية حول العلاقات القنصلية، مبرمة ببغداد، في 24 أبريل 1963 (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 56، في 6 مارس 1970).
- Convenio sobre relaciones consulares, hecho en Viena el 24 de abril de 1963 (BOE nº 56, de 6 de marzo de 1970)
- الاتفاقية الرامية إلى تسهيل إبرام الزواج بالخارج، مبرمة بباريس، في 10 سبتمبر 1964 ضمن اللجنة الدولية للحالة المدنية (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 16، في 19 يناير 1977)
- Convenio tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, hecho en París el 10 de septiembre de 1964 en el seno de la Comisión Internacional sobre el Estado Civil (BOE nº 16, de 19 de enero de 1977)
- استشارة المديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 15 فبراير 2004 حول الإجراءات والشروط الأساسية لإبرام الزواج المدني، قضت بعدم إلزامية تقديم رخصة الإقامة من لدن المتعاقد الأجنبي (النشرة الإعلامية لوزارة العدل، ملحق لرقم 1986 (2005)، ص. 1676 وما يليها).
- Consulta de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 2004 sobre trámites y requisitos esenciales para la celebración del matrimonio civil se infiere la no obligatoriedad de la presentación del permiso de residencia por el contrayente extranjero (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, suplemento al nº 1986 [2005], p. 1676 ss.)
- استشارة المديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 9 سبتمبر 2004 حول إحضار مترجم محلف عند إبرام الزواج المدني، (النشرة الإعلامية لوزارة العدل، ملحق لرقم 1986 (2005)، ص 1734 وما يليها).
- Consulta de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de septiembre de 2004 sobre aportación de intérprete jurado en la celebración de matrimonios civiles (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, suplemento al nº 1986 [2005], p. 1734 ss.).
- ظهير 12 غشت 1913 حول الحالة المدنية للفرنسيين والأجانب في الحماية الفرنسية للمغرب.
- Dahir de 12 de agosto de 1913 sobre condición civil de los franceses y de los extranjeros en el Protectorado francés de Marruecos
- ظهير 1 يونيو 1914 حول الحالة المدنية للإسبانيين والأجانب في الحماية الإسبانية للمغرب.

- م. فارغاس غوميس أوروثيا، «الزواج المتعدد، النظام العام والأجانب»، أحداث الشغل، 2003، رقم 33 (من 8 إلى 14 سبتمبر)، الهوامش 581 وما يليها.
- M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, "Matrimonio poligámico, orden público y extranjería", Actualidad Laboral, 2003, nº 33 (8 a 14 de septiembre), margs. 581 ss.
- ر. فينياس فاري، «ذكر هوية مواطني الدول العربية والإسلامية في السجل المدني الإسباني»، في أ. رودريغس بينوط (مدير)، تعدد الثقافات: إشارة خاصة إلى الإسلام، المجلس العام لسلطة القضائية، مدريد، 2002، ص 343 وما يليها.
- R. VIÑAS FARRE, "Las menciones de identidad de ciudadanos de países árabes y musulmanes en el Registro civil español", en A. RODRIGUEZ BENOT (dir.), La multiculturalidad: especial referencia al Islam, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 343 ss.
- ر. فينياس فاري، «مشاكل متعلقة بذكر هوية مواطني البلدان العربية والإسلامية، وخاصة المغاربة، بالسجل المدني الإسباني»، نشرة إعلامية لوزارة العدل، رقم 1822، (1998) ص 5 وما يليها.
- R. VIÑAS FARRE, «Problemas relativos a las menciones de identidad de los ciudadanos de países árabes y musulmanes, especialmente marroquíes, en el Registro Civil español», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1822 (1998), p. 5 ss.
- إ. زابالو إسكوديرو، «آثار الزواج في مجتمع متعدد الثقافات: إشارة خاصة إلى الإسلام»، في أ. رودريغس بينوط (ناشر)، تعدد الثقافات، إشارة خاصة إلى الإسلام، المجلس العام لسلطة القضائية، مدريد، 2002، ص 221 وما يليها.
- E. ZABALO ESCUDERO, "Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al Islam", en A. RODRIGUEZ BENOT (ed.), La multiculturalidad: especial referencia al Islam, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 221 ss.

## 2. التشريع الأساسي المنقح

- الدورية 1/2002، في 19 فبراير، عن النيابة العامة للدولة، حول «الجوانب المدنية والجنائية والنزاعية الإدارية، لتدخل النيابة العامة في مجال الأجانب»، العنوان الثاني: «معالجة الهجرة غير الشرعية في المجال المدني: عمل النيابة العامة أمام الزواج بالتدليس».
- Circular 1/2002, de 19 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, sobre « Aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Ministerio Fiscal en materia de extranjería », epígrafe II: "Tratamiento en el ámbito civil de la inmigración ilegal: actuación del Ministerio Fiscal ante los matrimonios simulados"
- اتفاقية التعاون القضائي في المجال المدني والتجاري والإداري بين المغرب وإسبانيا، مدريد في 30 مايو 1997، (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 151، في 25 يونيو 1997).
- Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE nº 151, de 25 de junio de 1997)
- الاتفاقية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال، المبرمة بمدريد في 30 مايو 1997 (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 151، في 25 يونيو 1971)

- multiculturalidad: especial referencia al Islam, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 15 ss.
- أ. رودريغس بينوط و أ. إيبارا بوريس، «الأسرة والهجرة وتعدد الثقافات، التجربة الأوروبية»، في ن. غوزاليس مارتين (منسق)، الأسرة والهجرة وتعدد الثقافات، المنظور القانوني المقارن، بوروا / أونام، المكسيك، 2006، ص 83 وما يليها.
  - A. RODRIGUEZ BENOT y A. YBARRA BORES, "Familia, inmigración y multiculturalidad: la experiencia europea", en N. GONZALEZ MARTIN (coord.), Familia, inmigración y multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada, Porrúa / UNAM, México, 2006, p. 83 ss.
  - أ. رودريغس بينوط، «التسوية والاتجار الغير قانوني في المهاجرين»، في ك. سانتشيس روداس نافارو (منسق)، الهجرة والقانون: المشاكل الحالية في مجال التنسيق بين دول المجموعة حول الخدمات الاجتماعية في إسبانيا، لابوروم، مورسية، 2006، ص 13 وما يليها.
  - A. RODRIGUEZ BENOT, "Regularización y tráfico ilegal de inmigrantes", en C. SANCHEZ-RODAS NAVARRO (coord.), Migrantes y Derecho: problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España, Laborum, Murcia, 2006, p. 13 ss.
  - إ. رودريغس غايان، «قانون التقييد في السجل المدني الدولي، اوروليكس، مدريد 1995.
  - E. RODRIGUEZ GAYAN, Derecho registral civil internacional, Eurolex, Madrid, 1995
  - ف. سان خوليان بويك، «الهجرة وحقوق الأسرة. دراسة تعليمات المديرية العامة لسجلات والتوثيق في 9 يناير 1995»، النشرة الإعلامية لوزارة العدل، رقم 1814 (1998)، ص 151 وما يليها.
  - V. SAN JULIAN PUIG, "Inmigración y Derecho de familia. Estudio de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995", Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1814 (1998), p. 151 ss.
  - ف سرحان، «القانون الجديد للأسرة»، مجلة القصر (الأحداث القضائية)، رقم 247/248 (34 سبتمبر 2004)، ص 2 وما يليها.
  - F. SAREHANE, "Le nouveau Code de la famille", Gazette du Palais (Chonique Judiciaire), nº 247-248 (3-4 de septiembre de 2004), p. 2 ss.
  - ف. سرحان و ن. لخلو راشدي، «المغرب نزاع القوانين. نزاع التشريعات»، مجلد القوانين، القانون المقارن، مطبوعات رقم 4، 1994، رقم 67، ص 1 وما يليها.
  - F. SAREHANE y N. LAHLOU-RACHDI, "Maroc (Conflits de lois. Conflits de juridictions)", Juris-Classeur de Droit Comparé, fasc. 4, 1994, nº 67, p. 1 ss.
  - خ. أ. طوماس أورتييس دي لا طوري، «الزواج: إبرامه، فسخه، الطلاق والإلغاء»، في م. أغيلار بينيتيس دي لوغو و آخرون، دروس في القانون المدني الدولي، الطبعة الثانية، طيكنوس، مدريد، 2006، ص 86 وما يليها.
  - J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, "El matrimonio: celebración, separación, divorcio y nulidad", en M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO Y OTROS, Lecciones de Derecho civil internacional, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 86 ss.
  - أ. ل. دي فال طينا، «التعدد ومعاش الترميل: حول توسيع مفهوم المستفيد»، أحداث الشغل، 2003، رقم 3، الهوامش 47 وما يليها.
  - A.L. DE VAL TENA, "Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la 'extensión' del concepto de beneficiario", Actualidad Laboral, 2003, nº 3, margs. 47 ss.

- أ. كينيونيس إسكاميس، القانون والهجرة: الطلاق الإسلامي في أوروبا، مؤسسة لاكاشا، برشلونة، 2000.
- A. QUIÑONES ESCAMEZ, Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa, Fundación La Caixa, Barcelona, 2000
- أ. كينيونيس إسكاميس، «تلقي قانون الأسرة المغربي الجديد (المدونة 2004) في أوروبا.» مجلة القانون الدولي والقضائي الخاص، 2004، رقم 3، ص. 877 وما يليها.
- A. QUIÑONES ESCAMEZ, “La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe”, Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, 2004, n° 3, p. 877 ss.
- أ. كينيونيس إسكاميس، التشريع حول الزواج والطلاق والميراث، المجلد 1: إفريقيا الشمالية وأمريكا اللاتينية، ورشة، برشلونة، 2006.
- A. QUIÑONES ESCAMEZ, Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones, Tomo I: África del Norte y América Latina, Atelier, Barcelona, 2006
- أ. كينيونيس إسكاميس، الروابط الزوجية والمعايشة الواقعية: التأسيس، الاعتراف، والآثار الدولية. العقود الموثقة والوقائع (أو العقود القانونية) في القانون الدولي الخاص، ورشة، برشلونة، 2007.
- A. QUIÑONES ESCAMEZ, Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho internacional privado, Atelier, Barcelona, 2007
- إ. روكا تريباس، «آثار الاتفاق مع الجماعات الإسلامية في مجال الزواج»، في أ. بوراس رودريغس و س. المرنيسي، (ناشران)، الإسلام القانوني وأوروبا. (القانون والدين والسياسة)، معهد كاطالا للبحر الأبيض المتوسط لدراسات والتعاون، برشلونة، 1998، ص 245 وما يليها.
- E. ROCA TRIAS, «Las consecuencias del acuerdo con las comunidades islámicas en materia de matrimonio», en A. BORRAS RODRIGUEZ y S. MERNISSI (eds.), El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política), Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Barcelona, 1998, p. 245 ss.
- أ. رودريغس بينيتيس بينوط (ناشر)، تعدد الثقافات: إشارة خاصة إلى الإسلام، المجلس العام للسلطة القضائية، مدريد، 2002.
- A. RODRIGUEZ BENOT (ed.), La multiculturalidad: especial referencia al Islam, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002
- أ. رودريغس بينوط، «الأحوال الشخصية المشتركة»، اللقاء القضائي الأول الإسباني المغربي المنظم من طرف المجلس العام للسلطة القضائية (إسبانيا) والمحكمة العليا بالمغرب، مركز النشر والتوثيق القضائي، الرباط، 2002، ص 43 وما يليها.
- A. RODRIGUEZ BENOT, “El estatuto personal común”, Primer encuentro judicial hispano-marroquí organizado por el Consejo General del Poder Judicial (España) y la Corte Suprema de Marruecos, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, Rabat, 2002, p. 43 ss.
- أ. رودريغس بينوط، التبادل الخارجي. قانون الأسرة وتعدد الثقافات في القانون الإسباني»، في أ. رودريغس بينوط (ناشر)، تعدد الثقافات، إشارة خاصة إلى الإسلام، المجلس العام للسلطة القضائية، مدريد، 2002، ص 15 وما يليها.
- A. RODRIGUEZ BENOT, “Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento jurídico español”, en A. RODRIGUEZ BENO (ed.), La

- N. MARCHAL ESCALONA, «Matrimonio religioso y la Instrucción de 10 de febrero de 1993 de la Dirección General de los Registros y del Notariado», La Ley, nº 4175 (27 de noviembre de 1996), p. 1 ss.
- س. المرنيسي، «أحوال المرأة في المغرب»، في أ. بوراس ورودريغس وس. المرنيسي (ناشران)، الإسلام القانوني وأوروبا (القانون، الدين والسياسة)، مؤسسة كاطالا للبحر الأبيض المتوسط للدراسات والتعاون، برشلونة، 1998، ص 103 وما يليها.
- S. MERNISSI, «El estatuto de la mujer en Marruecos», en A. BORRAS RODRIGUEZ y S. MERNISSI (eds.), El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política), Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Barcelona, 1998, p. 103 ss.
- ب. دي ميغيل أسينسيو، «آثار القرارات الأجنبية الصادرة عن الإجتهد الإرادي»، أوروليكس، مدريد، 1997.
- P. DE MIGUEL ASENSIO, Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, Eurolex, Madrid, 1997
- أ. موطيلا دي لا كايي، «الهوية الثقافية وحرية التدين للمسلمين في اسبانيا، مشاكل تكييف قانون الأسرة مع القانون الإسباني»، في أ. ل. كالفو كارافاكا وب. بلانكو موراليس ليمونيس (منسقان)، العمولة والقانون، كوليكس، مدريد، 2003، ص 381 وما يليها.
- A. MOTILLA DE LA CALLE, "Identidad cultural y libertad religiosa de los musulmanes en España. Problemas en la adaptación del Derecho de familia al ordenamiento español", en A.-L. CALVO CARAVACA y P. BLANCO-MORALES LIMONES (coords.), Globalización y Derecho, Colex, Madrid, 2003, p. 381 ss.
- أ. مولاي رشيد، «القانون الدولي الخاص بالمغرب المستقل في مجال الأحوال الشخصية»، في خ. إ. كارليي وم. فيرويلغن (مديران)، الأحوال الشخصية للمسلمين، القانون المقارن والقانون الدولي الخاص، برويلانت، بروكسيل، 1992، ص 143 وما يليها.
- A. MOULAY R'CHID, "Le Droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel", en J.Y. CARLIER y M. VERWILGHEN (dirs.), Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et Droit international privé, Bruylant, Bruselas, 1992, p. 143 ss.
- ب. أوريوخودو بريبطو دي لوس موسوس، «التعاون الدولي في إبرام الزواج، شهادة الأهلية للزواج»، المجلة السنوية الاسبانية للقانون الدولي الخاص، المجلد 0 (2000)، ص 405 وما يليها.
- P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, "Cooperación internacional en la celebración del matrimonio: certificados de capacidad matrimonial", Anuario Español de Derecho Internacional Privado, tomo 0 (2000), p. 405 ss.
- ب. أوريوخودو بريبطو دي لوس موسوس، إبرام الزواج والاعتراف بصحة الزواج في القانون الدولي الخاص الاسباني، أرانزادي، بملونة، 2002
- P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho internacional privado español, Aranzadi, Pamplona, 2002
- اللقاء القضائي الأول بين المغرب واسبانيا، نظمه المجلس العام للسلطة القضائية (إسبانيا) والمحكمة العليا بالمغرب، مركز النشر والتوثيق القضائي، الرباط، 2002.
- Primer encuentro judicial hispano-marroquí organizado por el Consejo General del Poder Judicial (España) y la Corte Suprema de Marruecos, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, Rabat, 2002

- إ. غارسيا رودريغس، «إبرام الزواج المختلط وتقييده»، في إ. غارسيا رودريغس (ناشر)، مدن السيادة الأسبانية: أجوبة من أجل مجتمع متعدد الثقافات، جامعة ألكالا، مدريد، 1999، ص 205 وما يليها.
- I. GARCIA RODRIGUEZ, «La celebración e inscripción de matrimonios mixtos», en I. GARCIA RODRIGUEZ (ed.), Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural, Universidad de Alcalá, Madrid, 1999, p. 205 ss.
- إ. غارسيا رودريغس، «الزواج الديني غير الكاثوليكي في إسبانيا»، المجلة الأسبانية للقانون الدولي، المجلد 2، 1992، ص 32 وما يليها.
- I. GARCIA RODRIGUEZ, «Non-Catholic Religious Marriages in Spain», Spanish Yearbook of International Law, vol. 2 (1992), p. 32 ss.
- الدليل العملي لقانون الأسرة، الطبعة الثالثة، جمعية النشر والإعلام القانوني والقضائي، الرباط، 2005.
- Guide pratique du Code de la Famille, 3<sup>e</sup> ed., Association de Diffusion de l'Information Juridique et Judiciaire, Rabat, 2005
- الدليل العملي لقانون الأسرة. المدونة المغربية الجديد للأسرة بالذات، جمعية الدفاع على حقوق الأجنبي، بروكسيل، 2005.
- Guide pratique du Droit familial. Le nouveau Code marocain de la famille en questions, Association pour le Droit des Étrangers (ADDE), Bruselas, 2005
- م. خ. هيرنانديس كابييرو، «المساواة القانونية بين الزوجين في الحياة الزوجية في مجتمع متعدد الثقافات»، المجلة العامة الإعلامية للقانون، 2006، رقم 1.
- M<sup>a</sup>.J. HERNANDEZ CABALLERO, «La equiparación jurídica de los cónyuges en el seno de la comunidad matrimonial en una sociedad multicultural», Revista General Informática del Derecho, 2006, n° 1
- د.خ. هيسلير، «القانون الإسلامي...»، 1998، عدد 2، ص 95 وما يليها.
- H. J. HESSLER, «Islamic-rectliche Morgengabe: vereinbarter Vermögensausgleich im deutschen Scheidungsfolgenrecht», Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 1998, n° 2, p. 95 ss.
- ب. خواريس بيريس، «نحو قانون دولي خاص بين الثقافات»، في أ.ل. كالفو كارافاكا وب. بلانكو موراليس ليمونيس (منسقان)، العولمة والقانون، كوليكس، مدريد، 2003، ص 331 وما يليها.
- P. JUAREZ PEREZ, «Hacia un Derecho internacional privado intercultural», en A.-L. CALVO CARAVACA y P. BLANCO-MORALES LIMONES (coords.), Globalización y Derecho, Colex, Madrid, 2003, p. 331 ss.
- د. كوتزور، «نزاع القوانين: المشكلة المسيحية الإسلامية»، في ج.س.ب. موهر، توبينا، 1988.
- H. KOTZUR, Kollisionsrechtliche Probleme christlich-islamischer Ehen, JCB Mohr, Tubinga, 1988
- ف. لاروش جيسرو، «قانون الأسرة المغربي الجديد: تجديد أم تقليد؟»، مجلة القانون الدولي والقانون المقارن، 2005، رقم 4، ص 335 وما يليها.
- F. LAROCHE-GISSEROT, «Le nouveau Code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?», Revue de Droit International et de Droit Comparé, 2005, n° 4, p. 335 ss.
- ن. مارشال إسكالونا، «الزواج الديني وتعليمات 10 فبراير 1993 للمديرية العامة للسجلات والتوثيق»، القانون رقم 4175، 27 نوفمبر 1996، ص 1 وما يليها.



- ب. دومنغيس لوزانو، «تعليمات المديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 9 يناير 1995، حول الملف السابق لزواج عندما يكون أحد المتعاقدين مقيما في الخارج»، المجلة الإسبانية للقانون الدولي، 1995، رقم 1، ص 317 وما يليها.
- P. DOMINGUEZ LOZANO, «Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero», Revista Española de Derecho Internacional, 1995, nº 1, p. 317 ss.
- خ. م. إسبينار فيسنستي، الزواج والأسرة في النظام الإسباني للقانون الدولي الخاص، سيفيطاس، مدريد، 1996.
- J.M<sup>a</sup>. ESPINAR VICENTE, El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado, Civitas, Madrid, 1996
- م. س. فوبلي وخ. إ. كارليبي، القانون المغربي للأسرة: آثاره بالنسبة للقانون الدولي الخاص في أوروبا، بروبالان، بروكسيل، 2005.
- M.C. FOGLETS y J.Y. CARLIER, Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du Droit international privé en Europe, Bruylant, Bruselas, 2005
- م. س. فوبلي و م. الوكيلبي، «الزواج والطلاق في القانون الجديد المغربي للأسرة: أي آثار بالنسبة للمغاربة في أوروبا؟»، المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص، 2006، رقم 3، ص 521 وما يليها.
- M.C. FOGLETS y M. LOUKILI, "Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?", Revue Critique de Droit International Privé, 2006, nº 3, p. 521 ss.
- خ. خ. فورنير دي لا ييغوا، «الأسرة العربية أمام القانون الإسباني للجنسية والأجانب»، في أ. بوراس رودريغس و س. المرنيسي (ناشران)، الإسلام القانوني وأوروبا، (القانون والدين والسياسة)، معهد كاطالا للبحر الأبيض المتوسط للدراسات والتعاون، برشلونة، 1998، ص 199 وما يليها.
- J.-J. FORNER DELAYGUA, «La familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y extranjería», en A. BORRAS RODRIGUEZ y S. MERNISSI (eds.), El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política), Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Barcelona, 1998, p. 199 ss.
- إ. غارسيا رودريغس، «إدماج الأجانب من خلال الزواج: وسائل داخلية وجماعية للمراقبة»، الحدث المدني، 1999، رقم 18، من 3 إلى 9 مايو، ص 447 وما يليها.
- I. GARCIA RODRIGUEZ, «La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios», Actualidad Civil, 1999, nº 18 (3 al 9 de mayo), p. 447 ss.
- إ. غارسيا رودريغس، «إبرام الزواج في مجتمع متعدد الثقافات (إشارة خاصة لتعدد الزوجات) في أ. رودريغس بينوط (ناشر)، تعدد الثقافات: إشارة خاصة للإسلام، المجلس العام للسلطة القضائية، مدريد، 2002، ص 143 وما يليها.
- I. GARCIA RODRIGUEZ, «La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e ius connubi (especial referencia a la poligamia)», en A. RODRIGUEZ BENOT (ed.), La multiculturalidad: especial referencia al Islam, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 143 ss.
- إ. غارسيا رودريغس، إبرام الزواج الديني غير الكاثوليكي، طيكنوس، مدريد، 1999.
- I. GARCIA RODRIGUEZ, La celebración del matrimonio religioso no católico, Tecnos, Madrid, 1999

- de statut personnel) », Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, t. 211 (1988-IV), p. 13 ss.
- خ. ديبري، «المحيط الاجتماعي والقانون الدولي الخاص. القانون الدولي المغربي الخاص بين الوفاء لأمة والانتماء إلى المجموعة الدولية»، في القانون والمحيط الاجتماعي بالمغرب، المركز الوطني للبحث العلمي، الدار البيضاء، 1989، ص 281 وما يليها.
  - J. DEPREZ, "Environnement social et Droit international privé. Le Droit international privé marocain entre la fidélité à l'Umma et l'appartenance à la communauté internationale", en Droit et environnement social au Maghreb, CNRS, Casablanca, 1989, p. 281 ss.
  - خ. ديبري، «المغرب (تعدد الأحوال الشخصية، نزاع بين الأحوال الشخصية)»، جوريس، مجلد القانون المقارن، النسخة 1، 1975.
  - J. DEPREZ, "Maroc (Pluralisme des statuts personnels. Conflits interpersonnels)", Juris-Classeur de Droit Comparé, Fasc. 1, 1975
  - قانون السجل المدني الدولي، (تكريم على روح الأستاذ رافاييل أرويو مونظيرو)، إيبروليكس، مدريد، 2003.
  - Derecho registral civil internacional (Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero), Iprolex, Madrid, 2003
  - ب. دياغو دياغو، «المفهوم الإسلامي لأسرة وأثاره على القانون الدولي الخاص الاسباني»، إيكواليتاس، رقم 6، يناير/ أبريل 2001، ص 6 وما يليها.
  - P. DIAGO DIAGO, "La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español", Aequalitas, nº 6 (enero-abril de 2001), p. 6 ss.
  - ب. دياغو دياغو، «المهر الإسلامي على محك نزاع الحضارات من وجهة نظر القانون الدولي الخاص الاسباني»، حوليات لوفان للقانون، 2001، ص 407 وما يليها.
  - P. DIAGO DIAGO, "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, p. 407 ss.
  - ب. دياغو دياغو، «المدونة الجديدة المغربية والقانون الدولي الخاص»، المجلة الاسبانية للقانون الدولي، 2004، رقم 2، ص 1078 وما يليها.
  - P. DIAGO DIAGO, "La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado", Revista Española de Derecho Internacional, 2004, nº 2, p. 1078 ss.
  - ب. دياغو دياغو، «أثار المدونة الجديدة على الهجرة المغربية»، في أ. فيسنطي (ناشر)، المسلمون في أراغون القرن 21، معهد الدراسات الإسلامية والشرق الأدنى، سرقسطة، 2004، ص 141 وما يليها.
  - P. DIAGO DIAGO, "Repercusiones de la nueva Mudawanna en la inmigración marroquí", en A. VICENTE (ed.), Musulmanes en el Aragón del siglo XXI, Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, Zaragoza, 2004, p. 141 ss.
  - ر. دومنغيس بارطولومي، «الزواج الإسلامي في الاتفاقية مع الدولة الاسبانية سنة 1992»، في أ. موطيلا دي لا كايي (منسق)، الزواج الإسلامي وأثاره على القانون الاسباني، جامعة قرطبة، 2003، ص 119 وما يليها.
  - R. DOMÍNGUEZ BARTOLOME, "El matrimonio islámico en el Acuerdo con el Estado español de 1992", en A. MOTILLA DE LA CALLE (coord.), El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español, Universidad de Córdoba, 2003, p. 119 ss.

- I. BLAZQUEZ RODRIGUEZ, "La celebración del matrimonio musulmán y su reconocimiento en el Derecho español", en I. BLAZQUEZ RODRIGUEZ y M<sup>a</sup>.D. ADAM MUÑOZ, *Inmigración magrebi y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005, p. 135 ss.
- إ. بلاسكيس رودريغس، وم. د. آدم مونيوس، الهجرة المغربية وقانون الأسرة، حكومة الأندلس المستقلة، اشبيلية، 2005
- BLAZQUEZ RODRIGUEZ y M<sup>a</sup>.D. ADAM MUÑOZ, *Inmigración magrebi y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005
- أ. بوراس رودريغس، «المجتمع المتعدد الثقافات، إذماج العالم الإسلامي»، في أ. بوراس رودريغس وس. المرنيسي (ناشران)، الإسلام القانوني وأوربا (القانون والدين والسياسة)، معهد كاتالا للبحر الأبيض المتوسط للدراسات والتعاون، برشلونة، 1998، ص 163 وما يليها.
- A. BORRAS RODRIGUEZ, «La sociedad multicultural: la integración del mundo islámico», en A. BORRAS RODRIGUEZ y S. MERNISSI (eds.), *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Barcelona, 1998, p. 163 ss.
- أ. بوراس رودريغس وس. المرنيسي (ناشران)، الإسلام القانوني وأوربا: القانون، الدين والسياسة، معهد كاتالا للبحر الأبيض المتوسط للدراسات والتعاون، برشلونة، 1998.
- A. BORRAS RODRIGUEZ y S. MERNISSI (eds.), *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Barcelona, 1998,
- خ. كاراسكوسا غونزاليس، «إبرام الزواج في القضايا الدولية وتأسيس المعاشرة الواقعية في القضايا الدولية»، مواضع جديدة في القانون الدولي (2006)، <http://vlex.com/vid/288696>.
- J. CARRASCOSA GONZALEZ, "Celebración del matrimonio en casos internacionales y constitución de parejas de hecho en casos internacionales", *Nuevos temas de Derecho internacional* (2006), <http://vlex.com/vid/288696>
- خ. كاراسكوسا غونزاليس، «الزواج والمعاشرة الواقعية» في أ. ل. كالفو كارافاكا و خ. كاراسكوسا غونزاليس، وإ. كاستيبانوس رويز، القانون الدولي للأسرة، الطبعة الثالثة، كوليكس، مدريد، 2005، ص 47 وما يليها، وفي أ. ل. كالفو كارافاكا و خ. كاراسكوسا غونزاليس، القانون الدولي الخاص، المجلد الثاني، الطبعة 7، كوماريس، غرناطة، 2006، ص 43 وما يليها.
- J. CARRASCOSA GONZALEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ y E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de familia internacional*, 3<sup>a</sup> ed., Colex, Madrid, 2005, p. 47 ss. y en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 7<sup>a</sup> ed., Comares, Granada, 2006, p. 43 ss.
- ز. كومباليا، «أحوال المرأة في قانون الزواج الإسلامي»، إيكواليطاس، رقم 6، يناير/ أبريل 2001، ص 14 وما يليها.
- Z. COMBALIA, "Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial islámico", *Aequalitas*, n° 6 (enero-abril de 2001), p. 14 ss.
- خ. دبيري، «القانون الدولي الخاص ونزاع الحضارات، الأوجه المنهجية (العلاقات بين أنظمة أوربا الغربية والأنظمة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية)»، مجموعة دروس أكاديمية القانون الدولي، الجزء 211 (188/4)، ص 13 وما يليها.
- J. DEPREZ, «Droit international privé et conflits de civilisation. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système islamique en matière

- S. ADROHER BIOSCA, Forma del matrimonio y Derecho internacional privado, Bosch, Barcelona, 1993
- س.أ. الديق أبو صالح وأ. بونومي، القانون الإسلامي والأسرة والميراث على محك القرارات لقضائية الغربية، (دراسة القانون المقارن حول جوانب القانون الدولي الخاص المتعلقة بهجرة المسلمين إلى ألمانيا وفرنسا وإيطاليا وسويسرا)، شولتيس، زيوريخ، 1999.
- S.A. ALDEEB ABU-SAHLEH y A. BÓNOMI, 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 Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse), Schulthess, Zurich, 1999
- أغيلار بينيتس دي لوغو، «الزواج القنصلي»، النشرة الإعلامية لوزارة العدل، رقم 1937، 2003، ص 525 وما يليها.
- M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, "El matrimonio consular", Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1937 (2003), p. 825 ss.
- - أغيلار بينيتس دي لوغو، التدخل القنصلي في القانون الدولي الخاص، جامعة اشبيلية، 2005.
- M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, Intervención consular en Derecho internacional privado, Universidad de Sevilla, 2005
- إ. أرتوش إيريري، «الزواج المختلط والتعدد الثقافي والقانون الدولي الخاص»، تكريم و. أرويو مونطيرو. إبروليكس، مدريد، 2003، ص 199 وما يليها.
- E. ARTUCH IRIBERRI, "Matrimonios mixtos: diversidad cultural y Derecho internacional privado", Homenaje a R. Arroyo Montero, Iprolex, Madrid, 2003, p. 199 ss.
- إ. أرويو مونطيرو، الزواج القنصلي، القانون، مدريد، 1991.
- R. ARROYO MONTERO, El matrimonio consular, La Ley, Madrid, 1991
- س بلمير، «نزاع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي والقانون الدولي الخاص الإسباني؛ تطبيق في العلاقات الأسرية والزواج المختلط والجنسية»، في اللقاء القضائي الأول المغربي الإسباني المنظم من طرف المجلس العام للسلطة القضائية (إسبانيا) والمحكمة العليا المغربية، مركز النشر والتوثيق القضائي، الرباط، 2002، ص 9 وما يليها.
- S. BELMIR, "La conflictividad de las Leyes en el Derecho internacional especial marroquí y el el Derecho internacional especial español; aplicación a los vínculos familiares, al matrimonio mixto y a la nacionalidad", en Primer encuentro judicial hispano-marroquí organizado por el Consejo General del Poder Judicial (España) y la Corte Suprema de Marruecos, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, Rabat, 2002, p. 9 ss.
- م. بنراضي وه. العلمي مشيشي و أ. اونير و م مواقيت، وف. الزهرة بوقيسي ور. زيدقي، قانون الأسرة: المفاهيم والتطبيق القضائي، فريدريش إيبير سيفتونغ (فاس، المغرب)، الرباط، 2007.
- M. BENRADI, H. ALAMI M'CHCHI, A. OUNNIR, M. MOUAQIT, F. ZORA BOUKAÏSSI y R. ZEIDGUY, Le Code de la Famille: perceptions et pratique judiciaire, Friedrich Ebert Stiftung FES MAROC, Rabat 2007)
- إ. بلاسكيس رودريغس، «إبرام الزواج الإسلامي والاعتراف به في القانون الإسباني»، في إ. بلاسكيس رودريغس وم. د. آدم مونيوس، الهجرة المغربية وقانون الأسرة، حكومة الأندلس المستقلة، اشبيلية، 2005، ص 135 وما يليها.

بما أن الاسم الشخصي والاسم العائلي للشخص، في النظام المغربي والنظام الإسباني، يعتبران مادة خاصة بالأحوال الشخصية (انظر أعلاه)، فإنه يجب تطبيق نظام الجنسية للشخص المعني بالأمر، (عادة مغربي حين يتعلق الأمر بمواطنين مغاربة). هذا ما قرره الفصل، 1 الفقرة 1، على المستوى ما بعد الدولة، من الاتفاقية الدولية المتعلقة بالقانون المطبق على الاسم الشخصي والاسم العائلي، المبرمة في ميونيخ في 5 سبتمبر 1980 في إطار اللجنة الدولية للحالة المدنية<sup>211</sup>؛ وعلى المستوى الداخلي، هناك المادة 219 من نظام السجل المدني الذي ينص على ما يأتي: «ينظم الاسم الشخصي والاسم العائلي للأجنبي طبقاً لأحواله الشخصية»<sup>212</sup>. فيما يخص المواطنين المغاربة، إذا حللنا اجتهاد الإدارة العامة للسجلات والتوثيق، فإن ر. فينياس فاري قد شخص عدة مشاكل تنسيق تؤثر على العقود أثناء إدراجها في السجلات المدنية الإسبانية والمغربية، أدت إلى ملفات تصحيحية للقيود المنجزة في السجل المدني الإسباني<sup>213</sup>. تسجل من بين هذه المشاكل، فيما يتعلق بموضوع الدراسة التي تقوم بها، تلك المتعلقة بتغيير الاسم الشخصي والاسم العائلي للمغاربة الذين يكتسبون الجنسية الإسبانية، المنصوص عليها في مقتضيات المادة 1 الفقرة 2 من اتفاقية ميونيخ المبرمة في 5 سبتمبر 1980 فيما يتعلق بهذه الحالة النزاعية الانتقالية «في حالة تغيير الجنسية، يطبق قانون الدولة المانحة لهذه الجنسية الجديدة»<sup>214</sup>.

## V. ملحقات

### 1. المراجع الأساسية المنقاة

- ب أباركا خونكو، «إبرام الزواج وفسخه»، في ب. أباركا خونكو (مدير)، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، أونيد، مدريد، 2004.
- P. ABARCA JUNCO, "La celebración del matrimonio y su nulidad", en P. ABARCA JUNCO (dir.), Derecho internacional privado, Vol. II, 2ª ed., UNED, Madrid, 2004
- ب. أباركا خونكو، «تنظيم المجتمع المتعدد الثقافات»، في أ. ل. كافوكارافاكا و. خ. إيربارطي أنخيل (ناشران)، الأحوال الشخصية والأسرة المتعددة الثقافات، كوليكس، مدريد، 2000، ص 163 وما يليها.
- P. ABARCA JUNCO, «La regulación de la sociedad multicultural», en A.-L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ANGEL (eds.), Estatuto personal y multiculturalidad de la familia, Colex, Madrid, 2000, p. 163 ss.
- س. ادروهير بيوسكا، شكل الزواج والقانون الدولي الخاص، بوش، برشلونة، 1993.

211 الجريدة الرسمية، عدد 303، بتاريخ 19 ديسمبر 1989، بما أن القانون المذكور المطبق، سيبقي مطبقاً ولو تعلق الأمر بدولة ليست طرفاً في الاتفاقية (المادة 2)، فنحن أمام وسيلة ذات بعد عالمي. حول هذا الموضوع، انظر ديباس فرايلي، «نظام الأسماء في القانون الإسباني والأوروبي، على ضوء الاتفاقية الجديدة للجنة الدولية حول الحالة المدنية»، بيان إخباري لوزارة العدل، عدد 1989، 2005، ص 2105 وما يليها؛ خ خ فورنير ديلابغوا، أسماء شخصية وأسماء عائلية، القاعدة الداخلية والدولية، برشلونة، 1994، وأ لا را أغوادو، «الاسم في القانون الدولي الخاص، كوراميس، غرناطة، 1998.

212 م. أغيلار بينيتيس دي لوغو، «الأحوال الشخصية»، في م. أغيلار بينيتيس دي لوغو والآخرين، دروس في القانون المدني الدولي، منشورات تيطنوس، مدريد، 2006، ص 41 وما يليها.

213 ر. فينياس فاري، مشاكل متعلقة ب...، انظر ص 10-16، المرجع السابق.

214 المؤلف السابق (المرجع السالف الذكر، ص 18) يخلص إلى ملامحة إعداد قاعدة تقضي أنه في حالة وجود عناصر مهمة للوثيقة ذات الارتباط بإسبانيا، (الإقامة المستمرة فوق التراب الإسباني دون آفاق التغيير، ولادة وتربية الأبناء في إسبانيا، اندماج المجتمع الإسباني على سبيل المثال)، فإنه يتعين أن تؤخذ بعين الاعتبار القوانين الإسبانية بدلا من قانون جنسية الشخص المعني بالأمر (المغربي مثلا)، وإن كان ذلك قليل المطابقة أو مخالفا للمبادئ الدستورية الإسبانية. بخصوص هذه النقطة، انظر التعليمات الحديثة الصادرة في 23 مايو 2007، عن المديرية العامة للسجلات والتوثيق، بشأن الأسماء العائلية للأجانب المتجنسين بإسبانيا، وتضمنتها بالسجل المدني الإسباني (الجريدة الرسمية لدولة، رقم 159، الصادرة في 4 يوليو 2007).

القانون المدني، الذي يجب فهمه على أنه مفتاح دستوري، وكذلك تأويله بصفة محدودة<sup>205</sup>؛ ومن جهة أخرى، ومن الوجهة الشخصية، أن يتوفر محررو هذه الوثيقة على الكفاءة لأجل الالتزام. وهذه قضية، كما يعلم الجميع، تنتمي لنظام الأحوال الشخصية، وتخضع بالتالي لقانون الأحوال الشخصية المحدد في النظامين المغربي والأسباني للقانون الدولي الخاص، بمقتضى جنسية المعنى بالأمر (انظر أعلاه).<sup>206</sup>

- الأمتثال على مستوى الشكل، خلال المثول أو إعداد الوثيقة، للشروط المطلوبة في البوالة التي حرت بها، حتى تكون الوثيقة وسيلة إثبات تامة أمام القضاء، (المادة 323، الفقرة 1 من قانون المسطرة المدنية)<sup>207</sup> وكما تم تأويله بالنسبة للقانون السابق، يجب التأكيد على أنه على الرغم من كون هذا الفصل ينص فقط على علاقة العقد بالمكان، يجب الرجوع إلى المادة 11 من القانون المدني لمراقبة مدى استيفاء الشروط المطلوبة من طرف أي قانون يطبق على شكل الأعمال القانونية.<sup>208</sup>

إن مراقبة الشروط التي تمكن من إثبات الفعالية الخارجية والداخلية لرسم أو عقد الزوجية المحررين من طرف سلطة مدنية أو دينية أجنبية مختصة مكلفة بالسجل القنصلي الإسباني للدائرة التي حرت بها هذه الوثائق، قد وردت في الفقرة الأولى المادة 16 المذكور من القانون المدني الذي ينص على أنه: «يجب تقييد الولادات والزيجات والوفيات في السجل البلدي أو القنصلي للمكان الذي حدثت فيه».<sup>209</sup>

#### 4. الإشارة إلى هوية المواطنين المغاربة في السجل المدني الإسباني.

يشير تكثيف العلاقات الخارجية بين المغرب وإسبانيا، في المقام الأول، ولوج السجل المدني الإسباني من قبل عدد كبير من رسوم قانون الأسرة التي يبرمها المواطنون المغاربة (على الخصوص، كما حللنا ذلك في هذه السطور، عقود الزواج)، تم ضرورة تصحيح الأخطاء المرتكبة بالسجلات، أثناء تقييد الأسماء الشخصية والعائلية للمواطنين المغاربة.<sup>210</sup>

205 كانت الإشارة صريحة إلى هذا المقتضى، في قرار الإدارة العامة للسجلات والتوثيق (2<sup>9</sup>) في 14 مايو 2001 (مجموعة اجتهادات أرنازادي، 2002 عدد 1728)، من أجل رفض التسجيل في السجل المدني الإسباني للزواج المبرم في المغرب سنة 1972 بين متعاقد من أصل مغربي اكتسب الجنسية الإسبانية سنة 2000 ومتعاقد مغربية، لكون المغربي المذكور مرتبط بزواج سابق مع مغربية أخرى غير مفسوخ وقت إبرام العقد مع الثانية .

206 كمثل، إن قرار الإدارة العامة للسجلات والتوثيق، بتاريخ 9 فبراير 2000 (مجموعة الاجتهادات أرنازادي، 2000، رقم 3099)، لم يقبل تقييد السجل المدني المركزي للزواج المبرم بالرباط بين مواطن إسباني ومواطنة إسبانية، بسبب عدم تقييد طلاق سابق صدر بالسويد علاقة بزواج هذا العاقد بهذا السجل. وعلى العكس من ذلك، فإن قرار نفس الهيئة في 23 سبتمبر 2000 (مجموعة أحكام أرنازادي، 2000 عدد 9349)، قد قبل تسجيل زواج عقد بين مواطن إسباني من أصل مغربي، ومواطنة مغربية بالرباط سنة 1997، لأنه كان يحتوي على فسخ عقد زواج سابق لهذا المواطن حين كان ما يزال مغربا، بطلاق رجعي سنة 1973 تم التصريح بطابعه النهائي بقرار محكمة الدار البيضاء سنة 1986.

207 إ. غابان رودريغيس، (قانون السجل المدني، المذكور ص 188)، ينتقد بعض اجتهادات الإدارة العامة للسجلات والتوثيق التي رفضت تسجيل عقود الزواج المبرمة بين إسبانيين في المغرب لكون هذه العقود لم تكن ثابتة في السجل النظامي والحقيقي (المحكمة الشرعية بالناظور).  
208 المرجع، أ رودريغيس بينوط، «شكل العقود القانونية»، ص 363.

209 في نفس المعنى، تنص الفقرة 1 من المادة 68 من نظام السجل المدني وتقرر الفقرة 2 من نفس الفصل أنه إذا كان صاحب العقد المبرم في الخارج أمام سلطة أجنبية، ساكنا في إسبانيا، يجب مسبقا أن يقيد في السجل المدني المركزي، من أجل نقل التسجيل بعد ذلك إلى السجل القنصلي المختص. المرجع: ج كراسكوسا غونزاليس، «الزواج والزواج القائم» ص 80، المرجع السابق، والأحكام المذكورة. وفي الحالة التي شملها قرار الإدارة العامة للسجلات والتوثيق، في 19 أبريل 2001، (مجموعة أحكام أرنازادي، 2001 عدد 5191)، فإن المتعاقدين (إسبانية ومغربي) في زواج إسلامي مبرم في الناظور، قد طلبا تسجيل نفس العقد لدى قنصلية إسبانيا في فرانكفورت لكون هذه المدينة هي المقر السكني للمتعاقدين.

210 انظر ر. فينياس فاري، «ذكر هوية مواطنين عرب ومسلمين في السجل المدني الإسباني»، في أ رودريغيس بينوط، تعدد الثقافات : إشارة خاصة للإسلام. المجلس العام للسلطة القضائية، مدريد، 2002، ص 343 وما يليها؛ و«المشاكل المتعلقة بذكر هوية مواطني البلدان العربية والإسلامية وخاصة المغاربة، في السجل المدني الإسباني»، «النشرة الإعلامية لوزارة العدل عدد 1822 (1998)، ص 5 وما يليها. يشير الكاتب المذكور (ص 9 و 10) لمشاكل تظهر أثناء ذكر هوية مواطني البلدان العربية والإسلامية بصفة عامة: اللغة، والحروف العربية وتحويلها، و النقل الحرفي المتعدد للاسم الواحد، استعمال التعبيرات مثل ابن، بن، أبو، بنت، التعريف بأل وال وزيادة عبد و غلام، مستعمل من لدن نفس الجيل، واللجوء إلى قواعد الاتفاقية أو المكتوبة بشأن نظام الأسماء الشخصية والأسماء العائلية في الوثائق والشهادات.



في هذه الوثيقة)<sup>199</sup>. لذلك، فإن المادة 323 من قانون المسطرة المدنية الصادر في 7 يناير 2000، يشكل القاعدة الأساسية. وبعد أن عرفت هذه القاعدة في فترتها الأولى الوثائق العمومية الأجنبية التي يتعين منحها قوة الإثبات المنصوص عليها في المادة 319 من نفس القانون<sup>200</sup>، كمستندات أجنبية معدة لأغراض التقاضي، نصت فترتها الثانية على أنه، في حالة عدم تطبيق أي معاهدة أو اتفاقية دولية أو قانون خاص، فإنه يمكن اعتبار الوثائق الأجنبية المستوفية لبعض الشروط، كوثائق عمومية.<sup>201</sup>

أ) فيما يتعلق بقوة الإثبات الخارجية للوثيقة العمومية الأجنبية (عادة عقد مبرم لدى سلطة مغربية)، فإنه يستنتج من تطبيق المادة 323 من قانون المسطرة المدنية ومن فصول أخرى، أن الشروط المطلوب توفرها بخصوص هذه النقطة هي التالية:

- وجود التصديق أو الخاتم، وكذلك باقي الشروط الضرورية لإثبات صحتها في إسبانيا (المادة 323، الفقرة 2 من قانون المسطرة المدنية)<sup>202</sup>. وكقاعدة خاصة في مجال السجل المدني، تحتوي الفصول 88 و91 من هذا القانون على تنظيم لهذه الغاية، يجب الانتباه إليه، وخاصة إلى المادة 89، الفقرة 1، الذي يخالف شرط التصديق كلما ثبتت لدى ضابط السجل المدني صحة الوثيقة الأجنبية، إما مباشرة أو بعد توصله بالوثيقة بالطريقة الرسمية. وعلى العكس من ذلك، بالنسبة للحالات المختلفة، فإن المادة 90 من هذا النظام ينص على أن تصديق هذه الوثائق الأجنبية التي من المفروض أن تنتج آثارها لدى السجلات المدنية الإسبانية، ينجز من لدن قنصل الدولة التي حررت بها المعتمد في إسبانيا.
- ترجمة هذه الوثائق إذا لم تكن محررة باللغة الإسبانية أو بإحدى اللغات الرسمية لكل جماعة مستقلة: المادة 144، الفقرة 1 من قانون المسطرة المدنية والمادة 86 من نظام السجل المدني، بصفة خاصة، الذي يخول لضابط السجل المدني أن يتخلى عن هذه الترجمة تحت مسؤوليته إذا كان يعرف اللغة التي حررت بها هذه الوثائق أو إذا ثبت لديه محتوى هذه الوثائق<sup>203</sup>. يجب أن تكون الترجمة أو النسخة المطابقة التي ترفق من أجل التقييد في السجل المدني الإسباني، في كل الأحوال، رسمية، أي محررة من طرف موثق أو قنصل أو مترجم أو هيئة أخرى أو موظف مؤهل (المادة 144 من قانون المسطرة المدنية).

- ب) فيما يتعلق بقوة الإثبات الكامنة في الوثيقة العمومية الأجنبية بذاتها، (أحيانا محررة لدى سلطة مغربية)، فإن نظام المادة 323 من قانون المسطرة المدنية يبدو أكثر غموضا من محتوى المادة 600 من قانون المسطرة المدنية السابق، الذي كان يحتوي على مجموعة من المقتضيات يمكن اعتبارها ما زالت سارية المفعول بحكم طابعها العام.<sup>204</sup>
- فيما يخص صحة العقد القانوني المضمن في الوثيقة المعنية، يجب: من جهة، أن يكون محتوى العقد، من الناحية المادية، غير مخالف للنظام العام الإسباني للعلاقات الدولية (المادة 12 الفقرة 3، من

199 المرجع: أ رودريغيس بينوط: « شكل العقود القانونية»، انظر ص 358 وما يليها... نفس المرجع.

200 تتجلى قوة الإثبات للوثائق العمومية الأجنبية، حسب الفقرة 1 للفصل 319 من هذا القانون، في إثبات الفعل أو العقد أو حالة الأشياء الموثقة، وتاريخ إنجازها وهوية المحررين والأشخاص الآخرين المتدخلين فيها، عند الاقتضاء.

201 يقدم لنا قرار المحكمة العليا في 18 سبتمبر 1986 مثالا على تطبيق مبادئ مطابقة قانون المسطرة المدنية السالف الذكر. (المادة 600 و601)، فيما يتعلق بعقد أو تصريح بالطلاق بين مواطنين مغربيين، ومصادق عليه من طرف سلطات موثقة لدى هذا البلد، المجلة الإسبانية للقانون الدولي، 1987، عدد 1، ص 204 وما يليها، مع ملاحظات من طرف إ ميللاس ديل بوش بورتوليس.

202 يجب التذكير أن المغرب ليس طرفا في الاتفاقية التي تلغي إزام التصديق على الوثائق العمومية الأجنبية، البرمة بلاهاي في 5 أكتوبر 1961 (الجريدة الرسمية، عدد 229 في 25 سبتمبر 1978). يعنى المادة 40 من الاتفاقية المشتركة في 30 مايو 1997 حول التعاون القضائي في المجال المدني والتجاري والإداري، من التصديق على الوثائق المشمولة بتطبيق الاتفاقية (التي لا تشمل كما ذكرنا العقود الزوجية).

203 يتضمن المادة 40 من الاتفاقية المشار إليها سابقا، كذلك، قواعد خاصة حول اللغة المستعملة وترجمة الوثائق.

204 بمفهومه العام، ينطلق المادة 600 من قانون المسطرة المدنية السابق، من المقابلة بين الوثائق المنجزة طبقا للقوانين الإسبانية أو لقانون أجنبي، لما نص على أن « تتوفر الوثائق المنجزة في البلدان الأخرى على نفس القيمة القضائية التي تتوفر عليها الوثائق المنجزة في إسبانيا » إذا استوفت بعض الشروط، وبعض النظر عن بعض الأخطاء التقنية وحصرها في المجال القضائي لهذه الصيغة، يتعلق الأمر بإشكالية قد أغفل ذكرها حاليا في المادة 323 من قانون المسطرة المدنية المعمول به.



بإسبانيا، طبقا للقوانين والمعاهدات الدولية، كسند لتقييد تشهد عليه ( المادة 81). تبدأ الشكوك عند ملاحظة كيفية مراقبة قوة الوثيقة الأجنبية في إسبانيا، إذا كان المادة 83 من نظام السجل المدني يقتضي أنه «لكي تكون له هذه القوة، فإنه يستوجب التذليل والحصول عليه مسبقا». ويذكر المادة 84 حالتين لا تكون فيها لهذه الوثائق قوة ضرورية في إسبانيا (باستثناء الضرورة للمصلحة العامة):

الأحكام والقرارات الأجنبية التي تحدد أو تكمل الأهلية لإبرام هذه العقود المطلوب تسجيلها. الترخيص أو الموافقة أو التصديق من لدن السلطة الأجنبية إذا كانت على الشكل والطريقة المعمول بها لدى البلد الذي أبرمت فيه.

فقطها، إذا كان التذليل ضروريا لأجل تقييد حكم أجنبي في إسبانيا، مع وجود تقييد رسم سابق (الزواج مثلا)، في الحالات التي تتضمن فيها الوثيقة الأجنبية محتوى عمل قضائي طوعي متعلق بالقانون المغربي الذي يراد تقييده بالسجل المدني الإسباني، لا تكون هذه المعادلة لازمة لأنه، من الناحية القانونية، تبرز الآثار المتجاوزة للدولة لهذه الوثيقة عند ولوجها للسجل المدني للدولة مختلفة عن السلطة التي أبرم لديها.<sup>195</sup> ينتج عن ذلك أن ضابط هذا السجل هو الذي يجب عليه أن يراقب القرار الأجنبي المعني بالأمر (منجز من لدن سلطة مغربية أو سلطة دولة ثالثة)، وتوفره على الشروط المطلوبة من أجل إنتاج آثاره في الدولة التي يراد تقييده بسجلها المدني (إسبانيا). على حد قول إ. رودريغس غايان «ما لم تكن هناك مراقبة، فلن تكون صلاحية العقد مؤكدة»<sup>196</sup>.

كما عبر عن ذلك خ. م. إيسبينار فيسينتي، فإن الآثار المتجاوزة للدولة لعقد ما، من الناحية الشكلية، تظل رهينة بالتقييم الممنوح في الخارج للوثيقة الأجنبية التي تشهد أنه، على ضوء مبدأ محدد، تأسس الحق المزمع تقييده.<sup>197</sup> يجب أن ينجز هذا التقييم طبقا لمقتضيات القواعد المتجاوزة للدولة، كما ذكرنا، لنظام قانوننا الدولي الخاص، وفي غيابها لمقتضيات قواعد هذا القانون المطبقة.

1. فيما يخص القواعد المتجاوزة للدولة والتي يمكن أن تربطنا بالمغرب في هذا المجال، يجب الإشارة أنه لا يمكن تطبيق اتفاقية التعاون القضائي في المجال المدني والتجاري والإداري، المبرمة بين البلدين بمبريد في 30 مايو 1997، لأن العقود الزوجية ليست مماثلة للقرارات القضائية ولا للوثائق الموثقة بصيغة التنفيذ والتي يمكن الاعتراف بها بالطريقة المنصوص عليها في العنوان الثالث من هذا القانون.<sup>198</sup>

2. وعلى هذا الأساس، فإن القواعد التي يخصها نظام قانوننا الدولي الخاص بتنظيم هذه الميدان، في غياب أداة تتجاوز الدولة، تميز بين قوة الإثبات الخارجية للوثيقة العمومية الأجنبية (بمعنى وجودها أو صحتها)، وقوة الإثبات الداخلية للوثيقة (بمعنى صلاحيتها كوسيلة لإثبات وجود العمل القانوني الذي ضمن

195 ب. ميغل أسينسيو، «آثار القرارات الأجنبية للتشريعات الطوعية»، أوروليكس، مدريد، 1997، ص 242. 196 انظر ص 181، نفس المرجع.

197 خ. م. إيسبينار فيسينتي، دروس في القانون الدولي الخاص الإسباني وقانون النفاذ المدني (الاختصاص القضائي الدولي، الاعتراف بالعقود والقرارات الأجنبية وتنفيذها)، جامعة الكالا دي هينارس، مدريد، 1993، ص 232 وما يليها.

198 لا يمكن أيضا، كما ذكرنا، تطبيق الاتفاقية حول المساعدة القضائية وحول الاعتراف بالقوانين الأجنبية، مدريد، 1993، ص 232 وما يليها. المبرمة بمبريد في 30 مايو 1997، لأنها لا تشمل التطبيق المادي في هذا المجال. وحول هاتين الوصيتين، انظر، من بين آخرين، ر. أرو مونو، «اتفاقية التعاون القضائي في المجال المدني والتجاري والإداري بين المملكة الإسبانية والمملكة المغربية، المبرمة بمبريد في 30 مايو 1997، المجلة السنوية الإسبانية للقانون الدولي الخاص، رقم 0 (2000)، ص 598 وما يليها؛ ف. غاراو صويرينو، «قواعد الاتفاقية الإسبانية المغربية حول الاعتراف والنصرح بالصيغة التنفيذية للقرارات القضائية والوثائق الموثقة بقوة التنفيذ والتحكيم في المجال المدني والتجاري والإداري، في القانون الدولي والعلاقات الدولية في البحر الأبيض المتوسط، المبرمة الرسمية للدولة، مدريد، 1999، ص 167 وما يليها؛ م. موياسيسكو ديرو وح رزقي، النظام الجديد الثنائي للمساعدة القضائية الدولية والمصادقة والاعتراف وتنفيذ القرارات مع المغرب، المجلة الإسبانية للقانون الدولي، 1997، العدد الثاني، ص 369 وما يليها؛ ج. أ. بيريز بيغيا، اتفاقية التعاون القضائي في المجال المدني والتجاري والإداري بين إسبانيا والمغرب، في 30 مايو 1997، مجلة القضاء، 1998، رقم 1 و 2 و 3 و 73 وما يليها؛ سايدو رودريغس، وجهات نظر متعلقة بالاتفاقية الثنائية بين إسبانيا والمغرب سنة 1997، منشورات، أ. ل. كالفو كارافاكا و خ. ل. إيربارتي أنخيل، العولة والأسرة، كوليكس، مدريد، 2001، ص 347 وما يليها.

يعتبر تقييد الزواج في السجل المدني، في القانون الإسباني، شرطا لا مناص منه لأجل الاعتراف الكامل بأثاره المدنية التي تنجم عنه منذ إبرامه ( ألفقرتان 1 و2 من المادة 61 من القانون المدني.<sup>191</sup>

## 2. تقييد الزواج المبرج لدى سلطة إسبانية

إذا أبرم الزواج لدى سلطة مدنية إسبانية ( فوق التراب الإسباني أو في الخارج، وفي هذه الحالة لدى الفئصلية)، أو فوق التراب الإسباني لدى سلطة دينية بالطرق المقبولة في القانون الإسباني (على الطريقة المسيحية، أو البروتستانتية، أو اليهودية أو الإسلامية)، فإن التقييد في السجل المدني ينجز بتقديم الشهادة اللازمة لدى القاضي المكلف بالدائرة التي أبرم فيها الزواج ( الفقرة 2 من المادة 16 من قانون السجل المدني)<sup>192</sup>.

## 3. تقييد الزواج المبرج لدى سلطة أجنبية

يمكن أن يكون الزواج الذي قيد بالسجل المدني الإسباني والذي يكون فيه على الأقل أحد العاقدین مغربيا، مبرما لدى سلطة أجنبية، سواء بإسبانيا (زواج تفصلي) أو خارج إسبانيا (بالمغرب أو ببلد ثالث). في هذه الحالات، يجب العمل على الاعتراف بالعقد الأجنبي أو الشهادة الأجنبية حتى يمكن تقييدهما بالسجل المدني، الذي يتأكد من الشروط القانونية المتوفرة عند إبرام هذا الزواج ( الفصلان 65 من القانون المدني و256 من نظام السجل المدني)<sup>193</sup>.

لهذه الأغراض، فإن التسوية المضمنة في نظامنا للقانون الدولي الخاص، تتضمن القواعد التي تتجاوز الدولة والقواعد المطبقة في غياب أداة تتجاوز الحدود.<sup>194</sup> ويحيل نظام السجل المدني على هذا الواقع بواسطة بنية غامضة. بداية وفي إطار مبدأ الاعتراف - التطبيق، ومن جهة ثانية المبدأ الأكثر عمومية للتعاون الدولي - يتم التصريح بصلاحيحة العقود الصحيحة الأجنبية (سواء الأصلية أو المشهود بمطابقتها للأصل، القضائية أو الإدارية أو التوثيقية) بقوة القانون

191 في انتظار ذلك، لا يؤثر الزواج غير المقيد على الحقوق المكتسبة عن حسن نية من لدن الأغيار ( الفقرة 3 من الفصل المذكور).

192 انظر كذلك المادة 255 من نظام السجل المدني.

193 حول تطور الفقه الإسباني علاقة بالمراقبة والتأكد المشار إليهما، انظر أ. غابان رودريغس، القانون الدولي للسجل المدني، أوروليكسن، مدريد، 1995، ص 186-189. مثال حديث حول رفض التقييد في السجل المدني الإسباني لزواج ميرم في المغرب بين متعاقد إسباني مولود في المغرب ومتعاقد مغربية مولودة في المغرب، يقدمه القرار الثاني للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، الصادر في 2 نوفمبر 2004 (مجموعة الاجتهادات أرتازادي، 2005، عدد 61569)، الذي لاحظ عدم وجود شهادة للسجل المدني المغربي وغياب إثبات إبرام الزواج حسب الشكل المنصوص عليه في المادة 257 من نظام السجل المدني الإسباني. بالفعل، أدلي في الملف بنسخة من رسم زواج توثيقي لم يذكر فيه صراحة تاريخ إبرامه في المغرب، ولا الأسماء الشخصية والعائلية الطالبين، وهي الأسماء التي كانت تختلف من وثيقة إلى أخرى (الشيء الذي أثار مشكلة الهوية). وبسبب ذلك رفضت هذه المؤسسة المذكورة حتى التقييد الهامشي المنصوص عليه في المادة 271 من هذا النظام، أو من خلال ملف على سبيل القرينة، (انظر الفصول 335 و339 و340 من هذا النظام) في نفس الخط، قرارات (الأول) المديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 30 مايو 1998 و(الرابع) في 31 غشت 1998 ( النشرة الإعلامية لوزارة العدل، العدد 1840 (1999) ص 468-469 والعدد 1845 (1999) ص 1426 وما يليها. ورفضت التقييد بالسجل المدني الإسباني بالنسبة لزواجين بين مواطنين مغاربة الذين اكتسبوا لاحقا الجنسية الإسبانية- مبرمين في المغرب: بالنسبة للحالة الأولى، لأن الشهادة المرفقة بهذا الرسم لا تثبت إبرام الزواج، بل تتعلق الأمر برسم موثق يحتوي على عدة شهود يصرحون أنهم يعرفون أن المتعدين بالأمر كانا متزوجين منذ 1970 وليس به معلومات أساسية حول مكان وتاريخ الزواج ولا حضور العدول. وفي الحالة الثانية، لم يدليا بشهادة تسجيل الزواج مسلمة من السلطة المغربية، بل بعقد موثق أيضا، يحمل تصريحات لا تذكر فيها أسماء الشهود ولا تاريخ ولا مكان إبرامه أو الترخيص به. وفي الحالتين، إذن، لا تتوفر شروط الفقرة 3 من المادة 256 من نظام السجل المدني، وبذلك تم اللجوء إلى الملف المشار إليه في المادة 257 من هذا القانون.

وبالمقابل، قبل قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 11 فبراير 2003 التقييد بالسجل المدني الإسباني لزواج ميرم في المغرب سنة 1942 بين زوجين مغربيين اكتسبا الجنسية الإسبانية لاحقا، على الرغم من عدم وجود شهادة من السجل المدني المغربي، يضم الملف المعد طبقا للفصل 257 من نظام السجل المدني، المصادقة على استيفاء الشروط المطلوبة - وخاصة مكان وتاريخ إبرام الزواج الإسلامي - بواسطة شهادة إخبارية مضمنة بالرسم التوثيقية المغربية المرفقة بالملف. 194 حول هذه المسألة، انظر ب. أورويخودو بريبطو دي لوس موسوس، «إبرام الزواج والاعتراف بصحته في القانون الدولي الخاص الإسباني»، انظر ص 217 وما يليها، المرجع السابق.

المحكمة المرجعية قبلت طلب الأرملة المذكورة، بعد أن تساءلت بشأن ما إن كان إغفال هذا التقييد يمس بشرط تأسيسي أو بمجرد شرط لإثبات صحة الزواج أو لإضفاء الطابع الرسمي عليه، فأقرت ما يلي:

« يمثل الإغفال مجرد عيب شكلي لا يدعو إلى حرمان الزواج المبرم طبقاً للتشريع المغربي، من صحته وفعالته، مع جميع الآثار القانونية المرتبطة به في النظام القانوني الإسباني، وتحديدًا من تعويضات الأرملة بصفتها الزوجة المتبقية على قيد الحياة، وذلك كنتيجة منطقية وعادية وإلزامية لاكتساب الجنسية الإسبانية من لدن المستفيدة المعنية وكنتيجة لوضعيتها الجديدة. »<sup>189</sup>

## ١٧. نقييد الزواج بالسجل المدني الإسباني

### 1. مبادئ النقييد بالسجل في القانون الإسباني

لأجل الدراسة التطبيقية للتقييد في السجل المدني الإسباني، بالنسبة للزواج الذي يكون فيه أحد عاقديه على الأقل مغرباً، يجب التمييز بين العقود الزوجية المبرمة لدى سلطة إسبانية (سواء فوق التراب الإسباني أو في الخارج) والعقود المبرمة لدى سلطة أجنبية (سواء فوق التراب الأجنبي أو الإسباني). يرتكز تنوع الإمكانيات الشكلية لإبرام الزواج الممنوحة في نظامنا للقانون الدولي الخاص، على القاعدة الواردة في المادة 256 من نظام السجل المدني، المضمنة في الباب الثاني (حول تقييد الزواج بالسجل المدني)، من الجزء الثاني (باب الزواج) من الجزء الرابع (حول التقييد بصفة عامة، وكيفية تطبيقها) والتي تنص على ما يلي :

« باستثناء ما جاء في مقتضيات المادة 63 من القانون المدني والفصول 239 و255 من هذا النظام، تقيد الزيجات المثبتة في أي وثيقة من الوثائق التالية، كلما كانت خالية من أي شك بخصوص حقيقة الواقعة ومشروعيتها، طبقاً لقانون الإسباني:

عقد مبرم لدى ضابط أو موظف مختص لإبرام الزواج الذي يكون فيه المعني بالأمر في خطر الموت.

شهادة مسلمة من لدن الكنيسة أو العقيدة، حسب الشكل المقرر في القانون الإسباني والمعتبر كافياً.

شهادة مسلمة من لدن سلطة أو موظف الدولة التي أبرم فيها.

شهادة مسلمة من طرف موظف تثبت الزواج المبرم في إسبانيا بين أجنبيين، مع استيفاء الشكل المقرر في قانون الأحوال الشخصية بالنسبة لأي واحد منهما.

تمثل الوثيقة الأساسية السالفة الذكر والتصريحات التكميلية الملائمة، السند المطلوب في جميع الأحوال، لإنجاز التقييد.<sup>190</sup>

189 مجموعة أرتازادي 1998، عدد 3559. انظر الملاحظة حول هذا الموضوع، ل. أ. كينونين إسكاميس، المجلة الإسبانية للقانون الدولي، 1999، العدد 2، ص 744-747.

190 حرت هذه القاعدة طبقاً لمقتضيات المادة 1 من المرسوم الملكي 1986/1917، الصادر في 29 غشت (الجريدة الرسمية للدولة)، عدد 207، بتاريخ 29 غشت 1986، علاقة بعقد الزواج المبرمة لدى سلطة قضائية إسبانية، ينتمي نظام تقييدها على أساس ولوح هذه العقود للسجلات المدنية، مع اختصاص الدائرة القضائية المتعلقة بإبرامها، وتسليم نسخة منها إلى السجل المدني المركزي، من أجل إدراجها (المادة 12 من قانون نظام السجل المدني والفضلان 118 و119 من نظامه. وكذا تعليمات المديرية العامة للسجلات والتوثيق، حول تبادل نسخ العقود بين السجلات القضائية والسجل المدني المركزي. (النشرة الإعلامية لوزارة العدل رقم 903 (1972). بالنسبة للشواهد الأجنبية، وخاصة الممارسات المتغيرة للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، انظر ب. أوريوخودو بريبطو دي لوس موسوس « إبرام الزواج والاعتراف بصحته في القانون الدولي الخاص الإسباني. » انظر ص 227 وما يليها.

الأخيرة، بزواج تنصلي أبرم في إسبانيا)،<sup>184</sup> كما يقبله على نحو ما تم تحليل ذلك، المادة 219 من القانون المدني الإسباني، الذي يتيح لأي إسباني أن يبرم الزواج خارج إسبانيا طبقا للطريقة المدنية أو الدينية المقررة في نظام البلد الذي يبرم فيه الزواج. بخصوص ما يتعلق بالطريقة الدينية، يجب التمييز بين حالتين :

- أ) من جهة أولى، أن يتعلق الأمر بالطريقة الشرعية الإسلامية، أو البروتستانتية أو العبرية، وفي هذه الحالات، يؤدي بنا التفسير النهائي لمجموع الفصول 49، 6، 59 من القانون المدني، إلى قبول الزواج المدني وفق هذه الطريقة في الخارج، بين متعاقد إسباني ومتعاقد مغربي.
- ب) من جهة ثانية، أن يتعلق الأمر بطريقة دينية مختلفة عن الطرق الأربعة المذكورة، ولكنها مقبولة لدى الدولة المعنية، وفي هذه الحالة، يجب قبول الزواج المبرم حسب هذه الطريقة، لكون شمولية المقولة «القول يبرر الفعل» تجعل هذا الزواج المبرم بهذه الطريقة مقبولا شكليا.<sup>185</sup>

إن الزواج، من وجهة نظر اعتبارات أخرى، بين متعاقدين مغربيين لدى سلطة دولة ثالثة، لا يقبل مبدئيا بالسجل المدني الإسباني، لكونهما لا يحملان الجنسية الإسبانية، ولم يعقد الزواج فوق التراب الإسباني، ( المادة 1 والمادة 15 من قانون السجل المدني). وعلى خلاف ذلك، إذا افترضنا أن الزواج المذكور كان لا بد أن يقيّد بالسجل المدني الإسباني، على شكل بيان يصلح كدعامة لبيانات لاحقة، طبقا لمقتضيات الفصلين 256 و272 من نظام السجل المدني، ( وهو ما اصطلح عليه ب «الاختصاص بطريق الارتباط»<sup>186</sup>) إما بواسطة اكتساب الجنسية الإسبانية في وقت لاحق من لدن أحد الزوجين، أو كلاهما<sup>187</sup>. في هذه الحالات وفي غياب قاعدة صريحة في نظام قانوننا الدولي الخاص، يمكن إيجاد الحل في مراقبة صحة الزواج من الناحية الشكلية، بالدجوء إلى التطبيق المائل للمعايير الموجودة في المادة 50 من قانوننا المدني، حيث يجب اعتبار صلاحية هذا الزواج إذا كان مقبولا من لدن قانون البلد الذي أبرم فيه، أو من لدن الأحوال الشخصية لأي واحد من الزوجين.<sup>188</sup>

يقدم لنا الحكم الصادر عن المحكمة العليا للقضاء بالأندلس، ( غرفة الشؤون الاجتماعية) في 10 يونيو 1998، مثالا مهما عن الزواج بين مواطنين مغاربة أبرم في المغرب بالطريقة الإسلامية وينتهي بالمساس بالقانون الإسباني: بالفعل، عند انتقال الزوجين إلى إسبانيا بعد الزواج، وبعد الحصول على الجنسية الإسبانية ووفاة الزوج بعد ذلك، طلبت الزوجة تعويضات كآرملة، من المؤسسة الوطنية للضمان الاجتماعي، فطرحت مشكلة الاعتراف بهذا الزواج من لدن هذه المؤسسة لكون الزواج لم يقيّد بالسجل المدني الإسباني. إلا أن

184 في جواب على استشارة طرحت على إثر الشكوك المعبر عنها من مختلف المكاتب القنصلية الإسبانية، صرح قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 13 يوليو 1982، حول تقييد زواج أبرم بين إسبانيين في الخارج، لدى سلطة قنصلية ليست إسبانية (النشرة الإعلامية لوزارة العدل، رقم 1282 (1982)، ص 912 وما يليها)، أنه يمكن تقييد مثل هذا الزواج إذا كانت طريقة إبرامه من الطرق المقبولة في قانون المكان الذي يبرم فيه وإذا أنجز الملف المقرر في المادة 65 من القانون المدني والمادة 73 من قانون السجل المدني، والمادة 249 من نظام السجل المدني.

185 انظر في هذا الاتجاه، ج. أ. طوماس أورتييس دي لا توري، «الزواج، إبرامه، الانفصال، الطلاق والبطان»، انظر ص 98، المرجع السابق، والفقهاء المشار ثمة. تبقى صحة هذا العقد الأساسية رهينة بمراقبة استيفاء الشروط المطلوبة في القانون الإسباني، من لدن ضابط السجل المدني، وعند تقييده (طبقا للصلاحيات المقررة في المادة 342 من نظام السجل المدني). وهذا المبدأ، يؤيده قرار 25 نوفمبر 1978، الصادر عن المديرية العامة للسجلات والتوثيق، حول الزواج في الخارج حسب الطريقة الدينية الشرعية، (مجموعة اجتهادات أرناندي، 1978، عدد 179)، الذي كان يشير إلى الزواج الإسلامي في البلدان الإسلامية، وإلى الزواج لدى الحاخام أو القديس البروتستانتي في ولاية كاليفورنيا، مسجلا أن «الطريقة المحلية مقبولة من قبل مبدأ خاص في التشريع الإسباني، على نحو ما هو عليه الأمر بالنسبة للفصل 73 من قانون السجل المدني».

186 انظر س. أدروهر بيويسكا، «شكل الزواج والقانون الدولي الخاص»، انظر ص 323، المرجع السابق.

187 حول تقييد الزواج الأجنبي الغير المقيّد بالسجل المدني الإسباني، وحول الملف الحكومي المعد من أجل تصريح على سبيل القرينة، انظر ب. أوربخودو بريبطو دي لوس موسوس، «إبرام الزواج والاعتراف بصحته في القانون الدولي الخاص الإسباني»، انظر ص 238-241.

188 انظر خ. كراسوكسا غونزاليس، «الزواج والمعاشرة الواقعية»، انظر ص 78.

1969 بشأن اختصاصات المبعوثين الدبلوماسيين، والذي يخولهم صلاحية ممارسة مهام العدول من أجل تحرير أي عقد من العقود التي يبرمها نظراً لهم بالمغرب (وخصوصاً فيما يتعلق بإبرام الزواج).<sup>179</sup> (ب) من وجهة نظر النظام الإسباني للقانون الدولي الخاص، يمكن أن يقيد الزواج المبرم لدى القنصل المغربي المعتمد بإسبانيا، بين متعاقدين مغربيين، بالسجل المدني الإسباني (وفي هذه الحالة يكون القنصل مغربياً) أو بين مواطن مغربي ومواطن من بلد ثالث<sup>180</sup> (في هذه الحالة يكون القنصل إما مغربياً وإما من البلد الثالث المذكور). مقابل ذلك، يعتبر الزواج المبرم بين مواطنين إسبانيين أو بين إسباني وأجنبي (مغربي مثلاً) لدى سلطة قنصلية معتمدة في إسبانيا باطلاً في نظر القانون الإسباني، ولا يمكن بالتالي تقييده في سجلنا المدني، هذا ما أكدته المديرية العامة للتسجيلات والتوثيق، من خلال اجتهاد قار (باستثناء بعض الحالات المعزولة) مطبق على حالات الزواج المبرم بين إسبانيين ومغاربة لدى قنصل مغربي في إسبانيا (بغض النظر عن إمكانية قبول صحة هذا الزواج طبقاً للقانون المغربي).<sup>181</sup>

(ت) وعليه، طبقاً لمقتضيات القانون المغربي، فإن الطريقة القنصلية المشار إليها، يمكن إتباعها من لدن المتعاقدين المغاربة إذا كان الزوجان مسلمين، أو إذا لم يكن أيهما مسلماً ولا يهودياً، أو إذا كان الزوج مسلماً والزوجة يهودية، دون أن يكون الاثنان يهوديين لكون أحوالهما الشخصية تتطلب إبرام الزواج لدى الحاخام.<sup>182</sup>

(ث) تمكن هذه الطريقة في الزواج من تجنب مشاكل الاعتراف التي يمكن أن يشهدها في المغرب، المادة 14 سابقاً من قانون الأسرة الجديد 2004، الزواج المبرم بين المغاربة في إسبانيا وفق كفاية مقبولة من لدن قانوننا (انظر أعلاه). بالفعل، يبين م. ك. فويلبيط وج إ. كارلبي، أن المتعاقدين يلجأ إلى طريقة إسلامية، أي إلى سلطة مغربية وتحت النظام المطبق في المغرب على كل المسلمين.<sup>183</sup>

### 3. الزواج لدى سلطة دولة ثالثة

يمكن كذلك ولوج السجل المدني الإسباني بالنسبة للزواج المبرم بين مواطن إسباني ومواطن مغربي لدى سلطة مدنية أو دينية لبلد ثالث، سواء فوق التراب الإسباني أو في الخارج (كلما كان الأمر لا يتعلق في الحالة

179 الجريدة الرسمية لسنة 1970، ص 258. إن العدول في النظام القانوني المغربي، هو الموثق التقليدي المسلم، المؤهل لإبرام العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية، والعلاقات الأسرية، (مثلاً الزواج أو الطلاق، تحت سلطة ومراقبة قاضي التوثيق)، والميراث. تشير الفصول 65 و 67 من قانون الأسرة الجديد، إلى اختصاص العدول في ميدان إبرام الزواج.

180 وذلك، كما يبين ج. أ. طوماس أورتييس دي لا وري (الزواج: إبرامه، فسخه، الطلاق والغاؤه. انظر ص 101، المرجع السابق)، مع الإحالة على ممارسة المديرية العامة للسجلات والتوثيق، في هذا المجال، «يمكن أن نعت نظامنا بالمتساهل عندما يقبل زواج الأجانب من جنسيات مختلفة لدى قنصل من جنسية أحدهم». 181 قرارات 12 مايو 1999 (2)، من بين قرارات أخرى، و 29 سبتمبر 2003 (3)، حول الزواج المبرم بين إسباني ومغربية لدى قنصل مغربي في مدريد، ( حوليات المديرية العامة للسجلات والتوثيق، 1999، ص 3253 وما يليها، والنشرة الإعلامية لوزارة العدل رقم 1954، 2003، ص 4151 وما يليها)، في 28 مايو 2001 (الأولى)، وفي 23 أكتوبر 2001 (الثالثة) وفي 19 يناير 2004 (الخامسة)، حول إبرام زواج بين مغربي وإسبانية لدى القنصل المغربي في الجزيرة الخضراء (النشرة الإعلامية لوزارة العدل، رقم 1897 (2001)، ص 2465 و 2466 ورقم 1907 (2002)، ص 4221 وما يليها، والقانون الدولي، 2004، رقم 40017، على التوالي)

وجدت حالة غريبة حلها في قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 29 مارس 2007، (الجريدة الرسمية عدد 120 في 19 مايو 2007)، في قضية الزواج المبرم على الطريقة الإسلامية لدى القنصل الإسباني المعتمد في إسبانيا، بين متعاقدين مغربيين ومتعاقدين مغربية كذلك: مولودة في المغرب و اكتسبت لاحقاً الجنسية الإسبانية اختيارياً، إذ بنت الهيئة الإدارية المذكورة قرارها على المعيار الزمني لمراقبة جنسية هذه الأخيرة في وقت إبرام الزواج (29 سبتمبر 1999)، واعتبرت أنها مازالت مغربية، على الرغم من حق ممارسة حق الاختيار (بما في ذلك التخلي عن الجنسية السابقة)، إذ تقدمت لدى ضابط السجل المدني بإسبانيا في 28 سبتمبر 1999، إلا أن تقييد العقد المبرم بهذا التاريخ لم ينتج إلا في 15 ديسمبر من نفس السنة، واعتبرت هذه الظروف مؤسسة للتطبيع حسب المادة 330 من قانوننا المدني.

182 انظر ف. سرحان ون. لخلو الراشدي، «المغرب (زواج القوانين، نزع الهيئات القضائية)»، انظر العدد 87، ص 14.

183 قانون الأسرة المغربي، انظر ص 18، المرجع السابق. قد يكون هذا هو السبب وراء تفضيل المغاربة المقيمين في إسبانيا لهذه الطريقة في الزواج.

وسيلة أخرى للإثبات، مثل الخبرة وأي طريقة أخرى تقبل دعوى الاعتراف بالزواج؛ (الفقرة 2) 171 خلال فترة انتقالية أقصاها خمس سنوات ابتداء من تاريخ سريان مفعول القانون (الفقرة 4) 172، وهو ما يقتضي إمكانية تقديمها إلى غاية بداية فبراير 2009<sup>173</sup>.

5. تقييد عقد الزواج (المادة 68) 174. يقيّد نص عقد الزواج في السجل المعد لهذه الأغراض، بقسم قضاء الأسرة<sup>175</sup>، وكذلك وفي أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ الخطاب على عقد الزواج من لدن القاضي، تسلّم نسخة موجزة من هذا العقد إلى ضابط الحالة المدنية لمكان ولادة الزوجين مرفقة بشهادة الإرسال،<sup>176</sup> وكذلك بعد الخطاب على عقد الزواج من طرف القاضي، يسلم الأصل للزوجة ونسخة مصدقة للزوج. (المادة 69) 177. يجب أن يكون الزواج المبرم بين مواطن إسباني ومواطن مغربي لدى سلطة مغربية (العدول) مع استيفاء الشروط المقررة، انطلاقا من هذا المنظور الشكلي، معترفا به من لدن قانوننا وقابلا للتقييد بالسجل المدني نتيجة لذلك.<sup>178</sup>

### ب) لدى سلطة مغربية في الخارج

طبقا لمعايير التقييد المقرر في المادة 1 والمادة 15 من قانون السجل المدني، وحسب ما ذكرنا، يمكن اللجوء إلى السجل المدني الإسباني بالنسبة للزواج المبرم بين متعاقدين إسباني ومتعاقدين مغربي لدى القنصل المغربي. وتبعا للأفكار المقدمة في الصفحات السابقة حول هذه الطريقة في الزواج، فإن ممارستها لدى السلطات القنصلية المغربية، تخضع للمعايير التالية:

أ) تنظيم زواج مواطنين مغاربة لدى قنصل بلدهم المعتمد في إسبانيا، بمقتضى المرسوم المغربي 2/66/646 الصادر في 29 يناير 1970، المتعلق بتطبيق الظهير 421/66 الصادر في 20 أكتوبر

171 حسب ما ورد تفسير ذلك بالدليل العملي لقانون الأسرة، انظر ص 35-36، تقوم المحكمة بالبحث في الظروف والادعاءات التي تثبت وجود العلاقة الزوجية، مع الأخذ بعين الاعتبار لجميع وسائل الإثبات، بما في ذلك تصريحات الشهود، حسب ما أكده المجلس الأعلى بالمغرب، في مختلف القرارات التي أفرت بأنه « يتعين على المحكمة أن تفسر هذا الطابع الاستثنائي، وكذا بالنسبة لولادة الأبناء - بيت الأبوين، ذكر تاريخ الولادة، والحفلات المنظمة بهذه المناسبة، وسن الأبناء، وشهادة التملرس عند الاقتضاء، خلال الحياة الزوجية المشتركة، الخ... »

172 عند قبول الدعوى من أجل الاعتراف بالزواج، تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وجود الأبناء - أو الحمل الناتج عن العلاقات الزوجية، وكذلك معرفة ما إن كان الزوجان قد تقدمتا بطول الاعتراف بالزواج الذي أبرم عندهما كانا على قيد الحياة (الفقرة 3).

173 ونظرا لطابعه الانتقالي فإن مضمون هذا المقتضى هو ما اعتبره م. ك. فويلبط و ج. إ. كارلي غريبا، (قانون الأسرة المغربي، انظر ص 21)، ويتسا لان كذلك حول تأويله في المستقبل، باعتبار أن قانون الأسرة لا يفترض أي زجر في هذا المجال، ولا يعتبر هذه العلاقات باطلة، طبقا للفصل 57 ولا فإرعة طبقا للفصل 61؛ م. ك. فويلبط و ج. إ. كارلي (الزواج والطلاق في القانون المغربي الجديد للأسرة: أي إشراك بالنسبة للمغاربة في أوروبا؟، انظر ص 540، الملاحظة 58)، يكرران المقترح المقدم من لدن مجموعة « العدالة والتنمية » بمناسبة مناقشة هذا القانون بالبرلمان المغربي الذي كان يدرس إلغاء هذا التحديد المؤقت بسبب صعوبة تطبيقه (وقد تم رفض هذا المقترح). إن حذف هذا الأجل سييسج الاعتراف في المغرب بالزواج المبرم من لدن مواطنين مغاربة في الخارج، وكان هذا سيعطيهم الحق في المطالبة بشرعية الأبناء الذين قد يكونوا ولدوا من هذا الزواج، وكان إذن من الضروري أن تفكر بالتالي في إمكانية بعث شخص ثالث من أجل أن يقوم بإجراءات تسجيل هذا الزواج بالمغرب.

174 تنظم هذه المسألة حاليا بموجب القانون رقم 37/99، المتعلق بالحالة المدنية، الصادر بموجب الظهير رقم 1/02/239 في 3 أكتوبر 2002، ومرسوم تطبيقه رقم 2/99/665، في 9 أكتوبر 2002 (المشور بالمجريدة الرسمية في 7 نوفمبر 2002).

175 يحدد شكل ومضمون هذا السجل، وكذلك البيانات الهامشية، بأمر يصدره وزير العدل.

176 إذا لم يكن أحد الزوجين أو كلاهما قد ولد بالمغرب، تقدم النسخة لوكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط.

177 يجب التذكير أنه بالنسبة للمغاربة المقيمين في الخارج، الذين أبرموا الزواج بالشكل المقبول لدى الدولة التي أبرم بها، فإن المادة 15 من القانون المغربي الجديد للأسرة، ينص على وجوب تقديم نسخة من عقد الزواج من طرف المتعاقدين، لدى القنصلية المغربية المعتمدة في الدائرة السكنية التي أبرم فيها هذا العقد، داخل أجل ثلاثة أشهر ابتداء من إبرامه، وفي غياب ذلك، تقديم نسخة من عقد الزواج لدى وزارة الشؤون الخارجية داخل نفس الأجل. وبعد ذلك، وحسب نفس القاعدة، تتكلف هذه الأخيرة ببعث هذه النسخة إلى السجل المدني وقطاع قضاء الأسرة لدى محكمة الأسرة لمكان ولادة كل من الزوجين. أما إذا لم يكن أحد الزوجين قد ولد بالمغرب، فتقدم النسخة المذكورة لدى قطاع قضاء الأسرة ووكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط.

178 بالفعل، كما يبيته م. ك. فويلبط و ج. إ. كارلي (قانون الأسرة الجديد... انظر ص 52، الرجوع السابق) وأيضا م. س. فويلبط و ج. إ. كارلي (الزواج والطلاق في القانون الجديد للأسرة: أي آثار بالنسبة للمغاربة في الخارج؟، انظر ص 543) يجب أن تنتج المقترحات المبينة آنارا إيجابية من وجهة نظر القانون الدولي الخاص، لأنها تسهل قبول هذا الزواج بالخارج.



1. الملف المتعلق بإبرام عقد الزواج (المادة 65، الفقرتان 1 و 2). يجب فتح هذا الملف لدى محكمة الأسرة الخاصة بمكان إبرامه، ويحفظ لدى كتابة الضبط تحت رقم خاص به. وبعد إدراج الوثائق المطلوبة في هذا الملف<sup>165</sup>، يعطي المسؤول عن هذه المحكمة موافقته على هذا الملف قبل أن يأذن بإبرام عقد الزواج<sup>166</sup>.
2. إبرام عقد الزواج (المادة 65، الفقرة 3). وبعد إذن قاضي الأسرة، يحجر العدول عقد الزواج<sup>167</sup>؛ ويتضمن هذا العقد تصريح كلا الزوجين حول ما إذا كانا متزوجين من قبل<sup>168</sup>، وفي هذه الحالة يجب الإدلاء بأي وثيقة تثبت الوضعية القانونية بالنسبة للعقد المزمع إبرامه<sup>169</sup>.
3. مضمون عقد الزواج (المادة 67). يجب أن يتضمن هذا العقد العناصر التالية<sup>170</sup>:

- أ) ابيان إذن القاضي ورقمه وتاريخه، ورقم ترتيب الملف الذي يحتوي على الوثائق المدلى بها بغرض الزواج، والمحكمة المختصة التي قدم لها الطلب.
- ب) الأسماء الشخصية والعائلية لكل واحد من الزوجين، وعنوان أو مقر السكنى لكل واحد منهما ومكان وتاريخ ولادتهما، ورقم تعريفهما الوطني، وكذلك جنسيتيهما.
- ت) الاسم الشخصي والعائلي للولي، عند الاقتضاء.
- ث) رضا العاقدين، المعبر عنه من طرفهما وهما بكامل قواهما العقلية عن وعي وطواعية.
- د) في حالة وجود توكيل لإبرام الزواج، يذكر الاسم الشخصي والاسم العائلي للوكيل، ورقم تعريفه الوطني، وتاريخ ومكان إنجاز هذا التوكيل.
- ذ) الوضعية القانونية للزوج الذي أبرم زواجا سابقا.
- س) مبلغ الصداق إذا كان محددًا، مع التنصيص على الجزء المقبوض منه والجزء المؤجل، وكيفية قبضه معاينة أو اعترافا.
- ش) الشروط المتفق عليها بين الطرفين.
- ر) توقيع الزوجين والولي، عند الاقتضاء.
- ز) الاسم الشخصي والاسم العائلي للعدول وإمضائهما، وتاريخ إنجازهما للعقد.
- ط) خطاب القاضي وخاتمه.

4. تسليم عقد الزواج ( المادة 16). تشكل الوثيقة التي تتضمن عقد الزواج دليلا صحيحا على هذا الزواج، (الفقرة 1). وإذا لم يكن بالإمكان تحرير هذه الوثيقة لظروف قاهرة في أوانها، فإن المحكمة تقبل أي

165 من بينها : أ. مطبوع خاص يطلب الترخيص للقيام بإجرااءات عقد الزواج، يحدد شكله ومضمونه بقرار من وزير العدل. ب. موجز من رسم الولادة (يشير فيه ضابط السجل المدني على الهماش إلى تاريخ تسليم هذا الموجز، وأن هذا الموجز قد سلم لغرض إبرام الزواج). ت. تصريح إداري لكل واحد من المتعاقدين، تكون معلوماته محددة بقرار من وزير العدل ووزير الداخلية معا. ث. شهادة طبية لكل واحد منهما، تكون معلوماتها محددة بقرار مشترك بين وزارة العدل ووزارة الصحة. د. ترخيص للزواج في بعض الحالات التالية (الزواج قبل بلوغ سن الرشد، التعدد، إذا توفرت الشروط المقررة في هذا القانون وزواج المعتوه، زواج المعتنقين الجدد للإسلام، والأجانب). ذ. شهادة الأهلية للزواج أو شهادة معادلة بالنسبة للأجانب.

166 حسب م. ك. فويلبوت وخ. إ. كارلبي ( قانون الأسرة المغربي) انظر ص 51 و52، وكذا م.ك. فويلبوت وخ. إ. كارلبي، «الزواج والطلاق في القانون الجديد المغربي للأسرة: أي تأثير بالنسبة للمغاربة في أوروبا؟»، انظر ص 542-543. يوضع طلب إعداد ملف سابق للزواج لإرادة المشرع المغربي في التدقيق حول إنجاز عقد الزواج وإخضاعه للمراقبة القضائية للوثائق المتعلقة به، كل ذلك من أجل تجنب التدليس في هذا المجال.

167 نذكر أن المادة 17 من قانون الأسرة 2004، يقتضي أن يبرم الزواج بحضور المتعاقدين، ولو أنه يقرر إمكانية إبرام الزواج بالتوكيل ( انظر أعلال).

168 يقتضي المادة 66 أنه في حالة وقوع تدليس من أجل الحصول على الإذن أو شهادة الأهلية المنصوص عليهما في المادة 65، أو محاولة التملص من هذه الشكليات، ستطبق مقتضيات المادة 366 من القانون الجنائي ضد المسؤول عن ذلك وشركائه، إذا طلب ذلك الطرف المتضرر. يحق للمتضرر من محاولات التدليس أن يطالب بفسخ الزواج ويتعويض الضرر الذي تعرض له، ( شواء المادي أو المعنوي، كما يوضحه دليل مدونة الأسرة، انظر ص. 63-64).

169 تشمل هذه الإشارة الوثائق المسلمة من لدن السلطات الأجنبية بالنسبة للمواطنين المغاربة المطلقين في الخارج، وإذا تعلق الأمر بإسبانيا، تتمثل هذه الوثيقة في الشهادة المسلمة من لدن المسؤول عن السجل المدني الذي يحمل تقييد الفسخ المذكور.

170 يمكن تغيير هذه الأوجه أو تكميلها، بأمر صادر عن وزير العدل الذي يمكنه كذلك تغيير مضمونها.



متبادل بين الرجل والمرأة، يدفع فيه الرجل مهرا للمرأة ويضمن لها عيشها؛ ويبرم عقد الزواج عادة بين الخاطب وممثل ذكر عن المخطوبة (الأب أو القريب الأقرب)، واللذان يناقشان المهر المذكور أعلاه<sup>158</sup>.

إن تجسيم فرضية العمل المطبقة ضمن هذه السطور بخصوص شكل الزواج الذي نحن بصدد تحليله في هذا العنوان، يقتضي إبرام عقود الزواج بين متعاقد إسباني وآخر مغربي، أمام سلطة مغربية. وفي هذا الصدد حدث مؤخرا تقدم بخصوص هذه النقطة في النظام المغربي، إذ إلى حدود صدور قانون الأسرة الجديد في 2004، كانت قد ظهرت بوادر هذا التقدم، كما بينا ذلك في الصفحات السابقة، بناء على علاقة وطيدة بين الشكل والموضوع في مسألة الزواج<sup>159</sup>.

بالفعل، إن حالة الزواج بين متعاقد إسباني وآخر مغربي، الشيء الذي لم يكن منظم من قبل في ظهير 12 غشت 1913، تمت مقاربتها في ظهير 4 مارس 1960<sup>160</sup>. بمقتضى هذا الظهير، كان يجب أن يبرم الزواج بين مغربي وأجنبي (إسباني مثلا) مبدئيا لدى عدول أو رجل دين، وفي هذه الحالة فقط كان يمكن لهذا الزواج أن يتم لدى ضابط المحالة المدنية إذا طلب المتعاقدان ذلك وإذا لم تعارضه الأحوال الشخصية للزوج المغربي (الفصل 1)، وكذلك إذا تم التصريح بكون الزوجين قد وفرا الشروط الشكلية والموضوعية المنصوص عليها في هذه الأحوال الشخصية (المادة 2)<sup>161</sup>.

في الواقع، لم يكن الزواج المدني اللاحق إلزاميا في القانون المغربي؛ هذا الزواج المزدوج كان محتملا من أجل تجنب وضعية مترددة، إذا كان القانون الوطني يعتبره كذلك بالنسبة للمتعاقد الأجنبي<sup>162</sup>. بل وأكثر من ذلك، يبدو أن القاعدة الإسبانية واسعة بما يكفي لتشمل أيضا الحالات المحتملة في القانون المغربي: يتيح المادة 49 من القانون المدني للمواطن الإسباني إمكانية إبرام عقد زواج في المغرب على الشكل الديني المقبول في هذه المملكة (أمام عدول أو أمام رجل دين) أو على الشكل المدني المقبول لدى ضابط المحالة المدنية<sup>163</sup>. يدرس قانون الأسرة المغربي 2004 «الإجراءات الإدارية والشكلية لإبرام عقد الزواج» في الباب الرابع (الفصول 65 إلى 69) من الكتاب الأول حول الزواج. ويخصص أيضا للشروط الشكلية لهذه العقود، الفصلان 16 و17 من الجزء الثاني (الزواج) من الباب الأول (الزوجان والزواج) من نفس الكتاب. ومن خلال تحليل مجموع هذه القواعد، نستخلص بشأن هذا الموضوع الحالات الخمس التالية<sup>164</sup>:

عصرية متكيفة تماما مع روح ديننا المتسامح». نفس الشيء بالنسبة للفصل 400 والأخير، الذي يقتضي، بالنسبة لكل ما لم يذكر في هذه المونة، الرجوع إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يأخذ بعين الاعتبار تطبيق القيم الإسلامية النبيلة في مجال العدل والمساواة والعلاقات الطيبة في الحياة المشتركة. حول الإخلاص للتقاليد الإسلامية بشأن إصلاح قانون الأسرة المغربي غير مدونة الأسرة (2004)، انظر م. س. فويلبط و م. الكيولي، «الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجديد: أي إشراك بالنسبة للمغاربة في أوربا؟»، انظر ص 523-530، في اختيار ف. لاوش جيسرو، (القانون المغربي الجديد للأسرة: تجديد أم تقليد؟، انظر 347-346) يخضع التسلسل بالإسلام في القانون الجديد لإرادة تجنب حالة القلق الكبير والاحتجاج الذي كان ستثار إذا ما سمت الهوية الإسلامية للبلد عند محاولة استيراد التقاليد الغربية دون تمعن.

158 إ. غارسيا رودريغيس، «إبرام الزواج الديني غير الكاثوليكي»، انظر ص 61-62، في إبرام عقد الزواج الذي يجب أن يتوفر فيه إيجاب الرجل وقبول المرأة بواسطة وليها، أمام شاهدين مسلمين، وعادة لدى سلطة دينية (المولى أو القاضي). على الرغم من ذلك، وبما أن غياب الشكليات المسبقة سمة في إبرام الزواج بالدول الإسلامية، في الغالب، وخاصة في الوادي، لما يبرم الزواج بطريقة خصوصية، أي دون حضور أي سلطة دينية أو مدنية، (الشيء الذي حاول رفضه المشرعون والمسؤولون في وقت سابق، مع التسجيل العمومي للزواج). كما كتب عن ذلك س. الديب و أ. بونومي (ناشران)، القانون الإسلامي للأسرة والميراث على محك القرارات القضائية الغربية، انظر ص 1، إن حضور الشاهدين ليس فقط شرطا أساسيا لصحة الزواج ولكن أيضا ضمانا لإشهار الزواج باعتبار أنه لا يشترط فيه كتابة العقد ولكن فقط اتفاقا شفويا، والوثيقة التي تحمل الشروط المادية للزواج ليست ضرورية لصحة هذا الزواج.

159 انظر خ. بيريس، «القانون الدولي الخاص وصراع المحضرات: الجوانب المنهجية (العلاقات بين الأنظمة الأوربية الغربية والنظام الإسلامي في مجال الأحوال الشخصية)، مجموع دورس أكاديمية القانون الدولي، المجلد 211 (IV-1998) ص. 66.

160 المجريدة الرسمية، العدد 2474 في 25 مارس 1960.

161 انظر س. الديب و أ. بونومي (ناشران)، «القانون الإسلامي للأسرة والميراث، على محك الأنظمة القانونية الغربية»، انظر ص 3.

162 ف. سرحان و ن. جلو الراشدي، «المغرب، صراع القوانين، صراع التشريعات»، انظر رقم 84 ص 14.

163 قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 20 ديسمبر 1996، مجموعة الاجتهادات أرتازادي، 1996، العدد 8279.

164 أصدرت وزارة العدل المغربية الدورية رقم 46 في 5 ديسمبر 1996، حول زواج المغاربة في الخارج، من مسلمين ومن غيرهم.

- أ) أن تكون للقنصل المعني بالأمر صلاحية إبرام عقود الزواج، طبقاً للاتفاقية الدولية المذكورة ولقوانين بلده.
- ب) أن لا يعارض البلد الذي يعتمد فيه القنصل المذكور هذه المهام داخل ترابه. يجب التنبيه في هذا الشأن أن المادة 11 من ظهير 12 غشت 1913 يرخص بإبرام عقد الزواج بين متعاقدين إسبانيين، (أو بين مواطن إسباني ومواطن من بلد ثالث) أمام قنصل إسباني معتمد في المغرب. وهذه الطريقة هي المعمول بها في أغلب الحالات.<sup>154</sup>
- ت) قرار العمل بالمثل في ممارسة الزواج بين البلدين المعنيين.
- ث) أن لا يبرم مواطن دولة ما عقد الزواج لدى قنصل أجنبي معتمد في بلد هذا المواطن. ويؤثر هذا الشرط بطريقة أو بأخرى على هذه المسألة موضوع هذا التحليل. وفيما يتعلق بإبرام الزواج بين إسباني ومغربي لدى سلطة إسبانية معتمدة في المغرب، قررت المديرية العامة أن هذا العقد لا يكون صحيحاً لأن التشريع المغربي لا يقبله. وهكذا، نص القرار الصادر في 10 يونيو 2002 أنه :

« لا يتوفر ضابط السجل القنصلي بتطوان على صلاحية (نظراً لتعرض القوانين المغربية على ذلك) إبرام عقد الزواج بين مغربي وإسباني (انظر المادة 5 من اتفاقية فيينا حول العلاقات القنصلية). غير أنه مؤهل للتحقيق، كضابط السجل المدني للدائرة السكنية لصاحب الطلب (انظر المادة 832 من قانون السجل المدني) في الملف المعد لإبرام عقد الزواج، لدرجة أن تقديم الموافقة بتوكيل من العاقد، ينجح وفقاً للطلب أمام المكلف في إسبانيا بسجل مدني آخر سجل مدينة سبتة في هذا الملف تطبيقاً لمقتضيات المادة 75 الفقرة 2 من القانون المدني<sup>155</sup>

## (2) الزواج لدى سلطة مغربية

يعتبر الزواج المبرم بين عاقد إسباني وعاقد مغربي لدى سلطة مدنية مغربية<sup>156</sup> قابلاً للتقييد بالسجل المدني الإسباني حسب مقتضيات الفصلين 1 و 15 من القانون المنظم للسجل المدني. ولهذا الغرض، يجب التمييز بين فرضيتين لإبرام هذا العقد: أمام سلطة مغربية داخل التراب المغربي (العنوان 1 و 2)، وأمام سلطة مغربية في الخارج (العنوان 2 و 2)

### (أ) لدى سلطة مغربية فوق التراب المغربي

يستجيب مفهوم الزواج في القانون المغربي للمميزات العامة لهذه المؤسسة الأسرية في الإسلام<sup>157</sup>: غياب الطابع المقدس الذي يميز الزواج في الديانات التوحيدية الأخرى (خاصة الكاثوليكية) ينتج عن هذه الوضعية سهولة فسحه بإرادة المتعاقدين، (عملياً من طرف الزوج) وتأسيسه على أساس حضور شاهدين على عقد

154 انظر ف. سرحان و ن. خلوشاشدي، «المغرب، نزع القوانين، نزع التشريعات»، انظر رقم 87، ص 31، حيث يشيران إلى الاجتهاد المغربي حول تأويل المادة المذكورة: س. أضروهر بوسكا (شكل الزواج والقانون الدولي الخاص، ص 290-291، حيث يشير إلى الممارسة المكثفة لدى السجل المدني المركزي عند تقييد الزواج القنصلي في المغرب للمتعاقدن الإسبانين مع المغاربة، على الرغم من أنه مع وجود بعض التردد السابق، مثلاً، أصدرت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، قرار 7 أبريل 1951، بالغاء الزواج المبرم بين رجل إسباني وامرأة مغربية - كلاهما يهوديان - بحجة أن المادة 100 السابق الفقرة 3، من القانون المدني لا يسمح إلا للقنصل الإسباني بإبرام الزواج بين مواطنين إسبانيين، فإن قرار محكمة الاستئناف بطنجة في 8 يناير 1954 أقر النظرية المعاكسة التي أصبحت اليوم مرجحة. 155 النشرة الإعلامية لوزارة العدل رقم 1926، 2002، ص 3063 وما يليها.

156 إن الجنسية الإسبانية لأحد المتعاقدين شرط أساسي لكي يلع هذا الزواج السجل المدني الإسباني (انظر أعلاه)، هذا ما أكدته المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 6 مارس 1001 (مجموعة الاجتهادات أرائادي، 2001، رقم 3883) بالنسبة لزواج ميرم بالناضور على الطريقة الإسلامية بين متعاقدين مغربي وآخر إسباني، الذي أثار تشككاً حول جنسية هذا الأخير لأنه قدم فقط شهادة حرفية لعقد الولادة في ملبيلية (يتضمن بياناً للطرة به، بمقتضى القرار الصادر في 31 مارس 1999، تم إقرار الجنسية الإسبانية استناداً لمجرد القرينة) وبطاقة التعريف الوطنية مسلمة في برشلونة، فاعتبرته المديرية السالفة الذكر مواطناً إسبانياً. 157 لا ننس أن ديباجة قانون الأسرة (2004) تحيل صراحة على كلمات ملك المغرب بشأن تقييد العقد على «تعاليم الدين الإسلامي المتسامح الذي يكرم الرجل ويدافع عن العدل والمساواة والتعايش، على أساس وحدة المذهب المالكي والاجتهاد الذي يجعل من الإسلام ديناً يصلح لكل زمان ومكان، بهدف إعداد مدونة لأسرة

محتملة تمنح الصفة للتفصل المغربي، أمر يثير الشكوك حول العمل الإداري الذي من شأنه أن يثير كيفية تحقيق هذا المبدأ.<sup>152</sup>

### ب) لدى سلطة إسبانية في الخارج

تخضع كيفية إبرام الزواج، كما أشرنا إلى ذلك، لقاعدة "الفاعل يحدد الفعل"، أي المبدأ الذي بمقتضاه تحدد هذه القاعدة حسب الطرق المقبولة لهذا الغرض بالنسبة لقوانين الدولة التي تنتمي إليها السلطة التي يبرم أمامها عقد الزواج. وعلى الرغم من أن مبدأ الحلول هذا يتطابق عادة مع مبدأ «القول يحدد الفعل»، (تطبق على عقد الزواج الشكليات المحددة في قانون الدولة التي يبرم فيها هذا العقد)، إلا أن هذه الشكليات تختلف إذا كانت سلطة بلد ما تمارس مهامها في الخارج، أي في حالة عقد الزواج لدى القنصليات. يمثل ما يسمى «بالزواج القنصلي» طريقة لإبرام هذا العقد المحرر لدى الموظف القنصلي المعتمد في الخارج. وتنبني إمكانية قبوله في القانون الدولي الخاص على مبدئين مقبولين في هذا الشأن في قانون الأحوال الشخصية. بالفعل، يمكن لمواطن إسباني أو لمواطن مغربي أن يبرم عقد الزواج في الخارج لدى سلطة قنصلية بلديهما، كل فيما يخصه.

ينبغي الأساس القانوني لهذه الإمكانية بدورها على المادة 5 المذكور من اتفاقية جنيف في 24 أبريل 1963، حول العلاقات القنصلية، ويعتبر المغرب وإسبانيا طرفين في هذه الاتفاقية، التي تحدد المهام القنصلية كما يلي، من بين أشياء أخرى:

«و القيام بمهام الموثق ومهام موظف السجل المدني، والمهام المشابهة، وممارسة مهام أخرى ذات طابع إداري إذا لم تتعرض لها قوانين وتنظيمات البلد المضيف».

في النظام الإسباني للقانون الدولي الخاص، تنظم هذه المسألة خارج هذا الموضوع ex-professo، في غياب أداة محتملة تفوق الدولية تطبق على مختلف مقتضيات القانون المدني، سواء بالنسبة للزواج القنصلي المحتمل بين الإسبانين في الخارج أو بين الأجانب في إسبانيا.

إذا تعلق الأمر بزواج قنصلي لمواطن إسباني في الخارج، (مع مغربي مثلاً)، تقدم القواعد المنصوص عليها في المادة 49، الفقرة 1، والمادة 51 الفقرة 3، من القانون المدني، الحل المشار إليه سابقاً: القاعدة الأولى تتيح للمواطن المغربي أن يبرم عقد الزواج خارج إسبانيا أمام السلطة الإسبانية المذكورة في نفس القانون، وهذه السلطة تشخصها القاعدة الثانية في الموظف الدبلوماسي أو القنصلي المكلف بالسجل المدني في الخارج. في حالة زواج أجنبيين (مغربيين مثلاً)، في إسبانيا، يتيح المادة 50 من القانون المدني لهما إمكانية القيام بذلك على الطريقة القنصلية إذا كانت مقبولة في قانون الأحوال الشخصية لأحد المتعاقدين، (في قانون بلده، المادة 9 سابقاً، الفقرة 1 من نفس القانون).

يظل قبول صحة إبرام هذا الشكل من الزواج، من خلال ممارسة السجل المدني، رهيناً بالتوفر على الشروط التالية:<sup>153</sup>

152 انظر ب. دياغو دياغو، «آثار قانون الأسرة الجديد على الهجرة المغربية»، انظر ص 151 من المرجع السابق. يرى م. س. فويلبط و إ. كارليي (القانون المغربي للأسرة.. انظر ص 19-20)، إذا حلت مختلف المشاكل المطروحة، فالطريقة الأضمن ليرى المغاربة المقيمين في بلد أجنبي اعتراف المغرب بزواجه المبرم في البلد المذكور لدى سلطة مدنية، ستظل هي طريقة إبرام الزواج مرتين (أي ه السلطة ولدى سلطة قنصلية مغربية في البلد المذكور). في نفس الخط، يرى م. س. فويلبط و م. الكوكلي (الزواج والطلاق في القانون الجديد للأسرة: أي آثار بالنسبة للمغاربة في الخارج؛ انظر ص 546-547) أن إبرام الزواج للمرة الثانية على ضوء القانون المغربي، بالنسبة للمتعاقدن الذين تربطهما علاقة بالمغرب، سوف يكون له أثر إيجابي على الزوجة، يتجلى في حفظها ضد مخاطر التعدد والطلاق في حالة ما إذا تم الاتفاق في العقد الثاني، حسب القانون المغربي، على أن يمنع التعدد في العقد الثاني أو منح الزوجة حق فسخ الزواج في حالة حدوث التعدد. 153 انظر أضرهوير بيوسكا، شكل الزواج والقانون الدولي الخاص، انظر ص 288 وما يليها؛ المرجع السابق، م. أغيلار بينيتيس دي لوغو، التدخل القنصلي في القانون الدولي الخاص، انظر ص 51 وما يليها، و ر. أرويو مونظيرو، «الزواج القنصلي، القانون، مدريد، 1991، ص 106 وما يليها.

عقد زواج إضافي مبرم أمام قنصل مغربي، تدرج فيه الشروط المطلوبة في قانون الأسرة 2004، هذه الشروط التي لم تكن قد سجلت أثناء إبرام عقد الزواج أمام سلطة إسبانية<sup>148</sup>. وكمثال على ذلك، يؤكد م س فويلب و م الكويلي أن على السلطات القنصلية المغربية في بلد إقامة المغاربة، أن تحرر مثل هذه العقود بتقييد هوية شاهدين مسلمين ذكزين مختلفين عن الشاهدين الذين حضرا إبرام العقد المدني.<sup>149</sup> في هذه السطور، نسجل أن دورية وزارة العدل المغربية في 13 أبريل 2004، موجهة إلى الموظفين الدبلوماسيين والقنصليين في الخارج من أجل تسهيل تطبيق قانون الأسرة الجديد على المغاربة المقيمين في الخارج، تلزم هؤلاء الموظفين بأن :

« يقوموا بأعمال تحسيسية بالنسبة للجالية المغربية المقيمة في الخارج، (...) وأن يبلغوا ويعرفوا السلطات المحلية في بلدان الإقامة بمقتضيات قانون الأسرة، وكذا بدراسة إمكانية إدراج الشروط المطلوبة في القانون المغربي في عقود الزواج، من أجل تسهيل الاعتراف بها في المغرب».

وكان لهذه الدورية الوزارية أثر فعال على ضرورة ملئ بعض الفراغ الموجود في عقود الزواج التي أبرمها المعنيون بالأمر أمام سلطة محلية أجنبية.

« إتمام الإجراءات والتصريحات المغفلة، مثل حضور الشاهدين أو مقتضى آخر. من الواضح أن أي مغربي يملك عقد زواج مدني، ويرغب في الزواج طبقاً للقانون المغربي، يمكن له أن يطلب تسليمه وثيقة يذكر فيها الزواج المدني وتثبت حضور الشاهدين والولي إذا اقتضى الأمر، والمهر. وبعد دراسة هذا العقد الإضافي وتقييمه في السجل المدني، يضاف إلى العقد المبرم طبقاً للشكل الإداري المحلي»<sup>150</sup>.

ذكرنا أن هذا القانون يتكامل مع المادة 15 من هذا القانون، الذي يقتضي مبدأ إلزام المتعاقدين بتقديم نسخة من عقد الزواج لدى القنصلية المغربية المرتبطة بالدائرة المحلية التي أبرم فيها هذا العقد، داخل أجل ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ إبرامه. وفي غياب ذلك، الإدلاء بنسخة من عقد الزواج لدى وزارة الخارجية المغربية داخل نفس الأجل.<sup>151</sup> وبعد ذلك، تبعا لهذه القاعدة، تتكلف الوزارة المذكورة ببيع هذه النسخة إلى السجل المدني وقسم قضاء الأسرة لدى محكمة الأسرة الموجودة بمكان ولادة كل واحد من الزوجين، إلا إذا لم يولد أي أحد من الزوجين في المغرب، حينذاك تسلم النسخة المذكورة إلى قسم قضاء الأسرة لدى محكمة الأسرة في الرباط، وإلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط. على الرغم من كل ذلك، فإن عدم الإشارة في المادة 15 لأي صلاحية

148 في نظر م. س. فويلب وج. إ. كارليي (القانون المغربي الجديد للأسرة... انظر ص 18 و 20) إن هذا لا يعني إلغاء المبدأ الذي ينص على أن الشروط الشكلية للزواج منظمة من لدن القانون الذي يبرم بمقتضاه.

149 «الزواج والطلاق في القانون المغربي الجديد للأسرة: أي إشراك للمغاربة في أوروبا؟» انظر ص 538، حسب الدليل العملي لقانون الأسرة، فإن مدونة الأسرة الجديدة المغربية وجمعية الدفاع عن حقوق الأجنبي، في بروكسل 2005، ص 37، عمليا، إن السلطات القنصلية المغربية تراقب الاعتقاد الديني على أساس الظن: يعتبر مسلما من كان أبوه كذلك، أو كان منحدرا من بلد إسلامي، (وتكون الحجية في ذلك الاسم العائلي أو الجنسية)، وبالنسبة للمعتنقين الجدد، يشترط القنصلية شهادة اعتناق الدين الإسلامي من مسجود أو مؤسسة إسلامية: انظر م. طاق طاق، «اعتناق الإسلام ومدونة الأسرة. القانون المطبق في حالة الزواج المختلط: مجلة المحدث القضائي، رقم 9، أكتوبر 1998، ص 12 وما يليها.

150 طبقا لمقتضيات المادة 14 من قانون الأسرة، يجب فهم الإشارة إلى المهر بمعنى أنه لا يصح العقد الذي لم يذكر فيه المهر.  
151 إن الدورية المذكورة الصادرة في 13 أبريل 2004 قد رخصت بمنح أثار رجعية لمقتضيات المادة 14 من مدونة الأسرة علاقة بالزواج بين المغاربة والمبرم بالطريقة المدنية في الخارج قبل دخول هذه المدونة حيز التطبيق. وطبقا للمعلومات المحصل عليها لدى القنصلية العامة المغربية ببرشلونة، منذ دخول قانون الأسرة (2004) حيز التطبيق، إلى غاية تاريخه، أدرجت بها حوالي 70 عقد زواج مبرم من لدن مواطنين مغاربة لدى سلطات إسبانية.

في غياب اتفاقية دولية. وقد تنجم عن هذا الأمر صعوبات نظرا لأن الفصول 56 إلى 61 من قانون الأسرة الجديد 2004، تعتبر الزواج الذي لا يحترم الشروط المقررة زواجا باطلا (وخاصة فيما يتعلق بالموافقة والموانع القانونية وإغفال المهر). يمكن لهذا الأمر، كما قال فولبير وكارليس، أن يسبب إلغاء العديد من عقود الزواج المشكوك في صحتها.<sup>144</sup>

- أ) من جهة احتمال وقوع الإلزام المنصوص عليه في المادة 14 من قانون الأسرة المغربي الجديد 2004، الذي يوجبه يرفع إلى درجة شرط أساسي من أجل الاعتراف بصحة العقد أمام القوانين المغربية، كون الشاهدين مسلمين وذكريين. بالفعل، وفي حالة الزواج المبرم أمام قاضي أو عمدة أو مستشار، يمنع المادة 14 من الدستور الإسباني من تمييز المرأة في مجال تأدية الشهادة في هذا الشأن، وكذا من إلزام أي أحد بالتعبير عن إيديولوجيته أو دينه أو معتقداته<sup>145</sup>. وهذا الأمر ليس مطروحا في الزواج المبرم أمام سلطة دينية إسلامية، كما أشار إلى ذلك المادة 3 والمادة 7 من القانون 26/1992، إذ إن الدين الإسلامي لازم طبعاً لدى الشاهدين.
- ب) من جهة أخرى، يمكن أيضاً لطبيعة السلطة التي يبرم الزواج أمامها أن تثير بعض التعقيدات في الزواج الذي يراد الاعتراف به في المغرب. في هذا المعنى، وكمثال فقط، قد رفض قرار قضاء الأسرة لدى المحكمة الابتدائية بطنجة بتاريخ 28 فبراير 2007، الاعتراف بعقد زواج مبرم أمام ممثل مركز إسلامي في إسبانيا، (المادة 7 السابق من القانون 2/1992) طبقاً لمقتضيات المادة 430 ويعدده من قانون المسطرة المدنية المغربي، لأن المحكمة المغربية اعتبرت أن القائم على هذا العقد لا يتوفر على الأهلية المطلوبة في المادة 432 من هذا القانون<sup>146</sup>. فإذا انتشرت هذه العقلية، سننضي على إمكانية البحث عن الفعالية فوق الدولية لهذا النوع من العقود، وكذلك على روح المادة 14 من مدونة الأسرة الجديدة 2004.

يمكن تجاوز هذه الصعوبات عن طريق نوعين من الإجراءات:

- أ) إعداد إطار قانوني مشترك بين المملكتين يشمل، من بين أشياء أخرى، الاعتراف بهذا النوع من عقود الحالة المدنية، كما فعل ذلك المغرب مع بلد آخر من الاتحاد الأوروبي.<sup>147</sup>
- ب) ضرورة إدخال بعض المرونة من لدن السلطات المغربية المعنية، أثناء مراقبة التوفر على الشروط المطلوبة في قانون الأسرة 2004، فيما يتعلق بزواج المغاربة المبرم في الخارج، وكذلك من أجل البحث عن الاستمرارية فيما وراء الحدود، بالنسبة للحالات القانونية المؤسسة طبقاً لقانون بلد آخر؛ بل أكثر من ذلك، وإذا كان ذلك ضرورياً، يكفي أن يتم إبرام العقد مدنياً، مثلاً في إسبانيا، بواسطة

مؤسسات قضائية مختصة ومبينة على أسباب غير متناقضة مع مقتضيات هذا القانون في مجال إلغاء الروابط الزوجية. على هذا النحو، تصح العقود المبرمة في الخارج لدى الموظفين المختصين بعد استيفاء الإجراءات القانونية المتعلقة بالمعادلة، طبقاً لمقتضيات الفصول 430 و431 و432 من قانون المسطرة المدنية. 144 القانون المغربي الجديد للأسرة... انظر ص 17.

145 في نظر م. س. فولبيط و م. الوكيل ( الزواج والطلاق في القانون المغربي الجديد للأسرة: أي إشراك بالنسبة للمغاربة في أوروبا؟. انظر ص 537)، يمكن للسلطات المدنية في البلدان الأوربية أن تتجاهل هذه الشروط من المادة 14 مدونة الأسرة. إلا أن م. س. فولبيط و خ. إ. كارلي (القانون المغربي الجديد للأسرة... انظر ص 18) ينصحان أن تقبل السلطات المدنية الأوربية بحضور شاهدين مسلمين وحتى الولي إذا اقتضى الأمر.

146 الحكم رقم 455، القضية عدد 205/06. نفس القضية متناولة في الجزء الثاني من هذا الكتاب. يضع هذا الحكم مسألة الإصلاح المتعلق بالاعتراف من لدن السلطات المغربية بالزواج المبرم من لدن مواطنين مغاربة في إسبانيا على ضوء الطريقة المنصوص عليها في القانون 26/1992 الصادر في 10 نوفمبر، الأمر الذي ينتج عنه بدون شك قلة الإقبال على هذه الطريقة في الزواج (انظر أعلاه).

147 تشير هنا إلى المعاهدة المغربية الفرنسية في 10 غشت 1981 المتعلقة بالأحوال الشخصية والأسرة والتعاون القضائي، الجاري بها العمل منذ 13 مايو 1983 (المجريدة الرسمية الفرنسية في 1 يونيو 1983)، وكذلك لمسودة الاتفاقية الإدارية المتعلقة بتطبيق القواعد المنظمة للأحوال الشخصية فوق التراب المغربي والبلجيكي، في 26 سبتمبر 1979، غير منشور في مجلة المنتور البلجيكي (يمكن إيجاد النص لدى ج. إ. كارلي و م. غيروغن: وتناق حول الأحوال الشخصية لمسلمين في بلجيكا، الجامعة الكاثوليكية بلوفان، 1990، ص 73-74).

• من وجهة نظر مادية، يطبق قانون الأسرة الجديد 2004، على جميع العلاقات العائلية (وبالتالي على الزواج) بين شخصين، كلما كان أحد المتعاقدين مغربيا أو بين مغربيين كلما كان أحدهما مسلما. وتبقى هذه الإشارة الأخيرة في نظام القانون الدولي المغربي الخاص على أفضلية الدين الإسلامي، وهو الشيء الذي كان موجودا من قبل في القوانين السابقة،<sup>137</sup> إلى درجة إضفاء صفة شرط الارتباط بالدين على حساب الجنسية أو السكن أو الإقامة المعتادة للزوجين: يتعلق الأمر باحتمال مبني على النظام العام المغربي الذي يمكن أن يشكل عائقا مهما في المبادلات القانونية بين المغرب وبلدان الاتحاد الأوربي (انظر أعلاه).<sup>138</sup>

في هذه الظروف، جاء قانون الأسرة المغربي بعنصر جديد مهم بالنسبة للزواج بين مواطنين مغربيين في الخارج، أمام واقع تزايد هجرة المواطنين المغاربة نحو بلدان الاتحاد الأوربي<sup>139</sup>. بالفعل، إن المادة 14 المذكور ينص صراحة على احتمال إبرام عقد الزواج في الخارج بين المغاربة، على الشكل المقبول محليا في بلد إقامتهم، وطبقا للقرارات المغربية، كما سنبين في الجزء المتعلق بذلك من هذا العمل<sup>140</sup>. وبالتالي، وبأفضل تأويل، فإن الشكليات المدنية (الزواج أمام القاضي أو المنوب المعين قانونا، أو العمدة أو المستشار المنتدب لذلك) والشكليات الدينية المقبولة في القانون الإسباني، سوف تكون «إجراءات إدارية محلية» من أجل إبرام عقد الزواج في إسبانيا، وستكون إجراءات صحيحة بالنسبة للقوانين المغربية والإسبانية (ويمكن رفعها بالتالي إلى السجل المدني لكلا البلدين)؛ وكمثال عن ذلك الزواج المبرم بين مغربيين يهوديين أمام المحاكم المشار إليه في المادة 3 والمادة 7 من الاتفاقية المنصوص عليها في القانون 25/1992، وكذلك، نظريا، الزواج المبرم بين المواطنين المغاربة الآخرين أمام المسؤولين الدينيين المسلمين والأئمة المشار إليهم في المادة 3 والمادة 7 من القانون 26/1992.<sup>141</sup> إلا أن غياب إطار جماعي مشترك فعلي بين إسبانيا والمغرب<sup>142</sup>، يعترف بالعقود الزوجية التي تبرم بين المغاربة أمام السلطات الإسبانية،<sup>143</sup> يستدعي الرجوع إلى ما هو مقرر في النظام المتبع في المغرب،

137 انظر. خ. دبيريز، «المحيط الاجتماعي والقانون الدولي الخاص. القانون الدولي الخاص المغربي بين الإخلاص للأمة والانتماء للمجتمع الدولي: في القانون والمحيط الاجتماعي بالمغرب العربي، المركز الوطني للبحث العلمي، الدار البيضاء، 1989، ص 281 وما يليها؛ و ب. دياغو دياغو، «آثار المدونة الجديدة على الهجرة المغربية»، انظر ص 152-153، المرجع السابق.

138 انظر ب. دياغو دياغو، «القانون الجديد المغربي للأسرة والقانون الدولي الخاص»، انظر ص 1078. م. س. فويلبط و خ. إ. كارلي، «القانون المغربي للأسرة... ص 8 (وكذا الفقه المذكور فيها)، و م. س. فويلبط و م. الوكيل، «الزواج والطلاق في القانون الجديد المغربي للأسرة: أي إشراك بالنسبة للمغاربة في أوروبا؟»، انظر ص 536-535. في حين أن ف. سرحان (القانون الجديد المغربي للأسرة) يعتبر أن السؤال مطروح بالنظر إلى أن التشريع المغربي يجب أن يوضح هل ستحافظ المدونة الجديدة على المزايا الممنوحة للدين كاستثناء في تطبيق القانون الوطني في مجال الأحوال الشخصية.

139 انظر و م. س. فويلبط و م. الوكيل، «الزواج والطلاق في القانون الجديد المغربي للأسرة: أي إشراك بالنسبة للمغاربة في أوروبا؟»، انظر ص 536-539. المادة 14: «يمكن للمغاربة القيمين في الخارج أن يبرموا الزواج طبقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، إذا توفرت لديهم شروط القبول والإيجاب، والأهلية، وحضور الولي إذا اقتضى الأمر ذلك، وغياب الموانع القانونية وعدم إغفال ذكر المهر، كل ذلك بحضور شاهدين مسلمين مع التحفظ حول مقتضيات المادة 12، انظر بعده. ومن جهته، ينظم المادة 15 من قانون الأسرة تقييد وتسجيل هذا الزواج. تصادم مع هذه البائد القاعدة التقليدية في النظام المغربي، المتعلقة بقبول إبرام الزواج طبقا لقانون الأجنبي، الشيء الذي يقتضي أنه إذا أبرم المتعاقدان الزواج في إسبانيا بالطريقة المدنية الإسبانية، فعليهما إعادة إبرامه من جديد بالطريقة المقررة في القانون المغربي، من أجل صحة هذا الزواج، إلى درجة أنه في غياب هذا الزواج المكرر، سيعتبر إبرام الزواج الأول لاغيا في نظر المغرب، انظر ق. سرحان و ن. حلو راشدي: المغرب: صراع القوانين، صراع التشريعات، انظر رقم 86، ص 14 والتشريع المذكور سابقا.

141 إ. غارسيا رودريغس، إبرام الزواج في مجتمع متعدد الثقافات: أشكاله، والتعايش الواقعي (إشارة إلى التعدد)، انظر ص 155، بارتباط مع الأشكال الدينية الأربعة المقبولة في نظامنا القانوني من أجل صحة الزواج، يؤكد أن «الأمر لا يتعلق بوجود أشكال/ أصناف من الزواج الديني والمدني، ولكن الزواج الوحيد الممكن وفق النظام القانوني الإسباني هو الزواج المدني، ويسمح أن تقدم الرضى على الزواج حسب الطرق المقررة في الديانات الأربعة، الكاثوليكية، واليهودية والإنفاجيلية والإسلامية. وبذلك، فإن جميع الشروط اللازمة لإبرام الزواج هي شروط الزواج المدني، وعلى نحو مشابه، أ. كينوينيس إسكاميس «القانون الجديد المغربي للأسرة (2004) في أوروبا، انظر ص 879) تستنتج أن «الزواج المنصوص عليه في المادة 7 من القانون 26/1992 هو الزواج المدني في شكله الديني». 142 لا تطبق معاهدة التعاون القضائي في المجال المدني والتجاري والإداري بين إسبانيا والمغرب، ولا معاهدة المساعدة القضائية والاعتراف بقرارات القضائية وتنفيذها، في مجال حق الزيارة وإرجاع القاصرين، وكلا الاتفاقيتين مبرمتان بمبريد، في 30 مايو 1997 (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 151 من 25 يونيو 1997)، حسب التحليل الوارد في العنوان الرابع IV من هذا العمل.

143 نعم، فقد أدرج القانون الجديد المغربي للأسرة (2004) مبدأ الأمر الواقع من أجل الاعتراف في المغرب بالطلاق المعلن لدى السلطات الأجنبية. بالفعل، نص المادة 128 في الفقرة 2 أن «الأحكام بالتطليق والتطليق القضائي والطلاق بالخلع أو فسخ الزواج بأمر من المحاكم الأجنبية، تطبق إذا كانت مقررة من لدن



ومن بين الطرق الأربعة الموصوفة في الحرف ت نجد أن القاعدة الأكثر استعمالا من لدن المواطنين المغاربة لإبرام الزواج فوق التراب الإسباني، هي القاعدة المنصوص عليها في القانون 26/1992 بالنسبة للمسلمين<sup>131</sup> وأقل منها القاعدة المنصوص عليها في القانون 25/1992 بالنسبة لليهود<sup>132</sup>.

ويمكن تفسير ذلك في إسقاط قواعد النظام القانوني الدولي المغربي الخاص لهذا الموضوع على المواطنين المغاربة، والذي كان ينبغي قبل صدور قانون الأسرة الجديد 2004، على العلاقة الوطيدة التي تربط الشكل بالموضوع في عقد الزواج، وهذه العلاقة تتبني بدورها على علاقة أخرى ما بين الأحوال الشخصية للمغاربة مع دينهم<sup>133</sup>.

نستحضر في هذا الشأن أن تعدد الحلول الموجودة في المغرب بالنسبة للديانات المعترف بها، يجعل نظام تعدد الديانات مبني على أسس شخصية،<sup>134</sup> ويتشكل هذا النظام على النحو التالي:

- أ) يخضع المغاربة اليهود لنظام الأحوال الشخصية اليهودية المغربية. (المادة 2 من قانون الأسرة (2004).<sup>135</sup>
- ب) بالنسبة لباقي المواطنين المغاربة، يكرس المادة 2 الفقرة 1 من قانون الأسرة 2004، قاعدة نزاعية أحادية الطرف، شاملة ومعقدة، تقتضي تطبيق هذه القوانين على أساس المزج بين معيارين:
- من وجهة نظر شخصية، تطبق على جميع المغاربة (حتى لو كانوا يتمتعون بحسنية أخرى) وكذلك على اللاجئ والمغتربين، طبقا لمعاهدة جنيف في 28 يونيو 1951 حول وضع اللاجئين.<sup>136</sup>

131 حول هذه الصيغة في الزواج، انظر ر. دومينغيس بارطولومي، «الزواج الإسلامي في الاتفاقية مع الدولة الإسبانية سنة 1992»، في أ. موبلاد دي لا كابي (منسق)، الزواج الإسلامي وآثاره في القانون الإسباني، جامعة قرطبة، 2003، ص 119 وما يليها؛ إ. غارسيا رودريغس، إبرام الزواج الديني غير الكاثوليكي، انظر ص 226 وما يليها؛ نفس المرجع، إبرام وتقييد الزواج المختلط»، في إ. غارسيا رودريغس (ناشر)، مدن السيادة الإسبانية: أجوبة من أجل مجتمع متعدد الثقافات، جامعة الكالا، مدريد، 1999، ص 219-221 وما يليها؛ إ. روكا ترياس، «آثار الاتفاقية مع المجموعات الإسلامية في مجال الزواج»، في أ. بورداس رودريغس و س. المنريسي (ناشران)، الإسلام القانوني وأوروبا ( القانون والدين والسياسة) مؤسسة كاتالان للبحر الأبيض المتوسط للدراسات والتعاون، برشلونة، 1998، ص 245 وما يليها.

132 إلا أن الإحصائيات المقدمة من لدن المديرية العامة للسجلات والتوثيق، بشأن أشكال الزواج المعتمدة من لدن المواطنين المغاربة في إسبانيا، تبين أنهم يفضلون الطريقة المدنية لدى سلطة إسبانية على الطريقة الدينية لدى سلطة مسلمة المادة 7 السابق من القانون المدني). بالفعل، من بين 6498 حالة زواج التي يكون فيها على الأقل أحد المتعاقدين مغربا ومبرمة في إسبانيا ومقيدة لدى بعض السجلات المدنية (إلى تاريخ اليوم مجموع 357 على المستوى الجغرافي الوطني، أولها في قرطبة، وسانتاندير في يونيو 2001)، 5427، أي 83.5% في المائة، كانت على الطريقة المدنية لدى سلطة إسبانية، والباقي، أي 1071 حالة، كانت بطريقة دينية (دون تمييز بين الديانات الأربع المقبولة، رغم أن الدين الإسلامي هو الأكثر انتشارا بين الناس). بالإضافة إلى ذلك، هناك معلومات أخرى قدمت القنصلية العامة المغربية في برشلونة: منذ سنة 2000 إلى حدود كتابة هذه السطور، أبرمت لدى هذه القنصلية 2451 حالة زواج كان فيها على الأقل أحد العاقدين مغربا.

والنتيجة الأولى المستخلصة من هذه المعلومات تبين بصفة واضحة مدى الأفضلية التي يمنحها المغاربة للزواج القنصلي والمدني، على الزواج الديني. والأسباب القانونية والاجتماعية في ذلك مختلفة: غياب الاعتراف المباشر بالزواج المبرم حسب المادة 7 القديم من قانون 26/1992 في المغرب (انظر بعده)، الآثار المباشرة للزواج القنصلي في المغرب، سهولة الإجراءات في الزواج المدني لدى سلطة إسبانية (بما أن الزواج الإسلامي المنظم في القانون المذكور مجرد نوع من الزواج المدني)، وإعادة إبرامه في المغرب.

133 بخصوص الحالة السابقة، انظر م. ك. فويلب و خ. إ. كارليي، قانون الأسرة المغربي... انظر ص 15-16؛ د. كوتوزر، «نزاع القوانين: المشكل المسيحي الإسلامي»، في ج س ب موهر، توبينغا، 1988، ص 73 وما يليها؛ أ. مولاي رشيد، «القانون الدولي الخاص للمغرب المستقل بشأن الأحوال الشخصية»، في خ. إ. كارليي و م. فيرويلغن (مديران)، الأحوال الشخصية للمسلمين، القانون المقارن والقانون الدولي الخاص، بروكسل، 1992، ص 157 وما يليها؛ و أ. رودريغس بينوط، «الأحوال الشخصية المشتركة»، انظر ص 43 وما يليها، المرجع السابق.

134 انظر خ. دبريس، «المغرب: تعدد الأحوال الشخصية، النزاع بين الأشخاص»، مجلة القانون المقارن، الجزء 1، 1975.

135 حسب ما فسره ف. سرحان و ن. خلوشاشدي، «المغرب: نزاع القوانين، نزاع التشريعات» ( انظر رقم 87، ص 14)، فإن المعيار الديني بصفة عامة قوي جدا إلى درجة أن الزواج المبرم بين مغربيين يهوديين في الخارج بالطريقة المدنية، يستلزم إعادة إبرامه لاحقا لدى قسيس بالمغرب كي يكون الزواج صحيحا. بالنسبة لإسبانيا، هذه الحالة لا تشكل أي مشكل في إسبانيا، لإمكانية إبرام الزواج في إسبانيا لدى رجال الدين اليهود طبقا للفصل 7 من القانون 25/1992 الصادر في 10 نوفمبر (انظر أعلاه)، وهذه الإمكانية تدعمها الحالات الجديدة المنظمة في المادة 14 والمادة 15 من قانون الأسرة 2004، اللذان يرضان على الاعتراف في المغرب بالزواج المبرم في الخارج بطريقة صحيحة طبقا للقانون المحلي للبلد الذي يبرم فيه (انظر بعده).

136 تسجيل أ. كينيونيس إسكاميس، «تلقى القانون الجديد المغربي للأسرة (2004) في أوروبا» (انظر ص 877) أن الإشارة إلى معاهدة جنيف غير واضحة لأنها لا تنظم الأحوال الشخصية للمبعدين عن وطنهم. لأن هذه الأحوال تناولتها بالفعل معاهدة نيويورك في 28 سبتمبر 1954. وعلى الرغم من أن المغرب ليس طرفا في هذه المعاهدة، فإن الدليل العملي لموتة الأسرة يبين أن هذا الأمر لا يمنع الأخذ بعين الاعتبار المبادئ المقررة فيها بهدف الحفاظ على مصالح هؤلاء المبعدين.



الإسلامية<sup>128</sup>. يجب الإشارة إلى إمكانية اللجوء إلى هذه الشكليات لإبرام الزواج فوق التراب الإسباني، باستقلال عن الجنسية الإسبانية أو الأجنبية للمتعاقدين<sup>129</sup>، لأن المشرع الإسباني قرر هذه الحالات بناءً على حرية الممارسة الدينية، هذه الحرية التي تكون موضوع الاعتراف المنصوص عليه في المادة 16 من الدستور الإسباني.<sup>130</sup>

في الحالات الموصوفة في الحرفين أ. و ب. ونظرا لكون القانون الإسباني هو القانون المطبق على شكل هذه الزيجات، بصفته القانون المحلي لإبرام الزواج، فإنه يتعين الأخذ بالفصول من 51 إلى 60 من القانون المدني. ومن بين القواعد المقررة في هذه الفصول، القاعدة التي تقتضي أن يبرم الزواج لدى القاضي أو العمدة أو الموظف المكلف بالدائرة السكنية للمتعاقدين وللشاهدين الراشدين (المادة 57، الفقرة 1 من القانون المدني)، وكذا القاعدة التي تقبل استثناء أن يبرم الزواج، رسميا أو بطلب من المتعاقدين، بتوكيل من العاقد المعني بالأمر، لدى قاضي أو عمدة أو موظف دائرة أخرى مختلفة (المادة 57 الفقرة 2 من القانون المدني)

4. لأجل صحة هذا الزواج مدنيا، يجب التعبير عن الرضى لدى المسئول الديني المكلف بإبرامه مع حضور شاهدين راشدين على الأقل، وذلك قبل انصرام ستة أشهر ابتداء من تاريخ صدور شهادة الأهلية للزواج.
5. بعد إبرام الزواج، يسلم المسئول الديني المكلف بإبرامه، ضمن شهادة الأهلية للزواج، تقريرا حول إبرام الزواج يحتوي على الشروط المطلوبة لأجل تقييده، وحول هوية الشاهدين. وتسلم حالا نسخة من هذه الشهادة والتقرير المحرر على هذا النحو، للمسئول عن السجل المدني المختص من أجل تقييد الزواج، وتحفظ النسخة الأخرى في أرشيف المسئول عن إبرام الزواج.
6. مع مراعاة المسؤوليات والحقوق المكتسبة عن حسن نية من طرف شخص ثالث، يمكن أن يتم تقييد الزواج في أي وقت، وذلك بتقديم الشهادة المذكورة سابقا.
7. عن القواعد المثبتة في هذا المادة المتعلقة بالإجراءات المتخذة من أجل ممارسة هذا الحق، يجب أن تطابق التعديلات التي سوف تحدث في المستقبل على القانون المدني، بعد الاستماع إلى فدرالية المؤسسات الدينية المسيحية في إسبانيا.
- 128 المادة 7 من القانون المذكور، 26/1992 الصادر في 10 نوفمبر، حول المصادقة على اتفاقية التعاون بين الدولة الإسبانية واللجنة الإسلامية في إسبانيا، التي تنص الفقرة 1 منها على « قبول الآثار المدنية للزواج المبرم على الطريقة المقررة في القانون الإسلامي، ابتداء من يوم إبرامه، إذا وفر العاقدان شروط الأهلية المطلوبة في القانون المدني. يعبر العاقدان عن رضاهما أمام أحد الأشخاص المقررين في الفقرة 1 من المادة 3، وبحضور شاهدين راشدين على الأقل. ومن أجل الاعتراف الكامل بهذه الآثار، يجب تسجيله في السجل المدني. والأشخاص المذكورون في الفقرة 11 من المادة 3 من هذا القانون هم المسئولون الدينيون المسلمون وأئمة الدول الإسلامية.
- 129 على الرغم من أن القانون المدني وقانون السجل المدني لا ينصان على الخصوصيات، وأن المادة 258، الفقرة 2 من قانون السجل المدني يشير فقط إلى حضور مترجم اجنبي في حالة الزواج بتوكيل، فإن استشارة الإدارة العامة للسجلات والتوثيق في 9 سبتمبر 2004 حول الموافقة على حضور مترجم محلف في إبرام الزواج المدني (بيان إخباري لوزارة العدل مضاف إلى العدد 1986 (2005) ص 1734 وما يليها) يقبل بحضور هذا المترجم بصفة عامة عند الضرورة أثناء إبرام الزواج في إسبانيا بين اجانب؛ الشيء الذي يفرض نفسه « كنتيجة لازمة وطبيعية»، وتنص مقتضيات المادة 86 من قانون السجل المدني على تطبيق هذه المسألة كنتيجة منطقية وطبيعية، ويصرح بملاءة المسألة، لمقتضيات المادة 86 من نظام السجل المدني.
- 130 بصفة عامة، انظر م. أ. ليندا ساليناس، « الزواج الديني في اتفاقيات الدولة الإسبانية مع اليهود والبروتستانتين والمسلمين»، المجلة العامة للقانون عدد 600 (سبتمبر 1994)، ص 9189 وما يليها؛ نفس المرجع: « اتفاقيات التعاون للدولة: نظام الزواج الإسباني، الزواج المدني، الزواج الديني والمعاشرة الواقعية للاسبان مع اليهود والبروتستانتين والمسلمين، مع ضمانات وتنظيم المبشرين»، المجلة العامة للقانون، رقم 608 (مايو 1995)، ص 4786 وما يليها؛ س. كاربون أولوس، « نظام الزواج والاتفاقيات مع الديانات الأخرى»، المحدث المدني، 1993، العدد 5 (1 إلى 7 فبراير)، الهوامش 93 وما يليها؛ إ. غايغو دومينغيز ول. غالان سولديفيا: الزواج الديني غير المسيحي المبرم في إسبانيا، مقارنة القوانين، رقم 24، 25، 26 و 10 نوفمبر 1992، المحدث المدني، 1993، عدد 13 (29 مارس إلى 4 أبريل)، الهوامش 217 وما يليها؛ ب. ل. غارسيا كايخون: الزواج الديني غير الكاثوليكي في القانون الإسباني، القانون والرأي، 1993، رقم 1، ص 21 وما يليها؛ د. غارسيا هيرفاس، « مساهمة في دراسة الزواج الديني في إسبانيا حسب الاتفاقيات مع مؤسسة فيريدي و ف س إ.، حولية القانون الكنيسي للدولة، المجلد السابع، ( 1991 )، ص 589 وما يليها؛ إ. غارسيا رودريغس، « الزواج الديني غير الكاثوليكي في إسبانيا»، المجلة السنوية الإسبانية للقانون الدولي، المجلد 2 (1992)، ص 32 وما يليها؛ أ. مولينا ميليا، « تنظيم الزواج»، في غ. رينينا برنالديس و م. أ. فليبيكس بايسيتا (منسقان)، اتفاقيات الدولة الإسبانية مع الديانات الأقلية، مارسيلابون، مدريد، 1996، ص 159-188؛ م. لوبيز أراندا، « الزواج الديني في اتفاقيات الدولة مع الدين الكاثوليكي في إسبانيا»، مجلة كلية الحقوق، جامعة غرناطة، رقم 17-20 (1989/1992)، ص 31-50. ج. م. مانينيل، « الحق في إبرام الزواج الديني واتفاقيات التعاون»، في ف. رينينا برنالديس و م. أ. فليبيكس (منسقان)، اتفاقيات التعاون للدولة الإسبانية مع الديانات الأقلية، انظر ص 667 وما يليها. م. أ. أولوس أرتيغا، « الزواج الديني غير المسيحي في القانون المدني الإسباني»، في: درس في قانون الزواج والقضاء المسيحي من أجل المهنيين في الفوروم X. سلامانكا، 1994، ص 307 وما يليها؛ خ. م. ياس أغويراس، « الزواج الديني في اتفاقيات تعاون الدولة مع الديانات الغير كاثوليكية»، النشر الإعلانية لوزارة العدل، رقم 1661 (1993)، ص 90 وما يليها؛ ر. رودريغس شاكون، « استقلالية الإرادة في آثار الزواج المدني المبرم حسب الاتفاقية الإسبانية مع الديانات الأقلية»، في ف. رينينا برنالديس و م. أ. فليبيكس بايسيتا (منسقان)، اتفاقيات الدولة الإسبانية مع الديانات الأقلية، انظر ص 702 وما يليها؛ نفس المرجع، « الزواج الديني غير الكاثوليكي في القانون الإسباني»، المجلة السنوية للقانون الكنيسي الإسباني، المجلد العاشر، 1992، ص 369 وما يليها؛ نفس المرجع، في الزواج في إسبانيا في السنة الدولية للأسرة ( إشكالية اجتماعية وقانونية)، الجامعة البونفية، سلامانكا، 1995، ص 213 وما يليها.

## f) لدى سلطة إسبانية داخل النراب الإسباني

من منظور ذاتي، يمكن تسجيل الحالات التالية للزواج المنعقد في إسبانيا لدى السجل المدني الإسباني أمام سلطة إسبانية طبقاً لمبادئ التسجيل المضمنة في الفصل 1، الفقرة 1 رقم 9، والمادة 15 من قانون سجل الحالة المدنية<sup>124</sup>.

- الزواج المبرم بين مواطن مغربي ومواطن إسباني.
- الزواج المبرم بين مواطنين مغربيين.
- الزواج المبرم بين مواطن مغربي ومواطن من بلد ثالث.

من منظور إجرائي، تتركز هاته الاحتمالات على مقتضيات المادة 49، الفقرة 1، والفصلين 50 و 51 (الرقمان 1 و 2) والفصلين 59 و 60 من القانون المدني. طبقاً لهذه المقتضيات، يمكن لكل من هذه الحالات الثلاث أن تبرم لدى السلطات التالية، مدنية أو دينية:

- أ) لدى القاضي المكلف بالسجل المدني، وفي المدن التي لا يستقر فيها القاضي، أمام مندوب يعينه القاضي لهذا الغرض،
- ب) لدى عمدة المدينة التي يبرم فيها عقد الزواج أو المستشار المنتدب من طرف هذا الأخير.

الوزارات المكلفة بالشؤون الدينية، الكاثوليكية<sup>125</sup> أو البروتستانتية<sup>126</sup> أو اليهودية<sup>127</sup> أو

124 بغض النظر عن جنس المتعاقدين، نظراً لكون جنسيتها لا تسمح بإبرام الزواج لدى سلطة مدنية إسبانية بين شخصين من نفس الجنس، تكمن المشكلة في الطبيعة الشاذة للزواج المبرم حسب هذا الشكل، فضلاً عن كون القانون المغربي لا يعترف به أيضاً.

125 المادة 6، الفقرة 1 من الاتفاق المتعلق بالقضايا القانونية المبرم بين الدولة الإسبانية والفاكان في 3 يناير 1979 (الجريدة الرسمية الإسبانية عدد 300، في 15 ديسمبر 1979).

126 المادة 7 من القانون 24/1992 الصادر في 10 نوفمبر، الذي يصادق على اتفاقية التعاون بين الدولة الإسبانية وفيدرالية المؤسسات الدينية المسيحية (الجريدة الرسمية الإسبانية عدد 272 في 12 نوفمبر 1992)، والذي ينص على ما يلي :

« 1. يعترف بآثار الزواج المبرم لدى المسؤولين الدينيين للكنائس التابعة لفدرالية المؤسسات الدينية المسيحية في إسبانيا، ولأجل الاعتراف الكامل بهذه الآثار، يجب تقييد هذا الزواج في السجل المدني.

2. يجب على الأشخاص الذين يرغبون في إبرام الزواج على الشكل المقرر في الفقرة السابقة، أن يعدوا ملفاً مسبقاً لهذا الزواج، لدى السجل المدني المتعلق به.

3. بعد هذه الإجراءات، يسلم المسئول عن السجل المدني شهادة في نسختين تؤكد الكفاءة الزوجية للمتعاقدين، ويسلمها الزوجان للمسئول المدني المكلف بإبرام الزواج.

4. من أجل أن يكون هذا الزواج صحيحاً مدنياً، يجب التعبير عن الرضى لدى المسئول المدني المكلف بإبرامه مع حضور شاهدين راشدين على الأقل، وذلك قبل مرور ستة أشهر ابتداءً من تاريخ صدور شهادة الأهلية للزواج.

5. بعد إبرام الزواج، يسلم المسئول المدني المكلف بإبرام الزواج، ضمن شهادة الكفاءة للزواج، تقريراً حول إبرام الزواج يحتوي على الشروط المطلوبة لأجل تقييده، وحول هوية الشاهدين. وتسلم حالاً نسخة من هذه الشهادة والتقرير المحرر بهذه الطريقة للمسئول عن السجل المدني المختص من أجل تقييد الزواج، وتحفظ نسخة أخرى في أرشيف المسئول عن إبرام الزواج.

6. مع التحفظ حول المسؤوليات والحقوق المكتسبة عن حسن نية من طرف الأغنياء، يمكن أن يتم تقييد الزواج في أي وقت، وذلك بتقديم الشهادة المذكورة سابقاً.

7. عن القواعد المنبثقة في هذا المادة المتعلقة بالإجراءات المتخذة من أجل ممارسة هذا الحق، يجب أن تطابق التعديلات التي سوف تحدث في المستقبل على القانون المدني، بعد الاستماع إلى فدرالية المؤسسات الدينية المسيحية في إسبانيا.

127 المادة 7 من القانون 25/1992 الصادر في 10 نوفمبر، حول المصادقة على اتفاقية التعاون بين الدولة الإسبانية وفدرالية المجموعات اليهودية في إسبانيا (الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية عدد 272، في 12 نوفمبر 1992)، والتي تنص على ما يلي:

1. يعترف بالآثار المدنية للزواج المبرم على طريقة القواعد اليهودية أمام المسئول المدني لدى المجموعات التي تنتمي إلى فدرالية المجموعات الإسرائيلية في إسبانيا، ومن أجل الاعتراف الكامل بهذه الآثار يجب تسجيل الزواج في السجل المدني.

2. يجب على الأشخاص الذين يريدون إبرام الزواج على الشكل المذكور سابقاً، أن يكونوا ملفاً مسبقاً للزواج، يقدمونه لضابط السجل المدني المختص.

3. بعد هذه الإجراءات، يسلم المسئول عن السجل المدني شهادة في نسختين تؤكد الكفاءة الزوجية للمتعاقدين، ويسلمها الزوجان للمسئول المدني المكلف بإبرام الزواج.

العامّة للسجلات والتوثيق<sup>120</sup>، حول زواج المصلحة<sup>121</sup>، والمرسوم 1/2002 الصادر في 10 فبراير عن النيابة العامة للدولة حول الجوانب المدنية والجنايئة والنزاع الإداري لتدخل النيابة العامة في مجال الأجانب، والذي يخصص العنوان 2 لـ «معالجة الهجرة غير الشرعية في الحقل المدني: تدابير النيابة العامة أمام الزواج السوري».

### III. طرق إبرام الزواج

إن الشكل في القانون، والمعرف كمجموعة من الشروط الخارجية أو أوجه التعبير في العقود القانونية (المفهوم 10 من قاموس اللغة للأكاديمية الملكية الإسبانية)، يمارس مهمة مزدوجة، فهو يمثل من جهة طريقة للتعبير عن إرادة، ومن جهة أخرى يعتبر وسيلة إثبات وجود وصحة ومحتوى العمل القانوني المعني بالأمر (وبالتالي يرمي بهذا إلى توفير الضمانة أو اليقين القانوني الضروريين في المعاملات القانونية). وفي هاتين الحالتين الخاصتين بشكل الأعمال القانونية، تتبين طبيعة المحتوى والموضوع في هذه الأعمال، بمفهوم الإرادة الإنسانية التي تنتج مفعولا بمقتضى القانون أو بمقتضى الاستقلال الشخصي.<sup>122</sup>

سوف نحلل في السطور التالية، ومن أجل تقييم مفعولها أمام القانون الإسباني، مختلف أشكال إبرام عقد الزواج الذي يكون فيه على الأقل أحد المتعاقدين مغربيا. لهذا الغرض، فإن التصنيف التالي يكون نتيجة لدراسة شاملة متكاملة للقوانين المتعلقة بالموضوع وبمبادئ الحلول الحاضرة (...). يجب الأخذ بالاعتبار في هذا الصدد، الاختلاف الناتج عن العامل القانوني أو عن العامل الديني.<sup>123</sup>

#### 1) الزواج أمام سلطة إسبانية

عمليا، إن إحدى الوسائل التي تمكن من تسجيل عقد الزواج في السجل المدني الإسباني، الذي يكون فيه أحد المتعاقدين على الأقل مغربيا، تتعلق بإبرام عقد الزواج أمام سلطة إسبانية. في هذا الشأن وحسب ما سبق ذكره، يجب أن نميز بين فرضيتين لإبرام هذه العقود: أمام سلطة إسبانية داخل التراب الوطني الإسباني، (العنوان 1/1) أو لدى سلطة إسبانية في الخارج (العنوان 1.2).

120 دوسي س 382 الصادر في 16 ديسمبر 1997. حول هذا الموضوع، انظر إ. غارسيا رديغس، «قرار المجلس الصادر في 4 ديسمبر 1997 حول الإجراءات الواجب اتخاذها لمكافحة الزواج التديليسي، المجلة الإسبانية للقانون الدولي، 1998، العدد 1، ص 378 وما يليها.

121 انظر أ. ل. / ل. كالفو كارافاكا و خ. كاراسكوسا غونساليس، "زواج المتعة وتعليمات المديرية العامة للسجلات والتوثيق، الصادرة في 31 يناير 2006، والقانون رقم 6622 (4 يناير 2007)، ص 1 وما يليها؛ نفس المرجع، تفكير حول تعليمات الإدارة العامة للسجلات والتوثيق، الصادرة في 31 ديسمبر 2006: "زواج المتعة تحت المراقبة" وفي أ. ل. كارافاكا وج رودريغس رودريغو (ناشران)، قضية بارملات وقضايا أخرى للقانون الدولي الخاص، كوليكس، مدريد، 2007، ص 135 وما يليها. م. غونزاليس خيني، "ملاحظة حول قرار الإدارة العامة للسجلات والتوثيق في 24 يناير 2005"، الدفاتر المدنية للتشريع المدني عدد (2006) 70، ص 89 وما يليها؛ ب. أوريخودو بريبطو دي لوس موصوص، "معالجة تسجيل زواج المتعة: قراة نقدية لقرار الإدارة العامة للسجلات والتوثيق، في 31 يناير 2006، القانون رقم 6542 (5 سبتمبر 2006)، ص 1 وما يليها. ملاحظة منشورة في المجلة الإسبانية للقانون الدولي \ 2006 \ ان العدد 1 \ ن ص 473 وما يليها؛ و س. سانثيس لورينزو، "المبدأ غير الملزم لقرار الإدارة العامة للسجلات والتوثيق، حول زواج المتعة"، أثناء تكريم ر. أريو مونظيرو، إبروليكس 2003، ص 247 وما يليها.

122 أ. رودريغس بينوت «شكل الأعمال القانونية» في م. أغيلار بينيتس دي لوغو والآخريين. «دروس في القانون المدني الدولي» الطبعة الثانية، طيكوس، مدريد 2006، ص 341.

123 انظر أودرهو بيوسكا، «شكل الزواج والقانون الدولي الخاص»، بوش، برشلونة، 1993، ص 69؛ ويشكل أوسع، وعلى سبيل المقارنة، انظر م. خ. غوتيريس ديل مورا، «الزواج في دول الاتحاد الأوروبي، والآثار المدنية للزواج الديني»، ورشة، برشلونة، 2003.

الأوروبي، من أجل اعتبار الأجنبي كمستفيد من التجمع العائلي، سواء كان ذلك طبقا لتعليمات الاتحاد الأوروبي 2004/38/CE، الصادرة في 29 أبريل 2004 ( انظر أعلاه)، أو كان طبقا لقانون الأجنبي لكل بلد من هذه البلدان في غياب نظام جماعي لها (كما هو شأن المادة 17، الفقرة 1 أ من القانون التنظيمي 4/2000 ل 11 يناير، والمادة 39 من القانون المتعلق بتنفيذه، والذي يشترط فيه أن لا يكون عقد الزواج تدليسيا). وهذا الزواج يشكل أيضا طريقا للحصول على الجنسية من طرف الزوج الأجنبي، مع فرض شروط مختلفة في القانون المقارن لدول الاتحاد الأوروبي، من بينها شرط انصرام مدة معينة على الزواج ( كما هو الشأن في المادة 22 الفقرة 1 د، والمادة 3 من القانون المدني الإسباني، الذي يشترط انصرام سنة على الزواج، مدعم بالإقامة في إسبانيا خلال هذه الفترة بصفة قانونية ومستمرة مباشرة قبل تقديم طلب الجنسية الإسبانية).

إذا كان الزواج القابل للتسجيل في السجل المدني الإسباني والذي يكون فيه أحد المتعاقدين على الأقل مغربيا، يعني فقط طريقة سهلة لنيل حق الأفضلية التي تتمتع للأجانب، ( سواء بالنسبة للاتحاد الأوروبي أم لغيره) أو للحصول على الجنسية الإسبانية، سوف تكون أمام قضية تدليس قانوني إذا توفرت فيه الشروط الموضوعية والذاتية المنصوص عليها في المادة 6، الفقرة 4 من القانون المدني الجديد. لهذا السبب تطبق السلطة الإسبانية مراقبة مزدوجة على هذه الحالات:<sup>117</sup>

من جهة، يمكن القيام بمراقبة وقائية عند دراسة الملف المعد لإبرام عقد الزواج، يكون الغرض منها منع إبرام هذه العقود (انظر أعلاه)، وبالتالي يقتضي هذا الأمر أن تكون السلطة القائمة بهذا العقد إسبانية، سواء كان المراد هو عقد الزواج في إسبانيا أو خارج إسبانيا (عل مستوى القنصليات).<sup>118</sup> من جهة ثانية، يمكن القيام بمراقبة صحة تقديم الموافقة على الزواج من منظور مرضي، إذا أمكن القول، من أجل التصريح بفساد العقد الذي يكون قد تم إبرامه. وقد تكون هذه الطريقة هي الأنجع سواء في الحالة المفترضة التي يكون فيها عقد الزواج المبني على التدليس قد تم أمام السلطات الإسبانية دون أن تراقبه، أو في الحالة التي يبرم فيها عقد الزواج طبقا لقرار اجنبي ويراد إدماج هذا القرار في القانون المدني الإسباني، (وفي هذه الحالة، يجب على القائم على هذه العقود أن يراقب صحة تقديم الموافقة على الزواج طبقا للقانون الذي يمكن تطبيقه حسب القواعد المعروضة أعلاه)، إذا لم يكن قد تم ذلك من قبل.<sup>119</sup>

إن القانون المرجعي، في النظام الإسباني للقانون الدولي الخاص، لأجل متابعة هذه الأفعال في مجال الزواج، يكمن في قرار الاتحاد الأوروبي الصادر في 4 ديسمبر 1997 حول التدابير المتخذة لمحاربة الزواج المبني على التدليس، وكذلك التعليمات المشار إليها الصادرة في 31 يناير 2006 عن المديرية

أريشيديرا أرانزادي، "حق الزواج والتدليس في الزواج"، القانون الخاص والدستور، 1995، ص 301 وما يليها؛ أ. ل. كالفو كاراكافا و ج كاراسوكسا غونزالس، "زواج المتعة والقانون الدولي الخاص"، في أ. ل. كالفو كاراكافا و إ. كاستيلانوس رويز (مدير)، قانون الأسرة أمام القرن 12: حالات دولية، مدريد، 2004، ص 119 وما يليها؛ وكذلك "زواج المصلحة والطلاق السياحي: الممارسة الدولية الإسبانية"، الواقع المدني الحاضر، 1998، عدد 6 (من 9 إلى 15 فبراير)، ص 129 وما يليها. ب. دياغو دياغو، "زواج المصلحة"، الواقع المدني الحاضر، 1996، العدد 14، ص الهوامش 329 وما يليها، و ماريا هرنانديس كبايرو، "ممارسة المعاشرة من لدن غير المواطنين: الزواج التدليسي"، الواقع المدني الحاضر، 2005، العدد 17 (أكتوبر)، الهوامش 2053 وما يليها.

117 حول هذه المسألة، انظر إ. غارسيا رودريغس، "التدليس وإدماج الأجانب من خلال الزواج: وسائل المراقبة في الداخل وعلى صعيد المجموعة"، الواقع المدني الحاضر، 1999، العدد 2، الهوامش 447 وما يليها؛ وأ. رودريغس بينوت، «التسوية والمهاجرين غير الشرعيين»، في ك. سانثيس نفارو (منسق)، المهاجرون والقانون: المشاكل الحالية في التنسيق بين المجموعة الأوروبية حول الأعمال الاجتماعية في إسبانيا، لايبوروم، مورسيا، 2006، ص 26-30.

118 على سبيل المثال حول هذه الحالات، نقلت الصحف الإسبانية الحادث الأخير حول شكاية مواطن إسباني يبلغ من العمر 67 سنة، أراد الزواج بتوكيل في إسبانيا مع مواطنة مغربية، ضد القنصل الإسباني في الدار البيضاء، وقاضي موترييل (غرناطة) وممثل وزارة المالية، ذلك أن الأول أصدر شهادة ترفض تسليمه الأهلية على الزواج، والثاني رفض أن يبرم الزواج بمذكرة أخرجت بتاريخ 4 يونيو 2007، والثالث لأنه رفض، بعد الاستماع للزوجين، الملف المعد مسبقا لإبرام الزواج، لاعتباره أن هذا الأخير لا يستجيب للأهداف الحقيقية لهذه المؤسسة بل يرمي إلى التدليس، متعلقة بالمال والهجرة. أشارت هذه المذكرة إلى وجود نقص في المعرفة الشخصية الواجبة بين المتعاقدين (لكونهم تقابلوا عشر مرات فقط) وأنهم لا يملكون لغة مشتركة (الأمر الذي يمنعهم من المعاشرة الزوجية).

119 انظر ج كاراسوكسا غونزاليس، «الزواج والزواج الواقعي»، ص 72-74.

من جنس ذكر<sup>110</sup>، فيما يتعلق بالتعبير عن الرضى على الزواج من طرف المرأة بواسطة ولي أمرها في الزواج، يجب على المرأة أن تقدم للزواج من طرف هذا الأخير الذي يجب أن يكون ذكرا قريبا أو أجنبيا، إلا أنها إن كانت تتوفر على الأهلية لتدبير أموالها سواء كانت غنية أو ذات جاه أو مرخص لها بذلك من طرف وليها، مع التعبير عن موافقتها على الزواج مباشرة إذا لم يكن وليها أبها أو جد<sup>111</sup>.

في هذا الشأن، يعتبر قانون الأسرة المغربي أن الزواج المبرم بدون حضور الولي إن لزم حضوره، يكون فاسدا ويفسخ بالتالي قضائيا (المادة 61)، لأن مشاركة الولي في الزواج شرط ضروري لا يصح بدونه عقد الزواج (المادة 13، الفقرة 3 من مدونة الأسرة 2004). تتجلى أهمية هذه القواعد أيضا عند إسقاطها خارج هذا المجال، إذ أن القواعد الجديدة المنصوص عليها في المادة 14 من قانون الأسرة تربط الاعتراف بصحة الزواج بين المغاربة طبقا للممارسات المحلية بلدهم، بالتوفر على شروط الإيجاب والقبول، وأهلية الزواج، وحضور الولي إذا اقتضى الأمر<sup>112</sup>، وانتفاء الموانع الشرعية وعدم حذف المهر<sup>113</sup>، وكل ذلك مع حضور شاهدين مسلمين<sup>114</sup>.

على الرغم من ذلك، فإن مقتضيات النظام العام للدستوري الاسباني للمساواة بين الزوجين أمام القانون (المادة 14 والمادة 32 من دستور 1978)، وضرورة الموافقة لأجل صحة الزواج، (المادة 45 من القانون المدني)، لا يخول للغير (الولي) أن يوافق على الزواج عوض المتعاقدة المغربية في حالة إبرام الزواج لدى سلطة إسبانية حتى ولو كان هذا الزواج صحيحا في المغرب<sup>115</sup>.

### ث) الثويه والتدليس في التعبير عن الرضى على الزواج

يؤدي بنا احتمال التدليس أثناء التعبير عن الرضى على الزواج الذي يكون فيه أحد المتعاقدين مغربيا على الأقل، إلى تحليل مقتضب لما اصطلح عليه بالزواج الصوري، والزواج التدليسي، وزواج المتعة، وزواج المصلحة أو الأبيض بالفعل<sup>116</sup>. إن زواج أجنبي بمواطن أو بأجنبي مقيم، هي طرق مقبولة في بلدان الاتحاد

110 يمكن المقارنة مع طلب الزواج في البلدان الغربية: يتعلق الأمر باتفاق على إبرامه ليس الزاميا، وليس له أي أثر قانوني، يتدارس فيه المتعاقدان مبلغ المهر والتعويض الذي يفترض أن تقتضيه الزوجة، حسب قدرتها على الإيجاب. حول هذا الموضوع، انظر إ. غارسيا رودريغس، إبرام الزواج في مجتمع متعدد الثقافات والأشكال، ولويس كونيبي: إشارة خاصة إلى تعدد الزوجات.

111 انظر غارسيا رودريغس، المرجع السابق، ص 172 وما يليها، و س. الديب وأ. بونومي (ناشران)، القانون الإسلامي للأسرة والميراث، على محك القرارات القضائية الغربية، انظر ص 78-79، واللذان يعرضان مختلف أوجه هذه الحالة في الواقع المقارن للبلدان الإسلامية. يؤكد ب. دياغو دياغو (المؤنة الجديدة المغربية والقانون الدولي الخاص، مذكور ص 1079)، أن هناك في القانون الإسلامي حول الزواج، فرقا بين الموافقة على الزواج والتعبير عنها، إلى حد أن الولي في الزواج هو الذي يتحمل التعبير عن رضا الزوجة في نفس الوقت الذي ينوب فيه عنها.

112 إذا كان حضور الولي مفروضا في حالة قصور الزوجة، (أي إذا لم تبلغ سن 18، المادة 19 من قانون الأسرة 2004)، فإن الولاية في الزواج تعتبر حقا بالنسبة لأي امرأة بالغة ويمكن لها أن تمارسها بإرادتها طبقا لمصالحها (المادة 24 من قانون الأسرة). وفي نظر ف. لاروش جيسرو، (المؤنة الجديدة للأسرة، تجديد أم تقليد؟، انظر ص 340)، فإن إلغاء الولاية في الزواج، اللازمة بالنسبة للمرأة المغربية، كان من أهم التجديدات التي سجلها هذا القانون، على الرغم من أن الطريقة القديمة ما زالت هي الأكثر استعمالا في الواقع.

113 ومثل حضور الولي، إذا كان لازما، فإن المهر هو شرط آخر بدونه لا يصح إبرام الزواج (المادة 13 الفقرة 2 من قانون الأسرة المغربي الجديد). يقتضي تقديم مبلغ مالي أو أموال من طرف الزوج للزوجة من أجل الزواج، ويصبح هذا المال ملكا لها ويحق لها تدبيره. وقد صار اعتباره من لدن الهيئات القضائية لبلدان أوروبا أمرا معقدا، لدرجة أن د. هيسلر كتب أن المهر قد أثار زبوعا حقيقية بالنسبة للمحاكم الألمانية. ( ) في الواقع، وصفت هذه المؤسسة أحيانا على أنها مؤسسة خاصة بالنقطة بين الأقارب وأحيانا كمؤسسة للميراث، ويقتضي هذا الأمر أنه في نظر النظام الاسباني للقانون الدولي الخاص، فإن القرار الذي يجب تطبيقه في الفرضية الأولى يحدد طبقا لمقتضيات ميشاق لاهاي ل2 أكتوبر 1973 حول القانون المطبق على التزامات النفقة وفي الفرضية الثانية، المادة 9 السابق، الفقرة 8 من القانون المدني. حول هذا الموضوع، انظر من بين آخرين، ب. دياغو دياغو، «المهر في الإسلام على محك صراع الحضارات من وجهة نظر الجديون الدولي الخاص الاسباني»، مجموعة القوانين لجامعة لوفان، 2001 العدد 4، ص 407 وما يليها، و بابلو غيسكورديو، «آثار الزواج في مجتمع متعدد الثقافات، إشارة خاصة للإسلام»، في أ. رودريغس بينوت (مشتورات)، المجلس العام للسلطة القضائية، مدريد، 2002، ص 246-252.

114 بهذا المقتضى، يقبل قانون الأسرة الجديد، ولو بصفة ناقصة، بصلاحيات قاعدة «القول أساس الفعل» في حالات إبرام الزواج القانوني، (ف. لاروش جيسرو، «قانون الأسرة المغربي الجديد: تجديد أم تقليد؟»، انظر ص 336).

115 انظر س. الديب و أ. بونومي (ناشران)، القانون الإسلامي للأسرة والميراث على محك القرارات القضائية الأوروبية. انظر ص 84. يمكن الرجوع إلى تحليل واسع حول مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في هذا المجال، في ماريا هرنانديس كبايرو، «المساواة القانونية بين الزوجين في المعاشرة الزوجية داخل مجتمع متعدد الثقافات»، المجلة العامة للمعلوماتية للقانون، 2006 العدد 1.

116 انظر حول هذا الموضوع، م. أغيلار بينيتس دي لوغو، «حق الزواج والنظام العام للزواج»، نشرة إعلامية لوزارة العدل، رقم 1862 (2000) ص 425 وما يليها؛ م. أغيلار بينيتس دي لوغو و ه. غريبير مشادو، «زواج المصلحة»، نشرة إعلامية لوزارة العدل، رقم 1879، (2000)، ص 3213 وما يليها؛ ج. ل.

إلى القاضي أو العمدة أو الموظف المكلف بإبرام الزواج»<sup>105</sup>

يؤكد المقتضى 6 من تعليمات 9 يناير 1995 المذكور سابقا، الصادر عن المديرية العامة للسجلات والتوثيق، على الملف السابق للزواج، إذا كان أحد المتعاقدين مقيما في الخارج:

« تشير هذه الخصوصية حصرا إلى المرحلة الأخيرة قبل إبرام الزواج، أما فيما يتعلق بغير ذلك، فيجب إعداد ملف الزواج طبقا للقواعد العامة المشار إليها، والتي من بينها طبعها، الاستماع شخصيا وسريا إلى الطرف الموكل، وهذا ما يجب التأكيد عليه بكل إلحاح.»

وفي القانون المغربي على الرغم من أنه يجب أن يتم إبرام الزواج بحضور المتعاقدين ( المادة 17 من مدونة الأسرة لسنة 2004 )، يسمح القانون نفسه بالزواج بالتوكيل، عندما يعترف بإمكانية منح أحد المتعاقدين توكيلا لهذا الغرض بترخيص من قاضي الأسرة المختص، مع توفير شروط معينة في ست فقرات<sup>106</sup>. وفي رأي م. ك. فوبليط، و إ. ج. إ. كارلبي، يمكن أن نؤول هذه القاعدة لتطبيقها في حالة زواج مغربي مقيم بشكل غير شرعي في أوروبا ولا يمكن له الانتقال إلى بلده الأصلي من أجل إبرام عقد الزواج مع زوجة مقيمة هناك.<sup>107</sup>

2. من جهة أخرى، يمكن أيضا أن لا يكون السند الممنوح للغير من أجل التعبير عن الرضى على الزواج، مجرد توكيل أو تمثيل. ونحيل هنا على بعض القواعد المنظمة في بعض القوانين الأجنبية، والتي يجب فيها على الوكيل إما أن يقبل مسبقا موافقة المتعاقد على الزواج (عادة ما تكون المتعاقدة)، أو يبرم العقد مباشرة باسم المتعاقد (عادة تكون كذلك المتعاقدة) دون أن يعبر هذا الأخير عن موافقته على الزواج، وفي هذه الحالة، نجد أنفسنا أمام الحالة المعروفة ب «الزواج المتفق عليه»، «المدروس» المتجذر لدى بعض الثقافات.<sup>108</sup>

يمكن أن نتجربنا هذه الاعتبارات إلى التفكير في بعض الممارسات المقبولة عادة في القوانين الإسلامية (ولا تعتبر القوانين المغربية استثناء لذلك)، فيما يخص التعبير عن الرضى على الزواج من طرف المرأة<sup>109</sup>. لا تتعلق هذه المسألة بالخصوص بعقد «النكاح» أو الاتفاق المسبق على الزواج بين الخاطب وأب أو قريب للزوجة

105 إلى هذه الفرضية يشير صراحة القرار رقم 2، المذكور سابقا، الصادر عن المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 8 يونيو 1998، بشأن حالة زواج مفترض بين مواطن إسباني ومواطن مغربي لدى القنصلية الإسبانية بالدار البيضاء.

106 (1) إذا توفرت ظروف خاصة تمنع الموكل من إبرام الزواج بنفسه. (2) يجب أن يكون التوكيل مسجلا بعقد موثق أو عرفيا، وأن يحمل إمضاء الموكل مصدقا. (3) يجب أن يكون الوكيل راشدا، وأن يتمتع بكامل حقوقه المدنية ويتوفر على شروط الولاية إذا كان موكلا (صفحة 15) من طرف الولي. (4) يجب على الموكل أن يذكر في عقد التوكيل اسم الزوج الآخر، ووصفه وجميع المعلومات عن هويته وكذا المعلومات المفيدة عنه. (5) يجب أن يذكر في التوكيل مبلغ المهر، وتحديد ما إذا اقتضى الأمر، المبلغ الذي دفعه مقدما ومؤخرا. (6) يجب للموكل أن يقدم الشروط التي يريد تقييدها في العقد وشروط الطرف الآخر والتي قبلها. (6) يجب أن يكون التوكيل مصدقا من طرف قاضي الأسرة المذكور سابقا، بعد التأكد من موافقته على الشروط اللازم توفرها. بخلاف ذلك، فإن الحالة المفترضة في المادة 25 من قانون الأسرة، الذي يقتضى أن أي امرأة راشدة تعتبر محقة كي تعقد زواجها بنفسها، يقتضى أيضا أنه يمكن أن تطلب من أبيها أو أحد أقاربها أن ينوب عنها في هذا العقد. وبعض النظر على كون الشكوك المتعلقة بهذا المبدأ يمكن أن تثير خلافا فيما يتعلق بصلاحيته أي سلطة - مغربية أو أجنبية - تبرم لديها هذه الوكالة، فإن ذكر ظروف المهر، في حالة إبرام الزواج في الخارج، المادة 14 السابق من قانون الأسرة، لا تتوافق مع الحالة المفترضة في القانون الحالي الذي يقتضى فقط أن لا يبلغ المهر في عقد الزواج، بل أكثر من هذا، فإن المادة 27 من هذا القانون لا ينص على ذكر مبلغ المهر ولا على كيفية دفعه.

107 مدونة الأسرة المغربية، المرجع المذكور، ص 22 - 23. في نفس الاتجاه، انظر م. س. فولبليت و م. الكويلي، «الزواج والطلاق في مدونة الأسرة الجديدة المغربية: ماذا تعني بالنسبة للمغاربة في أوروبا؟»، انظر ص 541، وللذان يصرحان أن هذه المسألة قد أثرت بالفعل أثناء المناقشات البرلمانية حول هذا القانون.

108 إن الصفة الغير ملائمة لهذه القضية قد أثرت من قبل قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة 843 (9) في 17 ديسمبر 1954، التي صرحت بعدم ملائمتها للمبادئ المعتمدة في ميثاق الأمم المتحدة الصادر في 26 يونيو 1945 وفي التصريح العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948، بالنسبة لبعض التقاليد والقوانين القديمة وبعض العادات المتعلقة بالزواج والأسرة، مثل رفض حرية اختيار الزوج، وزواج الأطفال، أو زواج السباب قبل بلوغ سن الرشد. ومن أجل تعميم إلغاء هذا القرار ويهدف القضاء على هذه العادات، تمت المصادقة في 10 ديسمبر 1962، بنيويورك، على الميثاق المتعلق بالموافقة على الزواج، والسند الأدنى لعقد الزواج، وحول تسجيل هذه العقود (الجريدة الرسمية عدد 128 في 29 مايو 1969). وحول هذا الموضوع، انظر ج. أ. طوماس أورتنيز دي لا طوري، «الزواج، إبرامه وفسخه، والطلاق والإغاثة»، في م أغيلار بينينيس دي لوغو والأخرين، دروس في القانون المدني الدولي، الطبعة الثانية، طيككوس، مدريد، 2006 ص 104-105.

109 المرجع 1، بلاسكيس ردرغيس، «إبرام الزواج الإسلامي والاعتراف به في القانون الإسباني»، في: بلاسكيس ردرغيس م د آدم مونيز، الهجرة المغربية وقانون الأسرة، حكومة الأندلس، إشبيلية، 2005، ص 139-141.



عليها أن ترخص بعقد زواج يكون فيه أحد الطرفين المتعاقدين مغربيا، بالتأكد من صلاحية وصحة رضا الطرفين طبقا لمقتضيات قانون بلديهما:

هذا ما أقره اجتهاد قار للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، وهو مضمن في القرار (الأول) الصادر بتاريخ 27 أكتوبر 2004، بشأن زواج محتمل بين مواطنين مغربيين أمام السلطات الإسبانية، والذي أشارت الهيئة المذكورة فيه إلى أن مسألة التأكد مما إن كان رضا الطرفين مصطنع أم حقيقي، تخضع للقانون المغربي بالنسبة للمتعاقدين وليس كقانون للدولة.<sup>103</sup> ويمتد القانون المحدد بهذا الشكل إلى المجال التالي للمسائل المادية:

1. صحة الرضى المعبر عنه، بمعنى معرفة هل قدم الرضى شخصا من طرف المتعاقد أم أن الرضى كان سوريا، مع جميع الآثار المترتبة عن ذلك في حالة التعبير الصوري عن الرضى.
1. وجود أي عيب في تقديم الموافقة، لكون المبدأ القائل إنه لا زواج بدون موافقة حرة وكاملة من طرف المتعاقد، مبدأ من مبادئ النظام العام<sup>104</sup>. ومن هنا فإن قانوننا في فصله 45، بعد إقرار المبدأ الذي بمقتضاه لا زواج بدون موافقة على الزواج، ينص على أنه لم يتم تحديد الشرط أو الصيغة أو الكيفية لتقديم الموافقة.
2. أجل ممارسة دعاوى التعبير عن الرضى والأشخاص المؤهلون لذلك.
3. تؤدي بنا الحالة الأولى التي أشرنا إليها، إلى تحليل حالتين محتملتين للزواج الدولي أمام السلطات الإسبانية: تدخل الغير في التعبير عن الرضى على الزواج، والزواج التدليسي.

### ب) تدخل الغير في التعبير عن الرضى على الزواج.

فيما يخص تدخل الغير في التعبير عن الرضى على الزواج، يجب التمييز بين احتمالين:

1. من جهة، يمكن لأحد المتعاقدين أن يكون ممثلا أثناء إبرام الزواج، من طرف شخص ثالث، بواسطة توكيل، وفي هذه الحالة فإن التعبير عن الرضى يصدر عن نفس المتعاقد وليس عن موكله. إننا نشير هنا إلى الزواج بتوكيل، وهو موضوع مقتضى المادة 55 من القانون المدني الإسباني والمتعلق بإبرام هذا العقد أمام السلطات الإسبانية:

« يمكن الترخيص ضمن ملف الزواج، للمتعاقد الذي يسكن في دائرة أو مقاطعة القاضي أو العمدة أو الموظف المكلف بعقد الزواج، أن يبرم الزواج بواسطة وكيل خاص وتوثيقي يخوله لشخص آخر، إلا أن الحضور الشخصي للمتعاقد الآخر ضروري. يحدد في هذا التوكيل الشخص الذي يبرم معه عقد الزواج، مع الإشارة إلى المعلومات الشخصية الدقيقة المتعلقة بحالته الشخصية قصد إثبات هويته. ويلغى هذا التوكيل من طرف الموكل، أو بتخلي الوكيل، أو بموت أحدهما. وفي حالة الإلغاء من طرف المتعاقد، يكفي أن يعبر عن ذلك رسميا للسجلات قبل إبرام الزواج، ويبلغ هذا الإلغاء فورا

103 ذكر في تعليمات 31 يناير 2006، الصادرة عن المديرية العامة للسجلات والتوثيق، حول زواج المتعة، الجريدة الرسمية، عدد 41، بتاريخ 17 فبراير 2006، كما بين ذلك خ كراسكوسا غونزاليس، «الزواج والمعايشة الواقعية»، نفس المرجع ص 68. في حالة ما إذا أصدرت المديرية العامة للسجلات والتوثيق بتطبيق القرار الإسباني من أجل تحديد صلاحية الرضى عن الزواج بالنسبة للأجانب عوض قرارات بلدهم، (هذه القرارات الصادرة في 27 ديسمبر 2004، و22 يناير 2005 أو في 4 مارس 2005)، سنقع في خطأ مادي يكمن في كونه لم يستوعب الجنسية الأجنبية للمتعاقدين.

104 المادة 16، الفقرة 2، من التصريح العالمي لحقوق الإنسان، في 10 ديسمبر 1948، والمادة 23 الفقرة 3 من الميثاق الدولي للحقوق المدنية والسياسية المصادق عليه من لدن الجمعية العامة للأمم المتحدة، بنيويورك، في 16 ديسمبر 1966 (الجريدة الرسمية للدولة، عدد 103، في 30 أبريل 1977).



التمييز على أساس الجنس أو الدين، وكذا بحرية الزواج<sup>99</sup>. بمعنى آخر، فإن الزواج لدى سلطة إسبانية بين مغربية مسلمة وغير مسلم، وكذا زواج مغربي مسلم من غير مسلمة، أو زواج مغربي مسلم بغير مسلمة معتنقة لدين آخر، يمكن أن يبرم بكيفية صحيحة، على الرغم من عدم الاعتراف به في المغرب (ويتعلق الأمر من جديد بوضعية شائكة)<sup>100</sup>.

ث) الإعفاء من الموانع

إشارة أخيرة إلى الموانع تتعلق بالإعفاء المحتمل منها:

1. فيما يتعلق باختصاص السلطات الإسبانية لمنح هذا الإعفاء، وإذا كان بلدنا طرفا في المعاهدة الرامية إلى تسهيل إبرام الزواج في الخارج، المبرمة في باريس في 10 سبتمبر 1964 ضمن اللجنة الدولية للحالة المدنية<sup>101</sup>، فإن المغرب ليس طرفا في هذه الاتفاقية. وهذا الأمر يحول دون تطبيق هذه المعاهدة على العلاقة الثنائية بين البلدين لأنها مبنية على أساس أن مواطن بلد طرف في المعاهدة يريد إبرام زواج في بلد آخر يقيم فيه عادة وطرف كذلك في المعاهدة، يمكن أن يعفى من الموانع من لدن سلطات هذا البلد الأخير (الفصل 1). ومقتضى هذا الأمر، وفي غياب هذه الوسيلة فوق الوطنية، التي كان من الممكن أن تربط إسبانيا والمغرب في هذا المجال، ستكون قواعد القانون الدولي الخاص للبلدين مطالبة بإيجاد حل لمشكلة تحديد السلطة المختصة للإعفاء من الموانع. فيما يخص بلدنا بالنسبة للقانون الدولي الخاص في هذا المجال، يوجد فراغ قانوني يقترح بشأنه ج. م. كاراسكوسا غونزاليس، ملاءة باعتبار أن السلطات الإسبانية يمكنها أن تعفى من الموانع المواطنين الإسبانيين أو المواطن الأجانب (المغاربة مثلا)، إذا كان هؤلاء يقيمون في إسبانيا بكيفية اعتيادية أو إن هم طلبوا هذا الإعفاء من لدن السلطات الإسبانية لكونهم يريدون الزواج في إسبانيا.<sup>102</sup>

فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب تطبيقه على الإعفاء من الموانع في الزواج الدولي، فإن القاعدة العامة لنظامنا الدولي تتبنى اللجوء إلى المادة 9، الفقرة 10 من القانون المدني الذي بمقتضاه تطبق السلطة المختصة لتقييم الإعفاء من الموانع، قانون بلد جنسية المتعاقد، وهو القانون الذي يحدد أحقية الإعفاء أو عدمها، والأخطاء المحتملة في هذا الإعفاء، وكذا شرعية طلب هذا الإعفاء

### 3) رضا المتعاقدين على الزواج

#### أ) التعبير عن الرضا على الزواج

كما هو الشأن بالنسبة لتقدير الكفاءة على الزواج، فإن التعبير الصحيح عن الرضا على الزواج من طرف المتعاقدين، في النظام القانوني الدولي الخاص الإسباني والمغربي، يخضع لمقتضيات القرارات المتعلقة بجنسية المتعاقدين وقت إبرام العقد. (المادة 9 سابقا، الفقرة 1، من القانون المدني، والمادة 3 من ظهير 12 غشت 1913، و 11 من ظهير 1 يونيو 1914). وبمقتضى هذا الأمر يجب أن تقوم السلطات الإسبانية، التي تعين

99 انظر في هذا الاتجاه، قراري المديرية العامة للسجلات والتوثيق، ف 10 يوليو 1999، و 27 يوليو 1992، المشار إليهما صراحة ضمن القرار الدوري للمديرية في 29 يوليو 2005 بشأن الزواج المدني بين أشخاص من نفس الجنس.

100 هذا ما ينص عليه قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 4 ديسمبر 1991 (النشرة الإعلامية لوزارة العدل رقم 1627 (1992) ص 1035 وما يليها). علاقة بزواج تم إبرامه لدى قاضي مكلف بالسجل المدني بليلية، بين مواطن إسباني ومسلمة: قبلت هذه السلطة ضمن الملف السابق لإبرام الزواج، برسم إثبات الأهلية للزواج للعاقدة، تصريحاً تحت القسم حول حالتها المدنية كمتقلقة، بالإضافة إلى حكم صادر عن محكمة مغربية قضى بفسخ زواجها السابق، وكل ذلك لكون سلطات المغرب رفضت تسليمها شهادة الأهلية للزواج، استناداً إلى تحريم هذا الزواج بمقتضى المادة 29، الفقرة 5 من المذونة، لكون الخاطب كافراً. بخصوص هذا القرار، انظر بيان م. أموريس كونزادي، في المجلة الإسبانية للقانون الدولي، 1992، العدد 1، ص 230 وما يليها. وفي نفس الاتجاه، قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 10 يوليو 1999 (دليل المديرية، 1999، ص 3383 وما يليها)، اعتبر إبرام الزواج بين مواطن ألماني ومغربية صحيحاً، لدى القاضي الإسباني في مالدي كايوركا، بعد اللجوء إلى استثناء النظام العام لرفض قاعدة القانون المغربي، التي لا يجوز بمقتضاها مسلمة أن تتزوج من غير مسلم، استناداً إلى تمييز غير مؤسس بسبب الدين وكونها تمس مبدأ الحرية الدينية (الفصول 32، 14 و 16 على التوالي من الدستور الإسباني).

101 المجريدة الرسمية للدولة الإسبانية، العدد 16 الصادرة في 19 يناير 1977.

102 «الزواج والزوجان الواقعيان»، انظر ص 59، المرجع السابق.

للقنصل الإسباني لا تعترض على هذا الصنف من الزواج، فإنه يجب أن يكون أحد العاقدين على الأقل إسبانيا ومقيما بالدائرة الترابية حيث يمارس القنصل الإسباني الذي أشرف على الزواج اختصاصه. إن التعليل المتبع أعلاه يصب في المثاليين التاليين لزوج تم إبرامه بكيفية صحيحة على ضوء القانون الإسباني بين أشخاص من نفس الجنس، وكان أحد العاقدين على الأقل مغربيا.<sup>94</sup>

أ) الزواج المبرم لدى سلطة إسبانية فوق التراب الإسباني، بين رجلين مغربيين أو امرأتين، أو بين رجل مغربي ورجل إسباني أو بين امرأة مغربية وامرأة إسبانية، أو بين رجل مغربي ورجل من بلد ثالث. وأخيرا بين امرأة مغربية وامرأة من بلد ثالث.

ب) الزواج المبرم لدى سلطة قنصلية إسبانية بين رجل إسباني ورجل مغربي أو بين امرأة إسبانية وامرأة مغربية.

من المؤكد أن زواجا من هذا القبيل يعتبر غير مقبول في القانون المغربي، مما يضعنا أمام ما اصطلاح عليه بالعمل المتعثر، وهو زواج صحيح في أحد القوانين المتواجدة (القانون الإسباني في الحالة التي نحن بصدد تحليلها)، بينما يعتبر ملغى أو عديم الوجود في نظر قانون آخر (المغربي في هذه الحالة)<sup>95</sup>. وتبقى الاعتبارات الشخصية والعائلية والاجتماعية المحفز الوحيد للمتعاقدتين المحتملتين لعمل من هذا القبيل، علاقة أساسا بمجال تنمية مصالحهم الحيوية. وهو أمر يتوفر فيه المشرعون على قدر هزيل أو متعدم من الاختصاص.<sup>96</sup>

### ث) المانع الناجع عن اختلاف الدين

هناك مانع ثالث تتجلى أهميته في إبرام زواج يكون أحد عاقديه على الأقل مغربيا، إذ يتعلق الأمر بتحريم ذلك في حالة الاختلاف في الدين.<sup>97</sup> إننا نحيل هنا تحديدا على الحالة المضمنة بالمادة 39 من قانون الأسرة المغربي 2004، الذي يعتبر مدخلا للباب الثاني المتعلق بالموانع المؤقتة، والذي يحرم زواج مسلمة برجل ذي عقيدة دينية مختلفة، وزواج مسلم من امرأة من عقيدة أخرى، ما لم تكن كتابية (مسيحية أو يهودية أساسا).<sup>98</sup>

يتعلق الأمر بقاعدة من المفروض أن تعتبر في حالة ما إذا طرحت، (المادة 9 سابقا، الفقرة 1 من القانون المدني) أمام سلطة إسبانية كسلطة عاقدة للزواج، مخالفة لنظامنا العام الدولي، لكونها تفسم مبدأ عدم

94 تضاف إليها حالات الزواج بين شخصين من نفس الجنس، أحدهما إسباني والثاني مغربي، تم إبرامه بكيفية صحيحة بأحد البلدان الأغنياء التي تقبل هذه الصيغة في الزواج.

95 في الواقع، نجد أن التوقع الجديد المضمن بالفصلين 14 و 15 من قانون الأسرة المغربي الجديد 2004 والذي يتم بموجبه الاعتراف في القانون المغربي بالزواج المبرم بالخارج وفق الشكل المقبول محليا (الذي يجب الأخذ بالاعتبار فيه، نظريا، للزواج بين شخصين من نفس الجنس حسب المادة 44 من قانوننا المدني)، يفرض من منظور المملكة الجارة أن يثبت العاقدان أهليتهما، فضلا عن متطلبات أخرى (المادة 14، الفقرة 1 من قانون الأسرة المغربي)؛ ذلك أن القانون المغربي لا يعترف بأهلية الزواج لشخص قصد الزواج من آخر من نفس الجنس.

96 في هذا الاتجاه، تم تدارس فرضية ما إن كان لا يجب الاعتراف بزواج بين شخصين من نفس الجنس تم إبرامه بصفة صحيحة طبقا لقانون إحدى دول الاتحاد الأوروبي، حيث يعتبر هذا الشكل من الزواج مقبولا (بليجيكا، إسبانيا، أو هولندا) لدى باقي الشركاء في الاتحاد الأوروبي على ضوء قانون حرية التنقل المعترف بها، بموجب معاهدة الاتحاد الأوروبي، فبالعكس قد يؤدي إلى عدم استمرارية حالات قانونية شخصية أو عائلية لما بعد الحدود. بخصوص هذه النقطة، انظر م. ريكينو بيزدورو، «القانون الدولي الخاص للأسرة: وحرية تنقل العمال: أفكار تمت إثارته بسبب الزواج بين شخصين من نفس الجنس» في «الاتحاد الأوروبي قبل القرن XXI: تحديات نيسا»، الجريدة الرسمية للدولة، مدريد، 2003، ص 243 وما يليها.

97 علاقة برسوخ هذا المانع في القرآن وبمختلف أوجهه، تبعا لدين المتعاقد الآخر، انظر س. الدبيب و أ. بونومي (ناشران)، «القانون الإسلامي للأسرة والميراث على محك الأنظمة القانونية الغربية»، المرجع السابق، ص 48 وما يليها.

98 نجد نفس الشيء في أقوال ف. لاروش جيسور، «قانون الأسرة المغربي الجديد: تجديد أم تقليد العصور الغابرة؟» المرجع السابق، ص 337 و 338. إن القانون الجديد لا يفترض إضفاء الطابع العلماني على قانون الأسرة المغربي، بل أكثر من ذلك، حسب تفسير أ. كينوينيس إيسكاميس، «تلقي قانون الأسرة المغربي الجديد بأوروبا (المؤونة 2004)»، المرجع السابق، 885، يرتب عن هذا المانع إمكانية رفض السلطة القضائية تسليم شهادة الأهلية للزواج لفائدة المرأة المسلمة التي ترغب في الزواج بالخارج من غير مسلم، لهدف يتجاوز هذه الوضعية. ولقد دأب المغنيون بالأمر عمليا، على إيجاد الحل في أن يعتقد العاقد غير المسلم الإسلام، بكيفية حقيقية أو صورية، لتفادي تعقيدات لاحقة، بمناسبة انتقال الزوجين لاحقا إلى المغرب على سبيل المثال.

يجب أن تكون السلطة التي تبرم الزواج إسبانية، أو تابعة لإحدى الدول التي تقبل كذلك الزواج بين شخصين من نفس الجنس.<sup>89</sup>

بالنسبة لإسبانيا، يجب أن تكون السلطة القائمة على إبرام الزواج مدنية وبالتالي، فإن هذه الإمكانية تعتبر عملياً مستبعدة بالنسبة للعقائد التي يقبل زواجها لأغراض مدنية ضمن نظاماً (انظر بعده). وعلى هذا الأساس، إذا كانت السلطة المكلفة بإبرام الزواج مدنية إسبانية، تمارس اختصاصها فوق التراب الإسباني، فإن مقر إقامة أحد عاقدَي الزواج يجب أن يكون بإسبانيا، بل أكثر من ذلك، يجب أن نفهم أن السلطات المدنية الإسبانية تعتبر مختصة لإبرام الزواج بين شخصين من نفس الجنس فوق التراب الإسباني، بغض النظر عن جنسية العاقدَين ( حسب ما سبق ذكره).<sup>90</sup>

وهذا ما يتيح على الأقل، قرار دورية المديرية العامة للتسجيل والتوثيق، في 29 يوليو 2005<sup>91</sup> والقرار (الرابع) للهيئة المذكورة، في 7 أبريل 2006، في ملف يتعلق بالإجراءات الخاصة بالإذن لأجل إبرام الزواج لدى السلطة المدنية الإسبانية، بين مواطن إسباني وآخر برتغالي، حيث رفضت السلطات تسليم شهادة الأهلية للزواج لهذا الأخير. حسب ما نصت عليه اتفاقية ميونيخ سنة 1980، في 5 سبتمبر 1980، المتعلقة بتسليم شهادة الأهلية للزواج ( انظر بعده )، لكون الأمر يتعلق بزواج بين شخصين من نفس الجنس، وهو أمر غير مقبول حسب القانون البرتغالي، بيد أن قرار دورية المديرية العامة للسجلات والتوثيق اعتبر أن هذا لا يشكل عائقاً أمام صحة إبرام الزواج المذكور بإسبانيا.<sup>92</sup>

ويعني آخر، فإن مساطرنا الخاصة بهذا الموضوع قد صيغت كقواعد تتجنب آلية النزاع المرتبطة بتحديد القانون المطبق على أهلية الزواج، حيث أنه، على الرغم من كون القانون الوطني المطبق على تحديد هذه الأهلية ( المغربي على سبيل المثال، المادة 9 سابقا الفقرة 1، من قانوننا المدني)، لا يسمح بإبرام الزواج بين أشخاص من نفس الجنس، فإن النظام الإسباني للقانون الدولي الخاص يعترف بهذا الصنف من الزواج، وبالتالي بإمكانية ولوجه لسجلنا المدني، طبقاً لمبادئ السجل الواردة بالفصلين 1 و 15 من القانون المدني المنظم له.

في حالة زواج شخصين من نفس الجنس لدى سلطات قنصلية إسبانية، طبقاً لمقتضيات المادة 15، حرف ف من الاتفاقية بشأن العلاقات القنصلية، المبرمة بفيينا في 24 أبريل 1963،<sup>93</sup> وكلما كانت الدولة المضيفة

89 يمكن اكتساب روى شاملة حول التنظيم المقارن لهذه المسألة في ك. بريل ويكلي و أ فوش (ناشران)، مذكرة حول القانون الأوربي وقانون الولايات المتحدة الأمريكية، بشأن الوضعية القانونية للزواج من نفس الجنس، والقانون رقم 6105 (13 أكتوبر 2004)، ص 1 وما يليها؛ ص. غونزاليس بيلغوس، «الزواج الواقعي والزواج من نفس الجنس، بالاتحاد الأوربي، المرجع السابق، وص. بيريس ألفاريس، «أثر القانون 13/2005 على الاعتراف بالزواج بين أشخاص من نفس الجنس، المبرم داخل مجال الاتحاد الأوربي»، المجلة الإسبانية للقانون الدولي، 2005، رقم 2، ص 841 وما يليها. ومع إسبانيا، تقبل كل من بلجيكا وهولندا، صحة الزواج المبرم بين شخصين من نفس الجنس، إلا أن المسألة قد أثبتت من وجهات نظر مختلفة في دول أخرى من الإتحاد الأوربي (ألمانيا، الدانمارك، فينلاندا، فرنسا، المملكة المتحدة، سويسرا، الخ) أو من خارجها (كندا، الولايات المتحدة، النرويج، جنوب إفريقيا أو سويسرا). يمكن الاطلاع على تحليل مقارن متميز بشأن هذه النقطة في م. شيكا مارتينيس، «الزواج من نفس الجنس والقانون الدولي الخاص» المرجع السابق، ص من 391 إلى 396، وقائمة مفصلة من المراجع حول الموضوع في نفس المؤلف، ص 417 إلى 420.

90 بخصوص مختلف الأطروحات المقبولة إزاء هذه الوضعية انظر بالنسبة للكل خ. كاراسكوسا غونزاليس، «الزواج والمعاشرة الواقعية»، المرجع السابق، ص من 60 إلى 66 وما يليها. إنها النقطة الرئيسية للنقاش الفقهي المفيد المتفوح حول هذا الموضوع. انظر في هذا الصدد س. ألفاريس غونزاليس، «الزواج بين أشخاص من نفس الجنس»، فقه المديرية العامة للسجلات والتوثيق، قراءة أكثر انتقاداً، القانون رقم 6629 (15 يناير 2007) ص 1 وما يليها، المرجع السابق، «بيان مرفق بالقرار / الدورية/ بتاريخ 29 يونيو 2005، للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، بشأن الزواج المدني بين أشخاص من نفس الجنس، المجلة الإسبانية للقانون الدولي، 2005، رقم 2 ص 1007 وما يليها؛ أ. ل. كالفو كارافاكا وخ. كاراسكوسا غونزاليس، «مظاهر دولية للزواج بين أشخاص من نفس الجنس»، بيانات ملحقة بالقرار / الدورية/ للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، العددين 2006/2007، ص 671 وما يليها؛ و أ. كينيونيس إسكاميس، «بيان ملحق بدورية المديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 29 يوليو 2005، بشأن الزواج المدني بين أشخاص من نفس الجنس، المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص، 2005، رقم 4، ص 855 وما يليها.

91 الجريدة الرسمية للدولة، عدد 188، في 8 غشت 2005. تمت الإشارة ضمن الأرقام المنشورة بتاريخ 3 يوليو 2007 من لدن المعهد الوطني للإحصاء بخصوص الحركة الطبيعية للسكان، إلى كون 1393 من بين 4574 من الزوجات بين أشخاص من نفس الجنس المبرمة بإسبانيا في 2006، (يمثل هذا الرقم نسبة 30.45 % في المائة)، كان أحد عاقدَيه على الأقل غير إسباني.

92 الجريدة الرسمية للدولة، عدد 135 في 7 يوليو 2006.

93 الجريدة الرسمية للدولة، عدد 56 بتاريخ 6 مارس 1970: لا يقبل إبرام الزواج بين شخصين من نفس الجنس لدى القنصل المغربي، وذلك للأسباب المبينة بعده.

من الإهمال المحتمل من جهة الأب؛ ومن جهة أخرى، وعلى الرغم من أن ذلك غير منظم بمقتضى القواعد السالفة الذكر، يمكن أن يفهم أن حالة الأبناء الناجمين عن زواج سابقة ( حالة التعدد ) يجب أن تتماثل مع حالات الأبناء الناجمين عن الزواج قبل الانفصال أو الطلاق ( المادة 17، الفقرة 1، حرف ب من القانون التنظيمي 4/2000. )<sup>86</sup>

## ب) مانع الزواج بين شخصين من نفس الجنس: قبول الزواج بين شخصين من نفس الجنس في القانون الإسباني.

ومن بين الموانع الأخرى التي قد تظهر علاقة بتحديد الأهلية عند إبرام زواج يكون أحد عاقديه على الأقل مغربيا، نجد تماثل الجنسين. وهو الموضوع الذي تختلف فيه تشريعات المملكتين بكيفية جزئية. منذ سريان مفعول القانون 13/2005 الصادر في 1 يوليو، المعدل للقانون المدني بشأن حق إبرام الزواج<sup>87</sup>، أصبح بالإمكان إبرام زواج بين أشخاص من نفس الجنس<sup>88</sup> بإسبانيا. وينبغي طرح هذه القاعدة على عنصرين: السلطة المكلفة بإبرام هذا الصنف من الزواج من جهة، والجنسية أو الإقامة الاعتيادية من جهة أخرى. فكانت نتيجة تشكيكة العنصرين كالتالي:

86 في هذا الاتجاه، م. موي إسكودريو، «الحق في التجمع العائلي» (الفصول 16، 17، 18، و 19)، في م. موي إسكودريو (منسق)، تفسير منتهي لقانون الأجانب، كوماريس، غرناطة، 2001، ص. 693. وتبدو إمكانية استقدام الأبناء في إطار التجمع العائلي، غير الناجمين عن الزوجة المستفيدة من التجمع العائلي، بل عن غيرها، من نقل أعمارهم عن ثمانية عشر سنة، أو الراشدين العاجزين، أقل وضوحا، طبقا للقانون الإسباني أو طبقا لأحوالهم الشخصية. 87 الجريدة الرسمية للدولة، عدد 157، في 2 يوليو 2005، انظر بخصوص هذه النقطة القرار الصادر في 29 يوليو 2005 عن المديرية العامة للسجلات والتوثيق، بشأن الزواج المدني بين شخصين من نفس الجنس، الجريدة الرسمية للدولة، عدد 188، في 8 غشت 2005. وبخصوص الاجتهاد المتعلق بها، انظر م. دياس فرايلي، «تفسير فقه المديرية العامة للسجلات والتوثيق بشأن تعديل القانون المدني في ميدان الزواج، المحدثه بمقتضى القانون 13/2005 في 1 يوليو، القانون رقم 6449 (27 مارس 2006)، ص 1، وما يليها، (الجزء الأول)، ورقم 6450 (28 مارس 2006) ص 1 وما يليها (الجزء الثاني)، الأدب العلمي وليس المسالم. انظر بخصوص هذه النقطة، أ. ل. كافو كارافاكا، و. خ. كاراسكوسا غونزاليس، «الزواج بين شخصين من نفس الجنس والقانون الدولي الخاص الإسباني»، القانون رقم 6391 ي 2 يناير 2006، ص 1 وما يليها؛ م. شيكا مارتينيس، «الزواج من نفس الجنس والقانون الدولي الخاص»، في: خ. ف. كافيدا سانشز، «تعديل الزواج» (قانون 13 و 15/2005)؛ مارسبال يونس، مدريد، 2007، ص 389 وما يليها؛ خ. م. مارتين سيرانو، «الزواج من نفس الجنس، مقاربة انطلاقا من القانون الدولي الخاص الإسباني»، المجلة الإسبانية للقانون الدولي، 2003، رقم 1، ص 291 وما يليها؛ أ. كينوينيس إسكاميس، «الحدود الإسبانية لإبرام زواج دولي من نفس الجنس»، المجلة القانونية الإسبانية لكاتالونيا، 2005، رقم 4، ص 1171 وما يليها؛ س. سانثيس لورينزو، «تطبيق القانون 13/2005، في حالة متعاقدين أجنبيين»، مجلة كلية الحقوق بجامعة غرناطة، 2005، ص 1 وما يليها، و. خ. أ. طوماس أورتيس إيربارتي، «بيانات بشأن الزواج بين شخصين من نفس الجنس وأثاره على النظام العام الدولي الإسباني»، يوميات مدنية، 2005، رقم 20، (نوفمبر) ص 2452 وما يليها.

فيما يخص الانسباق الدستوري للقانون 13/2005 الصادر في فاتح يوليوز، يجب الأخذ بعين الاعتبار بأن قرار المحكمة الدستورية (الجلسة العلنية) رقم 505/2005 ورقم 508 الصادرين بتاريخ 13 جمبر، قد رفضا من جهة، القضايا الالاستورية التي أثارها القضاة المكلفون بالسجلين المدنيين لبلدتي دنيا وتيلدي، على التوالي، بمناسبة دراسة الملفات المسبقة المفتوحة قبل إبرام الزواج بين بعض الأزواج الأسبان، ومن جهة أخرى، فإن الطعن لعدم الدستورية رقم 6864/2005 الذي تقدم به الفريق البرلماني الشعبي لا زال جاريا لدى نفس الهيئة، بعد أن تم قبول تدارس الطلب المتعلق به بتاريخ 25 أكتوبر 2005. يمكن الاطلاع على تحليل فقهي للنقاش في ص ذي أموناطيكي رودريكييس «أدلة لفائدة إمكانية الحصول على الطابع الدستوري للزواج المثلي». - المجلة العامة للتشريع والاجتهاد، 2005، رقم 3 (يوليوز- شتمبر)، ص 351 وما يليها، وج سيرديرا برافو دي مانسيليلا، هل يعتبر اليوم الزواج المثلي دستوريا (بين شخصين من نفس الجنس؟)، مجلة القانون الخاص 2005، رقم 2، مارس - أبريل، 2005، ص 37 وما يليها.

88 وبخصوص إحدى الحالات المثارة في وقت سابق لسريان المفعول المذكور، ارتأت المديرية العامة للسجلات والتوثيق في قرارها (الثاني) في 24 يناير 2005، ( الجريدة الرسمية للدولة رقم 63 في 15 مارس 2005)، علاقة بطعن تم تقديمه ضد القرار الصادر عن القاضي المكلف بالسجل المدني برشلونة في الملف المتعلق بالتريخيص للزواج المدني بين مواطن إسباني من جنس ذكر وآخر كوستاريكي شاذ جنسيا، أنه على الرغم من النزاع القانوني، اعتبرت المحاكم الإسبانية مختصة قضائيا لإبرامه مع تحمل المسؤولية؛ كون منع تغيير الجنس المنصوص عليه في قانون كوستا ريكا، (المطبق على تحديد أهلية الزواج بالنسبة للعائد الثاني، المادة 9 السابق، الفقرة 2 من القانون المدني) والذي يتناقض مع النظام العام الإسباني، إزاء العلاقات الدولية (المادة 12 سابقا، الفقرة 3 من نفس القانون) ولذلك طبق القانون الإسباني بدله الذي يقبل مشروعية الشنود الجنسي. وبخصوص هذه النقطة، انظر تفسير م. غوميس خيني، في فاتح سيبطاس للاجتهاد المدني، عدد 70 (2006)، ص 89 وما يليها. و بيان م. ريكخو إيزدرو، في المجلة الإسبانية للقانون الدولي، 2005، عدد 2 ص 988 وما يليها.

في إحدى الحالات التي تخص القانونين الإسباني والمغربي، رخص القرار الصادر عن المديرية العامة للسجلات والتوثيق الصادر في 8 يناير 2001 (مجلة الاجتهادات أرازادي 2001 رقم 2569) بإبرام الزواج لدى القاضي المكلف بإحدى السجلات المدنية بإسبانيا بين عاقد مغربي وعاقدة إسبانية ولدت ذكرا سنة 1967 ولكنها غيرت جنسها بواسطة عملية جراحية، وهو التغيير الذي تم تأكيده بحكم قضائي سنة 1999.

الاجتماعي<sup>81</sup>، يتضمن قواعد صريحة أفضل لفائدة المواطنين الأجانب، ( مغاربة على سبيل المثال) المعنيين بحالة التعدد. وهكذا، فإن القاعدة المضمنة بالباب الثاني (التجمع العائلي) للعنوان الأول، من القانون التنظيمي المذكور، تمكننا من استنتاج ثلاث معلومات أساسية:

أ) من جهة، نجد أن قانوننا لا يجهل التعدد، بل على العكس، فهو يستحضره لأغراض إدارية، إذ أن الفصلين، 17، حرف أ من القانون التنظيمي و32، حرف أ من نظام تنفيذه، يخولان للأجنبي المقيم بإسبانيا بأن يستقدم زوجه في إطار التجمع العائلي، مع التنصيص في حالة التعدد على عدم الترخيص له باستقدام أكثر من زوجة، على الرغم من كون قانون الأحوال الشخصية للأجنبي يقبل هذا الصنف من الزواج<sup>82</sup>.

ب) من جهة أخرى، فإن نفس القانون التنظيمي بتخصيصه للأجنبي المقيم باستقدام زوجة جديدة في إطار التجمع العائلي، «إذا أثبت أن انفصاله عن زوجته السابقة قد تم على إثر مسطرة قانونية متحد وضعية الزوج السابق وأفراد أسرته فيما يتعلق بالسكن المشترك، ونفقة الزوج والفاشرين المتكفل بهم». ( الفصلان 17، الفقرة 1، حرف أ، نهاية من نظام تنفيذه)، يفتح المجال لحالات التعدد و/ أو الطلاق<sup>83</sup>. إن التلميح إلى مؤسسة الانفصال طالما أن الأمر لا يتعلق بخطأ، ( علما أنه لا يفسخ عصمة الزواج، وبالتالي لا يخول الحق في زوجة جديدة)، يمكن اعتباره بمثابة الطلاق الرجعي المقرر في التشريع الإسلامي (المطابق لعبارة « مسطرة قانونية » المستعملة ضمن هذه القاعدة). ( المتبوع بزواج جديد من زوجة أو عدة زوجات<sup>84</sup>. وبالتالي، وسعياً وراء حماية المرأة في الحالات الشبيهة بالحالة المذكورة، فإن المشرع الوطني قد أراد على ما يبدو أن يضمن للمرأة المطلقة وضعاً معاشياً أدنى، وكذا إمكانية الحصول على ترخيص للإقامة المستقلة في بعض الحالات، طبقاً للفصل 18 من القانون التنظيمي 4/2000.

ت) وأخيراً، يجب الإشارة إلى الأبناء الناجمين عن التعدد، في إطار التجمع العائلي، وفي اتجاه مزدوج<sup>85</sup>: من جهة، لكون القاعدة الواردة في الفصل، 17 الفقرة 1، حرف أ. من القانون التنظيمي 4/2004، تحيل صراحة على نفقة الفاضرين المكفولين من لدن الزوجين، وتؤكد أيضاً على حمايتهم

81 الجريدة الرسمية للدولة، العدد 11، في 12 يناير 2001، القانون المعدل بمقتضى القوانين التنظيمية 8/2000 في 22 ديسمبر، (الجريدة الرسمية للدولة، عدد 307، في 23 ديسمبر 2000، و 11/2003 في 29 سبتمبر (الجريدة الرسمية رقم 235 في 30 سبتمبر 2003) و 14/2003 في 20 نوفمبر ( الجريدة الرسمية رقم 279 في 21 نوفمبر 2003، نظام تنفيذ القانون التنظيمي 4/2000 المصادق عليه حسب ما تمت الإشارة إليه، بمقتضى المرسوم الملكي 2393/2004 الصادر في 30 ديسمبر (الجريدة الرسمية للدولة عدد 6 في 7 يناير 2005).

82 الفقرتان 2 حرف أ و6 من المادة 54 من نظام قانون الأجانب، السالف الذكر، المصادق عليه بموجب المرسوم الملكي 155/1996، في 2 فبراير (الجريدة الرسمية للدولة، رقم 47 في 23 فبراير 1996)، تنصان على احتمال التعدد لأغراض التجمع العائلي. بخصوص هذه النقطة، انظر بالنسبة للتجمع، أ. ساغارا تراس، «النظام الجديد لقانون الأجانب»، الصادر في 2 فبراير 1996، المجلة الإسبانية للقانون الدولي، 1996، عدد 1، ص 466 وما يليها.

83 نجد مثالا حديثا ومعقولا لتفسير هذه القاعدة ضمن قرار المجلس الأعلى، غرفة النزاعات الإدارية (القسم 5)، في 25 يناير 2006 (مجموعة الاجتهادات ارازاوي 2006، رقم 4338) الذي اعتبر عدم ملاتمة رفض التأشيرة لمواطن مغربي لأجل استقدام زوجة ثانية في إطار التجمع العائلي، على الرغم من ثبوت تطبيق الأولى بواسطة مسطرة قانونية على ضوء القانون المدني. وبكيفية ملموسة، أقر المجلس الأعلى ضمن هذا القرار بأنه «على الرغم من الإحالة على طلاقة واحدة وأولى، فمن الواضح أننا نوجد (على نحو ما يتبين من مضمون الرسم) أمام طلاق أحادي الطرف أوقعه الزوج (طلاق)، ذي طابع رجعي، يظل رهينا لأجل اكتساب آثار فاسخة حقيقية بأن يردف بطاقتين لاحتين. وعلى العكس من ذلك، كما سبق أن ذكرنا، إذا وجدنا أمام حالة الخلع، أو الطلاق مقابل مكافأة مالية لفائدة الزوجة، والذي يعتبر طلاقا غير رجعي ( ذلك أن المطلق لا يمكنه أن يصلح زوجته دون رضاها ودون عقد جديد) وهو طلاق يصدر بنا على طلب الزوجة (خلاف الطلاق الرجعي) ويضع حدا لعصمة الزواج بصفة نهائية، دون حاجة إلى تأكيد ذلك لاحقا، وبالتالي فإن الأمر يتعلق بدون شك بمسطرة قانونية تتجاوز القاعدة القانونية المفروضة بمقتضى المادة 17.1.a المذكور، من القانون التنظيمي 4/2000، مما يتعين معه قبول السبب والظعن المطابق كما يتعلق الأمر بملف الزوجة الأولى المطلقة (حسب الشهادة المسلمة من لدن المندوبية الفرعية لحكومة خيرونا)، وبعد تفحص الوثائق المضمنة بالسجل المعلوماتي للأجانب، ( حيث تبين أنها غير مقيمة بإسبانيا).

84 بخصوص هذه النقطة، انظر ص. سيلديكس موطا، «الهجرة وقانون الأجانب» (إحالة خاصة على التجمع العائلي)، المرجع السابق ص 116-120 إلى 120، وأ. كينوينيس إسكاميس، «القانون والهجرة: الطلاق الإسلامي في أوروبا»، المرجع السابق، ص 76 و77.

85 بصفة عامة، وفيما يخص وضعية الفاضرين، انطلاقا من هذا المنظور، انظر د. فاسكيس غارسيا، «معاملة الفاضرين في إطار الهجرات الأوروبية»، «التجمع العائلي وحماية حقوق الأبناء»، مجلة كلية الحقوق لجامعة كومبلوتنسي، سنة 2000/1999، ص 325 وما يليها.

من الفصل المذكور تنص على أن هذا الأخير ملزم بإشعار السلطات المختصة بهذه الوضعية، مع وجوب إثباته لإحدى الحالات الآتية، قصد الاحتفاظ بحق الإقامة:

- أن لا تقل مدة الزواج أو المعاشرة المسجلة عن ثلاث سنوات عند الشروع في المسطرة القضائية لإبطال الزواج، أو التطبيق أو الانفصال القانوني أو إلغاء القيد الخاص بحالة المعاشرة المسجلة، ومع وجوب إثبات قضاء سنة منها على الأقل بإسبانيا.
- إسناد حضانة أبناء المواطن المنتمي للاتحاد الأوروبي، إلى الزوج السابق، أو إلى المتعاشرين المقيدين سابقا، ممن ليسوا بمواطنين ينتمون إلى إحدى الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، أو إلى دولة موقعة على الاتفاق حول المجال الاقتصادي الأوروبي أو إلى سويسرا، وذلك بناء على اتفاق مشترك أو قرار قضائي.
- في حالة إثبات وجود ظروف صعبة كالتعرض للعنف الزوجي في حالة الزواج أو المعاشرة المسجلة، وتعتبر هذه الحالة ثابتة بكيفية مؤقتة إذا صدر أمر بالوقاية لفائدتها أو تقرير للنياحة العامة يبين وجود مؤشرات العنف الزوجي، وبكيفية نهائية إذا صدر حكم يقر بحدوث الظروف المعتمد بها.
- قرار قضائي أو اتفاق مشترك بين الطرفين يحدد حق زيارة الأبناء القاصرين لفائدة الزوج السابق، أو الزوج المنفصل قانونا أو المتعاشرين المقيدين سابقا، أي ممن ليسوا مواطنين لدولة عضو في الاتحاد الأوروبي، أو دولة موقعة على الاتفاقية بشأن المجال الاقتصادي الأوروبي أو سويسرا، إذا كان القاصر المذكور يسكن بإسبانيا، وكان القرار المذكور ساري المفعول .

وبعد انصرام ستة أشهر على حدوث أي حالة من الحالات السابقة، ما عدا حالة اكتساب حق الإقامة ، فإن الزوج السابق أو المتعاشرين المقيمين سابقا، ممن ليسوا مواطنين لدولة عضو في الاتحاد الأوروبي أو دولة موقعة على اتفاقية المجال الاقتصادي الأوروبي أو سويسرا ( مغربي على سبيل المثال)، ملزم بطلب رخصة الإقامة طبقا لمقتضيات المادة 96 الفقرة 5 من القانون التنظيمي 4/2000 الصادر في 11 يناير ، بشأن حقوق وحرمان الأجانب بإسبانيا وإدماجهم الاجتماعي<sup>80</sup>. ولأجل الحصول على الترخيص الجديد، يتعين عليه إثبات تقييده بالنظام المطابق للضمان الاجتماعي كعامل، سواء لحساب الغير أو لحسابه الخاص، أو توفره على موارد كافية بالنسبة له ولأفراد أسرته، أو أنه ينتمي إلى أسرة شخص يفي بهذه المتطلبات وتم تكوينها بدولة عضو. إن التفسير المنطقي لما ورد في الأسطر الأخيرة يبقى مدعما بالقاعدة المقررة في الفقرة الثانية للمقتضى النهائي الرابع من المرسوم الملكي 240/2007، الصادر في 16 فبراير ( القانون الاحتياطي والتكميلي) والذي ينص على ما يأتي:

« تطبق القواعد ذات الطابع العام المضمنة ب (...) القانون التنظيمي 4/2000، الصادر في 11 يناير بشأن حقوق وحرمان الأجانب بإسبانيا، وإدماجهم الاجتماعي، وكذا القواعد التنظيمية الخاصة بهذا الميدان على حالات مشمولة بنفس مجال تطبيق هذا المرسوم الملكي بكيفية تكميلية، وكلما كانت هذه القواعد أفضل وغير متنافية مع مضمون المعاهدات المكونة للمجموعات الأوروبية، وكذا مع القانون الناجم عنها.

في الواقع، بالنسبة لتنظيم التجمع العائلي، علاقة بالحالات غير المشمولة بنظام الاتحاد الأوروبي، نجد أن القانون التنظيمي 4/2000 الصادر في 11 يناير بشأن حقوق وحرمان الأجانب بإسبانيا وإدماجهم

80 يعتبر هذا الأجل قابلا للتמיד في الحالة السابقة إلى غاية صدور قرار يتم التصريح بمقتضاه بثبوت جدوى الظروف المعتمد بها.



يحق للمستفيد من الانتماء التربوي لنظام الاتحاد الأوروبي، (إن كان مواطناً ينتمي للدول الأعضاء بالاتحاد الأوروبي، أو للمجال الاقتصادي الأوروبي - إسبانيا، ليشنتنين والنرويج وسويسرا)، أن يطالب بالتجمع العائلي لفائدة الأشخاص الآتين بصفهم أفراداً من أسرته، حسب ما هو مبين بالمادة 2 من المرسوم الملكي، 240/2007 الصادر في 6 فبراير<sup>78</sup>:

- زوجته ما لم يكن قد صدر قرار أو تقرير ببطان العلاقة الزوجية أو التطليق أو الانفصال القانوني (حرف أ).
- فروعه المباشرون وفروع زوجه (ما لم يكن قد صدر أي قرار ببطان العلاقة الزوجية أو التطليق أو الانفصال القانوني (...)) من بين القاصرين دون سن 21، ومن بين من تفوق أعمارهم هذا السن الذين يعيشون تحت كفالته أو يوجدون في وضعية إعاقة. (حرف ج).
- أصوله المباشرون وأصول زوجه (...)) ما لم يكن قد صدر قرار أو تصريح ببطان العلاقة الزوجية أو التطليق أو الانفصال القانوني» (حرف د).<sup>79</sup>

من المؤكد أن هذه المقتضيات ونظيراتها المطابقة لأمر دول الاتحاد الأوروبي المنقولة إلى نظامنا القانوني (المادة 2، الفقرة 2 من الأمر 2004/38/CE) لا تشير صراحة إلى حالة الرجل المتزوج من زوجتين أو أكثر، كما أنها لا تحيل على الزوجة وعلى أصولها وفروعها (سواء كانوا مع طالب التجمع نفسه أو مع أحد الأغيار). ويجب أن يفهم من ذلك تمديد إلى زوجة ثانية أو لاحقة كلما تم فسخ العلاقة مع الأولى أو اللاحقة وفق الضمانات المطلوبة سواء فيما يخص الزوجين أو الأبناء المشتركين. على سبيل المثال، وردت حالة فرنسي مسلم متزوج من زوجة أولى مغربية تسكن بصفة قانونية بإسبانيا، والذي بإمكانه أن يلحق به في إطار التجمع العائلي زوجة ثانية أو لاحقة مغربية كذلك (سبق له أن تزوج منها بصفة صحيحة على ضوء مقتضيات المادة 40 وما يليه من قانون الأسرة المغربي 2004)، وكذا فروعها / أو أصولها كلما كان زواجه من الزوجة الأولى أو السابقة قد تم فسخه بصفة صحيحة. وبذلك فإن المادة 9 من المرسوم الملكي 240/2007 الصادر في 16 فبراير، ينص صراحة على الحفاظ على حق السكنى لأفراد الأسرة بصفة شخصية، في حالة الوفاة أو مغادرة إسبانيا أو بطلان العلاقة الزوجية أو التطليق أو الانفصال القانوني أو إلغاء تقييد زوجين مسجلين، علاقة بصاحب الحق في الإقامة. وبالنسبة للحالة الخاصة ببطان العلاقة الزوجية أو التطليق أو الانفصال القانوني أو إلغاء تقييد الزواج بالنسبة لمواطن ينتمي لدولة عضو في الاتحاد الأوروبي، أو لدولة طرف في الاتفاق حول المجال الاقتصادي الأوروبي أو سويسرا، مع مواطن ينتمي إلى هذه الدول، فإن الفقرة 4

السلطة القضائية، مدريد، 1994، ص 439 وما يليها؛ م. فارغاس غوميس أورتيا، التجمع العائلي للأجانب بإسبانيا، قوانين الأجانب وصعوبات التطبيق، طوسون أرتازادي، نافارا، 2006.

78 بخصوص أهمية التجمع العائلي في إعداد سياسة الاتحاد الأوروبي للهجرة، انظر النقطة 1.2 من فتوى اللجنة الاقتصادية والاجتماعية للاتحاد الأوروبي بشأن وثيقة الهجرة والإدماج ودور المجتمع المدني المنظم DOCE C 125 تاريخ 27 مارس 2002، حيث تم التأكيد على أن «السياسات العمومية يجب أن تتلاءم مع كون المجتمع الأوروبي الحالي والمستقبلي يتسم بحضور كبير، وبالتالي فإن سياسات واضحة وفعالة للإدماج الاجتماعي للسكان المهاجرين تعتبر ضرورية. تحيل هنا على جميع السكان المهاجرين وليس فقط على الهجرة لأغراض العمل، بل كذلك على التجمع العائلي واللجائين والأشخاص المشردين بأشكال أخرى من الحماية الإسبانية.

79 أحدث المقتضى النهائي الثالث للمرسوم الملكي 240/2007 الصادر في 16 فبراير، تجديدًا مهمًا بتكريسه صراحة لفائدة المواطنين الإسبانين المقيمين في إسبانيا، ( أي أولئك الذين لم يمارسوا حرية التنقل التي يقرها لفائدتهم المادة 18 من المعاهدة المكونة للاتحاد الاقتصادي الأوروبي في صيغته الموطدة بمقتضى معاهدة أمستردام بتاريخ 2 أكتوبر 1997)، وحق تجمع عائلي مماثل للحق الذي يتمتع به مواطنو الدول المذكورة أعلاه. وفي حالة استعمالهم لهذا الحق، ولأجل هذه الغاية، فإن القانون قد أحدث مقتضى إضافيًا يحمل رقم 20 بنظام تنفيذ القانون التنظيمي 4/2000 الصادر في 11 يناير (المصادق عليه بموجب المرسوم الملكي 2393/2004 الصادر في 30 ديسمبر، الجريدة الرسمية للدولة عدد 6 في 7 يناير 2005)، تحت عنوان «القاعدة المطبقة على أفراد أسرة مواطن إسباني لا يتوفر على جنسية دولة عضو في الاتحاد الأوروبي أو دولة موقعة على الاتفاقية المتعلقة بالمجال الاقتصادي الأوروبي، حيث نصت الفقرة الأولى على ما يأتي: «المرسوم الملكي 240/2007 بتاريخ 16 فبراير، يطبق أيا كانت جنسيتهم، وفق المقتضيات الواردة به، على أفراد أسرة المواطن الإسباني عند موافقته أو الالتحاق به، وكانوا مدرجين بإحدى هذه الفئات التالية: الفئات المتعلقة بتجديد تلك الواردة في المادة 2 من المرسوم الملكي 240/2007 الصادر في 16 فبراير، الذي أحلنا عليه في السطور السابقة.



لقد طرحت حالات طلب معاشات الترميل لدى الإدارة الإسبانية (تحييدا المؤسسة الوطنية للضمان الاجتماعي)، من لدن امرأتين على الأقل كانتا متزوجتين في آن واحد بنفس الشخص قيد حياته<sup>73</sup>. بخصوص هذه النقطة، يجب القول بأن اجتهاد هيئاتنا القضائية يتصف بالتناقض<sup>74</sup>، بحيث أن أقلية تميل نحو الاعتراف بالمعاش كاملا وحصرا للزوجة الأولى، معتدة بعدم ملائمة التعدد لنظامنا العام الدولي وبالتالي ببطلته بمقتضى قانوننا<sup>75</sup>؛ ومن جهة أخرى، هناك عدد أكبر من الآراء التي ترجح قسمة المعاش بين زوجات المورث الذكر المتوفى<sup>76</sup>.

2. فيما يتعلق بقانون الأجنبي، فإن نظامنا يقبل ببعض الآثار كالترجم العائلي، للزواج المتعدد، الذي يكون أحد طرفيه مواطنا أجنبيا يقيم في إسبانيا، مع تمييز ما إن كان هذا الأخير يستفيد من نظام الاتحاد الأوروبي أم لا<sup>77</sup>.

فار، فإن مجموعة المراجع القانونية الألمانية قد رجحت إقرار حقوق لفائدة الزوجة الثانية وحق المقتضيات المقررة في القانون المذكور على أساس تطبيقه على الموضوع بموجب قواعد النزاع الخاصة بالنظام الإسباني للقانون الدولي الخاص، وذلك بوجه عام، ودون تمييز بين جنسيات الزوجات. انظر كاراسكوسا غوزاليس، «الزواج والمعايشة الواقعية»، المصدر السابق، ص 54. ومن جهة يبدو م. فارغاس غوميس أوروتيل، «الزواج المتعدد، النظام العام والأجنبي»، السابق، الهامش 589، بأنه يقتصر فقط على الحالة التي تكون فيها الزوجة إسبانية، حيث يقر بوجود تمييزها في بلدها بالنفقة أو الاعتراف لها بحق إرثها. فيما يتعلق بهذه القضايا، نجد على سبيل المثال أن الممارسة الفرنسية تبذل إلى عدم اعتبار المسألة كمسألة خاصة بقانون الميراث، بل ذات العلاقة بمجال الزواج مع تطبيق مفهوم متعلق بالنظام العام. انظر س. أ. الديب أبو سحلية وأ. بونومي، «القانون الإسلامي للأسرة، الميراث على محك الأنظمة القانونية الفرنسية، المرجع السابق، ص 329-331.

73 يمكن الاطلاع على تحليل لاتعكس التعدد على علاقة الشغل للأجنبي وكذا على حقوقهم في الضمان الاجتماعي في إي. إ. آرودريفس كارو، «قانون الأحوال الشخصية، القانون التربوي علاقة بالشغل، نقط دالة»، واقع الشغل 2007، عدد9، الهوامش 1052 وما يليها. ولأجل نظرة أوسع، انظر خ. رودالغيس إيفنسطا، «الترمل في النظام الإسباني للضمان الاجتماعي»، لابوروم، مورسيا، 2006.

74 انظر خ. كاراسكوسا غوزاليس، «الزواج والمعايشة الواقعية»، المرجع السابق، ص 54-55.

75 قرار المحكمة العليا للضمان الاجتماعي، بطاقلونيا، (غرفة الشؤون الاجتماعية) في 30 يوليو 2003، (مجموعة الاجتهادات أرتازادي الاجتماعية، 2002، رقم 3049 الذي يلغي قرار محكمة الشؤون الاجتماعية رقم 6 برشلونة بتاريخ 10 أكتوبر 2002، في قضية زوجتين لا زالنا على قيد الحياة مقيمتين بإسبانيا ميمية أبناء الهالك، الغامبي الجنسية (وهو البلد الذي أقيم فيه الزواج بكيفية صحيحة علمي ضوء القانون المحلي للزواج، سنة 1941)؛ بخصوص هذه الجنسية، انظر فارغاس غوميس أوروتيل، «الزواج المتعدد، النظام العام والأجنبي»، المرجع السابق، الهامشان 582 و583.

76 يتعلق الأمر بقراري المحكمة العليا للضمان الاجتماعي، بغالينسيا (غرفة الشؤون الاجتماعية) في 2 أبريل 2002، (مجموعة الاجتهادات أرتازادي الاجتماعية، 2002، رقم 899)، الذي أكد حكم محكمة الشؤون الاجتماعية رقم 3 بكرونيا، في 13 يوليو 1998 فيما يخص أمرتين سفاليتين هالك سفالي كذلك، وبقرار المحكمة العليا بمبريد (غرفة الشؤون الاجتماعية)، بتاريخ 29 يوليو 2002 (مجموعة الاجتهادات أرتازادي الاجتماعية 2002 رقم 3324) المتعلق بذلك مغربي كان قد أتم زواجه بالمغرب سنة 1993 مع زوجة أولى وستة 1995 مع زوجة ثانية، تم فيه الأخذ بالاعتبار الاتفاقية الإسبانية المغربية للضمان الاجتماعي في 6 نوفمبر 1979. بالنسبة للحالة الأولى، انظر أ. ل. دي فالينسيا، «التعدد ومعاش الترميل بخصوص تحديد مفهوم المستفيد من واقع الشغل، 2003، رقم 3، هوامش 47 وما يليها؛ بالنسبة للثانية، ب. خواريس بيريس، «نحو قانون دولي خاص لما بين الثقافات»، المرجع السابق، ص 339-341.

يوجد بفرنسا اجتهاد متنوع يستند إلى جنسية الزوجين ومكان إقامة الزواج، ومن بينها نجد قضية أبا عزيز المشهورة، التي تم البت فيها بقراري محكمة النقض، في 17 فبراير 1982 و6 يوليو 1988، يتعلقان على التوالي بتحرير التصريح بوفاة المواطن الجزائري با عزيز، بمنح معاش الترميل لزوجتي هذا الأخير. وفي القرار الثاني، نقضت المحكمة قرار محكمة الاستئناف الذي اعتبر وجوب قسمة المعاش بين الزوجتين بخصص متساوية طبقا لمقتضيات الاتفاقية المتعلقة بالضمان الاجتماعي، في 19 يناير 1965 بين الجزائر وفرنسا، حيث أن مفهوم النظام العام الفرنسي كان متعارضا مع واقعة كون الزواج المتعدد والمبرم على ضوء قانون أجنبي من لدن زوج جزائري كان والحالة هذه متزوجا في نفس الوقت من مواطنة فرنسية، قد ينتج آثارا إزا. هذه الأخيرة. ( يمكن الاطلاع على تفسير نقدي ل. ي. ليكيت بيوميانه المنشورة بالمجلة التنفيذية للقانون الدولي الخاص، 1989، رقم 1 ص 78.

77 بخصوص هذه المؤسسة، انظر م. أغيلار بينيتيس دي لوغو، و س تريبيدور ماشادو «التجمع العائلي للأجنبي في إسبانيا»، المرجع السابق، ص 97 وما يليها. ف ألونسو بيريز، «الحق في التجمع العائلي للأجنبي: تجديدات محدثة بمقتضى القانون التنظيمي 14/2003 في 20 نوفمبر، القانون رقم 6006 (28 أبريل 2004)، ص 1 وما يليها؛ بلاسكوس رودريغيس، «التجمع العائلي مع الإحالة خصيصا على الهجرة المغربية»، في بلاسكوس رودريغيس و ماريا أدام مونوس، «الهجرة المغربية وقانون الأسرة»، مجموعة الأندلس، اشبيلية، 2005، ص 95 وما يليها؛ ب. كاندو أوربانغا «مقترح الأمر الاتحادي بشأن التجمع العائلي: بعض التفسيرات انطلاقا من القانون الدولي الخاص، في أ. ل. كالفو كارافاكا و خ. إريبارتي أنجيل (ناشران)، العولة والأسرة، كوليكس، مدريد، 2001، ص 121 وما يليها. ل. كوادرا فرنانديس، «الحق في التجمع العائلي في التشريع الإسباني»، إيكوليطاس، رقم 6، يناير / أبريل، 2001، ص 28 وما يليها؛ ص أسيلوغاس موطا، «الهجرة وقانون الأجنبي (إحالة خاصة على التجمع العائلي)، في أ. ل. رودريغيس بيوطا، (ناشر)، تعدد الثقافات، مع الإحالة خصيصا على الإسلام»، المرجع السابق، ص 89، وما يليها. م. إ. فرنانديس رومو، «السلطة التقديرية لإثارة في مراقبة دخول الأجنبي، التأشيرات، الحصص، التجمع العائلي للأجنبي، المجلس العام للسلطة القضائية، مدريد، 1994، ص 531 وما يليها؛ أ. غوزاليس لويس، «النظام القانوني للتجمع العائلي، اليومية القانونية أرتازادي 24 أكتوبر 2002. ر. مولينز نافارو، «التجمع العائلي وفودج الأسرة في القانون التنظيمي 8/2000؛ حقوق وحرمان الأجنبي في إسبانيا: الواقع المدني، 2001، رقم 14 الهوامش 487 وما يليها؛ م. موي غسكوديرو، «الحق في التجمع العائلي وقانون الأجنبي، القانون، رقم 4982 (1 فبراير 2000)، ص 1 وما يليها؛ ل. سانطوس أرون، «مفاهيم قانونية غير محددة والسلطة التقديرية، إحالة خاصة على التأشيرة قصد التجمع العائلي للأجنبي، المجلس العام

وأمام هذا الوضع، يتعين اليوم اعتبار كون الإجماع الدستوري الأساسي الذي يشكل النظام العام ضمن المنظومة الأسبانية للقانون الدولي الخاص في ميدان الزواج (المادة 14 و32 من دستور 1978)، قد يمنع تقييد الزواج المتعدد بالسجل المدني الأسباني<sup>67</sup>. ويعتبر الاجتهاد الصادر عن المديرية العامة للسجلات والتوثيق حاسماً بالنسبة لهذه النقطة استناداً إلى كون قبول تقييد زواج متعدد بالسجل المدني الأسباني يمثل مساساً بالمفهوم الأسباني للزواج وبالكرامة الدستورية للمرأة<sup>68</sup>.

حتى بالنسبة للزواج المبرم لدى سلطة دينية إسلامية، على ضوء مقتضيات المادة 7 من قانون 26/1992 الصادر في 10 نوفمبر، فإن مستلزمات إتمام شروط الأهلية المطلوبة بمقتضى القانون المدني (الفقرة 1) والإثبات من لدن السجل المدني المطابق (الفقرة 2) تثبت عدم الجدوى المباشرة للمتعدد في القانون الأسباني، على الرغم من كون عقادي الزواج يحملان الجنسية الأسبانية، نظراً لوجود علاقة أو رباط الزوجية<sup>69</sup>.

**ب) الاعتراف غير مباشر ببعض آثار الزواج المنعده المبرم بصفة صحيحة على ضوء القانون المدني.**

ويمكن اعتبار الاعتراف غير مباشر ببعض آثار الزواج المتعدد المبرم بصفة صحيحة على ضوء القانون المغربي<sup>70</sup> مسألة مختلفة؛ ذلك أنه على غرار ما كتبه أ. بوشير « يمكن عدم قبول التعدد، لكنه لا يمكن تجاهله ولا رفضه بالمرّة، دون منحه أدنى أثر قانوني<sup>71</sup>. ومما سبق ذكره، يمكن الوقوف عند عينتين على الأقل من الحقوق المعترف بها ضمن المجال القانوني والإداري، ويتعلق الأمر بمعاش الترميل والتجمع العائلي<sup>72</sup>.

67 انظر بشأن تعارض التعدد مع النظام العام الأسباني، الذي تم التأكيد عليه تكراراً، في المجال المدني من لدن المديرية العامة للسجلات والتوثيق، م. أغيلار بيتيس دي لوفو. وكلايدير ماشادو، «التنظيم العائلي للأجانب بإسبانيا»، أ. رودريغس بينوط و ص. هورتيرو مينديس (ناشران)، قانون الأجانب الجديد، كوماريس، غرناطة 2001، ص 124، 125، إل. غارسيا رودريغس، «إبرام الزواج في مجتمع متعدد الثقافات: أشكال أعرف (إحالة خاصة على التعدد)، في أ. رودريغس بينوط (منسق)، تعدد الثقافات: إحالة خاصة على الإسلام، المجلس العام للسلطة القضائية، مدريد، 2002، ص 192 وما يليها. ب. خوريس بيريس، «نحو قانون دولي خاص لما بين الثقافات»، في أ. ل. كالفو كارافاكا و ب. بلانكو موراليس (منسقان) «العولة والقانون»، كوليكس، مدريد 2003، ص 341-336. ماريا ل. لايكا سابالا، العدد والنظام العام والأجانب: أخبار الشغل، 2003، عدد 33، 8 إلى 14 سبتمبر، ص 581 وما يليها، التي تصف الزواج من امرأة واحدة «كفارق أساسي يميز أنظمة الزواج بمحيطنا الاجتماعي والثقافي، في الوقت الذي يعتد به كوسيلة لاتحاد محدد» (ص 583. آل الموقف). على تعبير ب. دياغوبادغو، «القانون الجديد المغربي للأسرة والقانون الدولي الخاص»، المصدر السابق، ص 1080، يتناقض المقرر مع مبادئنا الأساسية للمساواة ولا يمس كرامة المرأة.

68 بالنسبة لجميع قرارات هذه الهيئة، المستدل بها من لدن فارغاس غوميس ادريتيبا، انظر المرجع ما قبل الأخير، الهامش 586. إلا أنه إذا تم فسخ الزواج السابق، فإنه يجب إبرام زواج لاحق، حتى ولو كان هذا الأخير سابقاً لتاريخ تدبير الحكم القاضي بفسخ الزواج الأول بالصيغة التنفيذية بإسبانيا. هذا ما أقرته المديرية العامة للسجلات والتوثيق (الربيع 2003) (مجموعة الاجتهادات أرنزادي، 2003، العدد 5471) الذي أقر بعدم وجود مانع العلاقة أو الرابطة الزوجية بالنسبة للزواج المبرم سنة 1996، بين إسبانية ومغربي في المغرب على الرغم من كون الزواج السابق لهذه الأخيرة قد تم فسخه سنة 1993 بحكم قضائي مغربي تم تدبيره بالصيغة التنفيذية بقرار المجلس الأعلى سنة 1998. ذلك أن نهج الهيئة المذكورة أكدت حصول القرار، مما يستنتج منه أن الزواج الأول اعتبر مفسوخاً سنة 1993، وبالتالي كانت العاقدة تتوفر على كامل أهليتها للزواج سنة 1996.

69 حتى في حالة متعاقدين مغربيين متزوجين في وقت سابق بالمغرب، يرغبان في التزوج من جديد من بعضهما البعض لدى سلطة إسبانية بإسبانيا، فإن المديرية العامة للسجلات والتوثيق تعتبر وجود مانع العلاقة أو الرابطة الزوجية (القرار الأول)، الصادر في 15 مارس 2004، (مجموعة الاجتهادات أرنزادي، 2004، العدد 3945). 70 يجب تنظيمها في مجالنا القانوني، في المادة 42 من «برينات انترفاس (ميسيلاتوس بروفيسيون) ألت بريناسكا سنة 1975 (والتي حلت محل «طرق إبرام الزواج (التعدد)، عقد 1912 والذي يمكن من تصحيح حالات ما يمكن تسميته بالزيجات الممكنة التعدد، أمام قانون المملكة المتحدة وذلك بالنسبة لزيجات من هذا القبيل، المبرمة بصفة صحيحة على ضوء القانون الأجنبي، يمكن الاطلاع على تفسير لهذه المسألة لدى ل. بوسافيلا و أ. كينيونيس إسكاميس «القانون الدولي الخاص (معلومات خاصة بسنة 1995)، المجلة القانونية لكاتالونيا، 1997، عدد 1، ص 172-175. وللزيد من التفاصيل، انظر ص. براغاش «الموقف إزاء التعدد في القانون الإنجليزي»، القانون الدولي والقانون المقارن، كارنيز، العدد 52 (2003)، ص 369 وما يليها.

71 «الأسرة في القانون الدولي الخاص» مجموعة دروس أكاديمية القانون الدولي، الجزء 283 (2000) ص 129. من بين الأسباب التي تعدد بها الهيئات القضائية للدول الأربعة لأجل الاعتراف بآثار بعض الحالات أو رفضها، نجد حتى بعض الأسباب التي تخص طرفاً إرادية علاقة بوجود حسن أو سوء النية في تأسيس الوضعية المتنازع بشأنها، وأخرى اقتصادية. ويتعلق الأمر بمقر التطبيق في حالة زواج إيرانيين يسكنان بألمانيا، بموجب الحكم الصادر عن Oberlandsgericht de Oldenburg في 16 ديسمبر 1986، والمذكور من لدن أ. كينيونيس إسكاميس، في «القانون والهجرة: الطلاق إسلامياً في أوروبا»، مؤسسة، 2000، ص 53، حيث تم الاعتداد بكون عدم تحكيم الزوجة من النفقة بمقتضى القانون الإيراني، يترتب عليه وجوب إيجاد حل لحالة هذه الأخيرة من لدن المساعدة الاجتماعية الألمانية. أو أسباب ذات طابع سوسولوجي (على نحو ما حصل في الحالة التي حكاها أ. روفاني، «الهوية، الثقافة والاندماج: القانون الدولي الخاص ما بعد الحديث»، كتاب دروس أكاديمية القانون الدولي، الجزء 251 (1995)، ص 234 وما يليها، بشأن منح معاش الترميل للزوجة الثانية الكاميرونية الجنسية لمواطن ألماني، والتي أثرت بشأنها مسألة انتمائها لثقافة مخالفة للدولة التي توجد فيها، فضلاً عن اعتقادها بصحة الزواج المتعدد الذي أبرمته).

72 في المجال المدني تمت كذلك المطالبة بتخصيص بعض الحقوق لزوجتين في آن واحد، لنفس الزوج، بمناسبة فسخ عصمة الزواج التي تمت في حياة الزوج، (وهي حالة النفقة التعريضية بين زوجتين والنفقة بين الأيوين) أو وفاة هذا الأخير (حقوق إرثه ذات طابع مادي). وعلاقة بالمخاتين، وأمام قلة الأحكام الموجودة في اجتهاد

## أ) مانع العلاقة أو الرابطة. وقبول النعمة في القانون المغربي.

### أ) إسئالة وولوج السجل المدني الاسباني بالنسبة للزواج المبرم في إطار النعمة.

« بين الموانع المطروحة، هناك مانع العلاقة أو الارتباط (الذي يحيل عليه الفصلان 46 الفقرة 2 من القانون المدني و246 من نظام السجل المدني)، وبموجبه، لا يمكن الاعتراف بالزواج المتعدد في القانون الاسباني؛ كما لا يسوغ إبرامه من جديد بصفة صحيحة لدى السلطة الاسبانية؛<sup>61</sup> ولا يمكن أيضا تقييد الزواج المتعدد المبرم بصفة صحيحة طبقا لقانون أجنبي في السجل المدني الاسباني. ويفرض هذا الحل حتى في حالة عدم تقييد الزواج الأول بسجلنا المدني. وهو الأمر الذي يقتضي أن السلطة الاسبانية التي طلب منها تصحيح زواج في إطار التعدد المقبول بموجب القانون الوطني الأجنبي للمتعاقد، مطالبة برفضه لمخالفته لنظامنا العام الدستوري في هذا الميدان. (المادة 32 من الدستور الاسباني، علاقة بالمادة 12، الفقرة 3 من قانوننا المدني)، مع وجوب تطبيق القانون الاسباني بصفته قانون الدولة، لأجل التأكد من أهلية الزواج، مما يؤكد معه عدم قبول هذه السلطة إبرام هذا الصنف من الزواج، لديها أو عدم السماح بتقييد الزواج المتعدد المبرم بصفة صحيحة، على ضوء القانون المغربي<sup>62</sup>، بالسجل المدني الاسباني.

يكرس الفصلان 40 و46 من قانون الأسرة المغربي لسنة 2004 مختلف المقتضيات للزواج بين رجل وأكثر من زوجة<sup>63</sup>، وذلك بكيفية محدودة ومتحفظة.<sup>64</sup> ويجد التعدد في القانون المغربي تبريره حسب ديباجته في أسباب تاريخية ودينية. كما يجب أن يخضع لإذن القاضي المغربي طبقا للمعايير التالية:

- التأكد من استطاعة الزوج على ضمان العدل وفي ظروف متساوية للزوجة الأولى مع أولادها في جميع أوجه الحياة.<sup>65</sup>
- تقديم الإثبات الموضوعي للاستثناء المبرر للتعدد.
- منع الزوج من التزوج بامرأة ثانية إذا فرضت عليه الأولى في عقد زواجها منعه من هذه الإمكانية.<sup>66</sup>

61 قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق (الثالث) في 4 يوليو 2001، و(الرابع) في 12 سبتمبر 2002، (مجموعة الاجتهادات أرنازادي 2002، العدد 5494، و2003، العدد 136 على التوالي). لم ترخص في المادة 46 القديم من القانون المدني، بإبرام الزواج لدى القضاة المكلفين بسجل ليغانيس. في إحدى الحالات بسانت فيسينس ديك هورتس، يرفض الزواج بين مواطن إسباني ومواطنة مغربية، نظرا لعدم فسخ الزواج السابق الذي كان بين المتعاقدين بالملفات السابقة لإبرام الزواج.

62 على خلاف ذلك، هناك حالة طلب الزواج في إسبانيا لدى سلطة إسبانية من لدن مغاربة سبق لهم أن تزوجوا من زوجة واحدة بالمغرب، وتعلق الأمر بالحالة الواردة في قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 20 ديسمبر 1996 (مجموعة الاجتهادات أرنازادي 1997 رقم 8279)، وفي هذا الصدد أقرت الهيئة المذكورة بمناسبة تقديم الملف السابق لإبرام الزواج، فإنه يتعين في جميع الحالات التأكد من صحة هذا الشك بخصوص إبرام المتعاقدين زواجا إسلاميا بإسبانيا أو بالمغرب، ذلك أن زواجا من هذا القبيل على الرغم من إبرامه طبقا لصيغة أصبحت مقبولة بإسبانيا لمطابقتها لقانون الدولة، فإنه يعتبر صحيحا ومنجبا للأثار المدنية انطلاقا من تاريخ إبرامه (انظر المادة 61 من القانون المدني والمادة 70 من تنظيم السجل المدني). والتقييد الذي تم إغفاله لهذه العلاقة المفترضة بالسجل المدني المختص، يجب أن ينجز ولو بكيفية تلقائية (انظر المادة 26 من قانون السجل المدني والمادة 94 من نظام السجل المدني) بواسطة إحدى المساطر التي نص عليها المادة 256 و257 من النظام. إلا أنه في الواقع، تعتبر هذه التصرفات التلقائية ملائمة عند وجود إثبات أكيد. يتعلق الأمر هنا بواقعة قابلة للتقييد لم يتم تقييدها.

63 عمليا، إلى حدود أربع زوجات حسب العرف الاجتماعي والديني للقرآن (4:3) الذي يفرض على الزوج معاملتهن بالعدل والإنصاف.

64 علاقة بالمستجدات الواردة في نفس قانون الأسرة المغربي 2004، بالنسبة للتنظيم السابق، انظر ب. دياغو دياغو، « انعكاسات المدونة الجديدة على المهاجرين المغاربة » المرجع السابق، ص 149-146: م. ك. فويليط وخ. ب. كليلي « قانون الأسرة المغربية الجديد. المرجع السابق، ص 526. ف. لاروش جيسرو، « قانون الأسرة الجديد: تجديد أم تقليد العصور الغابرة؟ » المرجع السابق، ص 347 و348؛ وأ. كينوينيس إسكاميس، « تلقي قانون الأسرة المغربي الجديد (المدونة 2004) بأوروبا، المرجع السابق، ص 880 و884.

65 نتيجة لذلك، نص المادة 51، الفقرة 1، على أن من بين حقوق وإيجابيات الزوجين واجب المساواة في معاملة الزوجات في مجال التعدد.

66 في حالة عدم ممارسة هذا الحق، يستدعيها القاضي لتعبر عن قبولها لزواج زوجها بامرأة ثانية، كما يتعين عليه أن يخبر الزوجة الثانية بكون خطيبها متزوج بامرأة أخرى، والحصول منها على قبول هذا الوضع. في هذه الحالة يحق للزوجة الأولى أن تطالب بالطلاق للضرر. علاقة بتجدر هذه المؤسسة بالقرآن، وكذا المختلف أوجهها انطلاقا من منظور القوانين المعتمدة الموجودة. انظر س. الديب وأ. يونومي (ناشران)، « القانون الإسلامي للأمر والميراث على محك الأنظمة القانونية الغربية»، المرجع المذكور، ص 96 وما يليها.

2. بالنسبة للنظام الاسباني للقانون الدولي الخاص، نجد أن اللجوء إلى معيار الجنسية قد نصت عليه الجملة الأولى من الفقرة 1 من المادة 9 من القانون المدني: «إن قانون الأحوال الشخصية المطبق للشخص المادي هو القانون المحدد بمقتضى جنسيته»، مع تمديد تطبيق القانون المحدد إلى الأهلية والحالة المدنية للأشخاص، وإلى حقوق الأسرة وواجباتها، وكذلك إلى الإرث لسبب الوفاة. يتعلق الأمر بحل تقليدي في النظام الاسباني مكرسا قانونا منذ إصدار القانون المدني سنة 1889.<sup>58</sup>

إن مجرد استنتاج جزئي من هذه النقطة يمكننا من إبراز الفوارق الموجودة بين الأنظمة القانونية للمملكتين المجرتين، علاقة بتحديد القانون المطبق على الأحوال الشخصية، وخاصة على أهلية الزواج من لدن السلطة الاسبانية أو المغربية، المدعوة للترخيص بإبرام الزواج، أو من لدن السلطة الاسبانية المدعوة للتأكد من قابلية ولوج السجل المدني بالنسبة لزواج تم إبرامه على ضوء القانون الأجنبي. ويجب البت في أهلية الزواج عند بداية إعداد ملف الزواج، وفي غياب ذلك عند تقييد الزواج الذي سبق إبرامه بالسجل المدني الاسباني (انظر ما سبق).<sup>59</sup>

إن النظام القانوني المختص استنادا إلى جنسية المتعاقدين، يحدد كذلك وجود وطابع ومدى الموانع التي قد تعيب أهلية الزواج. نجد مثالا جليا لما سبق تأكيده في القرار السابق للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، بتاريخ 27 مارس 2007 (الأول)، المتعلق بملف طلب إبرام الزواج لدى قاضي إسباني من لدن مواطن إسباني مولود بالمغرب، ومواطنة مغربية مولودة بإسبانيا:

« ينص الرقم 1 من المادة 9 من القانون المدني على أن قانون الأحوال الشخصية المطبق للأشخاص الماديين هو القانون الذي تحدده جنسيته؛ وينظم نفس القانون قضايا الأهلية والحالة المدنية وحقوق وواجبات الأسرة والإرث بسبب الوفاة». ونظرا لكون المعنية بالأمر تحمل الجنسية المغربية، فإنه لا يمكن تطبيق القانون الاسباني لأغراض تحديد أهليتها لإبرام الزواج، ذلك أنه استنادا إلى القاعدة السابقة، يجب أن تظل الأهلية المذكورة محددة بمقتضى ما هو مضمن بقانون الأحوال الشخصية المتعلقة بها، مع مراعاة تدخل النظام العام الدولي الخاص في الحالات الملائمة لذلك. (انظر المادة 12، الفقرة 3 من القانون المدني)، دون أن تكون الحالة التي نحن بصدها واحدة منها. حيث يقر القانون الاسباني الأهلية لإبرام الزواج ابتداء من سن الرابعة عشر (انظر المادة 48، الفقرة 3 من القانون المدني)، ونظرا كذلك لتوقع المصادقة على زواج القاصر (انظر المادة 75 من القانون المدني).<sup>60</sup>

وبالتالي فإن سن الرشد الذي يخول إلى النظامين القانونيين صلاحية التعرف التامة، يكتسب عند السن الثامنة عشر (المادة 315 من القانون المدني الاسباني، من جهة، والفصلان 209 و210 من قانون الأسرة المغربي 2004، من جهة أخرى).

من الناحية العملية، هناك عدة موانع ممكنة تمس أهلية إبرام زواج يكون أحد عاقيه على الأقل مغربيا. وسوف نركز فيما سيأتي على ثلاث موانع منها: مانع العلاقة أو الرابطة، مانع تماثل الجنس، مانع اختلاف الأديان.

58 إن صيغة القاعدة الحالية هي نفس الصيغة المصادق عليها بموجب المرسوم 1836/1974، الصادر في 31 مايو، الجريدة الرسمية لدولة الاسبانية، عدد 163، بتاريخ 9 يوليو. وفي الفقرة الثانية من نفس القاعدة أراد المشرع الاسباني توقع حالة النزاع المتحرك عند إقراره بكون تغير قانون الأحوال الشخصية لن يمس سن الرشد المطلوب طبقا لقانون الأحوال الشخصية السابق. وهي الحالة التي يجب الأخذ بها في حالة الإسبانيين الذين اكتسبوا الجنسية المغربية والعكس صحيح.

59 خ. كاراسكوف غوزاليس، الزواج والمعايشة الواقعية، "المرجع السابق، ص 52. إذا تعلق الأمر بزواج مبرم في دولة أخرى، فإن القاعدة المتنازع بشأنها في نظام القانون الدولي الخاص لهذا البلد، هي التي تحدد معيار الالتقاء الواجب الاقتداء به لأجل تحديد أهلية زواج المتعاقدين، معيار الجنسية) كما سبق أن قدمنا، وهي حالة النظامين الإسباني والمغربي، (أو معيار الإقامة أو معيار السكن الاعتيادي.

60 ارتأت القاضية المكلفة بالسجل المدني المختص، طبقا للقانون الاسباني، وجود المانع المتعلق بقصور سن المرأة في تاريخ طلب الإذن للزواج، ومن ثم قررت المديرية العامة إرجاع الملف قصد الاستماع للمعنيين بالأمر بكيفية منفصلة وسرية. وذلك قبل منح الإذن بالزواج أو رفضه، وكذا لأجل التأكد من عدم وجود أي مانع آخر (المادة 246 من نظام السجل المدني).

## 2. نحديث أهلية المتعاقدين للزواج.

من وجهة نظر جوهريّة، تلعب جنسية المتعاقدين دورا مهما اعتبارا لكونها تحدد الأهلية لأجل إبرام الزواج، أي أهلية الزواج، انطلاقا من منظور أنظمة القانون الدولي الخاص للدول التي يبرم الزواج لدى سلطاتها.

1. في الواقع، نجد أن الارتباط بالجنسية يمثل، في النظام المغربي للقانون الدولي الخاص، القاعدة التقليدية لتحديد قانون الأحوال الشخصية، وهو ما تم تكريسه منذ ظهوره 12 غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب تحت نظام الحماية الفرنسية للمغرب،<sup>52</sup> وفتح يوليو 1914 بشأن وضعية الأسبانيين والأجانب تحت نظام الحماية الإسبانية للمغرب<sup>53</sup>. وبواسطة الجنسية، يحدد النظام المطبق على مختلف المؤسسات المكونة للأحوال الشخصية ضمن النظام القانوني المذكور، كوضعية وأهلية الأشخاص في الزواج والطلاق وأنظمة الزواج والتركات والوصايا<sup>54</sup>. وفي حالة تنافس نظامين قانونيين حسب متطلبات بعض الجنسيات، لا تكون أي واحدة منها مغربية، بالنسبة للأشخاص المعنيين بنفس المؤسسة، يميز القانون المغربي الخاص بين حالتين:

- (أ) إذا كان الأجنبي مسلما، فإن القانون المطبق على حالته المدنية يكون لزوما هو القانون المغربي الإسلامي، وذلك بغض النظر عن جنسيته.<sup>55</sup>
- (ب) إذا كان الأجنبي غير مسلم، يتعين اللجوء إلى تحليل الحالات الفردية في الاجتهاد لأجل إيجاد حل وحلوي.<sup>56</sup>

يعاني المبدأ الأساسي لميدان الارتباط بالوطن ضمن الأحوال الشخصية في القانون المغربي، من بعض التناقضات المهمة.

في حالة عدم توفر الفرد على أي جنسية، يطبق القانون المغربي كقانون الدولة. وهذا الحل المقر صراحة بالنسبة للاجئين وعديمي الجنسية، في المادة 5 من ظهير 12 غشت 1913، بالنسبة لوضعية المدنيين الأجانب في المغرب.<sup>57</sup>

52 المادة 3: «إن وضعية الفرنسيين والأجانب وأهليتهم منظمة بمقتضى قانون أحوالهم الشخصية». أخذت الترجمة من خ. أ. طوماس أوتيس دي لاوري، «تشريعات وطنية للقانون الدولي الخاص»، إيدريسا، مدريد، 1995، ص 524. يعتبر أن هذا الظهير يتضمن قواعد النزاع في ميدان الأحوال الشخصية للنظام المغربي للقانون الدولي الخاص.

53 المادة 2: «تنظم الحالة المدنية والوضعية والأهلية القانونية وحقوق وواجبات الأسرة الخاصة بالاسبانيين والأجانب بمقتضى قانونهم الوطني كل فيما يخصه، وهو القانون الذي يخضعون له في حالة إقامتهم بالمنطقة الإسبانية بالمغرب». أخذت الترجمة من نفس المؤلف، ص 527.

54 انظر س. نلمير، «تاريخ القوانين في القانون الدولي الخاص. المغرب والقانون الدولي الخاص الإسباني». تطبيق العلاقات العائلية على الزواج المختلط وعلى الجنسية»، في أول لقاء قضائي إسباني مغربي منظم من لدن المجلس العام للسلطة القضائية (الإسبانية) والمجلس الأعلى للمغرب، مركز النشر والتوثيق القضائي، الرباط، 2002، ص 11.

55 حسب تفسير ف. سرحان و ن. جلو راشدي، «المغرب: نزاعات القوانين، نزاعات الهيئات القضائية»، جورسي كلاسور، القانون المقارن، الكتاب 4، 1994، عدد 67، ص 12. يتعلق الأمر بحل اجتهادي تم تبنيه لاحقا بموجب ظهير 24 أبريل 1959، المعدل بدوره لظهير 4 أبريل 1956 المتعلق بالتنظيم القضائي وسير المحاكم الإسلامية.

56 انظر أ. رودريغس بينوت، «الأحوال الشخصية المشتركة»، المرجع السابق، ص 43. ينص المادة 4 من ظهير 1913 على أنه «في حالة ما إذا كان شخص يحصل جنسية عدة دول، فإن القاضي المدعو للبت في النزاع يحدد قانون الأحوال الشخصية المطبق». كما ينص المادة 3 من ظهير 1914 على أنه يؤول «لمحاكم المنطقة الإسبانية اختصاص تحديد قانون الأحوال الشخصية المطبق على الأشخاص الذين تمكنوا من الحصول على عدة جنسيات بصفة صحيحة، وذلك بالنسبة لكل حالة على حدة، (الترجمات مأخوذة من خ. أ. طوماس أوتيس دي لاوري، المرجع السابق، ص 527)

57 على الرغم من تأكيد استمرار سريان مفعول الظهير المذكور بمقتضى ظهير 26 يناير 1965، بشأن توحيد الهيئات القضائية والتعريب، فإن ر. عبد الجواد و أ. أمحيدر، «نتائج نزاعات القانون والاختصاص»، (تلقين المبادئ الأولية والتكوين على التعاون والمساعدة القضائية الدولية في القضايا المدنية، برنامج أورو ميد للفضاء، ندوة مراكش من 11 إلى 14 نوفمبر 2006)، يعتبر أن المادة 5 المذكور مستوف ضمتها على نحو أن اللاجئ أو عديم الجنسية يخضعان لقانون بلاد إقامتهما، أو عند الاقتضاء لقانون بلد سكانها الاعتيادية (المادة 12 من اتفاقية جنيف بتاريخ 28 يوليو 1951، والمادة 12 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بوضعية عديمي الجنسية). وفي غياب ما سبق ذكره، فإنهما يخضعان لقانون المغرب كقانون الدولة.

الإقامة، كما هو الشأن بالنسبة للحالة التي نحن بصدد تحليلها، فإن رفض تسليم شهادة الأهلية للزواج من لدن سلطات البلد الأصلي للمتعاقد الأجنبي، لا يمكن أن يكون عائقاً لصحة إبرامه بإسبانيا».

ب) بالنسبة للزواج الديني على ضوء العقيدتين المسيحية والعبانية، فإن المادة 7 من الاتفاقيات المضمنة في القانونين 1992/24/25 بتاريخ 10 نوفمبر، ينص على أن الأشخاص الذين يرغبون في إبرام الزواج وفق الكيفية المقررة فيهما، يقدمون الملف السابق للزواج لدى السجل المدني المختص (الفقرة 2) الذي يسلم بعد إتمام هذه الإجراءات، شهادة إثبات الأهلية للزواج في نظيرين للمتعاقدين، الذين يتعين عليهما الإدلاء بها للعون الديني المكلف بإبرام الزواج (الفقرة 3)<sup>47</sup>

ت) بالمقابل، بالنسبة للزواج الإسلامي، نجد أن الفقرة 2 من المادة 7 من الاتفاق المضمن بالقانون 26/1992، بتاريخ 10 نوفمبر، والمصادق بمقتضاه على اتفاق التعاون بين الدولة واللجنة الإسلامية الإسبانية<sup>48</sup>، تقبل هذه الوثيقة. وتنص القاعدة المذكورة على أن الأشخاص الذين يرغبون في تقييد الزواج المبرم حسب هذه الطريقة «يتعين عليهم أن يثبتوا أهليتهم للزواج بواسطة شهادة مسلمة من السجل المدني المختص. ولا يمكن إنجاز التقييد إلا إذا كان قد مضى على تاريخ إبرام الزواج أكثر من ستة أشهر ابتداءً من تسليم الشهادة المذكورة»<sup>49</sup>

في حالة الزواج المبرم لدى سلطة أجنبية، فإن الشهادة المثبتة لهذا الزواج، يجب أن تقدم للسجل المدني الإسباني قصد تقييده، على نحو يمكن معه لضابطه من التأكد من احترام الشروط القانونية المطلوبة لأجل إبرام هذا الزواج، بحيث أن المراقبة القانونية تظل قائمة، ولو كانت بعيدة.<sup>50</sup> إلا أنه في حالة تسليم شهادة الأهلية للزواج من لدن سلطة إسبانية، فإنه ليس ثمة ما يدعو إلى أن تعمل سلطة إسبانية أخرى في وقت لاحق على التأكد من أهلية زواج المتعاقد الإسباني.<sup>51</sup>

47 انظر إ. غارسيا ودرديغس، إبرام الزواج الديني غير الكاتوليكي، تيكوس، مدريد 1999، ص 224 و 225، الذي كتب أنه يفترض بأن لا تتم دراسة الزواج من الناحية الدينية، إلا بعد التأكد من أهلية المتعاقدين للزواج، على ضوء القانون الإسباني.

48 الجريدة الرسمية للدولة، بتاريخ 12 نوفمبر 1996، فيما يتعلق بالأسباب المجتمعية المبررة لإصدار هذه القاعدة، انظر أ. موتيا دي لا كاي، «الهوية الثقافية والحرية الدينية للمسلمين بإسبانيا: صعوبات ملاتمة قانون الأسرة للنظام القانوني الإسباني» في أ. كالفو كارافاكا و إ. بلانكو مريالس ليمونيس (منسقان)، «العولمة والقانون»، كوليكس، 2003، ص 381 وما يليها.

49 يترتب عن ذلك أنه في حالة إبرام الزواج بعد الحصول على شهادة الأهلية للزواج، فإن جزء المسطرة المتبقية شبيه بما تم عرضه بالنسبة للزواج على الصيغة المسيحية أو العبرية، إذ يقتصر القاضي المكلف بالسجل المدني على التأكد من كون الزواج قد أبرم داخل السنة أشهر الموالية لتسليم شهادة الأهلية، وأنه في حالة إبرام الزواج دون تقديم الملف المعد لأجل الحصول على شهادة الأهلية للزواج، فإن مسؤول الجماعة الإسلامية يسلم للسجل المدني لأغراض التقييد، شهادة تثبت إبرام هذا الزواج، تتضمن وجوب الشروط المطلوبة في التشريع المنظم له. إن الطابع المميز للمخصص للزواج على الطريقة الإسلامية، يجد تبريره لدى أ. غارسيا ودرديغس (انظر ص 226 و 228). حول مطابقة هذه المؤسسة للعقيدة الإسلامية، انظر كذلك القاعدة الرابعة من أمر المديرية العامة للسجلات والتوثيق، تاريخ 10 فبراير 1993، بشأن التقييد بالسجل المدني لبعض أصناف الزواج المبرمة على الطريقة الدينية (الجريدة الرسمية للدولة، عدد 47، بتاريخ 24 فبراير 1993) الصادرة بمناسبة الشروع في العمل بالقوانين الثلاثة لسنة 1992، التي جاءت بتنظيم الطرق الدينية للزواج (بخصوص هذه النقطة، انظر ن. مارشال إسكالونا «الزواج الديني والأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 1993 عن المديرية العامة للسجلات والتوثيق»، والقانون رقم 4175 (27 نوفمبر 1996) ص 1 وما يليها. 50 في هذا الاتجاه، انظر على سبيل المثال القرار الصادر في 4 يناير 2007 عن المديرية العامة للسجلات والتوثيق، (الجريدة الرسمية للدولة، عدد 24، الصادرة في 27 يناير 2007)، والمتعلقة بالتقييد بالسجل المدني الإسباني للزواج الديني المبرم بين إسبانية ومغربي.

51 قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق، (الثاني) تاريخ 17 سبتمبر 2001، والرابع بتاريخ 5 نوفمبر 2001 (مجموعة الاجتهادات أرازاوي، 2000، عدد 10200 و 2002، رقم 3081 على التوالي) اللذين أمرا أن تقيّد بعض أصناف الزواج الدينية المبرمة بالمغرب، بين مواطن مغربي ومواطنة إسبانية في الحالة الأولى، ومواطن إسباني ومواطنة مغربية في الحالة الثانية. وذلك بالسجل المدني الإسباني. في الحالات التي يكون فيها الإسباني المعني قد حصل على شهادة الأهلية للزواج من سلطة قضائية إسبانية، فإن الهيئة المشرفة قد أرتأت أنه طبقاً للفصول 65 من القانون المدني و 252 و 256 من نظام السجل المدني، ليس ثمة ما يدعو إلى الحصول على إثبات من السلطة القصلية الإسبانية.



من لدن سلطة إسبانية، ودون أن يكون هذا الأخير قد حصل عليها. فإن الزواج المبرم على هذا النحو لا يكون قابلاً للتسجيل بالسجل المدني الإسباني.<sup>43</sup>

1) تمثل هذه الحالة الأخيرة وضعية الأجنبي الذين يرغبون في إبرام الزواج لدى عدلين بالمغرب. حيث يطالبون بالإدلاء بشهادة الأهلية للزواج مسلمة من لدن سلطات بلد جنسيتهم. وعلى سبيل المثال، نورد حالة تطرح فيها مسألة تقييد زواج أبرم على الطريقة الدينية بالمغرب بين مواطن مغربي يسكن بالمغرب ومواطنة إسبانية تسكن بإسبانيا بالسجل المدني الإسباني. حيث إن القرار الأول للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، في 20 مارس 2007، قد أقر ما يلي:

« في هذه الحالة نجد أن ما حدث يتجلى في كون المتعاقد الإسباني قد أبرم زواجا دينيا في الخارج مع متعاقد أجنبي، وفي هذه الحالة التي يترض فيها القانون المغربي الإدلاء بشهادة الأهلية لزواج الأجنبي، ولا يعترف بمجرد الشهادة المسلمة من لدن السلطة الأجنبية كسند قابل للتقييد، مع الاستغناء عن إمكانية شبه التحديد النظامي الوارد في المادة 256 رقم 3 من نظام السجل المدني علاقة بالمادة 73 الفقرة 2 من القانون، فإن تطبيق هذا المفهوم يتناقض مع الاستثناء الذي يقره المادة 252 من نفس النظام والذي يقره على الحالات الواردة به، وهو النموذج القانوني للمعاشرة، الذي يشمل الحالة موضوع هذا الطعن، الدراسة المسبقة لملف السجل بهدف التأكد بشأن أهلية الزواج الخاصة بالمتعاقد الإسباني.»

ولذلك تم رفض التقييد لعدم كفاية إثبات أهلية زواج المتعاقدة الإسبانية، ذلك أنه انطلاقاً من وضعية حمل الجنسية الإسبانية للمتعاقد، فإنه لم تتم مراعاة الشروط الشكلية المقررة لأجل إبرام الزواج طبقاً للقانون المحلي»<sup>44</sup>.

2) تبدو المسألة أكثر تنافراً وتعقيداً في القانون الإسباني<sup>45</sup>

أ) فبالنسبة للزواج في صيغته المسيحية أو المدنية لدى سلطة إسبانية لا تطلب الوثيقة المذكورة، بغض النظر عن جنسية المتعاقدين،<sup>46</sup> بل أكثر من ذلك، على نحو ما أقرته المديرية العامة للسجلات والتوثيق، (القرار الرابع بتاريخ 7 أبريل 206 السالف الذكر)، « في حالة ما إذا كانت الدولة الأصلية للأجنبي تستلزم شروطاً غير مطلوب طبقاً لتشريع مكان إبرام الزواج، (إسبانيا، في الحالة التي نحن بصدددها). إذا تطابق ذلك مع شرط الإقامة الاعتيادية للمعني بالأمر وتعلق الأمر بمسألة منظمة بمقتضى القانون المحدد من لدن هذه

43 انظر خ. كاراسوكسا غنزاليس، «الزواج بالمعاشرة الواقعية»، نفس المصدر، ص 59.

44 الجريدة الرسمية الإسبانية، عدد 96، بتاريخ 21 أبريل 2007. وفي نفس المصدر، هناك القرار المذكور لنفس الهيئة بتاريخ 13 يونيو 2005، قرارات المديرية العامة للسجلات والتوثيق، (الأول) بتاريخ 11 فبراير 2003، (مجموعة الاجتهادات أرتانادي 2001، عدد 10199، و 2003 عدد 1105، 2003 عدد 4026 على التوالي). رفضت تسليم بعض شواهد الأهلية لإبرام الزواج، المطلوبة من مختلف القضاة المكلفين بالسجل المدني لمواطنين إسبانيين، لأجل التمكن من إبرام زواج بالمغرب مع أزواج مغاربة، حيث تبين من خلال استماع المتعاقدين وجود تدليس حال دون موافقة صحيحة على الزواج.

45 بالنسبة للحالات التي يكون فيها تسليم شهادة الأهلية للزواج إلزامياً، من لدن سلطانه، فإن الأمر الصادر في 21 يناير 1993 يصادق على نموذج وكذا على نموذج إبرام الزواج المدني (الجريدة الرسمية للدولة، عدد 29 بتاريخ 3 فبراير 1993) المعدل بالأمر الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1993، (الجريدة الرسمية للدولة، عدد 305 بتاريخ 22 ديسمبر 1993)، ولأجل إلغاء الإشارة إلى مهنة المعنيين بالأمر الواردة بالطبعة الأولى.

46 تقتصر الفقرة الأولى من المادة 1. IV ن البروتوكول النهائي لاتفاق 3 يناير 1979، بين الدولة الإسبانية وحكومة الفاتيكان، بشأن القضايا القانونية، مع التنصيص على ما يلي: «مباشرة بعد إبرام الزواج المدني، يسلم القسيس الذي أشرف على الزواج للزوجين شهادة كنسية تتضمن المعلومات المطلوبة لأجل تقييده بالسجل المدني. وفي جميع الحالات، يبعث المحوري الذي أبرم الزواج في دائرة فورانته وداخل أجل خمسة أيام، لضابط السجل المدني المختص برسم الزواج المدني، لأجل تقييده. وفي حالة ما إذا لم يتم ذلك من قبل، بناء على طلب الطرفين المعنيين بالأمر». ومن جهة، تنص النقطة الرابعة من دورية المديرية العامة للسجلات والتوثيق، الصادرة في 15 فبراير 1980 بشأن التقييد بالسجل المدني للزواج المدني، (الجريدة الرسمية الإسبانية، عدد 47 بتاريخ 23 فبراير 1980) على أنه، مع مراعاة مقتضيات المادة 96 نظام السجل المدني، في آخر المطاف، فإن ضباط السجلات المدنية يحاولون الحصول على تعاون المحوريين العاملين بأقاليمهم، لكي تتضمن شهادات الكنسية المعلومات اللازمة للتقييد، وخاصة منها معلومات الحالة المدنية المتعلقة بقيود ولادة الزوجين.»



4. على غرار ما هو عليه الأمر في ملفات السجل المدني، (الفصلان 343 و 344 من نظامه)، تلعب هذه النيابة العامة أو من يقوم مقامها بالسجل القنصلي، وعادة ما يبشر المستشار (المادة 54 القديم من نفس القانون)، دورا نشيطا في الدفاع عن المشروعية حيث يمكنها أن تعلن ضمن قرارها عن أي مانع أو عائق قد يثبت لديها (المادة 247 من نظام السجل المدني).
5. يتضمن الملف قرار المصادقة على إبرام الزواج أو رفضه. وهو القرار الذي يمكن الطعن فيه بواسطة رجوع إداري لدى المديرية العامة للسجلات والتوثيق (المادة 247، الفقرة 2، والمادة 355 وما يليه من نظام السجل المدني).

### ب) إبرام الزواج لدى سلطة أجنبية

- بالنسبة للحالات التي يكون فيها أحد المتعاقدين على الأقل من جنسية مغربية، مثلا لأغراض إبرام الزواج لدى سلطة أجنبية، (حسب المقتضيات الوارد تفسيرها لاحقا) فإن المتعاقدين يتوفران على الامتيازات التالية<sup>40</sup>:
  1. طلب دراسة ملف الزواج من لدن موظف دبلوماسي أو قنصلي إسباني مؤهل ترابيا.
  2. طلب دراسة ملف الزواج من لدن سلطة مدنية إسبانية بإسبانيا مع إشعار المحقق برغبتها في إبرام الزواج بالخارج. طبقا للأشكال المقررة في قانون بلد إبرام الزواج (المادة 252 من نظام السجل المدني)، وهو ما لا يعتبر ممكنا إلا إذا كان أحد المتعاقدين على الأقل يتوفر على إقامة بإسبانيا.
  3. طلب دراسة ملف الزواج من السلطات الأجنبية لبلد إبرام الزواج، إذا كانت دراسة الملف مطلوبة بمقتضى قوانين البلد المذكور. وفي حالة المغرب، وكما سوف نتاح لنا الفرصة لتفسير ذلك، نجد أن قانون الأسرة قد نظم المساطر الإدارية والشكلية لإبرام وإقامة الزواج في فصوله من 65 إلى 69، حيث تم في الفصل الأول إثبات ضرورة تقديم الملف المتعلق بإبرام الزواج لدى محكمة الأسرة لدائرة إبرام الزواج، وهو الملف الذي يجب حفظه بكتابة المحكمة المذكورة تحت رقم مطابق له. وبعد إدراج جميع المستندات اللازمة به، توافق المحكمة على الملف قبل الترخيص بالزواج.

### ث) شهادة الأهلية للزواج

في حالة ما إذا عبر المتعاقدان أمام المحقق الإسباني في الملف السابق للزواج، عن رغبتهما في إبرامه بالخارج، حسب الكيفية المحددة بقانون دولة إبرام الزواج، وإذا طالبت هذه الأخيرة بتقديم شهادة الأهلية للزواج، وبعد صدور قرار الموافقة على الملف المذكور، يسلم المحقق لهذين الأخيرين الشهادة المطلوبة<sup>41</sup>. يتعلق الأمر بصيغة إدارية لإثبات أهلية زواج مواطن إحدى الدول، مسلمة من لدن موظف الدولة المذكورة، طبقا لقانونها. وهي الصيغة التي منحت الفرصة فضلا عن ذلك، بالنظر إلى فعاليتها المتجاوزة للحدود، لوجود تعاون دولي مهم، كما تشهد به مختلف الأدوات التي تتجاوز صلاحيتها إطار الدولة، والتي تعتبر إسبانيا جزءا منها<sup>42</sup>. إذا كان قانون البلاد الذي سيبرم فيه الزواج يفرض على المتعاقدين شهادة الأهلية للزواج مسلمة

40 خ. كاراسكوا غونزاليس « الزواج والمعايشة الواقعية » في أ. ل. كالفو كارافاكا و خ. كراسكوسا غونزاليس، و كاستيانو روسي « القانون الدولي للأسرة، الطبعة الثانية، كوليكس، مدريد، 2005، ص 51.

41 حددت مدة الشهادة في ستة أشهر ابتداء من تاريخ تسليمها ( المادة 252 من نظام السجل المدني)؛ توضح القاعدة الخامسة من الأمر المذكور للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، بتاريخ 9 يناير 1995، أن الخاصية الوحيدة للملف في هذه الحالة تتجلى في كونه لا ينتهي بتسليم شهادة الأهلية للزواج للمعنيين بالأمر من لدن الموظف الإسباني بل بتسليمهم شهادة الأهلية للزواج. تسلم هذه الشهادة طبقا لمقتضيات الأمر الوزاري الصادر بتاريخ 26 مارس 1985، بشأن المصادقة على نموذج متعدد اللغات لشهادة الأهلية للزواج (الجريدة الرسمية، عدد 136، بتاريخ 27 يونيو 1989).

42 وعليه، فإن الاتفاقية الرامية إلى تسهيل إبرام الزواج بالخارج، المبرمة في باريس بتاريخ 10 سبتمبر 1964، (الجريدة الرسمية الإسبانية، عدد 16، بتاريخ 19 يناير 1977)، والاتفاقية المتعلقة بتسليم شهادة الأهلية للزواج، المبرمة في ميونيخ في 5 سبتمبر 1980 (الجريدة الرسمية الإسبانية، عدد 117، بتاريخ 22 مايو 1988)، وهي الاتفاقيات المعدة من لدن اللجنة الدولية للحالة المدنية، لا يعتبر المغرب طرفا في أي واحدة منها. بخصوص هذه النقطة، انظر ب. أوريوخودو برير دي لوس موسوس: «التعاون الدولي في ميدان إبرام الزواج : شهادات الأهلية لأغراض الزواج»، الدليل الإسباني للقانون الدولي الخاص، الجزء الخامس، (2000)، ص 405 وما يليها و ب. أوريوخوجوريبيطو دي لوس موسوس، «إبرام وإقرار صحة الزواج»، القانون الدولي الخاص الإسباني، المرجع السابق، ص 97 وما يليها، من بين مراجع أخرى. القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 79.

2) لأجل إعداد الملف، يجب على المعنيين بالأمر أن يقدموا طلبا يتضمن المعلومات التالية (المادة 240 من نظام السجل المدني)<sup>35</sup>: بيانات الهوية بما في ذلك مهنة المتعاقدين وعند الاقتضاء الاسم الشخصي والعائلي للزوج أو الأزواج السابقين، وتاريخ فسخ الزواج، والتصريح بعدم وجود مانع للزواج، والقاضي أو الموظف المختار عند الاقتضاء لأجل إبرام الزواج، والأماكن التي أقام بها الزوجان خلال السنتين الأخيرتين.<sup>36</sup> (3) وخلال سريان المسطرة، يستمع المحقق بمساعدة الكاتب إلى المتعاقدين وبكيفية سرية ومنفصلة قصد التأكد من وجود رباط زوجية سابقة أو عدم وجود أي مانع قانوني لإبرام الزواج (المادة 246 من نظام السجل المدني). وهي المرحلة التي تتجلى أهميتها مؤخرا لكونها تمكن أحيانا من اكتشاف حقيقة نية التدليس لدى الطرفين الذين لا يرغبان في الواقع في الارتباط بعلاقة زوجية، بل الاستفادة من التظاهر بالزواج قصد الحصول على الامتيازات التي تخولها هذه المؤسسة الأسرية للأجانب، مع الأخذ بعين الاعتبار في جميع الحالات القرينة العامة لحسن النية. إن إبرام الزواج كحق أساسي للشخص لا يجب تحديده، حيث إن تأدية هذا النشاط قد تسفر عن إبعاد نية التدليس<sup>37</sup>، وحتى لو ثبت وجودها.<sup>38</sup> ولهذا السبب، فإن الأمر المذكور الصادر في 9 يناير 1995، عن المديرية العامة للسجلات والتوثيق، يذكر في القاعدة الثانية أنا نوجد بصدده مسطرة أساسية لا يجب الاستغناء عنها أو إتمامها بكيفية شكلية.

وعلى سبيل المثال، فإن القرار الأول للهيئة المذكورة بتاريخ 27 مارس 2007، ضمن حالة مشمولة بالمجال العادي لهذه الدراسة، قد أكد أن:

« يتعلق الأمر بإذن، بناء على طلب إسباني ومواطنة مغربية لأغراض إبرام الزواج المدني بإسبانيا. ( انظر المادة 49 الفقرة 1 من القانون المدني). يجب أن يعد الملف السابق للزواج طبقا للقواعد العامة (انظر الأمر الصادر في 9 يناير 1995: القاعدة الخامسة والأمر الصادر في 31 يناير 2006 القاعدة 7)، إذ يعتبر المشول الشخصي إلزاميا، وذلك بكيفية سرية ومنفصلة لكل واحد من المتعاقدين أمام المحقق بمساعدة الكاتب من أجل التأكد من عدم وجود مانع للزواج أو أي تعرض قانوني على الزواج. » ( انظر المادة 246 من نظام السجل المدني).<sup>39</sup>

1995 بأن الملف المعد للزواج لما يكون أحد الزوجين مقيما بالخارج» المجلة الإسبانية للقانون الدولي العدد 1، ص 317 وما يليها؛ ف. سان خوليانيريدا «الهجرة وقانون الأسرة، دراسة تعليمات المديرية العامة للسجلات والتوثيق في 9 يناير 1995»، بيان إعلامي لوزارة العدل، عدد 1814، 1998، ص 151 وما يليها.

35 يجب أن يصادق المعنوبون بالأمر على المحرر المذكور، ويمكن للطرف الغير مقيم بدائرة السجل المدني الذي يحق في الملف أن يثبت مصادقة بمثوله لدى سجل مدني إسباني آخر أو بواسطة توكيل خاص (المادة 242 من نظام السجل المدني)

36 يرفق المحرر بوثيقة إثبات ولادة المتعاقدين، وعند الاقتضاء، بالحجة على فسخ العلاقة الزوجية السابقة (المادة 241 من نظام السجل المدني)

37 على نحو ما حدث في الحالات التي تطرقت إليها قرارات المديرية العامة للسجلات والتوثيق، (التاسع) بتاريخ 3 يوليو 2001، مجموعة الاجتهاد أرتازادي، 2001، عدد 8394 (علاقات الملف السابق لإبرام لزواج لدى القاضي المكلف بالسجل المدني، بمدينة سبتة بين إسباني ومغربي، على الرغم من إمكانية إخضاع الحالة إلى تسوية زوجية عائلية، (الثالث) الصادر بتاريخ 10 فبراير 2001، مجموعة الاجتهادات أرتازادي، 2005، عدد 150250 (علاقة بملف سابق لإبرام الزواج قدم للقاضي المكلف بالسجل المدني لغيرا، كان فيه صاحب الطلب إسبانيا، وصاحبة الطلب مغربية، كلاهما مقيم بإسبانيا، أو الأول الصادر في 28 أبريل 2005، مجموعتي الاجتهادات أرتازادي 2005، عدد 9778، (علاقة بملف سابق لإبرام الزواج لدى القاضي المكلف بالسجل المدني بمدينة مليلية، بين مواطن إسباني يقم بإسبانيا ومواطنة مغربية.)

38 وعلاقة بالزواج الإسباني المغربي، القرارات الصادرة في 30 مارس 2001 (مجموعة الاجتهادات أرتازادي 2002 عدد 5490 (الأول) في 17 سبتمبر 2004 (الرابع) في 15 يونيو 2005 ( مجموعة الاجتهادات أرتازادي 2005 عدد 7536، و(الثاني) في 3 يناير 2006 ( مجموعة الاجتهاد أرتازادي 2006 عدد 6691).

39 الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية عدد 101 بتاريخ 27 أبريل 2007. في الحالة موضوع القرار المذكور، تم التطرق لمسألة القصور في سن المتعاقدة المغربية عند بداية الملف المعد لإبرام الزواج لدى سلطة إسبانية، وبكيفية أكثر تحديدا، لصحة الترخيص المحتمل لأبويها لإبرام الزواج) المقرر من لدن محكمة ابتدائية بالمغرب، في حين عملت النيابة العامة الإسبانية على التأكد من الإعفاء المذكور طبقا لمتنصيات القانون الإسباني، قررت المديرية العامة الامتثال لشروط القانون المغربي، على نحو ما تتطلبه الفقرة الأولى من المادة 9 من قانوننا المدني) مضيفا أنه بخصوص هذه النقطة، لا يتعين الاعتداد باستثناءات النظام العام. ذلك أن الفصلين 148 والفقرة 3 و75 من هذا القانون يقران أهلية الزواج ابتداء من سن الرابعة عشر، وكذا بتصحيح قانون الزواج السابق للقاصر، (وفي الوقت الحاضر، تكون هذه المسألة موضوع تنظيم بالفصلين 20 و 21 من قانون الأسرة المغربي الجديد.

بالأمر<sup>29</sup>، وهي نفس الطريقة التي ينحوها النظام القانوني الإسباني الذي يميز بين مجموعتين مختلفتين من الحالات<sup>30</sup>:

## أ) إبرام الزواج لدى سلطة إسبانية

يعتبر الملف المذكور إزاميا في حالة إبرام الزواج لدى سلطة إسبانية في إسبانيا أو في الخارج، بالطريقة المدنية. وكذلك في حال إبرامه فوق التراب الإسباني على يد رجل دين مسيحي أو عبري وفق المقتضيات المعترف بها من لدن الدولة<sup>31</sup>. وبهذا الصدد ليس هناك أي فرق بين متعاقدين إسبانيين أو أجنبيين.

1) إن السلطتين المختصتين بدراسة الملف المذكور السابق لإبرام الزواج، في كلتا الحالتين الموصوفتين أعلاه هما على السواء، إما القاضي المكلف بالسجل المدني (أو قاضي الصلح تحت إشراف القاضي المكلف بالسجل المدني وبتفويض منه)، أو ضابط السجل المدني القنصلي محل إقامة أي واحد من المتعاقدين (المادة 238 والمادة 239 من نظام السجل المدني). وبهذا الصدد فإن القرار 2 للمديرية العامة للتسجيل والتوثيق في 8 يونيو 1998 قد أوضح، بعد أن اعتبر أن القنصل الإسباني بالدار البيضاء غير مختص لإبرام الزواج بين مواطنين أحدهما إسباني والثاني مغربي، بأنه على الرغم من كونه «من الضروري أن يؤدي الملف السابق لزواج الإسباني إلى استصدار شهادة الأهلية للزواج (انظر المادة 252 من نظام السجل المدني)، ويتم بعد ذلك الترخيص بإبرام الزواج بالمغرب على الشكل المقرر في القانون المحلي». وكذلك يمكن إبرام الزواج بإسبانيا لدى هيئة مختصة بعد حصول الملف على قرار نهائي بالإيجاب، بما في ذلك توكيل خاص يخوله الطرف المتعاقد المقيم بالخارج (انظر المادة 55 من القانون المدني)<sup>32</sup>.

يعتبر المادة 40 من القانون المدني أنه، من أجل ممارسة الحقوق وتنفيذ الالتزامات، يجب أن يكون الأشخاص الماديون مقيمين بمكان سكنهم الاعتيادي، وأن تثبت على الأقل الإقامة بإسبانيا لأحد المتعاقدين في الملف السابق لإبرام الزواج بواسطة الإدلاء بشهادة التقيد بسجل السكان أو السكن (المسلمة من لدن البلديات وتكون صالحة لثلاثة أشهر). إلا أن ما سبق ذكره لا يعني تلقائيا أن المواطن المغربي الذي يوجد في وضعية غير قانونية بإسبانيا، لا يمكنه إبرام الزواج لدى سلطة إسبانية بتابع هذه المسطرة، على نحو لا يمكن فيه دراسة الملف السابق للزواج والمرخص لإبرام الزواج. بل أكثر من ذلك، يستفاد من استشارة المديرية العامة للتسجيل والتوثيق بتاريخ 15 فبراير 2004، بشأن الإجراءات والشروط الرئيسية لإبرام الزواج المدني، بأن الإدلاء برخصة الإقامة بالنسبة للمتعاقد الأجنبي ليس ضروريا<sup>33</sup>.

يتوقف الأمر على اختيار المتعاقدين بين إنجاز الملف لدى السجل المدني البلدي أو لدى السجل المدني القنصلي لما يكون أحد المعنيين بالأمر مقيما بإسبانيا والآخر مقيما بالخارج<sup>34</sup>.

29 بخصوص المنظورين الجهوي والمسطري للملف السابق للزواج، انظر ب. أوريجودو بريطو دي لوس موسوس، «إبرام وإقرار صحة الزواج في القانون الدولي الخاص الإسباني»، أرانزادي، بامبلونا 2002، ص 27 وما يليها.

30 المادة 56.1، الفقرة 1، من القانون المدني: «يتعين على كل من أراد إبرام الزواج أن يثبت مسبقا بواسطة ملف مطابق لقانون السجل المدني، بالتوفر على جميع شروط الأهلية المنصوص عليها ضمن هذا القانون». بخصوص هذه النقطة، انظر أيضا تعليمات المديرية العامة للسجلات والتوثيق الصادرة في 22 مارس 1974 بشأن إعداد الملف السابق لإبرام الزواج المدني.

31 بالنسبة للزواج المبرم على الطريقة المدنية المطابقة للعقيدتين الأخرتين المعترف بهما من لدن الدولة الإسبانية، (المسيحية والإسلامية) ليس ثمة ما يدعو إلى دراسة الملف السابق للزواج من لدن السلطات المدنية الإسبانية، حسب مقتضيات تشريعها، إذ تتم مراقبة الشروط اللازمة لصحة الزواج من لدن هذه الأخيرة بمناسبة تقديم الملفات إلى السجل المدني الإسباني (الجرية الرسمية رقم 90، في 15 أبريل 1974).

32 النشرة الإعلامية لوزارة العدل، العدد 1840 (1999)، ص 503 وما يليها. بخصوص هذه المسألة، ولزيد من التفاصيل، انظر م. أغيلار بينيتس دي لوغو، «التدخل القنصلي في القانون الدولي الخاص»، جامعة اثيبيليا، 2005، ص 79 إلى 83.

33 النشرة الإعلامية لوزارة العدل، ملحق العدد 1986 (2005) ص 1676 وما يليها. وعلى سبيل المثال، القرار الرابع للمديرية العامة للسجلات والتوثيق في 27 ديسمبر 2004، (مجموعة الاجتهاد أرانزادي، 2005، عدد 83996). أعتقد بأن عدم التحقق فيما إذا كان الشخص الذي يرغب في إبرام الزواج (مواطن مغربي على سبيل المثال مواطن بريطاني كلاهما مقيم بلاس بالماس دي غران كناريا) مقيما بانتظام في إسبانيا، تطلب شرطا مهما للنظر في إمكانية زواج الرضى، على الرغم من عدم التمكن من تبرير رفض رخصة الزواج لدى ضابط السجل المدني الإسباني استنادا إلى مجرد ذلك.

34 القاعدة القانونية الأولى لتعليمات 9 يناير 1995 للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، بشأن الملف المعد للزواج، إذا كان أحد الزوجين مقيما بالخارج (الجرية الرسمية الإسبانية عدد 21، في 25 يناير 1995). بخصوص هذه النقطة، انظر ب. دومنغيس لوسانو: تعليمات المديرية العامة للسجلات والتوثيق، 3 يناير

## 4. التقييد بالسجل المدني الإسباني.

توجد القواعد التي يركز عليها نظام ولوج العقود للسجل المدني الإسباني، مضمنة بالفصلين 1 و 15 من القانون المنظم لهذا الأخير: يعمل الفصل الأول على تقديم تحديد مادي عن طريق تعداد الوقائع المكونة لموضوع التقييد بالسجل المدني، في حين يقدم الثاني تحديداً شخصياً وترابياً للوقائع القابلة للتقييد.<sup>27</sup> إن عرض هذه المبادئ في إطار مجال التحليل الخاص بهذا البحث، يقتضي، حسب ما سبق ذكره، وجوب قبول الزوجين اللذين يكون أحدهما إسبانياً والآخر مغربياً، بغض النظر عن المكان الذي أبرم فيه زواجهما، بسجلنا المدني، وكذا الزوجين اللذين أبرموا زواجهما فوق التراب الإسباني، حيث يكون أحد المتعاقدين إسبانياً والآخر مغربياً، أو كلاهما مغربياً، أو أحدهما مغربياً والآخر ينتمي إلى دولة ثالثة.

بالنسبة للأفراد اللذين يحملون الجنسية الإسبانية، ينص البند 1 من المادة 66 على وجوب تضمين الوقائع التي تخصهم في السجل المذكور «حتى ولو كانت هذه الأخيرة تحدد فقدانهم لهذه الصفة أو حدثت قبل اكتسابهم الجنسية». وهذا المرجع الأخير يؤسس لنوع من الرجعية في معايير التقييد بالسجل، وكما يذكره القرار الأول للمديرية العامة للسجلات والتوثيق، الصادر بتاريخ 29 مارس 2007.<sup>28</sup>

ينصب العنوان الرابع IV من هذا البحث على دراسة تقييد مختلف أنواع الزواج السالفة الذكر بالسجل المدني. ولهذه الغاية ستميز بين حالة تقييد الزواج المبرم لدى سلطة إسبانية (سواء في إسبانيا أو في الخارج)، وتقييد الزواج المبرم لدى سلطة أجنبية، وهي الحالة الأكثر تعقيداً، (سواء في إسبانيا أو في الخارج). تتضاف إلى ذلك المشاكل التي تثيرها بيانات هوية المواطنين المغاربة في الحالات التي تلج السجل المدني الإسباني.

## II. الأهلية والموافقة على إبرام الزواج.

### 1. الملف السابق للزواج.

لقد دأبت مختلف الأنظمة القانونية على المطالبة بفتح ملف سابق للزواج وتقييمه، لكي تتمكن السلطة العمومية المختصة من التأكد من توفر الشروط المطلوبة لصحة هذا العمل، وخاصة فيما يتعلق بأهلية المعنيين

القانون السويسري) فإن الحقيقة تبرهن على الاعتدال بجنسية واحدة فعليه لجميع الأغراض. وهي عادة جنسية بلد الإقامة. انظر ب. أباركا خونكو «تنظيم المجتمع المتعدد الثقافات» في أ. ل. كالفو كارافاكا، و. خ. ل. إريارتي أنجيل (ناشران). قانون الأحوال الشخصية وتعدد ثقافات الأسرة، كوليكس، مدريد، 2000، ص 170 - 171، و(النظرية والاجتهاد: الوارد به) الذي يفصل لنا التطور الحاصل في هذا المجال في النظام الفرنسي الذي تم فيه الانتقال من تفضيل جنسية البلد الأصلي كتجسيم لسياسة تكريم المهاجر مادياً، إلى اعتبار جنسية الإقامة كجنسية فعلية في الفقه والاجتهاد الفرنسيين.

27 حسب هذه القاعدة الأخيرة، يتعين إثبات الوقائع القابلة للتقييد الآتية بالسجل المدني: أ- الوقائع التي تمس الإِسبانيين حيث ما حدثت، ب- الوقائع التي تحدث بإسبانيا ولو كانت تمس أجانب، ت- الوقائع التي تحدث بالخارج كلما لزم استعمال تقييد المطابقة كأساس للقيود الهامشية المطلوبة بمقتضى القانون الإسباني.

28 الجريدة الرسمية للدولة الإسبانية، العدد 101 بتاريخ 27 أبريل 2007، المتعلقة بالتقييد بالسجل المدني الإسباني بالنسبة للزواج المبرم في 1970 في الإقليم الإسباني سابقاً للصعراء الغربية، بين المواطنين الصحراويين الذين حصل الزوج المعني على الجنسية الإسبانية في 2004. قد رفض هذا التقييد لعدم استيفائه للمقتضيات المطلوبة بموجب المادة 85 من نظام السجل المدني (اختصاص السلطة الأجنبية التي تسلمه على أساس قانوني كاف لذلك). يتعلق الأمر بوثيقة مسلمة من لدن ما يسمى بـ «سجل الجمهورية العربية الصحراوية الديمقراطية» والتي لا تتوفر على الشروط المنصوص عليها في الفصل التنظيمي الخاص بمتطلبات التقييد. إلا أنه، وحتى في حالة قبولها، وهو ما لم يتم، فإن الشهادة المدلى بها لا تتضمن الوقائع أو المعلومات المطلوبة لأغراض التقييد، والتي تشتمل الشهادة المذكورة. لا يحدد مكان إبرام الزواج، والذي يجب الإشارة إليه على كونه إقليم «الصعراء الغربية»، ولا الساعة ولا السلطة التي أبرمت الزواج. وفي نفس الحظ، يذكر القرار الأول للمديرية العامة للسجلات والتوثيق الصادر في فبراير 2003، (مجموعة الاجتهاد أرتازادي 2003، العدد 4024) المتعلق بإحدى حالات التقييد بالسجل المدني الإسباني، الخاصة بزواج تم إبرامه في المغرب سنة 1942 بين متعاقدين مغربيين اكتسبا الجنسية الإسبانية في وقت لاحق. بالاجتهاد السابق، والذي تعتبر بمقتضاها الوقائع التي تخص الإسبانيين، وعلى الرغم من حدوثها في وقت سابق لاكتساب الجنسية الإسبانية، قابلة للتقييد بالسجل المدني الإسباني المختص كلما توفرت الشروط المطلوبة لهذه الغاية.

منظور النزاع، فإن السلطة الإسبانية التي يتعين عليها، طبقاً لمقتضيات المادة 9 الفقرة 1 من قانوننا المدني، أن تتأكد من أهلية زواج المواطن الحامل لجنسيتين أو أكثر، إحداها مغربية، تعتبره مواطناً تابعاً لدولة إقامته الاعتيادية (المادة 9، البند 9، الفقرة 2، الجملة الثانية، والمادة 9، البند 10 من القانون المدني، ويجب أن يفهم من الدولة، استناداً إلى الملائمة المنطقية والمنظمة مع القاعدة المضمنة في البند 9، الفقرة 1 من نفس الفصل، دولة آخر إقامته الاعتيادية)<sup>24</sup>.

2. في القانون المغربي، يقتضي التوقع المضمن بالقاعدة المعقدة للنزاع الأحادي الطرف الواردة في المادة 2 من قانون الأسرة 2004، من السلطات المغربية تطبيق النص القانوني المذكور على جميع المغاربة (حتى ولو كانوا يحملون بالإضافة إلى ذلك جنسية أو جنسيات أخرى، من قبيل الجنسية الإسبانية على سبيل المثال)، وكذلك على أي زواج يكون فيه أحد الزوجين على الأقل مغربياً. إن ذلك سوف يسبب، حسب تعبير م. ص. فوليت و خ. إ. كارلي، بالنسبة للأزواج المختلطين المقيمين بالخارج، والذين يكون أحدهم مغربياً، نزاعاً متكرراً بين الجنسية الأصلية (الجنسية المغربية) و جنسية دولة الإقامة الاعتيادية. ولذلك فإن أنظمة القانون الدولي الخاص لبلدان أوربا الغربية، تفرض كقاعدة للتطبيق على الأوضاع العائلية لهؤلاء الأزواج المختلطين، قانون دولة إقامتهم الاعتيادية، (وفي هذه الحالة، قانون بلد أوربي)، في غياب جنسية مشتركة للزوجين.<sup>25</sup> كمثل على ما سبق عرضه، نجد قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق (الأول) في 14 يونيو 2005، الذي وردت فيه إمكانية تقييد الزواج الديني المبرم بين مواطن مغربي ومواطن من أصل مغربي اكتسب في وقت لاحق الجنسية الإسبانية بالإقامة؛ وقد تجلّى النزاع المرتبط بمنح الجنسية بكل وضوح في المقطع بعده من القرار المذكور:

«في هذه الحالة، نجد أن المتعاقد الإسباني الذي تخلو وضعيته كإسباني من أي شك اعتباراً لشهادته ولادته التي تتضمن بيانات الطرة إثباتاً لاكتسابه الجنسية الإسبانية بالإقامة، بموجب قرار المديرية العامة للسجلات والتوثيق، الصادر بتاريخ 8 سبتمبر 1994، قد اعتبرته السلطات المغربية المكلفة بالترخيص بالزواج كمواطن مغربي وليس كمواطن إسباني، نظراً لعدم اعتراف هذه الأخيرة بصحة ومفعول التنازل عن هذه الجنسية وهو التنازل الذي عبر عنه المعني بالأمر لأغراض إتمام سندته المتعلقة باكتساب الجنسية الإسبانية. يتعلق الأمر بأحد الاعتبارات التي لا يمكن قطعاً للسلطات الإسبانية أن تتسامح بشأنه. ذلك أنه في مثل هذه الحالات التي تهم ازدواج الجنسية الواقعي لأحد المواطنين الإspanيين الذي يحمل بالإضافة إلى ذلك جنسية أخرى غير مقررة ضمن قوانيننا أو ضمن المعاهدات الدولية، ترجح في جميع الحالات الجنسية الإسبانية. (انظر المادة 9، البند 9 من القانون المدني)»<sup>26</sup>.

ص 584، وما يليها؛ وكذا مقالات ن. بوزا فيدال، «المجال الشخصي لتطبيق قانون الإقامة في حالة ازدواج الجنسية»، مجلة المؤسسات الأوربية، 1993، عدد 2، ص 563 وما يليها؛ ل. ف. خ. كاراسكوف غونزاليس، «الجنسية المزدوجة والقانون الدولي»، «العمال المهاجرون وقانون الجنسية والتطبيق»، العدد 1، ص 7 وما يليها؛ لأ. خ. ماريابيسينا فيسنتي، «حلول النزاعات الخاصة بالجنسية في قانون الاتحاد الأوربي»، (تفسير قرار محكمة العدل بتاريخ 7 يوليو 1992)، «القانون، المجموعات الأوربية»، عدد 28، يناير 1994، ص 1 وما يليها؛ ل. إيكليسيس بوهيكس، «ازدواج الجنسية وقانون الاتحاد الأوربي»، في القضية C-369/90، ميشليني، قرار محكمة العدل للاتحاد الأوربي، الصادر بتاريخ 7 يوليو 1992، في «نحو نظام دولي وأوربي جديد»، دراسات تكريم الأستاذ دياس دي فيلاسكو، تيكونوس، مدريد 1993، ص 953 وما يليها؛ و. د. ريسوم دوليفيرا، «القضية رقم C-369/90»، ميشليني والآخرين، ضد مندوبية الحكومة في كانطاريا»، مجلة قانون السوق الأوربية المشتركة، 1993، عدد 4 ص 623 وما يليها.

24 إن مبدأ ترجيح قانون دولة الإقامة الاعتيادية في حالة تعدد الجنسيات غير جديد، ذلك أننا نجد مكرساً في معاهدة لاهاي السالفة الذكر، المؤرخة في 12 أبريل 1930. وبالنسبة لتطبيقه على حالة المغاربة المقيمين بالبلدان الأوربية، علاقة بقانون الأسرة المغربي الجديد، 2004. انظر م. س. فوليت و م. م. الوكيل، «الزواج والتطليق في قانون الأسرة المغربي الجديد: أي إشراك للمغاربة في أوربا؟»، مجلة نقد القانون الدولي الخاص، 2006، عدد 3، ص 532-531.

25 قانون الأسرة المغربي، المرجع السابق. انظر ص 78. حول هذه المسألة، انظر كذلك م. ك. فوليت و م. الوكيل، المرجع السابق، ص 535.

26 مجموعة الاجتهاد أرتازادي 522، العدد 7534. إن اللجوء إلى الطريقة المقارنة يمكننا من إطلاقة على التجربة الثرية لبلدان أخرى من محيطنا. وأمام حلول معزولة ومزمنة (تتجلى على سبيل المثال في اعتبار إحدى الجنسيات أو الأخرى جنسية فعلية من بين الجنسيات المعتمدة، علاقة بالبلدان المعني بالأمر، حالة

وانسجاما مع التطبيق العملي لمبادئ التقييد بالسجل، والمكرسة في الفصلين 1 و 15 من قانون السجل المدني المؤرخ في 8 يونيو 1957، لأغراض التحليل المطلوب ضمن هذا العمل، يجب أن تفتح هذه الإمكانيات، من جهة، أمام الأزواج الذين يكون من بينهم أحد المتعاقدين إسبانيا والآخر مغربيا، بغض النظر عن مكان إبرام الزواج؛ ومن جهة أخرى، أمام الأزواج الذين أبرموا زواجهم فوق التراب الإسباني والذين يكون أحد عاقديه إسبانيا والآخر مغربيا، أو يكون المتعاقدان مغربيان، أو يكون أحد عاقديه مغربيا والآخر من جنسية ثالثة. وسوف تحدد هذه التشكيلة من الإمكانيات تنوعا في السلطات المختصة لأجل إبرام الزواج، كما سنرى لاحقا.

### 3. الحالة التي يكون فيها على الأقل أحد المتعاقدين مغربيا.

في الفرضية موضوع التحليل الوارد في هذا الباب، يجب لزوما أن يكون أحد الزوجين على الأقل مغربيا، كما سبق أن ذكرنا. لقد تمت مؤخرا معالجة تقنين الجنسية المغربية بمقتضى القانون 62/06 (الصادر بموجب الظهير 1/07/80 بتاريخ 23 مارس 2007)، المعدل والمتمم لقانون 6 سبتمبر 1958، المتضمن للمصادقة على قانون الجنسية المغربية (الصادر هو الآخر بموجب الظهير 1/58/280).<sup>19</sup> ومن بين التعديلات المتميزة والمهمة، نجد تعديل المادة 6 من القانون الذي أصبح بموجبه مغربيا ابن الزوجين اللذين يحمل أحدهما الجنسية المغربية (دون أي تحديد بشأن الحالة المدنية لهذا الأخير)، وهذا ما يقتضي المساواة بين الجنسين في منح الجنسية المغربية الأصلية.<sup>20</sup>

بعد عرض ما سبق، يمكن أن نجد أنفسنا أمام الحالة التي يكون فيها المتعاقد المغربي حاملا لجنسية أخرى. بالنسبة لفرضية من هذا القبيل، فإن غياب أداة فوق الدولة تمكن من حل منسجم أو موحد للمقتضيات الثنائية الاسبانية والمغربية، المتعلقة بتعدد الجنسيات تثير وضعيات شاذة، الأمر الذي يدفع سلطات المملكتين إلى تبني مختلف الحلول بهدف تجاوزها.<sup>21</sup>

1. إذا تعلق الأمر بشخص يحمل جنسيتين أو أكثر، فإن القواعد التي يجب على السلطات الاسبانية المختصة تطبيقها لأجل إبرام زواج مختلط، محتمل، هي الآتية (المادة 9 سابقا، الفقرتان 9 و 10 من القانون المدني).

أ) متعاقد يحمل جنسيتين أو أكثر، واحدة منها إسبانية، (جنسية مغربية وأخرى إسبانية على سبيل المثال): ترجح هذه الأخيرة في جميع الحالات.

ب) متعاقد يحمل جنسيتين أو أكثر، لا توجد من ضمنها الجنسية الاسبانية، (جنسية مغربية وجنسية بلد آخر): لا تعتبر سلطاتنا في هذه الحالة، مختصة لتحديد الجنسية التي يجب ترجيحها على الأخرى، طبقا لمبدأ حصري اختصاص كل دولة في تحديد من هم مواطنوها. وهي الأطروحة المستمدة من القرار الصادر بتاريخ 6 أبريل 1955 عن المحكمة الدولية للقضاء في قضية نوبنبيهوم<sup>22</sup> الشهيرة والمعمول به في القضاء الأوروبي بواسطة قرار محكمة العدل للمجموعات الأوربية، الصادر بتاريخ 7 يوليو 1992 في القضية رقم C-369/90 ميشلوليتي<sup>23</sup>. وعلى الرغم من ذلك، وانطلاقا من

19 لجريدة الرسمية عدد 5513 بتاريخ 2 أبريل 2007 باللغة العربية، وعدد 5514 بتاريخ 5 أبريل 2007 باللغة الفرنسية.

20 يجب الأخذ بعين الاعتبار، فضلا عن ذلك، أن هذه القاعدة تطبق حتى على الأبناء المولودين في وقت سابق لسريان مفعول القانون الجديد (مقتضى انتقالي لنفس القانون). كما أن القانون الجديد ينص كذلك على إمكانية اكتساب الأجنبية المتزوجة من مغربي للجنسية المغربية بعد خمس سنوات من الإقامة الاعتيادية والمنظمة بالمغرب (المادة 10)، أو على فرضية فقدان الجنسية المغربية بالنسبة لمواطنة هذا البلد التي تزوجت من أجنبي، وتكتسب بفعل ذلك جنسية زوجها (المادة 19).

21 في الواقع، لم تكتب أي واحدة من المملكتين اتفاقية لاهاي المؤرخة في 12 أبريل 1930 بشأن نزاعات القوانين المتعلقة بالجنسية. وبخصوص هذا الموضوع، بصفة عامة، انظر خ فوري ديلاينغوا «الأسرة العربية أمام التشريع الإسباني المتعلق بالجنسية والأجانب»، في أ. بوراس رديغس و س الزنيسي (ناشران)، الإسلام القانوني وأوربا، القانون والدين والسياسة، المعهد الكاتلاني للبحر الأبيض المتوسط للدراسات والتعاون، برشلونة، 1998، ص 199 وما يليها. 22 مجموعة محكمة العدل الدولية، 1955، ص 4 وما يليها.

23 المجموعة القانونية لاجتهاد محكمة العدل للمجموعات الأوربية 1992، ص I-04239 وما يليها. انظر بشأنها مذكرات أ. ألفارو رودريغس ودي طرماس كاراسكو، في المجلة الاسبانية للقانون الدولي، 1993، عدد 2، ص 431 وما يليها؛ و أ بوراس رودريغس في المجلة القانونية لكاتالونيا 1993، عدد 2.



ولأغراض هذه الدراسة، يجب التشديد على أن موضوع الزواج الواقعي يكتسي أهمية خاصة، حيث تمت معالجته بكيفية صريحة ضمن التعليمات CE / 2004/38 لمجموعة الدول الأوروبية، الصادرة في 29 أبريل 2004،<sup>15</sup> وكذا ضمن المرسوم الملكي 240/2007، الصادر في 16 فبراير، الذي نقلها إلى نظامنا القانوني<sup>16</sup> في إطار التجمع العائلي، في حالة الزواج المتعدد. في الواقع، نجد أن كلا النصين يخص بعضا من مقتضياته للحق الذي يؤول لكل مواطن ينتمي للاتحاد الأوروبي أو لإحدى الدول الأعضاء في الاتفاقية بشأن المجال الاقتصادي الأوروبي أو سويسرا، بأن يستقدم للعيش معه كفرد من أسرته.

«القرين الذي (...) أبرم معه قرانا مقيدا، طبقا للتشريع المعمول به بإحدى الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، إذا كان تشريع الدولة العضو المضيفه يخص للقرينين المقيدين معاملة ماثلة لمعاملة الأزواج، وطبقا للشروط المحددة في التشريع المطبق للدولة العضو المضيفه.» (المادة 1 الفقرة 2. ت من تعليمات اللجنة CE / 2004/38 )،

أو «القرين الذي يعاشره بكيفية شبيهة بالزواج المقيد بالسجل العمومي المعد لهذه الغاية، بإحدى الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي أو بإحدى الدول التابعة للمجال الاقتصادي الأوروبي، التي تمنح إمكانية إمساك سجلين متزامنين بالدولة المذكورة، وطالما لم يلغى التقييد المذكور. وهذا ما يتعين إثباته بطريقة كافية.» ( المادة 2 ب من المرسوم الملكي 240/2007).<sup>17</sup>

وكما يمكن ملاحظة ذلك، فإن صياغة نص المرسوم الملكي 240/2007 تعتبر أكثر صرامة من صيغة المادة 2 ، الفقرة 2، حرف ت من تعليمات اللجنة CE / 2004/38 المتعلقة بالطابع الإلزامي لتقييد الزوجين بأحد السجلات العمومية فيما يخص فرضية تزامن التقييد بنفس الدولة، حيث أن القاعدة القانونية الإسبانية لا تقبل سوى قييدا واحدا (شريطة أن يكون غير ملغى). وهذه الصرامة من شأنها أن تثير بعض الصعوبات في هذه الدول، على غرار ما هو عليه الأمر في إسبانيا، والتي ليس لها قيد واحد للأزواج الواقعيين.<sup>18</sup>

## 2. إبرام الزواج لدى سلطة إسبانية أو أجنبية.

في تحديد الصنف موضوع الدراسة بهذا الباب، وفضلا عن كون تصنيف الحالة في خانة الزواج (مع ما سبق عرضه من الصعوبات بسبب الخصائص المتعلقة بقبول الزواج المتعدد في النظام القانوني المغربي، والزواج بين شخصين من نفس الجنس في النظام القانوني الإسباني)، فإن الأمر يتعلق بعقد يتم إبرامه لدى سلطة مدنية أو دينية مختصة، وبذلك تكون حالة ما اصطلح عليه بالزواج الواقعي قد تم تناولها كما يجب.

3313نهاية، بتاريخ 28 يونيو 2006، وتقرير اللجنة المرفوع لمجلس البرلمان الأوروبي، بنفس التاريخ، عند تحرير هذه السطور، كان ينتظر نشر التقرير بشأن تنفيذ البرنامج خلال سنة 2006.

15 فيما يخص حق مواطني الاتحاد وأفراد أسرهم في التنقل والإقامة بكل حرية فوق تراب الدول الأعضاء (د و س ي 158) في 30 أبريل 2004، انظر ج. أ. كارلي، «صيرورة التنقل الحر للمواطنين عبر الاتحاد الأوروبي. نظرة على التعليمات CE / 2004/38 من دفاقر القانون الأوروبي 2006، عدد 1، ص 13 وما يليها؛ أ. أوليسبي، «حق تنقل وإقامة المواطن الأوروبي على هذه التعليمات CE / 2004/38 للبرلمان الأوروبي والمجلس»، المجلة العامة للقانون الأوروبي، عدد 10، 2006. www.iustel.com و س سانا، «التعليمات CE / 2004/38 اللجنة الأوروبية المتعلقة بحق مواطن الاتحاد وأسرته في التنقل والإقامة بكل حرية فوق تراب الدولة العضو»، مجلة القانون الدولي الخاص والتقاضي، 2006، عدد 4 ص 1157 وما يليها.

16 ينظم ولوج وحرية تنقل وإقامة مواطني الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي والدول الأخرى المعترفة طرفا في الاتفاق بشأن المجال الاقتصادي الأوروبي في إسبانيا، الجريدة الرسمية للدولة، عدد 51 الصادرة في 28 فبراير 2007.

17 تضاف إليهم كذلك الفروع المباشرة دون 21 سنة للزواج الواقعي، على نحو ما تم تعريفه، كالأصول المباشرين لهذا الأخير، الموجودين تحت كفالتهم. 18 هذا ما عبر عنه بكيفية جلية مجلس الدولة في الفتوى 1829/2006، بتاريخ 11 نوفمبر، بشأن مشروع المرسوم الملكي: «لقد كان هذا التفتين، على امتداد الملف، موضوع العديد من الانتقادات، ليس فقط بسبب إدراج مثل هؤلاء الأزواج ضمن مجال التطبيق، بل لكون نظامنا القانوني لا يتضمن أداة قانونية وحيدة تضمن المساواة لهذا الصنف من الزواج المقيد على جميع التراب الإسباني. وتحديدًا، وجهت الانتقادات إلى حلو قانوننا من أداة مقننة ذات طابع عام تحدد شروطا موحدة وعواقب لهذا الصنف من الزواج في الدولة كلها. إن مجلس الدولة، بعد إخطاره بالآثار المفضرة الممكنة، نتيجة لغياب مقتضى حكومي يتصف بهذه الخصائص من قانوننا، ضمن الفتوى عدد 2628/2004 المتعلقة بمسودة القانون المعدل للقانون المدني بالنسبة للحق في إبرام الزواج، قد اعتبر بأن هذا الغياب لا يؤثر بصفة عامة على تطبيق المشروع، وهو ما لا يعني بأن ذلك قد يتسبب في إخلال ما، علاقة ببعض توقعات المشروع، من قبيل منع التقييد المزدوج أو التعدد بنفس الدولة. يمكن الاطلاع على النص بالرجوع إلى الصفحة المضمنة ب www.consejoestado.es )



على هذا الأساس، فإن الاعتراف القانوني في أدنى أو أقصى درجاته، بالزواج الواقعي، حتى بين شخصين من نفس الجنس، من لدن مختلف قوانين دول الاتحاد الأوروبي، قد بات حقيقة لا تنكر منذ أزيد من خمس سنوات<sup>8</sup>، إلا أنه باستعمالنا لعبارة «الزواج الواقعي»، نجدنا نلمح إلى حقيقة مبهمة وشاسعة، يراد بها الإحاطة، حسب تعبير غودميت طاليون، بظاهرة متعددة الأشكال<sup>9</sup>. وفي بلدنا تحديداً، وعلى نحو ما بينه ب. كاريليو كاريليو، بكيفية جلية، فإن إضافة هذا الصنف من الأوضاع يخضع لسببين، ويتعلق الأمر بالقيم الجديدة التي كفلها الدستور وبالتغيير الجوهري الذي عرفه المجتمع الإسباني<sup>10</sup>.

ومن بين الصعوبات التي يثيرها مشكل الزواج الواقعي من وجهة نظر قانونية، يمكن أن نذكر مسألة قبول هذا الشكل من عدمه. وتتنوع الحالات الموجودة، ثم مسألة تقييدها (بالسجلات العمومية من عدمه)، والحالات الغير المقيدة، وإدخال عامل الجنس بالنسبة للزوجين، ذلك أن بعض الدول تعترف قانوناً بالزوجين من نفس الجنس، وبإمكانية الرجوع إلى هذا النوع من الزواج عن طريق التندليس بهدف الحصول على امتياز الجنسية أو على وضع إداري نهائي في أحد بلدان الاتحاد الأوروبي. إن اقتران هذا التعقيد بتكاثر الزواج من خارج الحدود بالاتحاد الأوروبي، (نتيجة لتزايد تدفق الهجرة ولحركية الأشخاص الدائمة داخل بلدانهم)، وكذا ظاهرة الارتباطات عن طريق الجنسية، أو الإقامة أو السكنى الاعتيادية، المستعملة ضمن قواعد النزاع بمختلف الدول، يؤدي بنا نحو مشهد جد معقد<sup>11</sup>.

إن كل ما سبق ذكره يفسر بأن الزواج الواقعي قد كان موضوع اجتهاد واسع بمحكمة العدل للاتحاد الأوروبي، علاقة بحرية تنقل الأشخاص<sup>12</sup>، كمبادرات تشريعية للجنة الأوروبية، وذلك بغية إقامة مجال حقيقي للحرية والسلامة والعدل في القارة: في الواقع، إن الكتاب الأخضر بشأن التشريع المطبق والاختصاص في قضايا التطبيق، الصادر في 14 مارس 2005<sup>13</sup> قد فتح الباب أمام حيرة قانونية تطع هذا المجال من العمل، الذي تظهر فيه بتواتر وضعيات مثيرة للنزاع، كذلك التي يشككها شخصان يتعاشران في إطار الزواج الواقعي، أحدهما ينتمي إلى بلد يقبل ببعض آثار هذا الشكل من الزواج، (إسبانيا على سبيل المثال)، والآخر ينتمي لدولة ترفض هذه الآثار (المغرب على سبيل المثال)<sup>14</sup>.

8 يجب التذكير أن اللجنة الدولية للحالة المدنية قد صادقت في 22 مارس 2007، باستراسبورغ، على مشروع اتفاقية بشأن الاعتراف بالزواج الواقعيين المقيدين، وهي الاتفاقية التي ستظل مفتوحة أمام توقيع الدول ابتداء من سبتمبر 2007. كما أن فصلها الأول يعرف قران الزوجين الواقعيين المقيدين كزواج لأجل المعاشرة بين شخصين من نفس الجنس أو من جنس مختلف، على خلاف الزواج الذي يؤدي إلى تقييده لدى سلطة عمومية. يمكن الاطلاع سواء على نص الاتفاقية أو على التقرير التفسيري المرفق بها بصفحة الويب لهذه الهيئة ( www.ciecgro ).

9 «انفصال الزوجين في القانون الدولي الخاص»، مجموعة دروس أكاديمية القانون الدولي، الجزء 226، 1991، ص 155 وما يليها.

10 «القانون المطبق على الأزواج الواقعيين في القانون الدولي الخاص الإسباني»، نفس المرجع، ص 392.

11 وذلك دون ذكر الآثار الموازية لهذا الشكل: مسألة النفقة بين الأقارب والآثار الشخصية وغيرها مما له علاقة بالذمة المالية لنظام الزوجين، والنسب البيولوجي أو النسب بالتبني، نظام الميراث، الخ. بالنسبة لهذه النقطة الأخيرة، نجيل على أ. رودريغس بينوت «الإرث على إثر الوفاة وفادج الأسرة في العلاقات القانونية الخارجية» في أ. ل. كالفو كارافاكا وإ. كسطينيانوس ريز (مشرفان)، قانون الأسرة قبل القرن 12: جوانب دولية، مدريد، كوليكس، 2004، ص 694-692.

12 انظر ص سانثيس روداس نافارو، «القران بالزواج وبغيره» في «اجتهاد محكمة القضاة للاتحاد الأوروبي: آثاره في مجال حماية العمال المهاجرين»، دليل القانون الأوروبي، عدد 4 (2004)، ص 73 وما يليها.

13 ك و م (2005) 85 نهاية. بخصوص هذه النقطة، نجيل على أ. رودريغس بينوت، «مقترحات قانون الاتحاد الأوروبي بشأن الاعتراف بالقرارات القضائية في القطاعات الأخرى لقانون الأسرة: النظام الاقتصادي للزواج الواقعي، النفقة، والميراث» في إطار حرية حركة القرارات القضائية عبر الاتحاد الأوروبي، جامعة اشبيلية، 2005، ص 159 وما يليها، عدد خاص 174-172.

14 خلال مجلس وزرا العدل والدخالية الذي صادق على برنامج لاهاي لأجل توطين الحرية والسلامة والعدل بالاتحاد الأوروبي (د. أودر س 53 بتاريخ 3 مارس 2005)، نص مقترح الزناسة الهولندية لأجل ملاممة الاعتراف المتبادل بالقرارات المدنية، وخاصة فيما يتعلق بزواج شخصين من نفس الجنس والزواج الواقعي (الذي نال أكبر حصة من المناقشات بالنسبة لغیره، (على وجوب السماح بملامة خفيفة لا على المستوى العادي بل على مستوى المنازعات، ابتداء من 2011. خلال الاجتماع غير الرسمي للمجلس الذي تدارس هذا المقترح، اعتبرت كل من ألمانيا وإسبانيا هذا الأخير سابقاً لأوانه. أما فنلندا، التي عبرت عن موافقتها عليه، فإنها قد أرادت أن البرنامج الزمني جد طموح، ونفس الشيء بالنسبة لإيطاليا التي اقترحت مراجعة أجندة المفاوضات. واقترحت أستراليا إبعاد ملاممة الزواج الواقعي من المقترح. في حين، عبرت كل من اسلوفاكيا ومالطا والبرتغال عن تخوفاتها وشكوكها إزاء ملاممة هذا الشكل من الزواج. ولقد تم البرنامج المذكور بمخطط عمل المجلس واللجنة يطبق بمقتضاها برنامج لاهاي بشأن دعم الحرية والسلامة والعدل بالاتحاد الأوروبي) د. أودر 198 بتاريخ 12 غشت 2005. مع وجوب الأخذ بالاعتبار في وقت لاحق، الوثائق التالية: تقرير اللجنة للمجلس وللبرلمان الأوروبي. تنفيذ برنامج لاهاي: تورية الطريق، ك و م 2006.

وفي سياق اعتبارات أخرى، نجد أن تصنيف مؤسسة الزواج في إطار موضوع هذا البحث، يتطلب منا كذلك تقييم حالة ما اصطلح عليه بالزواج الواقعي، المكون بدون أي رسم شكلي وفي غياب أي سلطة (مدنية أو دينية) ترخص به، وذلك بغض النظر عن إمكانية تقييد هذا الزواج لاحقاً بأحد السجلات العمومية<sup>4</sup>.

إن حقيقة الزواج الواقعي تدعمها، على نحو ما سجله إ. غوزاليس، عوامل مختلفة من قبيل التصنيع ومشاركة المرأة في الاقتصاد ووضعها الاجتماعي الجديد، والمساواة بين الجنسين، وانهيار ظاهرة الأعراس والإنجاب، وتغيير البرامج الزمنية للأسر أو ارتفاع الأزمات الزوجية<sup>5</sup> وفي هذا الاتجاه، إن صار الحديث اليوم صريحاً حول نماذج الأسرة، فإن ذلك يفترض بدوره تواجد تعددية في نماذج المعاشرة الزوجية في المجتمعات الغربية تبعا للسلطة المكلفة بإبرام الزواج (مدنية أو دينية)، أو لشكله (زواج أو معاشرة فعلية، وفي هذه الحالة يتعين معرفة ما إذا كانت المعاشرة مسجلة رسمياً أم لا)، ولعدد الأشخاص المتدخلين (زوجان أو تعدد الزوجات)، ولجنس الزوجين (من جنسين مختلفين أو من جنس واحد)<sup>6</sup>... ومن المؤكد أن الأمر الدستوري المتعلق بحماية الأسرة المعمول به في وسطنا (وكذا الفقرة الأولى من المادة 39 من ميثاقنا المتعلق بالشرف، يقتضي، في التشكيل الحالية للمجتمع، ضرورة حماية جميع أنواع نماذج الأسرة. وبالتالي فقد أصبحت اليوم بعض أشكال الأسر التي كانت تعيش فيما مضى في السرية أو التي لم تكن مقبولة إلا لدى فئات مهمشة تحظى بالاعتراف العمومي، وهو ما يمكن تفسيره بالموقف اللامبالي والتلريجي الذي يتبعه كل من الدولة والقانون إزاء ما حدث، مثلاً في الحياة الخاصة للزوجين الذين يكونان أسرة<sup>7</sup>.

عدد 1، ص 21 وما يليها؛ ب. دياغو دياغو، «المفهوم الإسلامي للأسرة وانعكاساته على القانون الدولي الخاص الإسباني»، إيكواليتاس، عدد 6، (يناير / أبريل 2006)، ص 6 وما يليها؛ م. ص. فوليت (مدير)، «الأسر الإسلام- أوروبا: القانون في مواجهة التغير»، هرطمان، باريس، 1996؛ نفس المرجع، «الأسر المغاربية والقضاء في بلجيكا. الأنطربولوجية القانونية والهجرة، كارطالا، باريس، 1994؛ أوفامبي، «قانون الأسرة: المجتمع المدني المتعدد الثقافات، التوجه الجديد للقانون الدولي الخاص»، مجلة القانون الدولي الخاص والتقاضى، 1993، عدد 2، ص 295 وما يليها؛ ب. لاغارد، «الاختلافات الثقافية والنظام العام في القانون الدولي الخاص للأسرة»، دليل معهد القانون الدولي، 2005، ص 43 وما يليها؛ أ. مونتيليا دي لا كاي، «الهجرة الثقافية والحرية الدينية للمسلمين بإسبانيا: مشاكل في ملامحة قانون الأسرة للقانون الإسباني»، في أ. ل. غيبغو كارافاكا وب. بلاكو مزاليس ليموتس - كوردس، «العولة والقانون»، كوليكس، مدريد، 2003، ص 381 وما يليها؛ ج. مورلي، «العقلنة والتعدد الثقافي في عدم الاعتراف بالزواج الأجنبي»، القانون الدولي المقارن، مجلة تصدر كل ثلاثة أشهر، عدد 2000 - 49، ص 643 وما يليها؛ ف. باسطور، «الأسرة المهاجرة والقانون المغربي: قانون الأسرة الإسلامي بفرنسا وإيطاليا»، مجلة القانون الدولي، 1993، عدد 1، ص 73 وما يليها؛ أ. رديغيس بينوت وأ. إبارا بوريس، «الأسرة والهجرة وتعدد الثقافات: التجربة الأوربية»، في ن. غنساليس مارتينيز كورد، «الأسرة والهجرة وتعدد الثقافات: منظور قانوني مقارن»، بوروا أونام، المكسيك، 2006، ص 83 وما يليها.

4. بالنسبة لتشكيل هذه الصورة في النظام الإسباني للقانون الدولي الخاص، يمكن الاطلاع على المراجع الآتية من بين مراجع أخرى: أ. أرتوس إيريبيري، «الحرية الفردية والزواج أمام القانون الدولي الخاص»، مجلة الإسبانية للقانون الدولي 2002 عدد 1، ص 41 وما يليها؛ ز. م. أسين كاربيري، «الشراكة في القانون الإسباني: أي مستقبل من أجل تشريع في القانون الدولي الخاص؟»، في ب. غوتير وأ. بونومي، (منشورات)، «جوانب القانون الدولي الخاص للتركات المسجلة بأوروبا» شوكتيس، زيوريخ، 2004، ص 71 وما يليها؛ أ. ل. كالفو كارافاكا. وأ. خ. كاركوسا غنساليس «القانون الدولي الخاص وظاهرة الزواج بين شخصين من نفس الجنس»، منشورات القانون (مجلة كلية الحقوق لجامعة مورسيا) عدد 23 (2005)، ص 11 وما يليها؛ ب. كاريبيو كاريو، «القانون المطبق على الأزواج الواقعيين في القانون الدولي الخاص الإسباني»، في أ. ل. كالفو كارافاكا، إي. خ. ل. إيربارتي أنخيل (منشورات)، «العولة والأسرة»، كوليكس، مدريد، 2001، ص 385 وما يليها؛ ن. كومت غيوم، «القرينات الغير متزوجات إزاء القانون الدولي الخاص»، إ. ل. ل. كالفو كارافاكا و. خ. ل. إيربارتي أنخيل، (منشورات)، العولة والأسرة، كوليكس، مدريد، 2001، ص 295 وما يليها. لأجل الحصول على تحليل مقارن للشكل في قوانين بلدنا، انظر ص. غوزاليس بيلغوس، «الزواج الواقعي والزواج بين شخصين من نفس الجنس في الاتحاد الأوربي»، مارسيل بولس، مدريد، 2004؛ أ. لازارو غزالييس، «الزواج في القانون الدولي الخاص الإسباني»، طيكوس، مدريد، 1999؛ أور. بريس فيرا، «الزواج الواقعي من منظور القانون الدولي الخاص الإسباني»، في أ. ل. كالفو كارافاكا و. خ. ل. إيربارتي أنخيل (منشورات)، «الأحوال الشخصية وتعدد ثقافات الأسرة»، كوليكس، مدريد، 2000، ص 131 وما يليها؛ أ. كيتونيس غسكاميس، «المعاشرة في إطار الزواج أو بلونه: التكوين والاعتراف والآثار على المستوى الدولي. الأعمال الرسمية والوقائع في القانون الدولي الخاص، ريسة، برشلونة، 2007؛ ب. سانثيس لورينسو، «القرينات غير المتزوجات إزاء القانون الدولي الخاص»، «المجلة الإسبانية للقانون الدولي»، 1989، عدد 2، ص 487 وما يليها؛ خ. ل. سيلفا بولخانس، «الزواج الواقعي واكتساب الجنسية الإسبانية»، في م. د. آدم مونوس وأ. بلاسكيس رودريغيس (منشورات)، «الجنسية والأجانب والمواطنة في الاتحاد الأوربي»، كوليكس، مدريد، 2005، ص 25 وما يليها.

5. المعاشرة الواقعية في القانون الدولي الخاص الإسباني، انظر الصفحة 38، والفقه في نفس المرجع.

6. بخصوص نماذج الأسرة والزواج في المجتمع الحالي، انظر أ. باينهام، «قانون الأسرة في المجتمع المتعدد» في ن. لاو. ج. دوغلاس، (منشورات)، «الأسرة عبر الحدود»، ماتينوس نيجوفلاهاي، 1996، ص 300 وما يليها؛ د. موير وات، «نماذج الأسر على محك العولة»، (جوانب القانون الدولي الخاص)، في أ. ل. كالفو كارافاكا و. خ. ل. إيربارتي أنخيل، منشورات، العولة والأسرة، كوليكس، مدريد، 2007، ص 11 وما يليها؛ وأ. ديفور، «الزواج في المجتمع العصري: إيدولوجيات الزواج العصري»، «الصحافة الجامعية، فريبورغ، 1997.

7. لازارو غوزاليس، نفس المرجع ما قبل الأخير، ص 39-40.

# أ. نحدية مجال النحيل

## 1. مفهوم الزواج.

إن الدراسة التطبيقية للأثر الذي قد ينتجه زواج يكون أحد عاقيه على الأقل مغربيا، إزاء القانون الإسباني، يجب أن تنطلق من تحديد وصفي مسبق يتجلى في معرفة مدلول مصطلح الزواج.

وفي النظامين القانونيين المغربي والإسباني تشكل هذه المؤسسة صورة مركزية في قانوني أسرتهما كل فيما يخصه.<sup>1</sup>

أ) عرف القانون المغربي هذه المؤسسة في المادة 4 من قانون الأسرة لسنة 2004، على كونها ميثاق تراضي وترايط شرعي بين رجل وامرأة على وجه اللوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، تحت رعاية الزوجين طبقا لأحكام المدونة المذكورة.<sup>2</sup>

ب) في القانون الإسباني، يمكن اعتبار الزواج على كونه قران في المساواة بين حقوق وواجبات شخصين، بناء على رضاهما المتبادل، مع وجوب احترام بعضهما البعض، والتصرف لما فيه مصلحة الأسرة، والمعاشرة والحفاظ على الوفاء والمساعدة والتعاون المتبادل، وتقسام المسؤوليات المنزلية والسهر على الأصول والفروع ورعايتهم، وكرامة الأشخاص الآخرين الموجودين تحت كفالتهم. (الفصول 44 و66 إلى 68 من القانون المدني).

إن تحليلا مقارنا أوليا للنظامين يبين بكيفية جلية تطابقا أساسيا فيما يخص الطابع التوافقي للشكل والمضمون في هذا التطابق علاقة بالحقوق والواجبات الناجمة عن العلاقة بين الزوجين، إلا أنه يكشف كذلك عن اختلاف جوهري فيما يخص العنصر الذاتي، سواء تعلق الأمر بعدد الزوجات أو بجنس الزوجين: وهكذا إذا كان النظام المغربي يقر التعدد فإن نظيره الإسباني لا يقبله، وإذا كان هذا الأخير يقر الزواج بين شخصين من نفس الجنس، فإن النظام المغربي يرفضه. وسوف تكون هاتين المسألتين موضوع تحليل خاص ضمن الصفحات الموالية.<sup>3</sup>

1. رودريغيس بينوت، «نظام الأحوال الشخصية المشترك»، الفاء القضائي الأول الإسباني المغربي، المنظم من لدن المجلس العام للسلطة القضائية (إسبانيا)، والمجلس الأعلى بالمغرب، مركز المنشورات والمستندات القضائية، الرباط، 2002، ص 78.
2. تمت المصادقة على قانون الأسرة المذكور بمقتضى ظهير 3 فبراير 2004، المتعلق بإصدار القانون رقم 70/03 (الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004، النسخة العربية، والعدد 5358 في 6 أكتوبر 2005، النسخة الفرنسية). ولقد استعملت في هذا النص الترجمة غير الرسمية إلى اللغة الإسبانية المضمنة في صفحة ويب لمشروع عدل (www.proyectoadd.com) ولقد صارت المراجع بشأن هذا الموضوع كثيرة. ويمكن بصفة عامة تصفح: دياغو دياغو، «القانون الجديد المغربي للأسرة والقانون الدولي الخاص»، المجلة الإسبانية للقانون الدولي، 2004، عدد 2، ص 1078؛ «انعكاسات المدونة الجديدة على الهجرة المغربية»، في أ. فيسبتي، مسلمون في أراغون القرن 12، معهد الدراسات الإسلامية والشرق الأوسط، سرقسطة، 2004، ص 141؛ م ص فوليت وج في كارلي، القانون المغربي للأسرة. انعكاسات في نظر القانون الدولي الخاص بأوروبا، برويان، بروكسيل، 2005؛ ف لاروسي جيسرو، «قانون الأسرة المغربي الجديد: تحديد أم تقليد العصور الغابرة»، مجلة القانون الدولي والقانون المقارن، 2005، عدد 4، ص 533؛ ب كينونيس إسطاميس، «تلقي قانون الأسرة المغربي الجديد (مدونة 2004) بأوروبا»، مجلة القانون الدولي الخاص والمساظر، 2004، العدد 3، ص 877؛ وف سرهان، «قانون الأسرة الجديد»، مجلة القصر اليومية القضائية، عدد 248-247، 3-4 سبتمبر 2004. وينفس الأهمية، يجب ذكر الدليل العملي لقانون الأسرة، الطبعة الثانية، من لدن جمعية نشر الأخبار القانونية والقضائية، الرباط 2005 وكذا التقرير الذي أعده م. بن الراضي و ص. العلمي المشيشي، وأ أنير، وم مواقيت، وف الزهرة بوقيسي، و ر. الزيدكي، تحت عنوان «قانون الأسرة: إدراكات وممارسة قضائية»، للنشر لا فؤيدريش إبيير ستيفيتوتلا، فاس، المغرب، الرباط، 2007.
3. علاقة بالاختلافات الناجمة عن القوانين الأوروبية بسبب تباين المفاهيم المعتمدة بالنسبة المؤسسة الأسرة ضمن هذه الأخيرة والأنظمة الإسلامية، يمكن الاطلاع على المراجع الآتية من بين مراجع أخرى: س أ الديب أبو صالح وأ. يونومي، «القانون الإسلامي بالأسرة والتركات على محك الأنظمة القانونية الغربية» (دراسة القانون المقارن حول جوانب القانون الدولي الخاص المرتبطة بهجرة المسلمين إلى ألمانيا وفرنسا وإنجلترا وإسبانيا وإيطاليا وسويسرا)، شارلتيس، زورويخ 1999. د بنتجام و س بواوي (كورديس) الأسر المسلمة والحداثة: تحدي التقاليد، بوليسود، يناير، 1986، بيلساكيس وودريغيس وماريا در أدام مونيويس. «الهجرة المغاربية وقانون الأسرة»، مجموعة الأندلس، إشبيلية، 2005؛ أ. بوراس وودريغيس، المجتمع المتعدد الثقافات: إدماج العالم الإسلامي». في أ. بولواس وودريغيس و س. المرينسي (منشورات)؛ «الإسلام القانوني وأوروبا: القانون، الدين والسياسة»، المعهد الكاتالاني للبحر الأبيض المتوسط للدراسات والتعاون، برشلونة، 1998، ص 163 وما يليها؛ ص. ب. كاميكليو، «الأسرة الإسلامية في القانون الدولي الخاص الإيطالي»، مجلة القانون الدولي الخاص والتفاسي، 1999.



**آثار الزواج الذي يكون أحد عاقديه على الأقل  
مغربيا، إزاء القانون الإسباني.  
أندريس رودريغيس بينوط**

جامعة بابلو دي أولافيدي (اشبيليا)



الجزء الأول  
الزواج والنطايق في إسبانيا  
الباب الأول



التنمية البشرية المتبعة في المغرب إلى تسهيل الاقتراب من مؤسسات العدل والقضاء وتعزيز الحماية القانونية للأشخاص المستضعفين الذين يعيشون حالة هشاشة أي القاصرين والنساء ضحايا العنف والأشخاص المحرومين من الحرية والفقراء والمعوزين.

وفعلا قد أتت مدونة الأسرة الجديدة التي وضعت حيز التنفيذ في شهر فبراير ٢٠٠٤ والتي توفرت على دعم جلالة الملك محمد السادس وعلى تأييد متحمس من المجتمع المغربي بتحسين جوهره في مجال حماية حقوق المرأة والطفولة في المغرب بفضل المصالحة بين المجتمع الحديث وبين مبادئ الإسلام وتقاليدته التي ما زالت سائدة في المغرب وذلك عبر تأكيد المساواة بين الجنسين والتماسك العائلي. ونظراً لما أدخله هذا التعديل التشريعي من تغيير جذري في مجال العلاقات في حوض الأسرة تعتبر هذه النوعية من المبادرات أي إصدار هذا الكتاب الذي بين أيديكم ملائمة للغاية إذ أنها تسعى إلى تقوية معرفة هذه القوانين الجديدة واستيعابها وتطبيقها انسجاماً مع المبادئ التي اعتمدت عليها.

انى مقتنع بأن هذا العمل سيكون جد مفيد لرجال القانون العاملين في كلا البلدين وللمهتمين بمعرفة الثقافة القانونية المغربية والتراث المغربي القيم في مجال قانون الأسرة الذي يشكل بالفعل مثالا عظيما يقتدى به في بلدان إسلامية أخرى.

وزير العدل في مملكة إسبانيا  
السيد ماريانو فرنانديث برميخو

من بين أولويات التعاون بين المغرب وإسبانيا على مستوى المؤسسات القضائية حماية العلاقات القانونية التي تمس بالحياة الشخصية والعائلية للمواطنين القاطنين في كلا البلدين. ولا غرو في ذلك إذ أنه بدون الاعتراف بالآثار المترتبة عن قرارات القضاء الأجنبي وأحكامه وبدون تنفيذها فكثيرة هي الحقوق المنتهكة والأمال المخيبة مما يؤثر سلبا على حياة المواطنين. وينجم عن النمو المتزايد للمعاملات القانونية بين البلدين الجارين والذي يعود من بين أسباب أخرى إلى ظاهرة الهجرة ضرورة القيام ببحوث ودراسات في النظامين القانونيين وتعميق التعرف على النظام المقابل الجاري في البلد الشقيق. ومن هنا الاهتمام المتنامي بمعرفة المؤسسات القضائية الإسلامية ومدى وقعها على المجتمع الأوروبي. هذا هو الإطار المرجعي والدينامية التي يندرج فيها هذا البحث تحت عنوان «الزواج والطلاق في العلاقات الأسبانية المغربية» والذي يهدف إلى تفسير وتاويل جوانب التشابه والخلاف -التي تكون في بعض الأحيان طُفينة وفي بعض الأحيان الأخرى عميقة جدا- الواقعة بين المفاهيم القانونية في كلا النظامين (اهلية الزواج والصدائق وطريقة عقد الزواج وأنواع انحلال العلاقة الزوجية وفسخها وإلى غير ذلك).

يوفر هذا الكتاب للقضاة والنواب المغاربة والإسبان على حد سواء بحثا متميزا في أصول القانون يسهل عليهم الاطلاع على وفهم المؤسسات القانونية المهمة المدرجة في مدونة الأسرة المغربية والتي ينبغي عليهم تطبيقها. ومن جهة أخرى يقدم هذا الكتاب مساعدة لا غنى عنها لكل من المحامين وأساتذة الجامعات ورجال القانون على العموم إذ أنه يزداد يوما بعد يوم عدد القضايا التي لا بد للنظر والبث فيها من تطبيق قانون الحالة الشخصية الذي يخضع له المتنازعون من أجل ضمان حقوقهم وتوفيرهم بولاية قضائية فعالة. ونظرا إلى الجالية المغربية المزدهرة والمهمة في الأراضي الإسبانية التي لا تزال على اتصال وعلاقة ثقافية وعاطفية واقتصادية ببلد الأصل إضافة إلى حقيقة الزواج المختلط الذي أصبح مؤخرا أكثر انتشارا عندنا اضحى لزاما للعاملين في مجال القانون والقضاء في كلتا العدوتين الإمام والدرابه بالأنظمة والحقائق القانونية التابعة لكل من إسبانيا والمغرب.

إن الهدف الرئيسي من هذا الكتاب هو توفير عناصر وأسس عملية تساعد رجال القانون على جانبي المضيق على الاطلاع على النزاعات في مجال القانون الدولي الخاص والتصدي لها والنظر والبث فيها. ومن هنا تقسيم المجلد الأول إلى قسمين يتطرق أولهما إلى مدى صلاحية وفعالية الزواج والطلاق الذي يكون فيهما الزوجان أو أحد منهما على الأقل من المواطنين المغاربة في إسبانيا في حين أن القسم الثاني يتناول مدى صلاحية وفعالية القرارات والأحكام الإسبانية حول قضايا الزواج والطلاق في المغرب سواء أصدر فيها أمر بالتنفيذ خارج أراضي الوطن الإسباني أم لا.

أما المجلد الثاني فيحتوي على مجموعة من النصوص التشريعية الأساسية في مجال قانون الأسرة المغربي مترجمة إلى اللغة الإسبانية مثل مدونة الأسرة والنصوص التنظيمية التي ترتب الوضعية القانونية للأجانب في المغرب والقوانين المتعلقة بالجنسية المغربية والحالة المدنية والكفالة.

يعود فضل إصدار هذا الكتاب إلى مشروع «عدل» لتقوية وتحديث إدارة العدل في المغرب الذي أبرمه وزير العدل الإسباني والمغربي في ٧ يوليوز ٢٠٠٥ في مدينة الرباط وهو مشروع يعمل فيه الجانبان سويا من أجل تحسين متكامل للتعاون القضائي الثنائي الذي يعتبر من ضمن الأولويات علما بأن القرب الجغرافي والتاريخ المشترك وتدفق الأشخاص من ضفة إلى الضفة الأخرى إضافة إلى التبادل التجاري المتزايد كل ذلك يقتضي من المسؤولين السياسيين في كلا البلدين بذل جهود كبيرة لتعزيز سبل التعاون في ميدان العدل والديمقراطية وحقوق الإنسان.

ويأتي مشروع التعاون المشار إليه آنفا نتيجة للعمل المشترك الذي قامت به أهم المؤسسات القانونية في البلدين (من الناحية الإسبانية وزارة العدل والمجلس العام للسلطة القضائية والنيابة العامة التابعة للدولة ومركز الدراسات القانونية ومن ناحية المغرب المجلس الأعلى والمعهد العالي للقضاء) إضافة إلى الأقاليم الإسبانية الذاتية الحكم القريبة من المغرب (أندلوسيا وجزر الكناري) والوكالة الإسبانية للتعاون الدولي من أجل التنمية (AECID) والمؤسسة الدولية والايبيرو أمريكية لإدارة والسياسات العامة (FIIAPP).

وتتوخى أعمال المشروع هدفين أساسيين أولهما تحسين التعاون القضائي الدولي الذي نحن في أمس الحاجة إليه يوما بعد يوم في إطار ما تقتضيه العولمة المهيمنة على العالم من تعاون وتبادل بين الدول من أجل الإجابة بصيغة فعالة على التحديات الجديدة الطارئة. أما الهدف الثاني فيسعى من خلال دعم إستراتيجية



نقدی

150	أ. تطور مفهوم النظام العام المغربي
150	ب. النظام العام وعلاقته بتنفيذ الأحكام الأجنبية.
151	ج. مفعول إثارة النظام العام في إطار تنفيذ الأحكام الأجنبية. (إسبانيا).
151	3. سلطة الأحكام الأجنبية بين مسطرة التنفيذ والآثار المستقلة للتذليل بالصيغة التنفيذية.
151	أ. / مسطرة تنفيذ الأحكام الأجنبية
151	أ. تحت سلطة القانون القديم
152	ب. الدولة تحت نظام قانون المسطرة المدنية الجديد
152	ب/ أعمال المسطرة في ميدان التنفيذ في القانون المغربي.
152	أ. المحكمة المختصة.
152	ب. الأعمال المسطرة.
152	ت. الأمر بالتنفيذ في طلب عرضي.
153	ث. إثبات صحة الحكم الأجنبي.
153	د. مضمون الحكم في دعوى الأمر بالتنفيذ.
154	4. الآثار المستقلة للتذليل بالصيغة التنفيذية.
154	أ/ موقف القانون المغربي من اكتساب الحكم الأجنبي لقوة الشيء المقضي به.
155	ب/ القوة القطعية لحكم أجنبي.
155	ت/ الحكم الأجنبي ومفعول الواقع.
156	II أثر مقتضيات مدونة الأسرة الجديدة على الجالية المغربية بإسبانيا.
156	1. ميلانمة مقتضيات مدونة الأسرة مع مبادئ وأهداف القانون الدولي الخاص المقارن.
156	أ/ مبادئ وأهداف القانون الدولي الخاص المقارن.
157	ب/ تقدير.
158	2. أثر مقتضيات مدونة الأسرة الجديدة على الجالية المغربية المقيمة بإسبانيا.
158	أ/ قواعد الزواج وآثاره.
158	1) شروط الزواج
159	2) الدورية رقم 13 لوزارة العدل
163	3) الوكالة.
164	ب/ مقتضيات انحلال الزواج وآثاره.
168	III خلاصات وتوصيات
	IV مراجع. بيبليوغرافيا
170	1. مؤلفات
172	2. مقالات

129	ذ. الروابط بين القرار المذيل جزئيا بالصيغة التنفيذية والمصادقة على التدابير أو تعديل التدابير المتخذة.
131	IV استنتاجات وتوصيات ختامية.
136	V ملحقات.
136	1. انتقاء المراجع
138	2. انتقاء القرارات القضائية.
138	أ. المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.
138	ب. إسبانيا
139	ج. المغرب.
	الجزء الثاني

## الزواج والتطليق في المغرب الباب الثالث

### الاعتراف في المغرب بزواج وتطليق المغاربة المقيمين بإسبانيا

141	(خالد برجاي ومحمد تاكمانت) مختصرات
143	مدخل
143	I شروط تذييل الأحكام الإسبانية في المغرب بالصيغة التنفيذية
144	1. الشروط موضوع نقاش.
144	أ/ الشرط الأول: المعاملة بالمثل
145	ب/ الشرط الثاني: مراقبة اختصاص الهيئة القضائية الأجنبية
146	أ. الاختصاص الدولي للمحاكم الأجنبية
147	ب. مراقبة الاختصاص الداخلي
147	ت/ الشرط الثالث: شرط تطبيق قانون الاختصاص حسب قاعدة الارتباط بمحكمة التنفيذ
147	أ. الحلول المقررة خلال فترة الحماية
148	ب. الحلول المعتمدة بعد الاستقلال
148	ج. المجلس الأعلى ومراقبة تفسير القانون الأجنبي (الإسباني).
149	2. الشروط موضوع إجماع.
149	أ. احترام المسطرة وحق الدفاع.
149	ب/ الطابع النهائي والتنفيذي للقرار الأجنبي (الإسباني).
150	ت/ عدم مساس الحكم الأجنبي بالنظام العام المغربي.

- 57 1. مبادئ التقييد بالسجل المدني في القانون الاسباني.
- 58 2. تقييد عقد الزواج المبرم لدى سلطة إسبانية.
- 58 3. تقييد عقد الزواج المبرم لدى سلطة أجنبية.
- 61 4. بيانات خاصة بهوية المواطنين المغاربة بالسجل المدني الاسباني.

- 62 -V ملحقات
- 26 1. مراجع أساسية منتقاة
  - 71 2. تشريع أساسي موجه.
  - 76 3. اجتهاد مستشهد به.

## الباب الثاني

### فسخ عقد الزواج (أنا كينيونيس إسكاميس)

- 84 I مدخل: الاحتفاظ بفسخ الزواج مع تعديله
- 85 II تطبيق قانون الأسرة المغربي 2004.
- 86 1. الأحادية والثنائية في تحديد قانون الأسرة القابل للتطبيق: الدين كوسيلة اتصال.
  - 88 2. السكنى الاعتيادية والطابع الجماعي للقانون الدولي الخاص
  - 91 3. مساواة الزوجين في فسخ الزواج: الاختصاص القضائي الدولي والقانون المطبق.
  - 95 4. صعوبات الاعتراف بالتطليق بدون سبب (القانون الاسباني) بناء على طلب الزوجة.
  - 99 5. كيفية الحصول على التطليق حسب مدونة الأسرة المغربية (2004).
  - 100 أ/ تطليق مبرر بناء على طلب الزوجة.
  - 100 الإخلال بالشروط المنصوص عليها في عقد الزواج.
  - 101 الضرر (عدم تنفيذ البنود التعاقدية وسوء المعاملة واستعمال العنف)
  - 106 عدم الإنفاق.
  - 107 المرض الخطير والعيب الموجب للفسخ.
  - 108 غيبة الزوج أو إهماله لبيت الزوجية.
  - 109 الأيلاء والهجر.
  - 109 ب/ التطليق للشقاق بناء على طلب أي واحد من الزوجين بعد فشل الصلح.
  - 110 ت/ التطليق بتراضي الطرفين.
  - 111 ث/ الطلاق
  - 111 أ. الطلاق: الطابع الرجعي والتحديد الزمني.
  - 115 ب. التطليق والخلع.
  - 116 6. آثار التطليق على الأبناء: الولاية والحضانة.
- 120 III الاعتراف بقرارات التطليق الصادرة بالمغرب.
- 120 1. انعدام أثر التطليق الصادر بإسبانيا عن سلطة دينية أو قنصلية.
  - 121 2. الآثار الانتقائية لقرارات التطليق - الطلاق- الصادرة بالمغرب.
  - 122 أ. تدخل إحدى السلطات القضائية.
  - 123 ب. الطابع النهائي لرسم الطلاق الرجعي.
  - 124 ت. الطابع الأحادي للطلاق وعدم تمكين الزوجة من الدفاع عن نفسها.
  - 126 ث. اختصاص القاضي الأصلي والاحتياط على الهيئة القضائية.
  - 127 د. حدود النظام العام.



7	تقديم
11	الجزء الأول الزواج والتطليق في إسبانيا

الباب الأول

آثار الزواج الذي يكون فيه أحد عاقديه على الأقل مغربيا، إزاء القانون الاسباني.  
( أندريس رودريغس بينوط )

14	I - تحديد مجال التحليل
15	1. مفهوم الزواج.
18	2. إبرام الزواج لدى سلطة إسبانية أو أجنبية.
19	3. لما يكون أحد المتعاقدين على الأقل مغربيا.
21	4. التقييد بالسجل المدني الاسباني.
21	II- الأهلية والرضى لأغراض إبرام الزواج.
21	1. ملف الزواج.
22	أ/ إبرام عقد الزواج لدى سلطة إسبانية.
24	ب/ إبرام عقد الزواج لدى سلطة أجنبية.
24	ت/ شهادة الأهلية للزواج.
27	2. تحديد الأهلية الزوجية للمتعاقدين.
29	أ/ التحريم بسبب النسب أو القرابة، وقبول التعدد في القانون المغربي.
35	أ- استحالة ولوج السجل المدني الاسباني بالنسبة للزواج المبرم في إطار التعدد.
37	ب- الاعتراف غير المباشر ببعض آثار الزواج المبرم بصفة صحيحة على ضوء القانون المغربي.
37	ب/ تحريم زواج شخصين من نفس الجنس:
37	الاعتراف بزواج شخصين من نفس الجنس في القانون الاسباني
37	ت/. المانع بسبب اختلاف الأديان
38	ث/. الإعفاء من الموانع
38	3. تعبير عاقد الزواج عن الإيجاب والقبول
38	أ/ سماع الإيجاب والقبول.
38	ب/ تدخل الغير في سماع الإيجاب والقبول.
41	ت/ التمويه أو التدليس في التعبير عن الإيجاب والقبول في الزواج
43	III - طرق إبرام الزواج.
43	1. إبرام عقد الزواج لدى سلطة إسبانية.
44	أ/ لدى سلطة إسبانية فوق التراب الاسباني
50	ب/ لدى سلطة إسبانية في الخارج.
51	2. إبرام عقد الزواج لدى سلطة مغربية
51	أ/ لدى سلطة مغربية فوق التراب المغربي،
54	ب/ لدى سلطة مغربية في الخارج.
55	3. إبرام عقد الزواج لدى سلطة إحدى الدول الأجنبيات.
57	IV- تقييد عقد الزواج في السجل المدني الاسباني.

إن الآراء التي أعرب عنها المؤلفين ، لا تمثل الموقف الرسمي لا من طرف وزارة العدل ولا من طرف المؤسسات المشاركة في مشروع العدل

التنسيق: وحدة التنفيذ  
الترجمة إلى الإسبانية من تنسيق: سارة دوران  
الترجمة إلى العربية من تنسيق: أحمد الحكيم  
التحرير: فرناندو سراسوس أستوركي

ماريانو ١٢، الطابق الثالث، ٢٨٠١٠ مدريد إسبانيا زنقة: خوسيه FIIAPP

ISBN: 978-84-692-0871-7  
Depósito Legal:

# الزواج والنطق من خلال العلاقات الاسبانية المغربية

أنا كينيونيس إسكاميس - أندريس رودريغس بينوط  
خالد البرجاوي - محمد تاكمانت

# الزواج والطلاق في العلاقات المغربية الإسبانية ، وجمع تشريعات القانون الخاص في المغرب. المجلد الأول.

أنا كينيونس إسكامس  
أندريس رودريغس بنو  
خالد برجايوي  
محمد تكمت

