

LA MODIFICATION DE L'ARTICLE 107 DU CODE CIVIL ESPAGNOL ET SON INCIDENCE SUR LES MODALITÉS DE RÉSILIATION DU MARIAGE DES PERSONNES DE NATIONALITÉ MAROCAINE EN ESPAGNE

T. Saghir et K. Ouald Ali¹

I.- Introduction

Le Maroc, pays frontalier de l'Europe, est source d'une immigration régulière mais aussi clandestine. L'Espagne, le plus proche des Etats, est devenu au cours des dernières années un pays récepteur de tout ce flux migratoire qui déferle surtout et dans la plupart des cas de la zone Nord qui faisait partie du protectorat espagnol et très exactement des régions de Nador et d'Al Hoceima...². Evidemment cette immigration de Nord marocain, et en général de tout le pays, s'explique par les relations historique et culturelles « lazarets » qui ont unis les deux rives pendant très longtemps³.

Les derniers changements apportés à la *Moudawana* marocaine n'intéressent pas uniquement les marocains de l'intérieur mais aussi les expatriés⁴. C'est ainsi que cette nouvelle nous amène à étudier de près la situation juridique de marocains et l'effet de cette nouvelle réforme sur leurs vies personnelles et familiales. Parmi les quelques questions qu'on peut se poser : peut-on appliquer la forme du mariage conformément à la loi civile en Espagne? La femme, peut-elle divorcer en Espagne conformément à la loi espagnole? Quelles sont les conséquences d'un divorce obtenu en Espagne pour une femme marocaine?

¹ Licenciées en Droit de l'Université d'Oujda. Diplômées des Etudes Approfondies de l'Université de Jaén 2004-2005. Membres du Projet de recherche accordé par le Conseil du gouvernement de la Junta de Andalucía (Espagne), au moi de juin 2004 sur «*La integración socio-laboral de la población extranjera en Jaén*»

² Martínez Veiga (1997), p. 62.

³ Ribas (1997), p. 45.

⁴ Voir art. 2 du nouveau Code de la famille.

Aussi on peut poser encore des questions très importantes à ce niveau là, un pays comme l'Espagne qui ne connaît pas de répudiation, comment peut-il résoudre ce problème que rencontrent ces marocaines résidentes en Espagne ? Et comment surtout les protéger alors qu'elles ne peuvent même pas participer à l'acte de répudiation. Enfin, comment s'aborde cette question dans le système juridique espagnol?⁵

Autre thème important, c'est la polygamie qui trouve son fondement dans la Aya 3 du Surat « Nisae » qui permet aux hommes avoir une deuxième épouse, mais cette Aya le permet dans des conditions d'égalité entre la première et la deuxième épouse⁶. Elle réveille la curiosité des occidentaux et qui considérée comme une zone grise dans ces ordres juridiques. La polygamie est permise, mais la mariée peut d'avance inscrire dans son contrat matrimoniale, qu'elle la considère une rupture du lien conjugal. La régularisation juridique de la polygamie est organisée d'une manière très précise et exacte dans la aya 3 de Surat Nisae (Coran).

En plus des conditions générales qui affectent au mariage, la polygamie exige justice et égalité des épouses, bien au niveau de traitement, de la subsistance, du logement, etc. Cette justice est obligatoire dans les aspects matériels mais elle est impossible au niveau des sentiments, par contre des recommandations sont été faites. Ainsi la aya 129 de Surat Nisae (Coran) attire l'attention de l'incapacité d'avoir des sentiments égaux et ordonne aux hommes à ne pas s'incliner envers une mariée plus qu'une autre, avec la peine d'être puni par Dieu. Ainsi la justice est la condition principale de la polygamie. Dans le cas contraire elle ne l'autorise pas.

Aussi, il faut mettre en relief, que le mariage avec une seconde femme n'est pas permis que si le mari puisse entretenir les deux⁷. Dans ce sens Surat

⁵ La loi de 26/1992 du 10 de septembre, l'approbation de la convention de coopération entre l'état et la commission islamique (*Boletín Oficial del Estado* núm. 272, de 12 novembre 1992).

⁶ Code de la famille (art. 40).

⁷ Chaykh Ahmed Assaf (1986), p 136.

Nisae, vient attester « si vous craignez ne pas être équitable, mariez-vous avec une seule..... »⁸.

En général, l'accès à la polygamie est restée depuis les années comme une partie blindée, en provenant l'autorisation judiciaire seulement dans des cas exceptionnels et on oblige, au mari pour qu'il démontre sa capacité pour entretenir à la première femme et aux enfants, la première femme qui a le droit d'obtenir le divorce et une compensation économique au cas de divorce. L'épouse peut inclure dans son contrat matrimonial une clause qui prohibe la polygamie. Et uniquement le juge peut l'autoriser si le mari est reconnu capable de donner à la deuxième femme et aux enfants le même traitement digne que la première épouse. Dans le cas contraire la première épouse a le droit de demander le divorce et à être indemnisé.

Aujourd'hui ¿ comment il se considère la polygamie dans l'ordre juridique espagnol ? Elle est considérée dans beaucoup de pays européens une pratique contraire à la dignité de la personne surtout des femmes, et conséquence de l'incompatibilité de ses droits fondamentaux. Dans la pratique totale des démocraties occidentales résulte l'impossible conclusion d'un deuxième mariage alors que le premier n'est pas encore résilié. Pour cela dans certains pays arabo-musulman comme la Turquie et Tunisie, la polygamie est interdite.

De la même manière la interdiction de la polygamie conseille opter dans le droit étranger pour préférer les successives droits des conjoints comme la regroupation familiale, réservant le privilège au premier conjoint ou encore pire l'un qui choisi le propre regroupant tel qu'il est dans beaucoup de normes européennes et occidentales.

Cette réflexion sur la zone grise nous emmène à une conclusion : la polygamie va contre l'ordre public espagnol. Ainsi les marocains résidents en Espagne ne peuvent pas avoir plus qu'une femme.

⁸ Le Coran Surat "Nisae" Ayat 3 (traduit)

II.- Résiliation du mariage en Espagne des personnes de nationalité marocaine avant la réforme de l'article 107 du Code civil espagnol. Analyse de la jurisprudence

Parmi les questions les plus importantes que posent ce thème: dans un pays comme l'Espagne qui ne connaît pas de répudiation, comment peut on répondre aux besoins juridiques de la femme marocaine? Autre question, comment protéger et garantir les droits de la femme qui ne souhaite pas participer à cet acte de répudiation? Et comment a-t-on traité ou répondu à ces questions dans l'article 107 du Code civil espagnol et quels sont les effets sur la femme marocaine en Espagne?

Le cadre juridique espagnol, différent de celui du pays d'origine, offre à la femme marocaine qui demande le divorce d'autres possibilités de résiliation du mariage ainsi qu'elle en subit des effets tout à fait différents d'une procédure entamée au Maroc. La femme marocaine résidente en Espagne demande le divorce à travers un registre normative différent à celui du pays d'accueil, soit pour les possibilités de résiliation du mariage ou pour les effets du même⁹.

Les articles du Règlement communautaire 2201/2003, de 27 novembre 2003, facilitent l'accès à la justice en matière de divorce¹⁰. Dans l'article 3 s'établissent des critères alternatifs qui prennent comme élément essentiel la résidence pour déterminer la compétence internationale des autorités judiciaires espagnoles. C'est-à-dire, elles auront compétence pour prononcer la nullité du mariage, la séparation judiciaire et le divorce quand: les deux conjoints ont la résidence habituelle en Espagne; les conjoints y ont eu la dernière résidence et un d'eux l'a encore; Espagne est la résidence habituelle d'un conjoint (si la demande est d'un accord commun); et si Espagne est la résidence habituelle du demandeur d'au moins une année avant la demande. D'un autre côté, l'art. 5 du Règlement permet la conversion de la séparation judiciaire en divorce selon la loi de la procédure.

⁹ Quiñones Escámez (2003), p. 158.

¹⁰ D.O.C.E.23-12-2003.

En Espagne, ce qu'on appelle le statut personnel et familial des étrangers (capacité, mariage et divorce) se règle par la loi personnelle dans les articles 9 et 107 du Code civil¹¹. En ce qui concerne les modalités de résiliation du mariage, on peut distinguer trois situations selon l'abrogé l'art. 107 du Code civil: la première traite la loi nationale commune des conjoints dans le moment de la présentation de la demande de la séparation. Dans l'absence de la loi commune des conjoints, il s'applique la loi de la résidence habituelle, et dans le cas où la résidence était dans un pays différent la loi espagnol s'applique.

Cet article a été modifié en circonstances spéciales, quand le Defensor del Pueblo, Enrique Múgica, a révélé au mois de juin une recommandation au Ministre de la Justice pour vérifier sa réforme, de manière à ce qu'il y est la possibilité pour un étranger de demander la séparation ou le divorce devant la loi espagnole et pas seulement devant la loi nationale commune des conjoints quand tous les deux réside en Espagne, pour éviter le risque d'une soumission de la femme étrangère une loi discriminatoire. Ceci a été suite à une plainte reçu par le Defensor del Pueblo d'une citoyenne marocaine mariée au consulat marocain de Algeciras des 1990 à un homme de nationalité marocaine. Cette citoyenne a sollicitée devant les tribunaux espagnols la « séparation judiciaire » à cause de mauvais traitements du mari.

Le tribunal a sous-estimé la prétention de la citoyenne, alors qu'il est resté certain que le Droit marocain ne permet pas la séparation matrimoniale. Le *Defensor del Pueblo* a donc rédigé le fameux « courrier » dans lequel il apprécie voir surgir l'oscillante jurisprudence espagnole dans la matière: certains tribunaux ont admis la demande mais ils ont rejetés la prétention de l'acteur. Comme il a été signalé dans les sentences de la Audiencia Provincial de Barcelona (civil), de 30 de avril de 2002 ; de 18 de juin de 2002 ; y de 30 de juillet de 2002,¹² il était possible solliciter dans un premier temps un "divorce pour sévices" conforme au droit marocain (loi national commune) au lieu d'une séparation conforme avec la loi espagnol¹³.

¹¹ Code Civil, commenté avec la jurisprudence. P. 39 et 182

¹² Rodríguez Benot (2002), pp. 294-295.

¹³ Quiñones Escámez (2003-1), pp. 416 y ss.

Cependant, pour une mauvaise assistance de la femme demanderesse, la séparation suite à un mariage marocain est sollicité en toute conformité avec le Droit espagnol sans se préoccuper de ce que exigeait l'article 107 du Code Civil qui mentionnait que le divorce conformément au droit marocain ne connaissait pas la séparation. Cette question s'est posée à la Audiencia Provincial lors de laquelle on prends en compte l'impossible application de la loi nationale commune et on se voit embarrassé de prononcer une séparation qui n'existe pas dans le droit national commun des conjoints.

III.- Modification de l'article 107 du Code civil espagnol par la Loi Organique 11/2003, de 29 septembre, et sa justification. Questions qui suscitent par rapport aux personnes de nationalité marocain résidentes en Espagne

L'article 107 de Code Civil compte sur une nouvelle rédaction donnée pour la loi Organique 11/2003, de 29 de septembre, des mesures concrètes dans la matière de sécurité citoyenne, violence domestique et intégration sociale des étrangers¹⁴. C'est ainsi que la séparation ou le divorce se règle par la loi espagnole dans les cas suivants : que la séparation ou le divorce se demande par les deux conjoints ou par un seul, avec le consentement de l'autre ; et qu'un des deux conjoints est espagnol ou qu'il a la résidence habituelle en Espagne. Le précepte indique aussi l'application de la loi espagnole aux étrangers en Espagne quand la norme étrangère est contraire à l'ordre public où ne connaît pas le divorce ou la séparation où les règle d'une façon discriminatoire. Nonobstant, les décisions qui en résultent seront dures souvent insensées dans le pays d'origine (dans ce cas au Maroc)¹⁵.

L'art. 107, 2^o du Code civile a été rédigé pour régler la situation des femmes de nationalité étrangère en Espagne surtout aux cas des femmes qui appartiennent aux pays qui ont des législations inspirées de droit musulman, pour qu'elles peuvent accéder à la séparation judiciaire ou le divorce selon la loi

¹⁴ *Boletín Oficial del Estado*, 30-09-2003.

¹⁵ Voir infra.

espagnole, quand l'application de la loi nationale des conjoints devienne discriminatoire. L'article 107 du Code civil est pensé pour permettre le divorce ou la séparation judiciaire des espagnols mariés avec des étrangères ou des étrangers résidents habituellement en Espagne en permettant (sans obligation) régler le divorce selon la loi espagnole.

L'article 107 du Code civil est pensé pour les étrangers qui ne vont pas retourner à vivre dans leurs pays d'origine et considèrent l'Espagne comme leurs unique pays. C'est le cas de la Sentence de la Audiencia Provincial de Barcelone, de 25 novembre 2002. Dans ce cas, pour la séparation *des deux* conjoints marocains en Espagne, pleinement occidentaux, la loi espagnole leurs a appliquée la loi de la résidence habituelle (la loi espagnole). La Sentence allège l'application de la loi de la résidence habituellement commune pour les deux marocains, «que les conjoints ont pris Espagne comme leurs pays natal, c est le cercle de leurs vie, pour tous le temps qu'ils ont passer en Espagne ils ont profundis leurs relations familiaux, économique et labourables, malgré que culturellement conservent les traditions de leurs pays d'origine »¹⁶.

Peut être cette solution satisfait plus les personnes immigrées (femmes marocaines) situées dans les lieux de résidence habituelle et qui peuvent obtenir facilement une décision de séparation judiciaire ou de divorce, mais d'une autre part elle peut nuire gravement à toute personne souhaitant revenir un jour d'une façon temporaire ou définitive à son pays d'origine et se voir privée de tout ces droits surtout avec les nouveaux changements apportés à la Mudawana. Ainsi, il n'est pas conseillé pour les marocains qui pensent retourner un jour à leurs pays d'origine, parce que là bas on ne va pas reconnaître les effets des décisions prononcés en conformité avec le nouvel article 107 du Code civil.

IV.- Qualification des notions de l'article 107 du Code civil espagnol. La répudiation comme une forme de résiliation de mariage

¹⁶ Voir, "El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código civil" (www.laley.net, 01/07/2004).

Avec toutes les réserves qu'on peut porter à sa finalité (l'intégration de la femme étrangère, en particulier marocaine, dans la société espagnole, qui peut obtenir le divorce ou la séparation de manière rapide et simple) l'article 107 du Code civil est critiqué du fait qu'il n'affronte pas le cas de la répudiation unilatérale. Peut être, le législateur espagnol a cru que toute répudiation réglée par la loi étrangère est discriminatoire ou contraire à l'ordre public, et par conséquent jamais elle ne s'appliquera en Espagne.

Nonobstant, cet article doit être interprété de telle manière qu'il s'applique aux conjoints étrangers marocains qui ont, dans leurs pays d'origine, leur propre loi applicable et respectable et où les lois sont totalement différentes du Droit espagnol, mais pas pour cela incompatibles au droit espagnol. L'article 107 du Code civil doit affronter la répudiation unilatérale, parce que le nouveau article ne parle de, ni mentionne, la loi régulatrice de telle répudiation.

Le législateur espagnol pourra utiliser des notions de séparation judiciaire ou divorce autres que ceux connus en Espagne en incluant la répudiation unilatérale propre aux pays musulmans. La technique de « l'institution inconnu » est une bonne solution pour appliquer droits inconnus dans les pays d'occident. Dans ce sens, il faut vérifier la fonction qui développe l'institution inconnue dans le droit étranger et qu'est ce qu'elle qui règle. Une fois détectée, on doit chercher une institution régulatrice dans le Droit espagnol qui déploie la même fonction ou une fonction similaire de celle que développe le droit étranger (qualification dans deux phases).

Pour ces motifs, il faut donner une autre lecture à l'article 107 du Code civil dès la perspective de Droit international privé. Quand il choisit la loi applicable, il peut rencontrer d'autres solutions si ces notions de séparation judiciaire et de divorce sont prises de Droit civil espagnol. Une fois utilisés par le législateur, de tels concepts doivent être « réinterprétés » en prenant en considération la fonction que accomplit ce système de règles et la réalité sociale engendrée. Dans ce cas on arrive à ce qu'il comprenne l'institution de la répudiation unilatérale, qui développe la fonction de dissoudre le lien

matrimonial. Nonobstant, la répudiation unilatérale, n'est ni une séparation judiciaire ni un divorce.

Pour cette cause, on peut considérer que la répudiation est une institution inconnue et appliquer les techniques de qualification indiquées avant. L'article 107.2 du Code civil espagnol peut permettre appliquer le *Talaq* ou répudiation unilatérale du Droit musulman, dont l'objectif est de dissoudre le lien matrimonial. En tout cas, cette disposition permettra prononcer la répudiation aux autorités judiciaires espagnoles quand elle n'est pas discriminatoire ni va contre l'ordre public espagnole¹⁷. Cela, ne signifie pas que toute répudiation va être admise en Espagne, mais que :

- une répudiation privée réfléchie ou pensée en Espagne peut être valide avec l'accord de la loi désigné par l'article 107.2 du Code civil. Mais comme il n'est pas prouvé ni dans la résolution judiciaire ni dans le document public, elle ne pourra pas accéder au Registre Civil et ne produira aucun effet en Espagne.

- Une répudiation judiciaire telle qu'elle est admise au Maroc, incitée devant les autorités judiciaires espagnoles, lesquelles appliqueront les critères de la loi applicable fixés dans l'article 107.2 du Code civil.

En cas d'une répudiation unilatérale et discriminatoire, la loi étrangère ne sera pas applicable en Espagne mais la loi espagnole. Au contraire, s'il s'agit d'une répudiation pactisée entre les deux conjoints et qui n'est pas discriminatoire, la loi étrangère pourra être appliquée et la répudiation incitée devant le juge espagnol sera valide et efficace en Espagne. Nonobstant, le nouveau texte de l'art. 107, 2^o du Code civil ne va pas permettre l'application du Droit marocain à la répudiation accordé entre les deux époux en Espagne parce que, dans ces cas, la norme oblige à régler la dissolution du mariage par le Droit espagnol. La doctrina a critiqué durement ce résultat¹⁸, donc ne va pas être reconnue au Maroc.

¹⁷ A.A.V.V (2004), p. 177-193.

¹⁸ Arenas García (2004), p. 215.

Au contraire, la femme marocaine peut demander la répudiation (*Tamlik*) selon le Droit marocain si elle a un droit d'option reconnue par l'époux avant le moment de la célébration du mariage. Cette décision judiciaire espagnol peut être reconnue au Maroc, parce que le législateur du Nouveau Code à signalé que les sentences étrangères sur la répudiation, divorce, Jol'a et Tamlik seront reconnues au Maroc s'ils ont été prononcés par un tribunal compétent et ils ont été basés sur des motifs de rupture de lien conjugal prévues par le nouveau Code de la famille.

D'un autre point de vue (celle de la reconnaissance en Espagne des décisions étrangers), on peut dire qu'il n'as pas des raisons d'ordre publique pour empêcher la reconnaissance en Espagne de effets d'une décision d'une répudiation octroyé au Maroc. Au contraire, le refus de la reconnaissance a une relation directe avec le manque d'information et de connaissance de Droit de la famille du Maroc, et, en général des pays qui ont la tradition islamique. Dans tous les cas, on ne peut pas invoquer l'ordre publique pour ne pas permettre prononcer les répudiation en Espagne¹⁹. On peut parler d'une répudiation type *Khole*, qui se manifeste par la femme qui paie une compensation économique au mari et sollicite être répudiée pour ce dernier de manière irrévocable. Ce type de répudiation peut déployer des effets en Espagne. Le Tribunal Suprême a admis qu'une répudiation de ce type réfléchie á étranger n'est pas contraire à l'ordre public international espagnol (Sentence de 2 de mars de 1999, ATS de 27 de février de 1998)²⁰.

Pour finir, on doit dire, qu'il ne s'applique plus la procédure de l'exequatur suivi devant le *Tribunal Supremo* pour les résolutions marocaines, parce que la compétence est déterminée par la Convention de coopération judiciaire en matière civile, mercantile et administrative entre les royaumes espagnol et marocain le 30 mai de 1997 dont l'article 25 impose que l'exécution des résolutions correspond au *Tribunal de Primera Instancia*²¹.

¹⁹ Esteban de la Rosa (2005).

²⁰ Marchal Escalona (2003), pp. 367y ss.

²¹ *Boletín oficial del Estado*, 25-06-1997.

V.- Conclusions

Il y a encore plus de réforme qui s'attendent la législation marocaine pour reconnaître tous les droits de la femme et spécialement, le droit à l'égalité avec les hommes, non seulement dans la famille et au niveau de la société, mais aussi dans le terrain professionnel et dans sa participation politique. Cependant doivent être reçus avec satisfaction les efforts que se réalisent, surtout les derniers temps, dans ce sens. Une de ces manifestations ou preuve est la modification du texte qui a repris le statut de la femme marocaine, qui est entré en vigueur février de 2004. Le nouveau Code de la famille, dont on apprécie l'essai d'introduire des changements, en particulier dans la position juridique de la femme au sein de la famille et lors de mariage.

Jurisprudence :

- Sentencia del T.S 2 de Marzo de 1999.
- Auto del TS de 27 de Enero de 1998.
- Sentencia de la A.P .de Barcelona (sala civil), de 25 de noviembre 2002.
- Sentencia de la A.P. de Barcelona (sala civil), de 30 de abril de 2002
- Sentencia de la A.P. de Barcelona (sala civil),de 18 de junio de 2002
- Sentencia de la A.P. de Barcelona (sala civil), de 30 de julio de 2002

Bibliographie :

- A.A.V.V: *El derecho de la familia ante el siglo XXI aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 177-193.
- ARENAS GARCÍA, R.: "La nueva redacción del artículo 107 del Código civil", *Revista española de Derecho internacional*, 2004-1, pp. 205 y ss.
- CHAYKH AHMED ASSAF : *L'octroyé et le défendu dans l'Islam*, 1986.
- CODE DE LA FAMILLE MAROCAINE, Ministère de Justice, Royaume de Maroc. Collection Achuruh wa Adalail, volume 1. 2004.
- ESPLUGUES MOTA, C.: *El divorcio internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "Le nouveau Droit international privé de l'immigration », Colloque International «*Le Code de la famille en*

migration : quelle comprehension et quelle pratique? » Rabat, le 25 et 26 février 2005.

- MARTÍNEZ VEIGA, U.: *La integración social de los inmigrantes extranjeros en España*, Trotta, Madrid, 1997
- MARCHAL ESCALONA, N.: "El repudio ante la jurisprudencia del tribunal supremo" *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2003, PP. 367y ss.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: "Comentario a las sentencias de la A.P. de Barcelona (sala de lo civil), de 30 de abril de 2002, 18 de junio de 2002 y 30 de julio de 2002", *Revista Española de Derecho internacional*, 2003-1, pp. 416 y ss:
- RIBAS, N. : *L'immigration féminine*, Icaria, Antrazyt, Barcelona.
- RODRÍGUEZ BENOT, A (dir.): *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Consejo del Poder Judicial, Cuadernos de derecho judicial, 2002, Madrid.