PROGRAMA DE DOCTORADO INTERUNIVERSITARIO EN ESTUDIOS MIGRATORIOS
INSTITUTO DE MIGRACIONES
UNIVERSIDAD DE GRANADA, UNIVERSIDAD DE JAÉN Y
UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

TESIS DOCTORAL

EL RECONOCIMIENTO ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL ÁMBITO DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

AUTOR/A

Dña. SALMA EL OUAZZANI CHAHDI SENDAOUI

DIRECTOR/A

DRA. DÑA. GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA

JAÉN, 2021

SUMARIO

Sumario 2
Abreviaturas y siglas 5
Introducción General 8
Capítulo primero : Análisis comparado de la disolución del matrimonio En España y Marruecos 22
I. Aproximación metodológica 22
1. Metodología de la investigación: utilidad del método comparado para el DIPr 22
2. Método funcional y equivalencia funcional en Derecho comparado 37
II. Aproximación comparada a las formas de disolución del matrimonio 45
1. Disolución unilateral del matrimonio 45
A. Disolución unilateral abierta a ambos cónyuges en igual condiciones 45
B. Disolución unilateral abierta exclusivamente al marido 50
C. Disolución unilateral abierta exclusivamente a la mujer 51
2. Disolución del matrimonio por mutuo acuerdo 56
A. Principio de disolución: el consentimiento de las partes 56
B. Contenido de la disolución 58
3. Disolución del matrimonio basada sobre causas 59
4. Síntesis valorativa 62
III. Aproximación comparada al procedimiento de disolución del matrimonio 67
1. Acceso a la disolución del matrimonio 67
2. Autoridad competente para pronunciar la disolución del matrimonio 68
3. Presencia de las partes y derecho de defensa 69
IV. Aproximación comparada a la separación matrimonial y la revocabilidad "'*idda*" 71
1. Origen y función 71
2. Características 73
3. Efectos 75
4. ¿Son figuras equivalentes desde un punto de vista funcional? 77
V. Aproximación comparada de la *nafaqa* y la pensión compensatoria 79
1. Definición, fundamento y naturaleza jurídica 79
2. Evaluación, duración y modalidad de pago 84
Capítulo segundo : Eficacia en España de las sentencias marroquíes de disolución del matrimonio 89

I. Introducción 89
II. Marco normativo 90
III. Sistema de reconocimiento: procedimiento 93
IV. Orden público 94
1. Orden público y equivalencia funcional 94
2. Orden público y formas de disolución del matrimonio 100
A. Orden público y *ṭalāq* marital 100
a. Antecedentes 100
b. Equivalencia funcional y reconocimiento del *ṭalāq* marital 104
B. Orden público y *ṭalāq-al-tamlīk* 115
C. Orden público y *tatliq šiqāq* 125
a. Posición doctrinal 125
b. Práctica jurisprudencial 127
D. Orden público y *tatliq* por causas 128
E. Orden público y *ṭalāq jul'* 130
a. Posición doctrinal 130
b. Práctica jurisprudencial 131
F. Orden público y *ṭalāq bi-al-ittifāq* 133
V. Otras condiciones para el reconocimiento 137
1. Cuestiones relativas a la autoridad que dictó la decisión 137
A. Competencia del tribunal marroquí 137
B. Intervención de los *adules* en el *ṭalāq* 139
2. Garantías procesales 142
A. Derecho de defensa: un derecho fundamental 142
B. ¿Derechos de defensa equivalentes? 144
3. Firmeza de la decisión marroquí 146
A. Norma de orden público 146
B. ¿Cabe reconocer decisiones revocables de disolución del matrimonio? 148
a. Posición doctrinal y jurisprudencial 148
b. ¿Equivalencia funcional entre revocabilidad y separación matrimonial? 151
VI. Reconocimiento de la pensión post-divorcio: *nafaqa* 154
1. Naturaleza de la *nafaqa* y orden público 155
2. Cuantía de la *nafaqa* y orden público 158

Capítulo Tercero : Reconocimiento en Marruecos de las sentencias españolas de disolución del matrimonio 164
I. Introducción 164
II. Marco normativo 167
III. Sistema de reconocimiento: procedimiento 170
1. Procedimiento 170
2. Efectos derivados de la decisión española revestida de exequátur 174
A. Efectos sin necesidad de exequátur 174
B. Efectos supeditados al procedimiento de exequátur 176
IV. Orden público 178
1. Interpretación con tintes religiosos 178
2. Actuación liberal del orden público 181
A. Empleo de la equivalencia para valorar la decisión extranjera 181
B. Mutuo acuerdo, discordia y violencia de género: tres ejemplos de equivalencia funcional 189
3. Incompatibilidad manifiesta con el orden público 193
A. Ineficacia de un divorcio sin causa 193
B. Ineficacia de una decisión de separación de cuerpos 195
C. Falta de conciliación entre cónyuges 198
V. Otras condiciones para el reconocimiento 201
1. Consideraciones sobre la competencia del tribunal extranjero 201
A. Fin del privilegio de la religión 201
B. *Talāq* acordado por una autoridad religiosa islámica o consular 203
C. Divorcios de jurisdicción voluntaria 204
2. Firmeza de la decisión española 207
A. Posición doctrinal y jurisprudencial 208
3. Respeto de los derechos de defensa 210
A. Norma de orden público 210
B. Práctica jurisprudencial 211
VI. Reconocimiento de los efectos post-divorcio relativos a la mujer 213
Conclusión general 218
Glosario de los términos árabes utilizados 241
Bibliografía 245

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ADIJJ	Publications de l'Association de Diffusion de l'Information Juridique et Judiciaire
ADC	Anuario de Derecho Civil
AEDIPr	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
AJCL	American Journal of Comparative Law
AP	Audiencia Provincial
Arab L.Q	ArabLaw Quarterly
Art.	Artículo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BORM	Boletín Oficial del Reino de Marruecos
BOE	Boletín Oficial del Estado
JORF	Journal Officiel de la République Française
Cah. CeDIE	Cahiers du CeDIE Centre Charles de Visscher pour le Droit International et Européen
CA	Corte de Apelación
Cass. civ	Cour Cassation (francesa), chambre civile
CC	Código Civil
CCM	Corte de Casación Marroquí
CCP	Código de Procedimiento Penal
CDT	Cuadernos de Derecho Transnacional
CE	Constitución Española
CEDH	Convención europea de Derechos Humanos
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CFM	Código de Familia Marroquí
CHM	Convenio Hispano-Marroquí
CJUE	Corte de Justicia de la Unión Europea
CM	Constitución Marroquí
CEP	Código de Estatuto Personal y de las Sucesiones

CENDOJ	Sede electrónica del Consejo General del Poder Judicial
CPP	Código de Procedimiento Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
DCC	Dahir sobre la condición civil de los franceses y de los extranjeros
DIPr	Derecho Internacional Privado
DOC	Código marroquí de las Obligaciones y de los Contratos
DOCE	Diario Oficial de la Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal	Gazette du Palais
J. Civil Legal Sci.	Journal Civil & Legal Sciences
JCP	Juris Classeur Droit Civil
JDI	Journal du Droit International
JT	Journal des tribunaux
ICLQ	International Comparative Law Quarterly
LCJIMC	Ley de Cooperación Jurídica internacional en Materia Civil
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MP	Ministerio Público
MRE	Marroquíes residentes en el extranjero
Mw	Moudawana
P. ej.	Por ejemplo
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseilles
PUF	Presses Universitaires de France
RC	Registro Civil

RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
RCDIP	Revue Critique de Droit International Privé
RDLF	Revue des Droits et Libertés Fondamentaux
RDUS	Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke
REDI	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
Rev. Dr. Eco	Revue de Droit et d'Economie
Rev. mar. étu. Jur	Revue Marocaine d'Etudes Juridiques
REDE	Revista General de Derecho Europeo
RGDC	Revue Général de Droit Civil Belge
RIDC	Revista Internacional de Derecho Comparado
S/N	Sin número
Univ.	Universidad

Introducción General

La intensidad del tráfico familiar hispano-marroquí en los tiempos recientes hace necesario afrontar un estudio que parta de una perspectiva comparada en la medida en que favorece un análisis que se desvincula del aspecto normativo de las instituciones objeto de las relaciones jurídico-privadas internacionales. Estas últimas plantean cuestiones que son prácticamente comunes a todas las sociedades (divorcio, filiación, sucesión…etc.) y, a las que se buscan respuestas tendentes a satisfacer necesidades sociales similares a pesar de las divergencias que marcan el Derecho en vigor en cada sociedad.

Como es sabido, todo Derecho es el producto de una sociedad determinada, existe un vínculo de dependencia entre el Derecho y las condiciones históricas, sociales, económicas y políticas, propias de cada sociedad. Estas condiciones difieren de un lugar a otro y no siempre son las mismas[1]. Es una realidad que no ha cambiado a pesar de factores determinantes como son la globalización, los intercambios comerciales o bien los crecientes movimientos migratorios que hubieran conducido a cierta convergencia o al menos una aproximación entre ordenamientos jurídicos distintos.

A partir de ahí, cualquier estudio en el ámbito del reconocimiento de las decisiones extranjeras, que tenga como objeto las relaciones jurídico-privadas de las personas inmigrantes y, por ende, sus derechos fundamentales y la continuidad de su estatuto en el espacio, deba sostenerse sobre una aproximación comparada que tome en cuenta los valores culturales, la práctica real del Derecho y su evolución en el tiempo y en el espacio[2]. En esta perspectiva, el Derecho se convierte en «*un producto, uno de los fenómenos de la vida social*»[3] y, por tanto, debe eliminarse todo objetivo puramente estático que se fundamenta en el análisis y el estudio de los textos legales[4].

---

[1] Véase, L-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, T. 1, *Introduction au droit comparé*, LGDJ, París, 1972, p. 204.

[2] Como explica J. VANDERLINDEN, en el tiempo porque "*la vida del derecho es una realidad y su contenido de hoy no es necesariamente el de ayer o de mañana*" y, luego, en el espacio, porque "*el derecho analizado está vinculado a una sociedad determinada con una dimensión espacial, un territorio*" (véase, *Comparer les droits*, E. Story-Scientia, Belgique, 1995, p. 418). (Todas las traducciones del árabe, francés e inglés al español son propias).

[3] Véase, M. ROTONDI, "Technique du droit, dogmatique et droit comparé", *RIDC*, janvier-mars 1968, n°. 1, vol. 20, p. 18.

[4] Véase, P. STANZIONE, "Considérations sur les méthodes du droit comparé: à propos d'un livre récent", *RIDC*, octobre-décembre 1973, vol. 25, n°. 4, p. 881. La doctrina estima que: "*existe una confusión entre conflictos reales y simples divergencias constructivas y terminológicas. Muchos de estos conflictos son solamente aparentes y pueden ser resueltos en simples divergencias científicas*

Dicho planteamiento permite otorgar una nueva interpretación de las normas del Derecho internacional privado (en adelante, DIPr) que regulan las situaciones jurídico-privadas internacionales y ponen en contacto dos o varios ordenamientos. Estas normas caracterizadas por su rigidez y formalismo conducen a soluciones incompatibles con los objetivos de interacción y acercamiento entre sistemas jurídicos. A este respecto, advierte E. BALOGH que, las normas del DIPr están siendo elaboradas con términos técnico-jurídicos que impiden adaptarlos a las relaciones de la vida[5].

Precisamente, la aproximación comparada permite traspasar la configuración dogmática muy limitada de los sistemas jurídicos. Entonces, para remediar la ineficacia de las soluciones clásicas de DIPr y la carencia de la vía convencional (sobre estas insuficiencias, véase *infra*), la presente investigación propone una metodología comparada basada en el método funcional y, de forma muy particular, en el principio de equivalencia funcional (*véase infra*)[6]. Se trata de un enfoque práctico al servicio del DIPr, que ofrece un conjunto de datos, elementos que, junto a las herramientas indispensables del DIPr (entre otras, orden público, calificación, reenvío) permite un tratamiento de las situaciones jurídico-privadas internacionales orientado a la protección de los derechos humanos y fundamentales de las personas inmigrantes[7].

El objeto de esta investigación consiste en promover y determinar cierto acercamiento entre los ordenamientos español y marroquí en el ámbito del reconocimiento de las decisiones relativas a la disolución del vínculo matrimonial y alguno de sus efectos, partiendo del método comparado, concretamente, el método funcional y la equivalencia funcional. La tesis pretende, de manera muy específica, demostrar el impacto que presenta la técnica de la equivalencia funcional para dar una nueva interpretación del sistema del DIPr de ambos países. Una interpretación presidida por su nueva función que está marcando el entero sistema

---

cuando se examinen a la luz de estudios comparativos" (véase, E. BALOGH, "Le rôle du droit…", *loc. cit.*, p. 604).

[5] Véase, "Le rôle du Droit comparé dans le droit international privé", *RCADI*, 1936, T. 057, p. 593.

[6] Con el objetivo de superar la rigidez y el formalismo del DIPr, algunas alternativas destacables han sido propuestas por la doctrina. Se basan principalmente en el conocimiento del otro y de su cultura. Entre otros, J. DÉPREZ quien aboga por una aproximación sociológica de la teoría de los conflictos de leyes, está la aproximación basada en la antropología (M-C. FOBLETS) o bien en la etnología jurídica (L. BUSKENS).

[7] En particular, la calificación juega un rol importante en la interpretación de las instituciones consideradas como desconocidas en el foro. La calificación, tiene el mérito de sostenerse sobre la equivalencia. En el seno de este trabajo, la calificación por parte del juez del foro reviste un carácter funcional porque está presidida por un juicio de equivalencia funcional orientado a los intereses sociales y jurídicos de las personas.

de DIPr en la actualidad que es la máxima protección, realización y satisfacción de los derechos humanos y fundamentales de las personas inmigrantes. Y, el impacto de dicha técnica sobre las condiciones para el reconocimiento de las decisiones entre ambos ordenamientos, en particular, el orden público.

Se puede anunciar que se aporta un enfoque original o, quizás, poco explorado en los estudios que se realizan en el campo del DIPr acerca de las instituciones extranjeras. Tales estudios suelen aportar una visión de los ordenamientos jurídicos materiales desde la perspectiva formal y descriptiva, haciendo una presentación del régimen jurídico de la institución o figura que se analiza. Sin embargo, en el marco de este trabajo, el estudio de los ordenamientos materiales considerados se realiza acudiendo al método comparado que, precisamente, constituye el eje sobre el cual se articula.

Su mayor idoneidad para abordar la temática del reconocimiento de las decisiones de disolución del matrimonio se debe concretamente a que es un método multidisciplinar que trata una institución dada a partir de distintas dimensiones, a saber socio-económica, histórica, política, religiosa, ideológica y cultural. El método comparado, por un lado, ofrece una visión global, no fragmentaria, de un ordenamiento jurídico junto a una percepción más objetiva y realista. Y, por otro, permite destacar tanto las similitudes como las diferencias de los sistemas comparados[8].

Así, en el seno del método comparado, se ha optado exclusivamente por el método funcional como planteamiento y la equivalencia funcional como técnica. Ambos tienen dos finalidades. En una primera etapa, en el marco del Derecho comparado, sirven para hacer un acercamiento a los ordenamientos en presencia (española-marroquí), ofrecer mejor conocimiento y entendimiento de ambas normativas, analizar, comparar y destacar sus particularidades, similitudes y diferencias para llegar a los concretos resultados. Dicho enfoque aplicado a las distintas formas de disolución del matrimonio propias de los ordenamientos español y marroquí ha demostrado la existencia de un margen de equivalencia funcional suficiente que promueva su reconocimiento, que la divergencia de las soluciones no impide que el resultado y la finalidad sean equivalentes: promover al máximo, de conformidad con la normativa vigente en cada uno de los ordenamientos, la libertad matrimonial, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de ambos cónyuges.

[8] Véase, J-C. REITZ, "How to Do Comparative Law", *AJCL*, 1 October 1998, vol. 46, n°. 4, p. 620.

En una segunda etapa, su empleo en el ámbito del DIPr tiene interés en orden a extraer unas conclusiones, consideraciones y, extender el campo de soluciones o alternativas que son posibles a nivel jurídico. En este segundo marco (DIPr), el método funcional como planteamiento se destaca por su capacidad de adentrarse la realidad social de las situaciones que se plantean. En cuanto a la equivalencia funcional, su empleo favorece en gran medida el reconocimiento y la continuidad en el espacio de las decisiones judiciales de disolución del matrimonio entre ambos países.

La equivalencia funcional, en el marco del reconocimiento de las decisiones extranjeras, «*supone atribuir efectos en el foro a los conceptos y categorías que, aun cuando difieren técnicamente respecto a otro ordenamiento jurídico, en ambos cumplen una función jurídica similar o equivalente respecto de las mismas instituciones*»[9].

Dicha técnica revierte relevancia, si se considera, en la actualidad, la concepción del DIPr como disciplina "*científica y su racionalización*"[10]. El DIPr al igual que cualquier otra rama jurídica requiere un razonamiento basado en procedimientos que otorguen eficacia y seguridad a las relaciones jurídicas de los individuos a través de la promoción y la protección de sus derechos fundamentales. En este contexto, la función tradicional del DIPr, que consiste en lograr la coordinación y la armonía internacional de las soluciones, que ha caracterizado hasta hoy de manera relevante la construcción doctrinal de esta rama, queda relegada a un segundo plano[11].

Así, en el marco de este trabajo, se pretende, a través de la equivalencia funcional, averiguar cierta convergencia y, con ello, una interacción e interoperabilidad de los sistemas jurídicos español y marroquí marcados por su disparidad. Esta última se verá disminuida gracias a la consecución de soluciones satisfactorias, acordes con la realidad social de la relación jurídico-privada internacional. Esto es, no se trata de armonizar o coordinar ambos ordenamientos sino lograr cierto acercamiento con la mirada puesta en la protección de los

[9] Véase, C. FERNÁNDEZ ROZAS "Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2009, nº. 25, p. 15.
[10] Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, "Método y función del Derecho internacional privado: hacia la más plena realización de los derechos humanos", *REEI*, diciembre 2020, n°. 40, p. 29.
[11] *Ibíd*., pp. 9, 10 y 22. Siguiendo a la autora, los objetivos de "coordinación" y, por ende, de "armonización" tienen como inconveniente hacer prevalecer como uno de los presupuestos de DIPr "la pluralidad de sistemas jurídicos" en detrimento de otro que es "la vida internacional de la persona", este último que justamente favorece la búsqueda de soluciones a la problemática de la discontinuidad en el espacio de las relaciones jurídicas de las personas inmigrantes (*ibid*., p. 34).

derechos fundamentales de las personas inmigrantes con el fin de garantizar la continuidad de su estatuto en el espacio[12].

La máxima realización y satisfacción de los derechos humanos de las personas inmigrantes constituye, en el momento actual, la función primordial del entero sistema de DIPr actual, en particular, en el sector del reconocimiento de las decisiones extranjeras[13]. En esta perspectiva, la equivalencia funcional constituye el nuevo expediente para llevar a cabo dicha nueva función. La dignidad de la persona se sitúa en el centro de dichos derechos impidiendo que una persona se encuentre con un estatus personal distinto más allá de las fronteras.

La equivalencia funcional ofrece una nueva interpretación del DIPr adaptada a las situaciones personales muy particulares debido a su internacionalidad, haciendo prevalecer los derechos fundamentales, necesidades personales e intereses sociales de las personas sobre normas generales y abstractas. Así pues, la protección y la máxima realización de estos últimos ha de constituir la meta final del DIP y su interpretación ha de realizarse teniéndolos en cuenta. Cabe recordar que son estos intereses sociales los que dan lugar a las relaciones jurídico-privadas objeto del DIPr.

La función del DIPr (realización o satisfacción de los derechos humanos) incide sobre la interpretación del reconocimiento de las decisiones extranjeras, esto es, sobre sus condiciones, de forma muy particular, el orden público como expediente clásico y relevante en cuanto constituye la barrera al reconocimiento de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio y, por ende, a los derechos fundamentales contenidos en dicha decisión[14]. En dicho planteamiento, la equivalencia funcional juega un rol importante como criterio para dar

[12] A este respecto explica A. BUCHER:"*la armonía no puede resultar de la diversidad. el objetivo entonces no es por tanto la armonía en la diversidad, sino reducir la dimensión de la diversidad, lo que es generador de armonía*" (véase, *La dimension sociale du droit international privé,* Cours général, Académie de Droit International de La Haye, ADI-POCHE, 2011, p. 149.

[13] La influencia de los derechos y libertades fundamentales en el ámbito del DIPr constituye la tendencia doctrinal actual cada vez más amplia, véase en particular: F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruselas, 2007; R. BARATTA, "Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia", *AEDIPr*, 2016, T. XVI; C. FERNÁNDEZ LIESA, *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Cívitas, Madrid, 2013; P. KINSCH, , "Droits de l'homme, droits fondamentaux et Droit international privé», *RCADI*, 2005, vol. 318. Esta influencia se manifiesta de manera relevante a través de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).

[14] Hay que indicar que el tema de los derechos adquiridos es íntimamente vinculado a los derechos fundamentales. Así, en la mayoría de las ocasiones, lo que se quiere lograr a través del reconocimiento es el derecho de recuperar el estado de soltero/a y el derecho de volver a casarse.

una nueva interpretación de la noción de orden público que será orientada tanto a la protección de los derechos humanos y fundamentales de las personas inmigrantes como a su efectividad y continuidad en el espacio. Dichos derechos constituirán el límite a la actuación negativa del orden público.

Bajo dicho enfoque, la equivalencia funcional permite superar las tradicionales reticencias que surgen de una concepción religiosa y otra laica del orden público. El empleo de algunos expedientes tradicionales resultará injustificado en algunos supuestos. Precisamente, la equivalencia funcional constituye un sustitutivo del orden público atenuado. Por tanto, una aproximación sostenida sobre dicha técnica, en el ámbito del reconocimiento, permite al juez liberarse de un planteamiento puramente dogmático evitando la discriminación de situaciones internacionales que son funcionalmente equivalentes.

La incorporación del principio de equivalencia, en general, y de la equivalencia funcional, en particular, dentro del marco jurídico relativo al ámbito del DIPr no es nueva[15]. Su utilidad en el ámbito del DIPr, su empleo y tratamiento por la doctrina fue relevante (en la determinación de la ley aplicable o para realizar la operación de calificación)[16].

El juicio de equivalencia permite reconocer instituciones desconocidas en el foro tras adaptarlas a las categorías propias de la regulación nacional. Como ej. destacado del empleo del principio de equivalencia en el DIPr es el "matrimonio polígamo". Así, la jurisprudencia francesa, para otorgar efectos (alimentos, sucesión…etc.) a este tipo de matrimonio constituido de forma válida en el extranjero, el juez consideró que se trataba de un matrimonio equivalente a la categoría de matrimonio propio del Derecho francés[17].

De igual modo, las técnicas de "transposición" y "substitución" están sentadas sobre el principio de equivalencia. Y, en el ámbito convencional, la equivalencia como criterio figura, entre otros, en el Convenio de La Haya de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, como condición para que una adopción

[15] Cabe apuntar que tanto el método funcional como la equivalencia funcional han tenido relevante repercusión en el DIPr para responder a las problemáticas planteadas por la norma de conflictos (véase D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T 1, Partie générale, Paris, PUF, 2014); Y. LEQUETTE, "De l'approche fonctionnelle des conflits de nationalités dans un cas de répudiation entre époux franco-marocain", *RCDIP* 1992, (91).

[16] Concretamente véase, M-PH. MALAURIE, "L'équivalence en droit international privé", chron. xxxvi, *Dalloz*, París, 1962; H. GAUDEMET-TALLON, "De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé: esprit et méthodes", *Mélanges P. LAGARDE*, Dalloz, París, 2004; H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, París, 2002.

[17] Jurisprudencia «Chemouni», Cass. civ., 1ère, 28 enero 1958 et 19 febrero de 1963 (véase sobre este caso, B. ANCEL/Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4 éd., n°. 30-31, Dalloz, París, 2001, p. 277).

extranjera beneficie del estatuto de una adopción plena en el país de recepción. Por último, en el ámbito europeo, la equivalencia tiene su rol en el reconocimiento de la decisión extranjera (confianza mutual) y reconocimiento de la ley de origen (reconocimiento mutuo) entre los Estados partes en materia civil, comercial y familiar[18]. Sin olvidar su consagración en el Convenio Hispano-Marroquí (en adelante, CHM)[19] donde no cabe revisión de fondo o control de ley aplicada por el tribunal de origen.

De otro lado, la equivalencia puede constituir un expediente que tiende a realizar determinados objetivos queridos por el legislador. Este último ha optado, en ambos ordenamientos (español y marroquí), por consagrar el principio de equivalencia para flexibilizar y facilitar el reconocimiento de las decisiones y documentos públicos extranjeros y, que las divergencias entre ordenamientos jurídicos no impidan dicho reconocimiento. Este objetivo se aprecia, de manera específica, en el art. 128 del Código de Familia marroquí (en adelante, CFM) y, en la ley española Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (en adelante, LCJIMC) [20]. Así, la equivalencia permite superar las divergencias que pueden resultar de la aplicación de la ley extranjera en origen. Para P. KINSCH «*la teoría de equivalencia permite reconocer decisiones pronunciadas en aplicación de otra ley considerada como aplicable por el juez del foro, no obstante, sin que el resultado de la aplicación de una o la otra ley sea diferente*»[21]. Ahora bien, tiene un interés muy especial la equivalencia funcional porque resulta incompatible con cualquier revisión de fondo o control de ley aplicada.

El reconocimiento de las decisiones judiciales de disolución del matrimonio, objeto de esta investigación, revierte gran interés e importancia en materia de DIPr al condicionar el estado civil de las personas solicitantes de dicho reconocimiento porque de ello depende la recuperación de la condición de soltero/a y la posibilidad de contraer nuevo matrimonio, además de beneficiar de los derechos económicos o personales derivados de la decisión de divorcio. En definitiva, la denegación del reconocimiento y con ello el estatus de la persona conduce a denegar sus derechos fundamentales[22]. Por todo ello se estima que la función primordial y actual del DIPr consiste en la máxima promoción de los derechos humanos y

[18] Véase, H. GAUDEMET-TALLON, "La désunion du couple en droit international privé", *RCADI*, 1991, (1), T. 226, p. 248 y ss.
[19] Firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997, *BOE* nº. 151 de 25 de junio, entró en vigor el día 1 de julio de 1999.
[20] Título V de la LCJIMC, *BOE* nº. 182, de 31de julio 2015. Cabe anotar que, en España, el principio de equivalencia se ha incorporado en distintas leyes.
[21] Véase, "Droits de l'homme…", *loc. cit*., p. 103.
[22] *Ibid*., p. 475.

fundamentales reconocidos en los textos constitucionales en lugar de la coordinación de ordenamientos jurídicos.

Cuando se deniega el reconocimiento de una decisión por su contrariedad con los principios fundamentales del foro se crean situaciones claudicantes. Así pues, una persona divorciada en un país se considera como casada en otro, si vuelve a contraer nuevo matrimonio a pesar de no haber obtenido el reconocimiento podrá ser objeto de un delito de bigamia y los hijos/as nacidos/as de un nuevo matrimonio se considerarán como ilegítimos/as. En consecuencia, un nuevo procedimiento debe tener lugar ante los tribunales donde se ha denegado el exequátur que puede ser distinto al primero.

La temática del reconocimiento de las decisiones extranjeras en materia de disolución del matrimonio remite a los derechos adquiridos de las personas inmigrantes y a la continuidad en el espacio de sus relaciones jurídico-privadas. Esta continuidad del estatus personal o familiar más allá de las fronteras constituye «*le but intime*» del DIPr[23].

La efectividad de las decisiones y la continuidad en el espacio del estado de las personas obligan, hoy más que nunca, a buscar procedimientos adecuados que favorecen un acercamiento entre ordenamientos jurídicos y, por ende, el reconocimiento de las situaciones privadas en el país de recepción de los inmigrantes como en aquel de origen. A este respecto subraya G. ESTEBEN DE LA ROSA: «*la integración ha de tener lugar tanto en el país de origen como en el país de destino, en la medida en que debe facilitar que sus relaciones de vida y personales no se vean truncadas por el solo hecho de que haya tenido que emigrar de su lugar de origen por motivos socio-económicos*»[24]. Ello con la finalidad de evitar las situaciones claudicantes.

La idea de un Derecho universal aplicable a todas las naciones sería una utopía debido a que los distintos Estados tienen sus especificidades y particularidades reflejadas en sus

[23] Véase, Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL/P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 9 éd., Dalloz, París, 2007, p. 777.

[24] Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, "La integración social de los inmigrantes desde la perspectiva del sistema (español) de derecho internacional privado", en J-V. GAVIDIA SÁNCHEZ (coord.), *Inmigración, familia y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 159. Merece apuntar que el método del reconocimiento fue objeto de críticas por parte de la doctrina. Algunos (M. BUSCHBAUM) ven en ello una puerta abierta a todo tipo de fraudes: matrimonios blancos, forum shopping…etc. Otros (H-P. MANSEL), estiman que es un método que prevalece la continuidad en el espacio de las relaciones jurídicas en detrimento del "*interés del Estado del reconocimiento a la aplicación de su propio sistema de DIPr*". A opinión de P. LAGARDE, dichas reticencias se deben al desconocimiento de que el reconocimiento no se realiza de manera ciega sino que está supeditado a un conjunto de condiciones (véase P. LAGARDE, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", *RCADI*, 1986, T. 196, p. 29).

culturas y civilizaciones, son estas últimas que precisamente forman el Derecho propio de cada Estado[25]. De ahí, se hace preciso, la búsqueda de métodos que permitan lograr un acercamiento entre las distintas culturas sin perder de vista el respeto y la preservación de las especificidades culturales. Se trata de buscar un terreno de encuentro y entendimiento entre culturas y, por ende, entre sistemas jurídicos, el objetivo sería «*permitir a los individuos moverse en un contexto jurídico de una relativa homogeneidad*»[26].

Las comunidades de origen islámico establecidas en Occidente tienen importantes raíces que van à querer conservar en el país de acogida. Como dice R. BARATA: «*es inevitable que los particulares sean portadores de un interés social: el mantenimiento de [estos] estatutos a la hora de sus desplazamientos a través las fronteras*»[27].

De manera más específica, mantienen un lazo muy fuerte con su religión y reclaman el respeto de sus valores que consideran como intangibles y no adaptables[28]. Se trata de una cultura, unos valores, unas costumbres y una concepción de la familia con algunos aspectos distintos a los de Occidente. Todo ello se manifiesta en el ámbito jurídico formando «*un fuerte elemento de la identidad socio-cultural*»[29].

Esta situación genera en el seno de las sociedades multiculturales europeas los denominados "*conflictos ocultos"*[30]. Se trata de sociedades que albergan comunidades con peculiaridades propias que las distingan del grupo social mayoritario[31] y, los conflictos que genera presentan particularidades culturales necesitando soluciones particulares[32].

El «*derecho a la propia cultura*» que se encuentra protegido por varios instrumentos internacionales no es un derecho absoluto e ilimitado, sobre todo cuando el factor religioso constituye el fundamento de algunas prácticas consideradas como inaceptables en el país de

[25] La dependencia mutua entre el Derecho y su contexto hace que las condiciones de su existencia cambien en el espacio y el tiempo, por ello no se puede hablar de un derecho «*absoluto, abstracto y generalmente válido*» (véase, L-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, T. 1, *op. cit*., p. 204).
[26] Véase, Y. LEQUETTE, "Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales", *RCADI*, 1994, T. 246, p. 22.
[27] Véase, "La reconnaissance internationales des situations juridiques personnelles et familiales", *RCADI*, 2011, T. 348, p. 463.
[28] Véase, A. MOTILLA/P. LORENZO, *Derecho de familia islámico*, Colex, Madrid, 2002, p. 15.
[29] Véase, S. JAHEL, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, LGDJ, París, 2012, p. 185.
[30] Véase, A. BORRÁS, "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe", en A. BORRÁS/S. MERNISSI (ed.), *El Islam jurídico y Europa*, Icaria Editorial, Barcelona, 1998, p. 163.
[31] Véase, J. JUSTO MEJÍAS QUIRÓS, "Familia, inmigración y modelos de integración en inmigración", en J. GAVIDIA SÁNCHEZ (coord.), *Inmigración, Familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 123.
[32] Véase, A. BORRÁS, "La sociedad europea…", *loc. cit*, p. 165 y 166.

recepción [33]. El ordenamiento jurídico de este último, al basarse sobre principios fundamentales intangibles, constituye la barrera frente a la entrada de instituciones extranjeras que le son incompatibles y su recepción dependerá de si estos modelos son compatibles o no con los principios de los países europeos[34].

No obstante, se estima que estos derechos fundamentales del foro no deben ser interpretados únicamente en relación con la cultura del foro, sino tomando en cuenta la diversidad cultural y las particularidades de las instituciones extranjeras [35]. A modo de ejemplo, se puede citar la configuración jurídica conceptual que caracteriza la disolución del matrimonio en la regulación marroquí. Esta última marcada por la pluralidad de sus formas según si se trate del hombre o de la mujer, junto a otros modos abiertos a ambos cónyuges de manera similar, no debería ser interpretada en relación con la identidad de formas que caracteriza el divorcio en el ordenamiento jurídico español.

Asimismo, la salvaguarda del principio de igualdad entre cónyuges, como divergencia principal en la materia, ha de hacerse atendiendo a la existencia de otros derechos y principios como son la identidad cultural y el principio de libertad y, sobre todo, el derecho de la persona interesada a beneficiarse de sus derechos fundamentales (el derecho de divorciarse, recuperar la capacidad matrimonial y volver a casarse) y, en consecuencia, del mismo estatus personal o familiar más allá de las fronteras (principio de continuidad).

Para algunos autores la coexistencia de ordenamientos de distinta trascendencia implica inevitablemente un "choque de civilizaciones"[36]. A este respecto se puede afirmar que se trata

[33] Como explica E. JAYME: "*la época postmoderna se caracteriza por el rol primordial que los individuos acuerdan a su identidad cultural, sus expresiones exteriores son la lengua, la religión, las tradiciones de la comunidad a la cual están vinculados por un fuerte sentimiento de lealtad. Dicha identidad se defiende mediante todos los medios, a veces sacrificando su existencia y, incluso, su vida*" (véase, E. JAYME, "Droit comparé et droit international privé", *RCADI*, 1995, T. 251, p. 167).

[34] Véase, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley: estudio de Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2000, p. 52.

[35] Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA/T. SAGHIR, "Reconocimiento de la igualdad entre hombre y mujer en la nueva Mudawwana marroquí y su repercusión en la regulación de la disolución del matrimonio en Derecho internacional privado (español)", en M-P. GARCÍA RUBIO/M DEL R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.), *El Levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 155.

[36] La expresión "*choque de civilizaciones*" opta por una postura de exclusión, especialmente, hacia las comunidades de cultura islámica (véase, S-P. HUNTIGNTON, "The clash of civilisations", Foreign Affairs, Summer 1993, n°. 3, p. 29. Para K. ZAHER, la existencia de una armonía entre los ordenamientos jurídicos laicos y confesionales en los distintos sectores jurídicos (comercial, penal, marítimo,…etc.) es en sí mismo una refutación de la teoría del choque de civilizaciones (véase, *Conflit de civilisations et droit international privé*, L'Harmattan, París, 2009, p. 27). Dicha armonía se debe a que estas materias han sido prestadas del Derecho europeo. Tras la independencia de los países islámicos (finales del s. XIX y principios del s. XX) el colonialismo dejó su huella en todos los

más bien de un mal entendimiento susceptible de ser superado, en gran medida, si se consideran los ordenamientos en cuestión desde un enfoque comparado que parte de los objetivos de conocer y, sobre todo, comprender los Derechos extranjeros[37]. Esto es, se trata del "*conocimiento del otro, su civilización y sociedad, más allá del sistema jurídico, habitualmente considerado por parte del jurista como el único elemento*»[38].

Considera H. BATIFFOL que una posible conciliación entre el Derecho en cuanto a su carácter racional y la divergencia que marca los sistemas en presencia se consigue mediante la toma en consideración de la diversidad de las estructuras sociales[39]. Estas últimas junto a las económicas que difieren de un ordenamiento a otro generan y justifican otras soluciones consideradas como justas e incontestables en un ordenamiento dado[40].

El encuentro entre ordenamientos jurídicos tiene en el Derecho de familia un ámbito adecuado para las fricciones, así lo afirma D. BUREAU: «*teatro privilegiado de irreductibles diferencias, el derecho de familia fue considerado durante mucho tiempo como, de manera particular, propicio al juego del derecho internacional privado*»[41].

A nivel de DIPr la disolución del matrimonio forma una de las cuestiones de las más controvertidas[42]. Ello se debe específicamente a cuestiones de índole religioso e ideológico que plantea esta institución. Es una de las instituciones extranjeras a las del foro que suscitan

---

sectores: social, cultural, y jurídico. Este último fue modificado y se elaboraron códigos inspirados en el modelo occidental que abarcaron todas las disciplinas del Derecho, pero dicha codificación no alcanzó el Derecho de familia que quedó fiel al Derecho musulmán tal como se elaboró hace muchos siglos (véase, M-J. ESSAID, *Introduction à l'étude du droit*, Collection connaissances, 3 éd., 2000, p. 50.)

[37] Véase, E. PICARD, "L'état du droit comparé en France, en 1999", *RIDC*, octobre-décembre 1999, n°. 4, vol. 51, p. 887.

[38] Véase, J. DEPREZ, "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques: les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*"*, *RCADI*, 1988, T. 217, p. 217. Sin duda, el conocimiento del otro constituye un instrumento de lucha contra el dogmatismo, los estereotipos y el etnocentrismo y, también para hacer frente a las falsas ideas y los prejuicios (véase, H. MUIR-WATT, "La fonction subversive du droit comparé*"*, *RIDC*, juillet-septembre 2000, n°. 3, vol. 52, p. 506; D. RENÉ, *Droit comparé: droits d'hier, droits de demain*, Económica, París, 1982, p. 7).

[39] Véase, *Aspects philosophiques…, op. cit.*, p. 185.

[40] Véase, D. RENE, *Droit comparé: droits …*, *op. cit*., p. 80 y 82. Así, para evitar la tendencia de considerar el Derecho nacional como universal y verdadero, el Derecho comparado tiene la ventaja de mejorar el entendimiento tanto de las fuerzas como de las debilidades de su propio sistema jurídico (véase, B. MARKESINIS, "Unité ou divergence: à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain*"*, *RIDC,* octobre-décembre 2001, n°. 4, vol. 53, pp. 807 y 808).

[41] Véase, "Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité", en L. D'AVOUT/D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Mélanges en l'honneur du professeur BERNARD AUDIT. Les relations privées internationales*, LGDJ, Issy-les-Moulinaux, 2014, p. 155.

[42] Véase, L. CHERON, *Les causes de divorce et de séparation de corps en droit international privé comparé*, Dalloz, París, 1934, p. 1.

dificultades y «*un tratamiento delicado a nivel de DIPr tanto su calificación como su reconocimiento*»[43]. El divorcio existente en las sociedades actuales es el resultado de una tortuosa y delicada evolución histórica que dio lugar a distintos modelos de divorcio o "*modos de entender el divorcio*"[44]. No es solo cuestión de "*admitir o no admitir*" el divorcio, sino también de "*cómo se llega*" al divorcio y de que "*consecuencias jurídicas*" se derivan del divorcio.

Frente a la insuficiencia de los mecanismos tradicionales de DIPr y para superar los obstáculos que plantea el reconocimiento de las decisiones de disolución del matrimonio entre España y Marruecos, España y Marruecos han suscrito distintos convenios para fomentar la cooperación entre ambos países[45]. En el ámbito del reconocimiento de las decisiones en materia familiar está el Convenio bilateral hispano-marroquí destinado a facilitar dicho reconocimiento. No obstante, su eficacia como instrumento destinado a favorecer el reconocimiento de las decisiones judiciales ha sido cuestionada por la doctrina, además la realidad jurisprudencial refleja dicha ineficacia.

Por un lado, resalta su inadecuación para el ámbito del Derecho de familia al igual que el Convenio franco-marroquí de 10 de agosto de 1981 sobre el estatuto de las personas y la familia y la cooperación judicial[46]. Específicamente, en relación con la necesidad de cooperación, se destaca su poca inadaptación al Derecho de familia[47]. Por otro lado, existe un obstáculo que se refiere a los convenios bilaterales en general plasmándose en las

[43] Véase, F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, París, 2008, p. 45.
[44] Véase, A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III", *CDT*, marzo 2009, n°. 1, vol. 1, pp. 40 y 41.
[45] La inadecuación de los mecanismos tradicionales de DIPr. para regular las situaciones transnacionales se debe a que dichos mecanismos clásicos consideran los derechos fundamentales en relación con los derechos extranjeros a partir de dos enfoques totalmente opuestos. Un enfoque que opta por una intervención inmediata y excesiva de los derechos fundamentales yendo más allá de lo que es una justa defensa de dichos derechos. Otro que se quiere moderado pero resulta demasiado liberal (véase, P. HAMMJE, "Droits fondamentaux et ordre public", *RCDIP*, enero-marzo, 1997, 86, 1, p. 7). En este sentido, algún autor habla de un "*impasse méthodologique*" para describir la ineficacia de dichos métodos en lograr un tratamiento adecuado de los conflictos de culturas (véase, L. GANNAGÉ, "Les méthodes du droit international privé à l'épreuve du conflit des cultures", *RCADI*, 2011, T. 357, p. 255).
[46] *BOE* n°. 3910 de 07 octubre de 1987. Véase, A. RODRÍGUEZ BENOT, "El estatuto personal de los marroquíes…", *loc. cit*., pp. 37 y 38. Según el autor: "*diversas circunstancias tales como su incorrecta y confusa redacción en lengua española o las deficiencias técnicas de su articulado han llevado en la práctica a una crítica doctrinal y a una ignorancia jurisprudencial*" (véase, "Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad", en A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, CGPJ, Madrid, 2002, p. 57).
[47] Véase, M. MOYA ESCUDERO, "Recommandations issues…", *loc. cit*. p. 171.

problemáticas originadas por su interpretación y la reciproca desconfianza latente en los mismos[48].

Si bien los convenios bilaterales suscritos entre los países de origen y los de recepción de las personas inmigrantes parten de la preocupación de tomar en consideración las particularidades vinculadas a las migraciones, surge la dificultad de su interpretación a causa de lecturas diferentes, incluso divergentes por parte de ambos Estados[49]. Una interpretación que no debe ser contraria a las disposiciones de la CEDH estipulando en su art. 60 que en caso de conflicto de convenios bilaterales prevalecerá el convenio más protector[50]. En la actualidad la tendencia de recurrir al CEDH y los derechos fundamentales para justificar la actuación negativa del orden público es cada vez creciente[51]. Esta tendencia es objeto de críticas calificándola como «*una voluntad de dominación intelectual, a saber, un cierto imperialismo en el mundo de las ideas, de los hombres y de los hechos*»[52].

Por último, no hay que olvidar el impacto del surgimiento de "*un orden comunitario europeo*" relativo al ámbito del estado de las personas que impone límites a la soberanead de los Estados y su libertad en comprometerse vía los acuerdos bilaterales con los ciudadanos de Estados terceros[53].

Sentado todo lo anterior, y considerando los cambios geopolíticos actuales, el continuo y relevante flujo migratorio procedente de países islámicos hacia Europa, particularmente, desde la denominada "primavera árabe", junto a la insuficiencia de los procedimientos clásicos en el sector del reconocimiento de las decisiones extranjeras, se estima que la metodología comparada presenta gran relevancia para tratar las situaciones privadas

[48] Véase, A. BORRÁS, "La sociedad europea multicultural…", *loc. cit*., p. 178.
[49] Véase, J-Y. CARLIER, "Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad", en A-L. CALVO CARAVACA/J-L. IRIATE ANGEL (ed.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, p. 35.
[50] Véase, M. CHECA MARTÍNEZ, "Reconocimiento de la poligamia y del repudio islámicos en perspectiva comparada: a propósito de la Mudawwana marroquí", en J. GAVIDIA SÁNCHEZ (coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 259.
[51] La influencia de la CEDH es relevante y juega un rol importante en la definición del orden público (véase, F. MARCHADIER, *La protection européenne des situations constituées à l'étranger*, Dalloz, París, 2007, p. 2700).
[52] Véase, F. TERRE, "Universalité des droits fondamentaux et diversité", *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Colloque international de l'Ile Maurice, 29 septembre-1octobre, 1993, Aupelf-Uref, 1994, p. 57.
[53] Véase, M-C FOBLETS/M. LOUKILI, "Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?", *RCDIP*, juillet-septembre 2006, (3), p. 532.

internacionales que se plantean porque ofrece soluciones que se adecuan a la realidad dichas situaciones.

Si bien la comparación y la equivalencia han sido empleados con anterioridad en el ámbito del DIPr en su concepción tradicional, marcada por lograr la coordinación o la armonización de ordenamientos jurídicos, el uso de la técnica de equivalencia funcional en dicho ámbito se destaca por pretender dar una nueva interpretación del sistema del DIPr. Una interpretación que corresponde a su nueva función consistente en la máxima protección, realización y satisfacción de los derechos humanos y fundamentales de las personas inmigrantes.

Aplicada al ámbito del reconocimiento de las decisiones extranjeras, la técnica de equivalencia funcional, en el marco de la nueva función que desarrolla el entero sistema del DIPr en la actualidad (máxima protección, realización y satisfacción de los derechos humanos y fundamentales) constituye una pauta para interpretar sus expedientes más clásicos. Así, las condiciones para el reconocimiento de las decisiones extranjeras se realiza desde un enfoque que tome en consideración, como elementos determinantes para un adecuado tratamiento de la situación privada internacional, su realidad socio-jurídica, las necesidades sociales y intereses jurídicos de las personas interesadas y la exigencia de que una persona no se encuentre en una situación claudicante. Todas estas consideraciones constituyen presupuestos imprescindibles para garantizar al máximo la continuidad en el espacio del estatus personal y familiar de dichas personas y que beneficien de sus derechos fundamentales que derivan de las decisiones para reconocer.

Capítulo primero:

Análisis comparado de la disolución del matrimonio En España y Marruecos

I. Aproximación metodológica

1. Metodología de la investigación: utilidad del método comparado para el DIPr

La presente investigación emplea el método funcional y, en particular, la equivalencia funcional (desarrollada por el sociólogo N. LUHMANN, como se verá *infra* de forma detenida), como planteamiento o estrategia a través de la cual abordar las cuestiones que se suscitan en el momento actual en relación con el reconocimiento de las decisiones en el amplio campo del Derecho de familia en las relaciones hispano-marroquíes y, de forma más concreta, con respecto al tema de la disolución del matrimonio y algunos de sus efectos. Dicha equivalencia funcional es, por tanto, una pauta para interpretar los expedientes más clásicos que se han empleado en el campo del DIPr (orden público, entre otros)[54].

No se trata de un expediente nuevo en el ámbito del DIPr, sino que, por el contrario, se ha empleado, en especial, en el sector del Derecho aplicable, para tratar cuestiones como la calificación en determinados supuestos (institución desconocida). Sin embargo, en el marco de la presente investigación, dicho expediente se emplea de forma generalizada para el tratamiento de las cuestiones que se suscitan en el momento del reconocimiento de las decisiones extranjeras y en combinación con una concreta concepción del método y de la función que ha de cumplir el DIPr en el momento actual, presidida por la máxima efectividad de los derechos de la persona (dignidad).

Por tanto, esta concepción acerca de las herramientas o técnicas que se emplean en el ámbito del DIPr y, en particular, en el sector del reconocimiento de decisiones se relaciona con el método de comprensión o racionalización. En este sentido, la concepción metodológica e interpretación del DIPr ha sido marcada por la búsqueda de respuestas satisfactorias a situaciones vinculadas con dos o más ordenamientos jurídicos[55].

[54] Como ha señalado la doctrina, el recurso a la técnica de la equivalencia funcional en el DIPr se manifiesta en tres fases del razonamiento de los conflictos de leyes: la elección de la norma nacional a aplicar; la elección de la norma material extranjera y, la eventual evicción de esta última por la excepción de orden público del foro (véase, S. GILSON, "M. Fallon: l'utilisation de la méthode comparative en droit international privé et en droit européen", *RIDC*, 2006, vol. 83, n°. 3, p. 286).

[55] Véase, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa", *ADC*, 1993, n°. 3, vol. 46, p. 1112.

En particular, subraya J-C Fernández Rozas que: "*la norma de DIPr tiene por cometido la reglamentación de las relaciones de la vida jurídica internacional de los particulares. Este peculiar modo de ver al objeto del DIPr supone una ruptura con los postulados normativistas por cuanto que el objeto del DIPr estaba constituido por las relaciones jurídicas y ya no por las normas, que se convierten así en una mera técnica de reglamentación y no en el objeto de esta disciplina*"[56].

Así pues, el DIPr ha ido de manera progresiva abandonando los planteamientos de carácter formalista, conceptualista, dogmático, en búsqueda de otros de carácter funcionalista, pragmático, teleológico y axiológico[57]. Por tanto, la concepción del DIPr presidida por la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los particulares ha experimentado, a lo largo de distintas etapas, cambios reclamados por la necesidad de nuevos métodos de interpretación de los cuales se puede citar la jurisprudencia de conceptos; jurisprudencia de intereses; jurisprudencia de valores; método finalista y método de coordinación de sistemas[58].

En la actualidad, se estima que la interpretación del sistema de DIPr está influenciada por la normativa sobre derechos humanos y, que el respeto, la promoción y la plena efectividad de estos últimos otorga al "principio de continuidad" una función interpretativa del entero sector del reconocimiento[59]. Las necesidades de racionalización que reclama el DIPr como cualquier rama de la ciencia del Derecho, ha abarcado, junto al sector del Derecho aplicable, el sector del reconocimiento de las decisiones extranjeras donde están en juego los derechos y expectativas de las personas exigiendo una interpretación del DIPr adaptada a sus situaciones

[56] Véase, J-C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI", *Revista Mexicana de Derecho internacional privado*, 2000, nº. 9, p. 2.

[57] Véase, M-A BENÍTEZ DE LUGO, La cooperación internacional como objetivo del DIPr", en F. ALDECOA LUZÁRRAGA (coord.), *La cooperación internacional*, Univ. del País Vasco/Euskal Erriko Unibertsitatea, 1993, p. 209.

[58] Para un estudio detallado de la evolución del DIPr y su metodología véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, "Método y función del Derecho internacional privado: hacia la más plena realización de los derechos humanos", *REEI*, 2020, n°. 40, pp. 12 y ss.

[59] Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, "*¿Transformación del reconocimiento de decisiones en el espacio europeo de justicia?", REDE,* 2020, n°. 50, p. 65. En el mismo sentido, la doctrina considera que debido a su carácter persuasivo, y su figuración en todas las ramas del Derecho, los derechos fundamentales afectan el método tradicional de conflicto de leyes constituyendo una nueva categoría (véase, B. FAUVARQUE-COSSON, "Droit comparé et droit comparé et droit international privé: la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux", *RIDC*, octobre-décembre 2000, n°. 4, vol. 52, pp. 803 y 804). Hay que precisar que si bien en la actualidad la posición que ocupan los derechos humanos en el ámbito del DIPr es relevante, su defensa en dicho ámbito se remonta a lo que es el proceso de desarrollo de dicha disciplina (véase, P. KINSCH, "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", *RCADI*, 2005, T. 318, p. 192).

personales particulares. Estas situaciones que contienen una realidad social sobre la cual opera el DIPr le caracteriza e individualiza como disciplina jurídica[60].

En particular, la interpretación del DIPr sostenida sobre el método comparado (método funcional y equivalencia funcional) ha de estar presidida por la función desarrollada por las instituciones analizadas, sus finalidades y las soluciones adoptadas[61]. Se trata de un enfoque funcional que toma en cuenta aspectos evolutivos y cambiantes de las instituciones pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos (socio-económico, históricos…etc.), en vez de buscar respuestas a las situaciones privadas internacionales a partir de las estructuras conceptuales de dichas instituciones que revisten un aspecto más bien estático (normas abstractas, generales, rígidas) que dinámico[62].

Por tanto, como se ha indicado *supra*, en el marco de esta investigación reviste gran importancia para el DIPr y su interpretación el principio de equivalencia funcional. Su utilidad se manifiesta en el rol funcional que atiende a verificar la existencia de una equivalencia basada en la función desarrollada por instituciones pertenecientes a sistemas jurídicos distintos[63]. Esto es, averiguar la finalidad perseguida por las instituciones al margen de sus configuraciones formales que son susceptibles de ser diferentes[64].

Para H. BATTIFOL, se trata de verificar si existe una comunidad de características de las instituciones que *a priori* son diferentes teniendo en cuenta su función que su estructura[65]. Se pretende sobrepasar su naturaleza centrándose en sus funciones para poder desvelar toda su quintaesencia [66] . En efecto, aunque dichas instituciones no presentan las mismas características, desarrollan la misma función y, por ende, los resultados (soluciones

[60] Véase, M-A BENÍTEZ DE LUGO, "La cooperación internacional…", *loc. cit*., p. 175.
[61] Cabe mencionar el aporte del método funcional en el sector empresarial y comercio mundial, desempeñando un rol preeminente en la "*sistematización y interpretación de los principios generales integrantes de la Lex mercatoria, que ha sido decisiva en la formulación en el ámbito contractual de los principios de UNIDROIT y de los Principios europeos de la comisión Lando*" (véase, P-A. DE MIGUEL ASENCIO, "El Derecho internacional privado ante la globalización", *AEDIP*, 2001, T. 1, p. 54).
[62] La aproximación funcional ha penetrado el conjunto de las ramas del Derecho desde 1920 (véase, D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T 1, Partie générale, Paris, PUF, 2014, p 417. Estos autores tratan la norma de conflicto de leyes bajo un enfoque funcional (*ibíd*, p. 384), véase también, Y. LEQUETTE, "De l'approche fonctionnelle des conflits de nationalités dans un cas de répudiation entre époux franco-marocain", *RCDIP*, 1992, (91).
[63] Véase, S. GILSON, "M. FALLON: l'utilisation…", *loc. cit*., p. 288.
[64] Véase, P-F. DOCQUIER, "X. THUNIS: la comparaison en droit: une figure omniprésente et méconnue", *RIDC*, 2006, vol. 83, n°. 3, p. 285.
[65] Véase, "Aspects philosophiques du droit international privé", *Dalloz*, París, 2002, p.43 y ss.
[66] Véase, H. BATIFFOL, "L'hypothèque légale de la femme mariée en France et le droit international privé", *Choix d'articles*, París, LGDJ, 1976, p. 225.

adoptadas) deben ser convergentes[67]. En esta operación se atiende más bien a la convergencia de los resultados a partir de la función que a la divergencia estructural (formal), es decir, consiste en comprobar si la equivalencia basada en la función cumple finalidades e intereses funcionalmente equivalentes en distintos ordenamientos y, con ello favorece el reconocimiento.

Desde esta óptica, la equivalencia funcional como forma de interpretación del DIPr está orientada a los derechos y necesidades personales y sociales de las personas interesadas. Una interpretación que atiende a la realidad de las situaciones privadas internacionales que son específicas por ser impregnadas de distintos factores muy significativos y determinantes (socio-económicos, culturales, religiosos…etc.) y, las cuestiones que se plantean a través de dichas relaciones.

De otro lado, la equivalencia funcional en el DIPr ayuda a destacar los falsos conflictos entre ordenamientos jurídicos, esto, distinguir las instituciones susceptibles de reconocimiento de las que presentan incompatibilidades insuperables o radicales. En efecto, a causa de un análisis puramente dogmático, algunas instituciones que han experimentado una evolución en cuanto a su esencia y concepción no se reconocen en el foro a pesar de que, actualmente, están en perfecta coherencia con otras instituciones extranjeras (como se verá *infra*). En efecto, la equivalencia funcional, al igual que el método funcional, al penetrar en la realidad social de la situación planteada y analizarla a partir de su función permite soslayar los cambios sociales y legislativos en la medida en que la función de las instituciones no cambia. Junto a ello, dicha técnica es una manera de abrirse a otras instituciones extranjeras, aparentemente distintas pero funcionalmente válidas.

El recurso al método comparado, en particular, a la equivalencia funcional, como forma de interpretación del DIPr por el juez evita que este se pronuncie sobre el reconocimiento de la institución extranjera (la disolución del matrimonio) a partir de un juicio abstracto y conflictual. Por tanto, un juicio basado en la equivalencia funcional se sostiene sobre un resultado concreto (la existencia de equivalencia funcional o su falta) acorde con la realidad de la institución extranjera y, es este resultado que constituye el objeto del orden público.

De este modo, en su análisis de la decisión extranjera, el juez procede en una etapa previa a la operación de calificación, a comparar las instituciones en cuestión para luego realizar lo que se denomina "*un juicio de equivalencia*" funcional con el fin de verificar si

[67] Véase, S. GODECHOT-PATRIS, "Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes", *RCDIP*, avril-juin 2010, 99, (2), p. 295.

existen puntos funcionalmente equivalentes entre la institución extranjera y la del foro. En caso positivo, se hace posible equiparar la primera institución en la categoría del foro que resulte disponible y similar. Ahora bien, empleando la técnica de equivalencia funcional en un primer momento, tiene el mérito de que la calificación se realice sobre un criterio funcional evitando basarla sobre las estructuras de las instituciones en presencia, ello hace que estas últimas, al presentar funciones equivalentes, deben ser calificadas de forma idéntica.

A este respecto, es importante señalar que cualquier aproximación *legeforista* por parte del juez en dicho proceso privará el principio de equivalencia de todo efecto.

De otro lado, en este proceso, la equivalencia funcional cumple un rol de instrumento interpretativo de las normas o instituciones en presencia. Y, el juez de exequátur, en cierta medida, se encuentra realizando una labor de interpretación de la norma extranjera como en Derecho interno[68]. Esto es interpretarla a la luz de la función que el legislador extranjero le ha otorgado[69]. Por tanto, en presencia de una institución extranjera desconocida, el juez identifica la función que cumple la institución extranjera, busca en su legislación su equivalente funcional verificando si ambas desarrollan una función similar, luego, califica de equivalente a la institución nacional la institución extranjera que cumple una función similar y tiene las mismas finalidades.

Un planteamiento metodológico adoptado por el juez, sostenido sobre la equivalencia funcional, permitiría un análisis adecuado, conforme con la realidad de la situación privada internacional y los intereses que hay en juego, para proporcionarle una solución adaptada a dicha realidad y, por ende, satisfactoria. La técnica de la equivalencia funcional permite al juez liberarse de un planteamiento puramente formal y dogmático para adoptar un enfoque que toma en cuenta los intereses, la función y la finalidad que, justamente, forman la norma extranjera.

En este sentido, el juez de exequátur debe decidir sobre el caso concreto con la mirada puesta en la satisfacción de las necesidades de la vida de las personas interesadas como meta final. Debe ponderar y valorar los derechos e intereses derivados de la situación específica. Su interpretación de la norma extranjera debe sostenerse sobre los intereses que aparecen en dicha norma. Este enfoque es el adoptado por la "jurisprudencia de intereses" como metodología jurídica. En esta última, los conceptos se interpretan a partir de la finalidad de la norma y, las lagunas que plantean los casos así que su solución no se pueden lograr mediante

[68] Véase, D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit international…, op. cit.,* p. 384.
[69] Véase, Y. LEQUETTE, "De l'approche fonctionnelle…", *loc. cit.*, pp. 5 y ss.

un procedimiento lógico-formal o de jurisprudencia de conceptos[70]. Cabe añadir que dicha metodología ha penetrado el DIPr (mitad s. XX) otorgándole una interpretación guiada por una "*preocupación por la adaptación a los intereses en presencia, a través de la subsunción de los hechos en las normas jurídicas*"[71].

Así pues, con la aplicación de la equivalencia funcional, los tradicionales expedientes del DIPr de los cuales (el orden público, competencia judicial y legislativa…etc. en materia de reconocimiento de las decisiones extranjeras) pasarán a un segundo plano. La verificación por parte del juez de la conformidad de la decisión extranjera a estos expedientes se hará en el marco (límite) de "*la más plena realización de los derechos humanos*"[72]. Ello necesita una interpretación del orden público dirigida hacia la protección de estos derechos cada vez que los presupuestos del caso concreto lo permitan (la existencia de una equivalencia funcional suficiente y efectiva entre las instituciones en presencia).

Tradicionalmente, el encuentro entre ordenamientos jurídicos distintos se ha caracterizado y sigue marcado por el rechazo de las normas o instituciones extranjeras consideradas como incompatibles con los valores del foro, un rechazo que se manifiesta mediante el recurso a la excepción de orden público internacional tal como está entendido en el país de recepción de la decisión extranjera.

Dicha actuación desfavorable del orden público internacional tuvo relevantes consecuencias sobre las soluciones dadas a grandes problemáticas del DIPr[73]. Su reacción negativa se debe en gran medida al desconocimiento de la normativa extranjera por parte de las autoridades, los juristas y los profesionales del Derecho (jueces y abogados/as). Por lo tanto, la comparación permite consultar y valorar el Derecho extranjero antes de decidir sobre su contrariedad con el Derecho del foro.

---

[70] Los autores de esta metodología son: PH. HECK con su obra *Das Problem der Rechsgewinnung*, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1912, versión castellana de ENTENZA, M., *El problema de la creación del Derecho*, reeditada por Comares, Granada, 1999 y K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, 1994, véase también, M-J. GARCÍA SALGADO, *La jurisprudencia de intereses de Philipp Heck*, L. MARTÍNEZ ROLDÁN (dir.), Tesis doctoral, Uni. Pablo Olavide, 2010.

[71] Como lo explica G. ESTEBAN DE LA ROSA: "*tuvo lugar en el DIPr esta transición de forma más lenta, a través del reconocimiento de la necesidad de superar un método de localización formalista (meramente geográfico) para realizar una aproximación a los objetivos del Derecho material, a través de la especialización de la norma de conflicto, las conexiones funcionales y el recurso a la autonomía de la voluntad, entre otros mecanismos*" (véase, "Método y función…", *loc. cit*., p. 15 y ss.).

[72] Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, "¿Transformación del…", *loc. cit*., p. 63.

[73] Véase, R. RODIERE, *Introduction au droit comparé*, Précis Dalloz, París, 1979, p. 40.

Además, la relatividad tanto en el tiempo como en el espacio como característica principal del orden público impide que los términos de la comparación estén determinados de forma preventiva y abstracta [74]. Ello significa que una constante comparación es imprescindible debido a la naturaleza cambiante y evolutiva de la sociedad y del Derecho que se materializa en las instituciones.

El método comparado ayudaría a determinar el ámbito y alcance de la teoría del orden público internacional[75]. Esto es, para averiguar si una institución extranjera es susceptible de ser reconocida en el foro se hace preciso compararla con su análoga en este último. Al comparar dos instituciones pertenecientes a distintos ordenamientos jurídicos, se debe analizarlas y valorarlas para verificar si existe cierta equivalencia que permite, a su vez, su reconocimiento en el ordenamiento de recepción, en lugar de considerar la norma o la institución de manera abstracta y general sin ninguna consideración de sus particularidades y especificidades[76].

A este respecto subraya S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "*la aplicación de las cláusulas de excepción deba estar limitada por esa dimensión de respeto por las peculiaridades estructurales de la situación contemplada*" [77]. Desde esta óptica, un planteamiento metodológico sostenido sobre la equivalencia funcional permite realizar una nueva interpretación del orden público, orientada tanto a la protección de los intereses y los derechos adquiridos (derechos fundamentales) como a su efectividad. En esta perspectiva, todas las condiciones del reconocimiento se interpretan de forma distinta, esto es, de conformidad a la promoción y protección de los derechos fundamentales.

De las interpretaciones clásicas del orden público está el "afinamiento de la excepción del orden público"[78], el "orden público de adaptación"[79] o el "orden público atenuado"[80]. Este

[74] Véase, F. DURANTE, "Problèmes contemporains du divorce en DIPr", *RCADI*, 1976, T. 152, p. 27.
[75] Véase, R. RODIERE, *Introduction au droit…, op. cit.,* p. 41.
[76] Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Inmigración y Derecho internacional privado*, Difusión jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2009, pp. 273 y 274.
[77] Véase, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Objeto del Derecho…", *loc. cit*, p. 1133.
[78] De conformidad con esta interpretación el funcionamiento de la excepción de orden público se adapta a las necesidades de defensa de los derechos fundamentales, estos últimos marcan el alcance de la modulación de su actuación (véase, P. HAMMJE, "Droits fondamentaux et ordre public", *RCDIP*, janvier-mars, 1997, 86, (1), p. 14 y ss).
[79] La técnica de adaptación permite remediar las eventuales incoherencias en la reglamentación de una situación privada internacional. Dicha incoherencia resulta de la incompatibilidad de normas pertenecientes a distintas categorías que deben ser aplicadas simultáneamente (véase, G. CANSACCHI, "Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois", *RCADI*, 1953, T. 83, p. 81).
[80] El orden público atenuado significa que, en materia de reconocimiento de las decisiones extranjeras, el orden público del Estado requerido debe ser observado de forma retenida en la medida en que se

último, un expediente utilizado con frecuencia en el ámbito del reconocimiento de las decisiones extranjeras para ofrecer respuestas satisfactorias a las situaciones jurídico-privadas internacionales. No obstante, si se parte de un enfoque basado en la equivalencia funcional, este expediente clásico se verá desplazado por su inadecuación, en la actualidad, a ciertas situaciones privadas internacionales (como se verá en el Cap. II).

En efecto, la equivalencia funcional como técnica empleada en el ámbito del DIPr, concretamente en el reconocimiento de las situaciones privadas internacionales, evitaría la actuación del orden público desde un primer momento y, llegaría a paralizarlo en algunas ocasiones. Así pues, la interpretación del orden público con arreglo al principio de equivalencia funcional evitaría generar inútilmente situaciones claudicantes.

El juez del foro para decidir sobre la conformidad de la decisión extranjera con los principios fundamentales de su ordenamiento empieza por analizar, valorar, comparar su normativa con la normativa extranjera. Ello favorece la toma en consideración de las particularidades de las situaciones privadas internacionales, visibilizar y prevalecer los intereses y necesidades de los particulares. En el caso concreto, la consecución por el juez de un margen suficiente de equivalencia funcional conduce a reconocer la decisión extranjera como realidad social constituida.

En este sentido, señala H. GAUDEMET-TALLON que su existencia (la decisión extranjera) constituye un hecho así que la existencia de unos derechos individuales[81]. Dicho reconocimiento constituye la realización de los derechos fundamentales de los particulares, que es la "*justificación primordial del reconocimiento"* y, el DIPr está llamado a "*contribuir a la justicia focalizada en los derechos humanos*"[82]. Por último, la función del DIPr afectada por las distintas corrientes y metodologías que lo han conformado ha ido variando en el tiempo dando lugar a una pluralidad de funciones.

De conformidad con la equivalencia funcional, su función se aleja de las funciones tradicionalmente asignadas al DIPr. Así, en el marco de esta investigación, no se busca la

---

debe considerar la existencia de efectos de la decisión extranjera ya producidos o susceptibles de producirse en el extranjero (véase, A. BUCHER, "*La famille en droit international privé*", *RCADI*, 2000, T. 283, p. 27).

[81] Véase, "La désunion du couple en droit international privé", *RCADI*, 1991, T. 226, 1, p. 389.

[82] Véase, R. BARATTA, "La reconnaissance internationales des situations juridiques personnelles et familiales", *RCADI*, 2011, T. 348, pp. 464, 465 y 469. Para G. ESTEBAN DE LA ROSA dicha justicia: "*consiste en dar una respuesta adecuada a las peculiaridades de las situaciones privadas internacionales"* (véase, "Método y función…", *loc. cit.*, p. 23). Asimismo, considera que: "*la idea de la justicia debe presidir la interpretación del sistema de DIPr, esto es, su aplicación de conformidad con una corriente metodológica orientada a valores*" (*ibíd*., p. 24).

armonización (F.K. VON SAVIGNY) ni la coordinación entre sistemas jurídicos (H. BATTIFOL/ P. PICONE). Tampoco, la cooperación internacional como uno de los objetivos del DIPr a través de la determinación de la equivalencia como lo estima la doctrina[83].

La equivalencia funcional en el ámbito del DIPr sirve para gestionar la disparidad entre sistemas jurídicos diferentes con el objetivo de establecer una interoperabilidad entre ellos[84]. El objetivo es proporcionar una respuesta satisfactoria a la situación jurídica internacional y con ello, permitir su continuidad espacial. Ello supone, por un lado, la toma en consideración de la normativa extranjera en sus distintos aspectos y, por otro, evitar toda aproximación *legeforista*. En esta óptica, la función principal del DIPr, en el sector del reconocimiento de las decisiones extranjeras, es garantizar la continuidad espacial de las relaciones jurídicas a través de la promoción de los derechos humanos y fundamentales reconocidos en los textos constitucionales e internacionales.

Cuando el juez de exequátur examina una decisión extranjera y determina la existencia de equivalencia funcional (efectiva) entre la institución del foro y la del Derecho extranjero, significa lograr la continuidad de la situación internacional en el espacio y la efectividad de los derechos adquiridos derivados de la decisión. De estos derechos están, en el caso de la disolución del matrimonio, el derecho de divorciarse y la libertad de volver a casarse de conformidad con el art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH), el art. 12 Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) y, el art. 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión europea (en adelante, CDF)[85].

Así pues, los derechos fundamentales garantizan a los cónyuges el derecho de divorciarse y al esposo/a divorciado/a el derecho de volver a contraer matrimonio, esto es, garantizar su libertad matrimonial, se trata de una norma de orden público[86]. Que las personas interesadas logren beneficiarse de dichos derechos y libertades significa la protección de otro

---

[83] Véase, Rapporteur E. JAYME, 1ére Commission sur "La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé", *Annuaire de l'Institut de droit international*-Session de Santiago du Chili, vol. 72-2007, Editions A. Pedone, París, p. 48.

[84] Véase, S. GILSON, "M. FALLON: l'utilisation…", *loc. cit.*, p. 285. Considera G. ESTEBAN DE LA ROSA que: "*su función no es resolver conflictos, sino regular -de forma adecuada- un tipo "especial" de situaciones privadas, conectadas con, al menos, dos sistemas jurídicos*" (véase, "Método y función del…", *loc. cit.*, p. 33).

85 Cabe mencionar una decisión de la Corte de Estrasburgo en la cual estima que el art. 12 del CEDH: "garantiza al divorciado el derecho de volver a casarse sin sufrir en la materia restricciones irrazonables", asunto F. c/ Suiza, de 18 de diciembre de 1987, (11329/85), consultado en: https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/1987/CEDH001-62048

[86] Véase, A. BUCHER, "*La famille en droit…*", *loc. cit.*, p. 63.

derecho fundamental (humano) que es la dignidad humana. Ello es posible eliminando los obstáculos al reconocimiento de su estatuto matrimonial tanto en su país de origen como de recepción cada vez que los presupuestos de la concreta situación lo permiten.

Asimismo, es preciso tomar en cuenta que los derechos fundamentales, en los supuestos de las relaciones personales con aspecto multicultural, tienen la función tanto de garantizar las diferencias personales y culturales como la protección de las personas más débiles[87].

Ahora bien, se puede aludir que, en el caso concreto, surge un enfrentamiento entre los derechos fundamentales, por un lado, el derecho a divorciarse, volver a casarse y, por otro, la igualdad-paridad entre cónyuges. Para H. GAUDEMET. TALLON, la solución reside en referirse a la jerarquía de dichos derechos para determinar los que tienen más prevalencia (de los cuales la igualdad entre hombre y mujer como valor absoluto) que otros[88]. Esta solución parece insuficiente para P. KINSCH quien estima que: «*la atenuación de los estándares de los derechos humanos se impone cuando la aplicación de las plenas garantías de un derecho (en particular, la igualdad entre hombres y mujeres) conduce en las circunstancias del caso concreto, a ignorar otro derecho garantizado por el convenio*»[89].

Frente a este dilema, esto es, la necesidad de conciliar dos derechos, ambos legítimos, la exigencia de salvaguardar los intereses de la persona en la relación jurídico-privada internacional constituida debe conducir a definir los intereses reales o de fondo, esto es, que satisfacen las necesidades de la vida de la persona (en este caso sería el derecho de divorciarse y recuperar la capacidad matrimonial) y, los conceptuales (igualdad idéntica-paridad entre cónyuges), en especial, si se toma en consideración la actual regulación marroquí de disolución del matrimonio.

A este respecto, cuando se trata de reconocer una decisión extranjera, se comparte la opinión de B. FAUVARQUE COSSON quien habla, por un lado, de una aplicación diferenciada y evolutiva de dichos derechos que debe adoptar un enfoque relativo y concreto en vez de un aspecto abstracto e universal. Ello es pertinente porque los derechos fundamentales están

[87] Véase, L. FERRAJOLI, "Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo", *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, año XLI, mayo-agosto de 2008, nº. 122, p. 1138.
[88] Véase, "La désunion du couple…", *loc. cit.*,, p. 409 y ss.
[89] Véase, "Droits de l'homme, droits fondamentaux…", *loc. cit.*, p.248 y 251.

"*arraigados en una relación, un contexto y una cultura específica, […] hay que reconocerles la calidad de derechos a geometría variable*"[90].

A este respecto, la equivalencia funcional permite al juez comparar y ponderar dichos derechos. Debe ponderarse con los demás derechos jurídicos concurrentes (igualdad, paridad) entre cónyuges, la dignidad del cónyuge o de los cónyuges solicitantes del reconocimiento con el fin de evitar privarles de beneficiar de sus derechos fundamentales (divorciarse y volver a contraer matrimonio) y de encontrarse en una situación claudicante. Por tanto, cuando el juez se enfrenta a dos normas (instituciones) que entran en conflicto, debe determinar sus contornos y finalidades mediante la función que tienden a cumplir (disolver el matrimonio y recuperar la capacidad matrimonial).

De esta manera, la equivalencia funcional favorece una interpretación del DIPr orientada a la protección de los derechos fundamentales de la persona a través de la consideración que se otorga tanto a la realidad social contenida en la decisión extranjera (tener el estatuto de divorciado) como a la dimensión social en la cual se inscriben dichos derechos (contexto de origen de la decisión). Desde esta óptica, en el sector del reconocimiento de las decisiones extranjeras, el DIPr no puede sostenerse sobre normas neutras, abstractas y mecánicas (competencia jurisdiccional, legislativa) sino sobre la protección de los derechos adquiridos de las personas concernidas y su continuidad en el espacio. Así pues en materia familiar, concretamente la disolución del matrimonio, el juez del foro debería prevalecer una aproximación "*altamente realista*" en vez de una aproximación "*conceptual y mecánica*"[91].

Dicho enfoque, orientado a la realidad de la situación privada internacional, se ha ido introduciendo progresivamente en el ámbito del DIPr gracias al Derecho comparado y al método comparado.

Así pues, la ausencia de una aproximación comparada ha marcado durante mucho tiempo la práctica jurisprudencial. En tal sentido, subraya H. BATTIFOL: «*ante los tribunales internos los* argumentos de Derecho comparado son *casi desconocidos; los abogados de las partes son casi siempre incapaces de obtener una información segura y usarla de manera adecuada; raras veces cuando los jueces están dispuestos a admitir que un sistema jurídico no está encerrado sobre sí mismo: la opinión es fuertemente arraigada que el Derecho de un*

[90] Véase, "Droit comparé et droit…", *loc. cit*., p. 817.
[91] Prestando formulaciones de P. KINSCH, "Droits de l'homme…", *loc. cit*., p. 61.

Estado es tan complejo para no agravar las dificultades con la introducción de elementos heterogéneos a su desarrollo y donde el valor será de difícil interpretación»[92].

La necesidad de recurrir a la comparación se debe a que el DIPr se basa sobre fórmulas matemáticas, rígidas y ajenas a la vida real de las personas. Este aspecto tuvo su repercusión sobre el desarrollo de esta materia tal como lo revela la doctrina: «lo que ha retrasado su desarrollo *[DIPr] es el hecho de que sus* "*dueños*" *durante mucho tiempo han pretendido deducir sus reglas de principios muy generales tomados ellos mismos de nociones de ley, soberanead, derechos adquiridos, etc…, atribuyendo competencia a una ley o a otra, sin preocuparse de su contenido por razones que son en cierta medida exteriores, como si los problemas jurídicos contienen soluciones algébricas*»[93].

Ahora bien, si los intentos de comparación en el ámbito del DIPr han permitido dar a conocer y visualizar, tanto a través de la doctrina como la jurisprudencia, las instituciones y los conceptos propios de un ordenamiento dado en el seno del ordenamiento de recepción, el análisis parte y se desarrolla exclusivamente bajo el ángulo conflictual y, por ende, queda encerrado en una aproximación formal, abstracta y mecánica que domina el DIPr[94]. En dicha aproximación se da primacía al Derecho nacional (del foro) ignorando otros aspectos determinantes que pueden ser de índole social, político, histórico, económico, ideológico o religioso que conforman el Derecho tanto nacional como extranjero, considerando las particularidades culturales con el objetivo de descubrir su realidad escondida[95].

No obstante, a principios del s. XX, empezaron a desarrollarse concepciones con tendencias universalistas en el ámbito del DIPr caracterizadas por una apertura hacia el Derecho comparado y la voluntad de favorecer la coordinación entre sistemas jurídicos, en particular a través del reenvío y la quilificación[96]. Un cambio que tiene su razón de ser en el

---

[92] Véase, *Aspects philosophiques…*, *op. cit*., p. 216.

[93] Véase, P. ARMINJON/B. BORIS NOLDE/M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, T. 1, LGDJ, París, 1950, p. 20.

[94] A este respecto explica H. PATRICK GLENN: "*en el s. XIX y XX La noción de comparación queda muy restringida, su práctica fue limitada a los especialistas de la comparación, las relaciones entre sistemas jurídicos fueron limitados y conflictuales.*" (véase, "*Quel droit…*", *loc. cit.*, p. 36).

[95] Así pues, las normas o instituciones jurídicas no pueden ser entendidas y asimiladas si no se analizan junto a los fundamentos extra-jurídicos que constituyen su razón de ser. En este sentido subraya M. VAN HOECKE: "*[…] rules cannot be understood isolated from their legal and non-legal context"* (véase, "Deep level comparative Law", *Colloque Epistemology and methodology of Comparative law*, Brussels, October 24-26, 2002, p. 2).

[96] Con la evolución de las concepciones del Derecho positivo y las "*corrientes filosóficas favorables a la toma en consideración de los intereses que están a base de las normas jurídicas rechazando la aproximación positivista todavía dominante y el interés de la persona como sujeto de derecho se*

«*declive de las naciones y el positivismo*»[97]. Así, la búsqueda de un universalismo atenuado basado en el acercamiento entre sistemas jurídicos se hace a partir de la observación de sus diferencias, esto es, mediante el Derecho comparado[98].

Concretamente, en los asuntos relativos al Derecho de las personas (filiación, adopción, matrimonio, divorcio), el recurso al Derecho comparado fue necesario para poder responder a las problemáticas suscitadas por dichos asuntos. La comparación y la equiparación como herramientas han sido empleadas aunque de manera superficial o inconsciente en el ámbito del DIPr con el objetivo de superar el formalismo que domina las normas regulando esta materia (finales del s. XIX, principios del s. XX)[99].

De manera particular, su uso en el ámbito judicial ha ido revistiendo gran importancia y resultando imprescindible, a saber, obligado debido no solamente a la «*internacionalización*» de las relaciones privadas de las personas y de los negocios, sino a la jurisprudencia que ha mostrado que los jueces cuando conocen un asunto con elemento de extranjería no pueden proceder de manera sistemática según su Derecho interno[100]. Así, las grandes teorías (calificación, reenvió, orden público) aunque acentúan el rol de la ley del foro, exigen del juez en algunos casos un estudio comparado y un conocimiento profundo de su regulación y de las demás regulaciones extranjeras[101]. Para R. DAVID: «*la naturaleza de las relaciones internacionales impone a los jueces establecer su jurisprudencia considerando el Derecho comparado, si quieren evitar el caos y establecer la justicia*»[102].

---

convierte en la preocupación del Derecho privado" (véase, A. BUCHER, "*La famille en droit…*", *loc. cit.,* p. 27).

[97] *Ibíd.*, p. 49. Cabe anotar que entre las dos guerras van a surgir unas corrientes profundas que afectan a la ciencia del Derecho y, pondrán en tela de juicio el conceptualismo y el formalismo jurídicos en vigor (véase, T. RAMBAUD, *Introduction au droit comparé: les grandes traditions juridiques dans le monde*, PUF, París, 2014, p. 20).

[98] Véase, B. AUDIT, "Droit international privé en quête d'universalité", *RCADI*, 2001, T. 305, p. 59. En el año 1900, la doctrina ha puesto el acento sobre la pertinencia del Derecho comparado para el DIPr (véase, en este sentido, F. KAHN, "Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit international privé", Bull, de la Soc. de lég. comp., vol. 29, 1900).

[99] Como subraya E. BALOGH: "*la existencia misma del DIPr se sostiene sobre una comparación, bastante primitiva, entre las diversas legislaciones*" (véase, "Le rôle du Droit comparé…", *loc. cit*., p. 578).

[100] Véase, R. LEGEAIS, "L'utilisation du droit comparé par les tribunaux", *RIDC*, avril-juin 1994, n°. 2, vol. 46, p. 349. Merece indicar que durante dos siglos, la lógica clásica según la cual las relaciones del Derecho privado se localizan geográficamente mediante reglas formales de localización "*esto es, a cada relación jurídica se aplica un solo sistema jurídico y el cumulo de dos leyes nacionales resulta imposible*", esta idea ha ido cambiando gracias a la noción de comparación (H. PATRICK GLENN, "*Quel droit comparé?*", *RDUS*, 2013, vol. 43, p. 37).

[101] Véase, E. BALOGH, "Le rôle du Droit…", *loc. cit.*, p. 597.

[102] Véase, *Le droit comparé: droits…*, *op. cit.* p. 6.

La jurisprudencia muestra que el juez ha hecho uso de la comparación para elegir la ley aplicable; para realizar la operación de calificación (por ej. la recepción del matrimonio polígamo o de la institución de la *kafala*). De su parte, la doctrina ha ido progresivamente adoptando una perspectiva basada en la comparación cuando habla de «institución desconocida», o bien cuando evoca conceptos propios a la normativa extranjera[103].

Ahora bien, el Derecho comparado como ciencia implica recurrir a una metodología basada en el rigor[104]. Así, el método comparado permite liberar los conceptos del DIPr de su carácter jurídico-técnico que se convertirá en superficial[105]. Dicho método aplicado en el ámbito del DIPr introduce otros componentes de carácter cultural en el razonamiento conflictual para lograr una «*visión completa, no fragmentaria, del fenómeno jurídico*»[106]. De tal manera, se extiende el campo de la investigación y se ofrece una pluralidad de soluciones.

El método funcional y el principio de equivalencia sirven a destacar dichos componentes. En particular, el empleo de la equivalencia, en general, como técnica al servicio del DIPr ha sido relevante[107]. Considera M. PH. MALAURIE en 1965, que el hecho de «*ser diferentes no* impide ser análogos y, esta consideración por el DIPr de la equivalencia de legislaciones va creciendo desde hace treinta años»[108].

---

[103] Así pues, el Derecho comparado ayuda a resolver el problema de los conflictos de calificaciones. Estos últimos resultan aparentes, en muchas ocasiones y, se solucionan en simples divergencias de construcciones científicas mediante el estudio comparado (véase, E. BALOGH, "Le rôle du Droit…", *loc. cit*., p. 604).

[104] Véase, T. RAMBAUD, *Introduction au droit ..., op.cit*, p. 31. La metodología comparada apareció en Alemania entre las dos guerras, se extendió en Francia bajo el impulso de J. MAURY, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE y H. BATIFFOL (véase, B. FAUVARQUE-COSSON, "Droit comparé et droit…", *loc. cit*., p. 799).

[105] Véase, E. BALOGH, "Le rôle du Droit…", *loc. cit*., p. 619. La metodología comparada fue empleada anteriormente en el ámbito de la sociología y antropología por KINGSLEY DAVIS, "Le mythe de l'analyse fonctionnelle comme méthode spéciale en sociologie et anthropologie", *Revue sociologique américaine*, 1959, 24.

[106] Véase, M. ANCEL, *Utilités et méthodes du droit comparé: éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Faculté de droit et de sciences économiques, Mélanges, Conférence, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971, p. 10.

[107] "La noción de "equivalencia" en el DIPr toma distintos aspectos "*dentro de la lógica de DIPr, cabe hablar de equivalencia en sentido formal, material y funcional. La equivalencia formal tiene un impacto razonable en la fundamentación del conflicto de leyes, en especial, tras el interés que despierta en los Estados la regulación del DIPr. La equivalencia material atiende a los resultados concretos en la aplicación del sistema*" (véase, J-I PAREDES PÉREZ, "Alcance y contenido…", *loc. cit*., p. 92.

[108] Véase, "L'équivalence en droit …", *loc. cit*., p. 215. A este respecto, cabe referirse al trabajo de M. GAUDEMET-TALLON en el cual expone los distintos aspectos del principio de equivalencia: equivalencia entre instituciones, equivalencia entre normas, equivalencia formal, equivalencia material, equivalencia entre los resultados, equivalencia global y equivalencia puntual (véase, "De nouvelles fonctions…..", *loc. cit*., pp. 305-304).

Concretamente, en el ámbito del reconocimiento de las decisiones extranjeras se ha hecho recurso al principio de equivalencia para dar respuestas adecuadas a las relaciones jurídico-privadas internacionales. Se estima que no es necesario una similitud total entre la institución desconocida y la del foro sino la existencia de una equivalencia suficiente[109]. En este sentido, en la comparación no se exige identidad de los objetos a comparar, esto es, no implica términos con la misma extensión[110]. En palabras de V. ESPINASSOUS: «*la equivalencia, tal como está utilizada por la jurisprudencia, permite de forma puntual salvar una decisión que no sigue el razonamiento conflictual ortodoxo, pero llega al mismo resultado al cual hubiera conducido dicho razonamiento*»[111].

De hecho, a pesar de que el juez de origen ha basado su decisión en su propia ley que es distinta de la del país en el que se solicita su reconocimiento, este último sería posible si los resultados de las leyes en cuestión que son diferentes, resultan «equivalentes»[112]. La equivalencia tiene la ventaja de facilitar el exequátur donde existe el control de ley aplicable y con ello remediar la proliferación de las situaciones claudicantes[113]. Para H. GAUDEMET-TALLON, es un mecanismo que atenúa de manera particular dicho control[114]. En tal sentido, la existencia de disposiciones análogas que generan resultados similares en el Estado de recepción y de origen impide cualquier justificación de los obstáculos para la recepción de la disposición de origen[115].

Otra ventaja de la técnica de la equivalencia en el ámbito del DIPr reside en la influencia del factor social en dicha operación. Así pues, como explica J-C FERNÁNDEZ ROZAS: «*la norma jurídica está condicionada por una realidad social y la equivalencia pone*

[109] Véase, I. ANTÓN JUÁREZ, "Acuerdos prematrimoniales: ley aplicable y derecho comparado", *CDT*, marzo 2015, vol. 7, n°. 1, p. 44.
[110] Véase, P. LEGRAND, *Le droit comparé*, PUF, París, 1999, p. 77.
[111] Véase, *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, París, 2010, p. 220.
[112] Véase, Rapporteur E. JAYME, 1ére Commission sur "La substitution et le principe…, *loc. cit*., p. 9.
[113] Véase, S. GODECHOT-PATRIS, "Retour sur la notion…", *loc.cit*., p. 272. Particularmente se ha hecho recurso a la noción de equivalencia substancial para reconocer en Francia varias decisiones de divorcio pronunciadas en el extranjero. Se trata de buscar equivalencia entre la ley efectivamente aplicada por el juez extranjero y aquella que hubiera sido competente según la reglamentación francesa del conflicto. En dichas decisiones se atiende a una equivalencia entre la causa del divorcio recogida en la decisión extranjera y aquella propia de la regulación francesa (véase, B. AUDIT/L. D'AVOUT, *Droit international privé*, N. MOLFESSIS (dir.), 17 ed., Economica, París, 2013, p. 466).
[114] Véase, "La désunion du couple…", *loc. cit*., p. 387.
[115] Véase, H. GAUDEMET-TALLON, "De nouvelles fonctions…", *loc. cit*., p. 316. Es importante notar que en el ámbito del DIPr, cuando se trata de averiguar si existe equivalencia entre dos instituciones pertenecientes a sistemas jurídicos distintos, al compararlas pueden tener la misma denominación sin que sean equivalentes y *vice-versa* (véase, P. ARMINJON/B. BORIS NOLDE/M. WOLFF, *Traité de droit…, op. cit.*, p. 21).

precisamente de relieve aquello que de común existe en esta realidad, en la esfera de distintos sistemas, no obstante, la aparente contradicción entre los elementos de la construcción técnica del Derecho. La solución a las relaciones privadas internacionales no podría realizarse si cualquier efecto jurídico que las atañe únicamente pudiera regularse conforme a los criterios jurídicos que rigen en el foro»[116].

Ahora bien, la evolución del DIPr adopta una noción de equivalencia con un aspecto funcional, que favorece la continuidad espacial de las situaciones privadas internacionales[117]. Para A. BUCHER, el principio de equivalencia funcional constituye «*la clave del funcionamiento e interacción de varios sistemas de Derecho*»[118] (véase *supra*).

2. Método funcional y equivalencia funcional en Derecho comparado

La necesidad de una aproximación comparada consciente y estructurada que, únicamente se puede lograr a través del método comparado como «*instrumento epistemológico*», permite lograr los objetivos propuestos en el marco de la presente investigación[119]. La comparación como «*ciencia jurídica*» se ocupa del estudio de las normas propias de los sistemas jurídicos o las instituciones objeto de análisis destacando sus similitudes y sus diferencias para su mejor conocimiento[120]. El método comparado constituye un instrumento para detectar, evaluar y explicar dichas similitudes y diferencias.

Esta operación permite en el marco de este trabajo determinar las eventuales similitudes y divergencias que marcan la institución del divorcio en ambos ordenamientos que, a su vez,

---

[116] Véase, "Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2009, nº. 25, p. 15.

[117] Véase, J-I PAREDES PÉREZ, "Alcance y contenido de la noción de equivalencia en el derecho internacional privado", *AEDIPr*, 2012, T. 12, p. 91.

[118] Véase, Rapporteur E. JAYME, 1ére Commission sur "La substitution et le principe…", *loc. cit*., p. 33.

[119] Véase, M-C PONTHOREAU, "Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique", *RIDC*, 2005, n°. 1, vol. 57, p. 23. En este sentido subraya T. RAMBAUD: "*no existe una metodología que pueda ser válida erga omnes para establecer la comparación en el campo jurídico. No obstante, ciertas elecciones metodológicas se imponen para evitar las trampas y los obstáculos ligados a la operación de comparar*" (véase, *Introduction au droit…, op. cit*., p. 34). Así pues, existen distintas aproximaciones, de las cuales: "*la méthode descriptive"; "l'approche évolutionniste"; "la méthode conceptuelle"; "la méthode factuelle"; "l'approche contextualiste ou culturelle"*. Para un estudio detallado de cada una de estas aproximaciones (véase, B. JALUZOT, "Méthodologie du droit comparé: bilan et prospective*", RIDC*, 2005, n°. 1, vol. 57, pp. 38 y ss).

[120] Véase, A. GAMBARO/R. SACCO/L. VOGEL, *Traité de droit comparé: le droit d'Occident et d'ailleurs*, LGDJ, París, 2011, p. 1. Como lo explica T. RAMBAUD: "*el Derecho comparado debe asumir su doble cara tal como el dios antiguo Janus, aquella de una ciencia del acercamiento y, de manera paralela, aquella de una ciencia de diferencias. Es este doble movimiento que debe pensar la particularidad de un orden jurídico nacional"* (véase, *Introduction au droit…*, *op. cit*., p. 20 y 28).

permitiría averiguar su posible reconocimiento o, al contrario, su rechazo por su contrariedad con el orden público internacional propio de cada uno de los ordenamientos.

Aunque se trata de dos ordenamientos distintos e instituciones aparentemente diferentes, destacar no solamente sus diferencias sino también sus similitudes se debe como lo explica E. PICARD a que la comparación de uno o varios objetos se basa en el hecho mismo de que son comparables y, por ende, esta posibilidad de compararlos implica que son en cierta medida similares[121]. Cabe añadir que la determinación de las similitudes y las divergencias se debe realizar con toda objetividad sin tener la voluntad de establecer un acercamiento ficticio de los ordenamientos analizados[122].

Con este fin, dicha operación debe necesariamente realizarse teniendo como punto de referencia exclusivo toda la realidad de las instituciones a comparar[123]. Ello permite obtener una visión global y dinámica donde caben distintos componentes (historia, sociología, antropología, religión, economía,…etc.), lo que favorece la determinación de las semejanzas y las diferencias y, a su vez, verificar sus causas y su razón de ser.

Establecer las eventuales semejanzas y diferencias ayudaría a comprender el otro y, por ende, explicar sus diferencias[124]. Estas últimas permiten dar a conocer otra realidad social desconocida, sus restricciones, la especificidad de otras normas o instituciones, sus particularidades y su finalidad. A su vez, la verificación de las similitudes y su análisis conduce a determinar si existe cierta equivalencia de las instituciones objeto del estudio conflictual que permite en gran medida atenuar o incluso paralizar la actuación del orden público internacional (como se verá en los Cap. II y III).

De los métodos prácticos de la metodología comparada, concretamente se ha optado en el marco de esta investigación (para comparar y analizar la disolución del matrimonio en los ordenamientos español y marroquí) por el método funcional y el la técnica de la equivalencia funcional. Ambos tienen en común la ventaja de partir de un análisis comparado de las instituciones en cuestión, sostenido sobre sus funciones en lugar de los conceptos para luego verificar si las soluciones adoptadas en cada ordenamiento son funcionalmente convergentes.

---

[121] Véase, "L'état du droit comparé en France, en 1999", *RIDC*, octobre-décembre 1999, n°. 4, vol. 51, p. 898.

[122] Se estima que la comparación es una crítica del Derecho, no es un instrumento para su unificación o bien un discurso al servicio del relativismo cultural (véase, M-C PONTHOREAU, "Le Droit comparé...", *loc.cit*., p. 23).

[123] Véase, E. PICARD, "L'état du droit…", *loc. cit*., p. 909.

[124] Véase, H. MUIR-WATT, "La fonction subversive du droit comparé*"*, *RIDC*, juillet-septembre 2000, n°. 3, vol. 52, p. 522.

Tienen el mérito de tratar las instituciones a partir de distintos ángulos. Es un enfoque muy pertinente en la medida en que favorece la comparación sin considerar los términos o las denominaciones "*impregnados de historia y tradiciones*"[125].

Como es sabido, «*la lengua es la expresión primordial de una cultura*»[126]. Ello incide sobre la traducción de los conceptos de un sistema jurídico a otro presentando ciertas dificultades. Primero, no siempre se llega a encontrar el concepto equivalente al concepto original. En segundo lugar, existen conceptos que aparentemente parezcan comunes o equivalentes pero al analizarlos presentan divergencias fundamentales en cuanto a su significado y contenido y, *vice versa*[127].

En Derecho comparado, es indudable que "*la traducción es un instrumento útil pero limitado en la medida en que no permite aprehender todos los detalles sin un conocimiento profundo del sistema analizado"*[128]. Así pues, las denominaciones y su traducción no deben guiar el entendimiento y el análisis comparado porque, en muchas ocasiones, como se verá *infra,* la traducción de los conceptos a la lengua española no refleja con exactitud el contenido real y actual de las instituciones. Para soslayar esta dificultad o mejor dicho "*le piège des faux amis*" se estima que es preferible en la aproximación comparada abstenerse de traducir los términos de la lengua de origen a la de recepción[129].

En el contexto de este estudio, el método funcional permite analizar la institución de disolución del matrimonio en el ordenamiento español y marroquí partiendo de la función que desarrolla en ambos ordenamientos. Si bien estamos ante dos ordenamientos jurídicos distintos en cuanto a su trascendencia, uno laico y otro religioso, son instituciones

[125] Véase, J-C, GEMAR, Traduire le droit. Lettre, esprit et équivalence*"*, en X. NORTH (dir.), *Traduction du droit et droit de la traduction*, Dalloz, París, 2011, p. 132.
[126] Véase, E. JAYME (ed.), *Langue et droit*, IV Congrès International de Droit Comparé, Bristol 1998, Collection des Rapports, Bruylant, París, 1999, p. 12.
[127] Ha de indicarse que la ausencia de equivalentes en la lengua de recepción conduce a los traductores a emplear procedimientos que tienden a ser lo más posible fiel a la lengua de origen, se trata de la traducción literal, la equivalencia lingüística o la analogía funcional. Esta última, precisamente, requiere un buen conocimiento del Derecho comparado (véase, F. FELDMAN, "Méthodologie de la traduction", en X. NORTH (dir.), *Traduction du droit…*, *op. cit*., p. 152).
[128] Véase, E. CASHIN RITAINE, "L'expérience de l'Institut suisse de droit comparé", en X. NORTH (dir.), *Traduction du droit…*, *op. cit*., p. 74.
[129] Véase, J. VANDERLINDEN, *Comparer les…, op. cit.,* p.406. Como se verá más adelante, conceptos como *mutʿa, talāq* o *nafaqa* tienen una traducción imperfecta o errónea.

comparables porque responden a la misma finalidad y función que es la de disolver el vínculo matrimonial y permitir la recuperación de la capacidad matrimonial[130].

El método funcional pertenece al movimiento funcionalista que ha penetrado el conjunto de las ciencias puras, humanas y sociales a comienzo del s. XX[131]. En el ámbito del Derecho, dicha corriente centraba su pensamiento sobre la idea de que el estudio de los Derechos se sostiene sobre la función, la finalidad social y los efectos de la norma[132]. No obstante es en el ámbito del estudio comparado de los Derechos donde más se ha desarrollado[133].

La aproximación funcional requiere una comprensión de las instituciones jurídicas no como construcciones doctrinales sino como respuestas societarias a los problemas planteados en su relación tanto con el conjunto del sistema jurídico como de la sociedad[134].

El método funcional parte de la hipótesis de que las sociedades conocen los mismos problemas y los solucionan de formas diferentes pero, a menudo, con resultados similares[135]. Considera K. ZWEIGERT: «*se observa que con frecuencia la comparación de instituciones jurídicas análogas por su función conduce a constatar una divergencia jurídica incontestable entre las instituciones como tal, no obstante un examen más atento revela una concordancia o al menos un acercamiento de los sistemas comparados debido a ciertos fenómenos no-jurídicos susceptibles de discernirse únicamente mediante una investigación sobre les hechos jurídicos*»[136].

El método funcional toma en cuenta la finalidad de las instituciones jurídicas, el rol y los objetivos que desarrollan en una sociedad determinada. En esta perspectiva, el ordenamiento jurídico analizado debe ser considerado en su «*realidad funcional y operacional*» sin limitarse

[130] El método funcional ha sido utilizado en el estudio del Derecho de familia europeo, véase, en particular, K. BOELE-WOELKI (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, European Family Law Series, 2003.
[131] Véase, F-S. COHEN, "Transcendental nonsence and the funcional approach", 1935, 35, 6, *Colum Law Rev* 809, pp. 822 y ss.
[132] Véase, O. WENDEL HOLMES Jr., "The path of law", 1897, 10-8, *Harv Law Rev* 457, p. 469.
[133] Entre los autores más relevantes del método funcional se encuentran: E. RABEL, M. RHEINSTEIN, R. SCHLESINGER, K. ZWEIGERT y H. KOTZ.
[134] Véase, R. MICHAELS, "The Functional Method of Comparative Law", en M. REIMANN ET R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, UK, Oxford University Press, 2006, p. 364.
[135] Véase, K. P. BERGER, "Harmonisation of European contract law: the influence of comparative law", *ICLQ*, 2001, vol. 50, pp. 887.
[136] Véase, "Des solutions identiques par des voies différentes: quelques observations en matière de droit comparé", *RIDC*, janvier-mars 1966, n°. 1, vol. 18, p. 14. En el mismo sentido, véase, R. SACCO, *La comparaison juridique…, op. cit.,* pp. 30 y ss.

a su formación dogmática y estructural[137]. Por tanto, el método funcional destaca la realidad de las instituciones en presencia y su evolución.

La comparación basada en el método funcional tiene como punto de partida la idea según la cual en el ámbito del Derecho son comparables los objetos cuya función es la misma. A partir de ahí, las leyes se analizan desde la función que tienen de resolver un problema concreto para luego comparar las soluciones adoptadas[138]. En este proceso de comparación, se parte de la idea de una necesidad social, no se considera la posición de la regla jurídica en el propio ordenamiento, lo que significa que se procede haciendo abstracción de los sistemas jurídicos analizados. Ello conduce a una equivalencia de las soluciones a partir de la función a pesar de la divergencia que pueda marcar la letra de las leyes[139]. Por lo tanto, a través de este método, son las soluciones adoptadas que importan en lugar de las normas o instituciones analizadas[140]. Esto es, las soluciones pueden ser convergentes a pesar de la divergencia que marca las reglas o instituciones, o bien divergentes aunque estas últimas sean similares.

Estima K. ZWEIGERT que: «*el método comparado es necesariamente un método funcional, ello significa, que busca como la realización de una necesidad jurídica de las partes o de un objetivo de orden público está realizado a través de distintas instituciones y nociones*» [141]. Por lo tanto, el análisis comparado de distintos ordenamientos permite comprobar que se puede llegar a la misma finalidad siguiendo vías distintas y obtener soluciones similares partiendo de concepciones diferentes[142].

Esta teoría tiene como fundamento que los mismos problemas vitales en distintas sociedades se solucionan de manera idéntica o similar a pesar de las divergencias que pueden marcar sus estructuras jurídicas y su evolución histórica[143]. Esta similitud en las soluciones adoptadas a un mismo problema social es tributaria en algunas ocasiones a las derogaciones (excepciones) susceptibles de afectar las normas y los principios de Derecho positivo en alguno de los ordenamiento analizados[144].

---

[137] Véase, M. ANCEL, *Utilités et méthodes…, op. cit*. p. 98.
[138] Véase, E. JAYME, "Droit comparé et…", *loc. cit*., p. 105.
[139] *Idem.*
[140] Véase, A. PETERS/H. SCHWENKE, "Comparative law beyond post-modernism", *ICLQ*, 2000, vol. 49, pp. 808 y 809.
[141] Véase, "Des solutions identiques…", *loc. cit*., p. 7,
[142] Véase, P. ARMINJON/B. BORIS NOLDE/M. WOLFF, *Traité de droit…*, *op. cit*., p. 15.
[143] Véase, K. ZWEIGERT, "Des solutions identiques…", *loc. cit.*, p. 5.
[144] *Ibíd*, p. 10.

El método funcional se desvincula de la estructura sistemática de los ordenamientos jurídicos comparados para averiguar la manera en que el Derecho extranjero ha tomado en consideración una necesidad o interés social determinado[145]. Dicho método pone de relieve el problema social que se encuentra a la base de ciertas instituciones[146].

Conviene indicar, en último término, que el método funcional como instrumento de comparación ha suscitado críticas de la doctrina por la *praesumptio similitudinis* que fundamenta dicho método, esto es, resultados similares adoptados en la práctica[147]. Sin embargo, en el contexto de este trabajo, la aproximación basada en la función resulta, por un lado, la más adecuada para comparar dos instituciones pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes, el criterio de la función es determinante en este contexto[148]. Por otro, detectar y analizar las eventuales similitudes en la institución española y marroquí de la ruptura del vínculo matrimonial constituye un aspecto pertinente para el desarrollo de esta investigación.

Junto a ello, el método funcional no impide descubrir de manera paralela las diferencias que las caracterizan y que constituyen otro aspecto determinante. Así pues, considerando el objeto y la finalidad de la presente investigación (determinar los aspectos que son susceptibles de reconocimiento para buscar y proponer soluciones efectivas y concordantes con la realidad), ambas aproximaciones resultan relevantes[149].

La búsqueda de las similitudes o, en su caso, las diferencias permite verificar hasta que medida las decisiones de divorcio españolas y marroquíes pueden ser reconocidas en cada ordenamiento; si existen excepciones para dicho reconocimiento debido a las similitudes o bien a los obstáculos derivados de las divergencias.

---

[145] *Ibíd*, p. 7.
[146] Véase, E. JAYME, "Droit comparé…", *loc. cit*., p. 114.
[147] Frente al método funcional que parte de la *praesumptio similitudinis* existe la "*méthode postmoderne*" que se sostiene sobre las diferencias.
[148] Precisamente la aproximación funcional permite contestar la teoría de "l'incommensurabilité" en el Derecho comparado. Sobre esta cuestión véase, M. BOGDAN, *Comparative Law*, Kluwer Law and Taxation, Göteborg, 1994, p. 58 y ss; M. ANCEL, "Le problème de la comparabilité et la méthode fonctionnelle en Droit comparé", *Festschrift fur Imre Zajtay*, Tubingen, Mohr Siebeck, 1982, p. 1 y ss; T. RAMBAUD, *Introduction au droit…, op. cit*., p. 34.
[149] Hay que tener en cuenta que el proceso de comparación en Derecho se enmarca por su complejidad, se inscribe en un contexto particular en el cual encuentra su pertinencia y solidez. Ello significa que "*la comparación no está dada a priori, sino, se construye, el comparatista construye su estrategia en función de sus objetivos"* (véase, P-F DOCQUIER, "X. Thunis: la comparaison…", *loc. cit*., p. 280).

El método funcional encuentra su punto central en el principio de equivalencia funcional[150]. Esta última en el ámbito del Derecho comparado tiene como punto de partida el análisis comparado, es un concepto que remite a la idea de comparación[151]. El concepto de equivalencia funcional encuentra su origen, particularmente en la noción de equivalencia funcional desarrollada por el sociólogo N. LUHMANN. Este último desarrolla dicho principio según el cual un mismo problema es susceptible de tener distintas soluciones en la medida en que estas soluciones que, son aparentemente diferentes, cumplen la misma función[152]. En este supuesto, las instituciones funcionalmente equivalentes son por definición de valor igual del punto de vista de dicha función[153].

Se trata de comparar dos instituciones pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos. No obstante, es preciso que dichas instituciones presenten cierta fungibilidad, en consecuencia se hace recurso a la analogía para razonar[154]. Las diferencias de formas o de características no impiden que haya equivalencia en la medida en que existen similitudes de los resultados[155].

El principio de equivalencia empieza por verificar si existe un «*núcleo común*» entre las instituciones objeto de comparación. En esta etapa se procede a seleccionar las instituciones extranjeras susceptibles de producir efectos en el foro. No se trata de buscar un estricto paralelismo entre ellas porque el hecho de buscar las mismas características es en sí mismo contrario al principio de equivalencia[156].

La equivalencia funcional en el ámbito del Derecho comparado permite y facilita la comprensión, el análisis y la comparación de instituciones *a priori* comparables que cumplen la misma función. Esta comparación revela sus diferencias y similitudes. La existencia de un margen notable de convergencia favorece su equiparación.

Considera R. MICHAELS que el método funcional atribuye a la equivalencia funcional distintas funciones de las cuales: la función epistemológica para comprender las reglas jurídicas y las instituciones como respuestas sociales a las instancias de los problemas en vez

[150] Véase, R. MICHAELS, "The Functional Method of Comparative Law", *Duke law school legal studies*, 2005, n°. 87, pp. 25.
[151] Véase, S. GODECHOT-PATRIS, "L'exception d'équivalence entre la loi française et la loi étrangère", *L'application du droit étranger*, Cycle de conférences-Cour de Cassation 2017, Collection colloques, vol. 36, Soc. de Lég. Comp, París, 2018, p. 145.
[152] Véase, N. LUHMANN, *Social Systems*, traducido por J. BEDNARZ JR/D. BAECKER, Writing science, Stanford, Stanford University Press, 1995, pp. 54 y 55.
[153] La equivalencia significa literalmente de valor igual (véase, R. MICHAELS, "The Functional Method…", *loc. cit.*, p. 375).
[154] Véase, G. CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, París, 1997, p. 331.
[155] Véase, M. PH. MALAURIE, "*L'équivalence en droit…*", *loc. cit.*, p. 215 y ss.
[156] Véase, S. GODECHOT-PATRIS, "Retour sur la notion…", *loc. cit.*, p. 286.

de construcciones doctrinales; la función comparativa que se realiza de forma empírica para lograr la comparabilidad; la función de *praesumptio similitudinis*, esto es, emplear un equivalente funcional que permita cumplir la función de manera similar[157].

La función sirve de criterio de comparación y, instituciones doctrinalmente distintas en sistemas jurídicos diferentes son comparables si desde un punto de vista funcional son equivalentes[158]. De otro lado, merece anotar que la equivalencia funcional se interesa más por la función externa del objeto analizado que por su función interna. La primera, remite al funcionamiento o mecánica de la institución (objeto de análisis) y, la segunda, al rol que dicho objeto cumple en su actividad externa en relación con su contexto.

Efectivamente, la aproximación funcional del Derecho atiende a las funciones externas que son operacionales en vez de las funciones internas que son las características internas de la institución (forma, naturaleza, estructura)[159]. Esta distinción es relevante para el análisis de la institución de disolución del matrimonio objeto de este trabajo. Asimismo, existe otro aspecto relevante de la función como criterio de comparación y equivalencia que es la eventualidad de que una institución pueda tener distintas funciones, ello extiende el campo de la búsqueda de los equivalentes funcionales y las alternativas de solución, como ej. las instituciones de separación matrimonial y *ʿidda* o bien la *nafaqa* y la pensión compensatoria (véase *infra*).

Por último, cabe subrayar que la equivalencia (funcional) tiene límites en la medida en que debe respetar las diferencias entre instituciones[160].

[157] Véase, "The Functional Method…", *loc. cit.*, pp. 25 y ss.
[158] La equivalencia basada en la función ha permitido comparar instituciones pertenecientes a sistemas con concepciones y doctrinas diferentes como es el caso de los sistemas jurídicos socialistas y capitalistas (véase K. ZWEIGERT, "Methodological Problems in Comparative Law", *Israel LR.*, October 1972, vol. 7, n°. 4, pp. 465 y 470).
[159] Véase, M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels. Théorie critique*, CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 487, 490, 491. De otro lado, cabe señalar, el importante aporte del principio de equivalencia funcional en los trabajos de la (Comisión de las Naciones Unidas relativa al Derecho Comercial Internacional (CNUDCI) de 1992 en el ámbito del comercio electrónico (*ídem*, p. 117).
[160] Véase, Rapporteur E. JAYME, 1ére Commission sur "La substitution et…", *loc. cit*., p. 298.

II. Aproximación comparada a las formas de disolución del matrimonio

1. Disolución unilateral del matrimonio

A. Disolución unilateral abierta a ambos cónyuges en igual condiciones

La disolución unilateral del matrimonio tiene un origen antiguo al existir en todas las civilizaciones. Para los romanos, se conocía bajo el término «*pudet*»[161]. En la civilización árabe viene bajo la denominación de «*ṭalāq*» y tiene su origen en la época pre-islámica calificada como «*al-ʿaṣr-l-ŷāhilī*»[162].

Ahora bien, el significado de ambos conceptos es distinto. En árabe, el término «*ṭalāq*» etimológicamente es «*dejar en libertad sin restricciones a una cosa o persona, ya sea física o moralmente*"[163]. Por lo tanto, «*ṭalāq*» y «repudio» no tienen el mismo significado y la traducción de *ṭalāq* por repudio es inapropiada. El repudio significa *«rechazo vergonzante*» derivado de la raíz del verbo latino «*pudet*» que quiere decir *«provocar vergüenza*», *mientras que el* «*ṭalāq*» significa «*soltar*» o «*dejar ir*», en consecuencia, a través del *ṭalāq* el marido «*deja ir a su esposa*» y la libera de sus obligaciones matrimoniales[164].

Por otra parte, el *ṭalāq* corresponde a lo que es la esencia del matrimonio islámico, esto es, su carácter contractual que lo diferencia de la institución matrimonial en occidente[165]. Efectivamente, estando el matrimonio islámico un contrato incide, por un lado, sobre los

---

[161] El Derecho romano conocía tanto el divorcio como el repudio. Sobre esta cuestión véase, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Separación y disolución del matrimonio", en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ/P. DE PABLO CONTRERAS/ M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, *Curso de derecho civil 4, Derecho de familia*, 3 ed., Colex, Madrid, 2011, p. 67. También R. VÁZQUEZ DE MARCOS, A. LATORRE SEGURA (dir.), *El divorcio en Roma y en España*, Tesis doctoral, Univ. Complutense de Madrid, 1981, consultada en https://eprints.ucm.es/52395/1/5309854774.pdf

[162] Periodo anterior al Islam denominado "*Yahiliya*" o "Periodo de Ignorancia" (véase L. DE Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé: Le mariage-la dissolution du mariage*, T. 2, Mouton & Co, París, 1965, p. 18). De otro lado, por "disolución del matrimonio" se refiere exclusivamente a los modos y procedimientos que ponen fin a la unión conyugal *inter-vivos* por voluntad de uno u otro de los cónyuges (excluyendo el fallecimiento y la declaración de fallecimiento no quedan comprendidos en este estudio).

[163] El término *ṭalāq* significa liberar (*sarah*) (véase, A. CHAHBOUN, *Achafi fi charh Mudawwanat alusra*, T. 1, Matba'at annajah alyadida, Casablanca, 2006, p. 261, p. 217). El Corán (1-2/231) dice: "*cuando repudiéis a vuestras mujeres y éstas alcancen su término, retenedlas como se debe o dejadlas en libertad como se debe. ¡No las sujetéis a la fuerza, en violación de las leyes de Dios! Quien esto hace es injusto consigo mismo*". Versión Castellana de J. CORTÉS, Centro Cultural Islámico Fátimah Az-Zahra, Publicaciones Electrónicas, p. 21.

[164] Véase, A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. 2, 15º ed., Comares, Granada, 2014-2015, p. 276.

[165] Véase, V. REMY, "La répudiation", en J-Y CARLIER/M. VERWILGHEN (eds.), *Musulmans en Belgique: un statut juridique spécifique ?*, Academia-Sybidi, Louvain La Neuve, Bruxelles, 1989, pp. 65 y 68.

derechos y las responsabilidades de cada cónyuge y, por otro, sobre el derecho del *ṭalāq* reconocido al hombre en contrapartida de las obligaciones que soporta a la hora de casarse.

En Derecho español, cada uno de los cónyuges puede solicitar el divorcio de manera unilateral ante el tribunal competente siguiendo el mismo procedimiento. El cónyuge solicitante del divorcio no tiene que fundamentar su petición, solamente tiene que manifestar su voluntad de que no desea seguir vinculado con su cónyuge[166]. El divorcio unilateral se fundamenta en el principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1CE) y se basa en el carácter institucional que revista la concepción del matrimonio en Derecho español[167].

En consecuencia, la vigencia de la convivencia entre los cónyuges depende de su única voluntad[168]. Y, la sentencia que declara la crisis matrimonial se limita a comprobar si la posición o voluntad de los cónyuges es suficiente y determinante respecto al divorcio[169]. El poder de apreciación del juez es inexistente respecto a la decisión de separarse, esto es, no puede interferir en la decisión adoptada por los cónyuges[170]. El juez no entra en apreciaciones sobre el grado de la ruptura del matrimonio o bien las causas que lo han generado.

La consagración por el legislador español del divorcio unilateral sin causa fue criticada por equipararlo al repudio islámico (*ṭalāq*) o hebreo (*ghett*[171])[172]. Sin embargo, se estima que

---

[166] Art. 81 de la Ley 15/2005 de 8 de julio, *BOE* de 9 de julio de 2005. Como razones de la reforma de 2005, se alude al aparente "*cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en la sociedad, privando las normas existentes de su razón de ser*", Exposición de Motivos de la misma ley (en adelante, EM).

[167] Según la EM este principio "*justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna*". De otro lado, hay que anotar que la naturaleza del régimen durante la época franquista se caracterizó por una dominación religiosa en materia de disolución del matrimonio. A excepción del periodo de la segunda República (Ley de divorcio de 2 de mayo 1932 suspendida por el Decreto de 2 de marzo de 1938 y derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939), el divorcio se introdujo en el ordenamiento español por la Ley 30/1981, de 7 de julio de 1981, *BOE* n°. 172, de 20 de julio de 1981 (véase, X, O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil: derecho de familia*, vol. 4, Edersa, Madrid, 2006, p. 75).

[168] Véase, J-L. BERDEJO/F. DE ASÍS SANCHO REBULLIDA/A. LUNA SERRANO [y al.], *Elementos de…*, *op. cit*., p. 91.

[169] Véase, C. LASARTE, *Compendio de Derecho de familia*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 72.

[170] *Ibíd*, pp. 72 y 73.

[171] Como explica F. NIBOYET: "*la Ley mosaica obliga al marido de entregar-remitir a su esposa una carta de repudio denominada gueth, que a falta de ello la esposa queda vinculada a su marido sin poder contractar un nuevo matrimonio religioso. Esta situación tiene consecuencias, en particular en relación con los futuros hijo/as que serán considerados como ilegítimos*" (véase, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, París, 2008, p. 103).

[172] Se sostiene esta misma postura por la doctrina de las demás legislaciones europeas, así, en Francia, está "*Le divorce pour alteration definitive du lien conjugal*" (Ley de 26 mayo de 2004, art. 237 del CC, *JORF n°*. 122 de 27 mayo de 2004) que es una forma de repudio unilateral sometido a la

existe una diferencia entre las dos figuras. En el caso español, el divorcio unilateral está abierto de manera igual a ambos cónyuges, mientras que en los ordenamientos islámico y hebraico es una prerrogativa exclusiva del marido[173].

En Derecho marroquí, los cónyuges tienen a su disposición un modo de disolución unilateral del matrimonio, abierto de manera idéntica e igualitaria a ambos cónyuges, mediante el cual ambos o uno de ellos de manera unilateral puede solicitar la extinción del matrimonio a través del mismo procedimiento. Se trata del divorcio *šiqāq* que significa «*la discordia, un problema profundo y permanente que opone a los cónyuges haciendo imposible la continuidad del vínculo conyugal*»[174].

Tanto la doctrina nacional como extranjera consideran que los redactores del Código de Familia Marroquí (en adelante, CFM) han consagrado de manera indirecta esta forma de disolución del matrimonio como equivalente al *ṭalāq* marital[175]. Esta equivalencia se explica por el hecho de que el *šiqāq* se basa únicamente en la voluntad de la esposa, permitiéndole disolver el matrimonio sin tener que alegar causas específicas[176]. En este sentido afirma F. SARHANE: «*a pesar de que el divorcio por discordia esté abierto a ambos cónyuges, podemos*

---

discreción de cada uno de los esposos (véase, P. MALAURIE/H. FULCHIRON, *La famille*, 4 éd., Defrenois, París, 2011, p. 234; J-Y. LEQUETTE, "Le conflit de civilisation à la lumière de l'expérience franco-tunisienne", en *Mouvements du Droit contemporain, Mélanges offerts au professeur S. Ben Halima*, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2005, p. 186). Para B. MAUGIRON/E. DUPRET, en Derecho belga, el divorcio que permite a uno de los cónyuges imponer al otro el divorcio por "causa de desunión irremediable" recuerda el repudio a iniciativa de uno de los cónyuges propio a la regulación marroquí (véase, *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du nord*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 21); En el mismo sentido, afirma J. CARBONNIER que la Ley de 26 de mayo de 2004 introdujo una suerte de repudiación en el Derecho francés de divorcio (véase, *Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Collection Droit civil, vol. 1, nº. 575, PUF, París, 2004, p. 1280).

[173] Véase, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Matrimonio *y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2000, pp. 183 y 184.

[174] *Guide Pratique du Code de la Famille*, Publications du Ministère de la Justice: Matba'th Fadala, 2006, pp. 69 y 70. Se trata de un concepto muy amplio que engloba todas las causas o motivos que hacen que la convivencia conyugal sea imposible. El *šiqāq* tiene su fundamento en el Corán, los redactores del CFM se han basado en los versos coránicos para adoptar esta forma de divorcio (4/35).

[175] Véase, "Le nouveau Code marocain de la famille", *Gaz. du Pal.*, septembre-octobre, 2004, p. 2804; M. EL-KACHBOUR/H. FATHOUKH/Y. AL-ZOUHRI, "Attatliq bissabab achiqaq fi mudawwanath alusra", Matba'ath alnayah alyadida, Casablanca, 2006, p. 26; K. ZAHER, "Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains: à propos de l'arrêt de la première chambre civile du 4 novembre 2009", *RCDIP*, avril-juin 2010, (2), 99, p. 313. A nivel europeo, véase, M-C. FOBLETS/J-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille: incidences au regard du Droit international privé en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 63 y 65; J-Y CARLIER/C. HENRICOT, "Belgique, de l'exception d'ordre public aux accommodements réciproques?", *Cah. CeDIE*, Université Catholique de Louvain, n°. 2011/03, pp. 5 y 28.

[176] Véase, M. EL-KACHBOUR/H. FATHOUKH/Y. AL-ZOUHRI, "Attatliq bissabab…", *op. cit*., p. 51; K. ZAHER, "Quel accueil en France pour les divorces prononcés au Maghreb?", *Mayallat Rihab almahaquim*, abril 2010, n°. 5, p. 13.

avanzar que ha sido previsto esencialmente para la esposa»[177]. Según I. BAHMANI, su objetivo es otorgar a la mujer el derecho de solicitar el divorcio cuando no tiene acceso a las demás modalidades[178].

Efectivamente se estima que el *šiqāq* ha aportado una simetría entre el derecho del hombre y de la mujer en la disolución del matrimonio. Su carácter bilateral ha permitido eliminar el carácter exclusivamente marital del *ṭalāq*[179].

En cuanto a su carácter discrecional, se alega la existencia de desavenencias, esto es, no se invocan causas específicas, realmente no se debe probar las causas[180]. En este sentido, la falta de conciliación de los esposos genera sistemáticamente el divorcio (art. 97 CFM), lo que significa que la presentación de la demanda es prueba de la quiebra del matrimonio y de las desavenencias, varias decisiones van en este sentido[181].

---

[177] Aunque debido a las ventajas que ofrece, esto es, la rapidez del proceso y la indemnización que puede percibir el hombre si le corresponde, los hombres también acuden a este tipo de divorcio. Así, de 5800 en 2006 el número de divorcios por discordia pronunciados a demanda de los hombres ha pasado a 14181 en 2007. *Revue Justice Famille*, ADIJJ, 2009, nº. 4, p. 317.

[178] Véase, (Presidente de la Cámara de Estatuto Personal y de las sucesiones del TS), "Mada istihqaq almut'a aw atta'wid fi qadaya attatliq li achiqaq", *Revue du Tribunal d'Appellation de Casablanca*, 2012, nº. 2, p. 147. de otro lado, para el marido, el *šiqāq* le resulta más ventajoso que el *ṭalāq* o el divorcio por causa, en ambos supuestos se considera culpable de la ruptura del vínculo conyugal, mientras que en el *šiqāq* se establecerá la reparación en función de la responsabilidad de cada uno que puede ser el demandante o el demandado del divorcio.

[179] Note sous Cass. civ. 1er, 4 noviembre 2009, nº. 08-20.574 (véase, G. LARDEUX, "Ordre public et nouveau droit marocain de la famille", *Dalloz*, París, n°. 9, 2010, p. 543). En este sentido, parece que la reforma argelina de 2005 ha podido paliar este carácter discriminatorio de manera efectiva al abrir el *šiqāq* únicamente a la mujer para compensarla del *ṭalāq* marital y, por ende, equilibrar las vías de disolución del matrimonio entre ambos esposos.

[180] Como ejemplo de las desavenencias se puede alegar que "*la situación deviene complicada*". Se destaca de la jurisprudencia que el *šiqāq* es acausal: sent. nº. 418, de 3 de marzo de 2005, exp. n°. 04 de agosto de 2005, TPI de Marrakech. En esta decisión se declara que la falta de aportación por parte de la esposa de la prueba del perjuicio no es motivo para rechazar su demanda de divorcio por discordia: *"sin fundamento legal, tal argumento es de naturaleza a vaciar el nuevo Código de Familia de su substancia y filosofía tendente a facilitar el acceso a la disolución del vínculo matrimonial a las esposas encontrándose en la incapacidad de probar el perjuicio debido a la molestia que les supone exponer la intimidad de sus vidas privadas ante las instituciones judiciales*". Asimismo: sent. n°. 187, exp. nº. 719/2005, de 8 de febrero de 2006, TPI de Nador (inédita); sent. n°. 159, exp. n°. 07/334, de 2 de abril de 2009, TS (inédita) (véase, K. ZAHER, "Plaidoyer pour la reconnaissance…", *loc. cit.* pp. 319 y 320). Cabe precisar que en la actualidad las investigaciones sirven para determinar la indemnización debida al esposo lesionado por el divorcio al igual que sucede con el *ṭalāq* marital.

[181] Véase, A. CHAHBOUN, *Achafi fi charh …*, T. 1, *op. cit*., p. 253. En este sentido se pronuncia la decisión n°. 358, de 13 de julio de 2007, exp. n°. 609/06, CA de Alhucema, citada en EL-FAKHORI, *Al'amal alqada'i alusari*, T. 2- attaliq lichiqaq, Dar alafaq almagribiya, Casablanca, 2009, p. 8. En este sentido el CFM estipula en su art. 97: "*en caso de que sea imposible la reconciliación y que continúe la discordia (šiqāq), el Tribunal lo hará constar en un acta y declarará la disolución del matrimonio (por šiqāq)…etc.*". Asimismo la sent. nº. 7707, exp. nº. 348/1607/11, de 15 de diciembre de 2011, TPI de Fez. Citada en I. EL-FAKHORI, "Haq almar'a fi inha' arrabita…", *loc. cit*., p. 32. Sent.

Además, su carácter discrecional incide tanto sobre el derecho de la mujer a beneficiar de la *mutʿa* (dote de consuelo) como sobre el derecho del marido a recibir una indemnización cuando se desprende que se trata de un divorcio abusivo por parte de la mujer, equiparándolo en este aspecto al *ṭalāq* marital[182]. Es importante subrayar que su carácter discrecional provocó un relevante aumento de las demandas presentadas por parte de las mujeres durante los dos primeros años de la aplicación del CFM, dando lugar a fuertes resistencias de parte de los jueces que exigían causas «reales» para poder autorizarlo[183].

Junto a su carácter discrecional, cuando se solicita por uno de los cónyuges, ni el juez ni el otro cónyuge podrán oponerse a la demanda interpuesta por el solicitante, esto es, la única voluntad del solicitante es suficiente para generar el divorcio. Ello lo equivale al divorcio unilateral en Derecho español[184].

---

sin número, exp. nº. 02/2006, de 21 de marzo de 2006, CA de Laayoune; sent. s/n°, exp. n°. 129/2006, de 23 de enero de 2007, TPI de Semara, p. 128. *Almunthaqa min 'amal alqadae fi thatbiq mudawwanath alusra*, Ministère de la Justice, Publications de l'association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, série relative aux explications et preuves, n°. 10, vol. 1, Matba'ath Elite, Rabat, 2009, p. 119 y 128.

[182] La doctrina está dividida sobre esta cuestión. Parte de ella considera que la mujer solicitante del *šiqāq* no debe beneficiar de la *mut'a* basándose en que según la escuela *mālikī* el *ṭalāq* solicitado por la mujer no genera la *mut'a* mientras que la escuela *hanafí* estima que la *mut'a* corresponde a la mujer cada vez que se encuentra obligada a pedir el divorcio o cuando sufre un perjuicio. Otros consideran que la mujer tiene derecho a la *mut'a* aunque su evaluación depende de la responsabilidad de cada uno de los esposos. La jurisprudencia de la Corte de Casación marroquí (en adelante, CCM) adopta la primera posición en su sent. nº. 433 de 21 de septiembre de 2010, exp. nº. 623/01/2009, interpretando las disposiciones del CFM que se caracterizan por su ambigüedad o lagunas (el CFM otorga a la mujer la *mut'a* en todos los casos de *ṭalāq* y *tatliq)* optando por rechazar el derecho de la *mut'a* en un divorcio *šiqāq* a petición de la mujer. En el mismo sentido se pronuncia la sent. nº. 534, exp. nº. 285/2/2010, de 4 de octubre 2011, *Revue Nachrat qarārāt mahqamat anaqd*, p. 44. En el mismo sentido, la sent. nº. 195, de 21 de abril de 2015, exp. nº. 408/2/1/2014. *Revue jurisprudence de la Cour de Cassation*, 2015, nº. 20, p. 31.

[183] Véase, F. SAREHANE, "L'application du Code marocain de la famille: le mariage et le divorce: les innovations à l'épreuve de la pratique", en J. POUSSON-PETIT (dir.), *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français,* L'Harmattan, París, 2009, p. 82. Por otro lado, cabe mencionar que algunos autores consideran que el *šiqāq* no es un divorcio sin motivos debido a que el juez tiene necesariamente que averiguar las responsabilidades de cada uno de los conyugues para poder determinar la indemnización correspondiente. Esto es, es igual al repudio marital donde el juez tiene que entrar al fondo de la cuestión averiguando las causas para determinar la *mut'a* debida a la esposa (véase, M-C. NAJM. KOBEH, *JDI*, juillet-août-septembre 2015, n°. 3, doctr. 1, Clunet, T. 142, p. 801).

[184] Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, "Disolución del matrimonio en el Código de familia de Marruecos (2004) y derechos fundamentales de la mujer marroquí en España" en P. LORENZO COPELLO/ R. DURÁN MUÑOZ (coord.) *Diversidad cultural, Género y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 501.

B. Disolución unilateral abierta exclusivamente al marido

La sociedad pre-islámica confería al marido el derecho de disolver el matrimonio por su única voluntad, sin alegar causas, sin límites y pudiendo reanudar la vida conyugal cuando le parezca conveniente[185]. No obstante, el Islam modifica la condición matrimonial de la mujer con sus aportaciones, de las cuales otorgar a la mujer la condición de parte en el contrato matrimonial con unas obligaciones y derechos que le corresponden, y por tanto se le va a otorgar la posibilidad de disolver el matrimonio[186].

A pesar de ello, la mentalidad y las prácticas anteriores van a perdurar[187]. Los jurisconsultos musulmanes van a considerar el *ṭalāq* marital como el acto a través del cual el marido renuncia unilateralmente a los derechos adquiridos sobre la persona de la mujer. Estos derechos le son conferidos a razón del matrimonio y si la concordancia de las voluntades es condición para contraer matrimonio no está exigida para renunciar a estos derechos[188].

Tradicionalmente la disolución unilateral del matrimonio acordada al marido se ha justificado por las cargas que el hombre debe soportar a causa del matrimonio y su disolución. Esto es, para entender el *ṭalāq* marital en su esencia tradicional ha de proceder al examen de las obligaciones y los derechos entre esposos en Derecho musulmán donde el principio de equilibrio sobre el cual se basa la teoría de contrato en Derecho musulmán justifica el *ṭalāq* marital[189].

No obstante, esta concepción patriarcal de la familia propia a un contexto determinado rompe con la realidad social de la familia marroquí actual donde ambos cónyuges sostienen a

---

[185] En dicho contexto, únicamente existía el *ṭalāq* como forma exclusiva de disolución del matrimonio. No existía la posibilidad de un divorcio por mutuo consentimiento o bien un divorcio judicial, esto es, un divorcio pronunciado por el juez que expropia el marido de sus derechos sobre la mujer (véase, L. MILLIOT/F-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, París, 2001, p. 351 y ss).

[186] Mediante el *jul'* (*Ibíd*, p. 352). Cabe indicar que, a pesar de las importantes aportaciones del profeta relacionadas con el reconocimiento de la posición de la mujer en el matrimonio, las prácticas pre-islámicas perduran. Así pues, durante la etapa posterior al profeta los jurisconsultos musulmanes se han basado en las prácticas patriarcales para legislar en materia de disolución del matrimonio en lugar de seguir con el proceso innovador del profeta. Un proceso considerado por parte del movimiento de los reformistas como el vector que progresa en el tiempo para llegar a una nueva etapa basada en la equidad, la igualdad y la justicia, con lo cual la reforma del profeta era progresiva para no chocar con el *estatus quo* existente (véase, M. CHARFI, *Islam y libertad: el malentendido histórico*, Almed, Granada, 2001, p. 165).

[187] Véase, M. BORRMANS, *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jour*s, Mouton, París/La Haye, 1977, p. 26.

[188] Véase, Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit…,* T. 2, *op. cit.*, p. 317.

[189] Véase, Y. MERON, "L'accommodation de la répudiation musulmane", *RIDC*, octobre-décembre 1995, nº. 4, vol. 47, pp. 923 y 928. Estas cargas se manifiestan a la hora de contraer matrimonio (la dote), durante el matrimonio (la manutención de la mujer y los/as hijos/as) y, a la hora de su disolución (derechos debidos a la mujer).

la familia de manera igual[190]. En la regulación actual, al igual que en Derecho español, el *ṭalāq* marital está sometido al control judicial (*a priori y a posteriori*), resulta de una sentencia judicial y de un procedimiento con todas las exigencias procedimentales (derecho de defensa; notificación de ambos cónyuges; intervención del Ministerio Público (en adelante, MP). En consecuencia, la exigencia de una decisión judicial para disolver el matrimonio por *ṭalāq* hace de esta institución «*un caso de divorcio*» que le hace perder su carácter privado o extrajudicial[191]. En la actualidad, el *ṭalāq* se caracteriza por ser una institución donde interviene tanto el legislador como el juez.

Asimismo, el control judicial ha eliminado el carácter arbitrario del *ṭalāq* marital en lo que se refiere a los derechos pecuniarios de la mujer y los/as hijos/as. Su autorización está supeditada al depósito de estos derechos en la Secretaría del tribunal como medida destinada a poner fin a los abusos por parte de los maridos quienes no cumplían con este deber bajo la anterior regulación (CEP).

Por último, la unilateralidad y la discrecionalidad que caracterizan el divorcio en Derecho español existen en el *ṭalāq* marital. Ahora bien, el juez, en su evaluación de los derechos de la mujer (*mutʿa*), tiene que conocer los motivos de la desunión para poder verificar el grado de abuso por parte del marido en la disolución del matrimonio. Ello no tiene consecuencia sobre la voluntad del marido para disolver el matrimonio y, no se encuentra obligado a invocar las causas de su decisión si no lo desea.

C. Disolución unilateral abierta exclusivamente a la mujer

La disolución unilateral abierta a la mujer marroquí reviste dos formas: *ṭalāq al-tamlīk* y *ṭalāq jul*. Los jurisconsultos musulmanes (*fuqahāʾ*) han ido introduciendo un conjunto de excepciones con el objetivo de derogar y suavizar la rigidez de la norma principal. En primer lugar, están las cláusulas que se incluyen en el acta para organizar la vida matrimonial[192]. Los futuros esposos pueden introducir cláusulas para regular dicha relación o en previsión a su disolución, siempre y cuando dichas cláusulas no violen los principios y objetivos del matrimonio. La cláusula *tamlīk* es un mecanismo que permite regular de manera anticipada la salida de la vida matrimonial para la mujer.

[190] Véase, M. EL KACHBOUR, *Alwadih fi charh mudawwanat alusra, inhilal mithaq azzawyiya,* Matb'at annajah alyadida, Casablanca, 2015, p. 35.
[191] Véase, S. JAHEL, *La place de la Chari'a dans les systèmes des pays juridiques arabes*, Panthéon-Assas, París II, París, 2012, p.169.
[192] Existen normas que regulan la entrada a la vida matrimonial como es la cláusula de la monogamia.

Considerándose el matrimonio islámico un contrato bilateral basado en el consentimiento de ambas partes ha permitido adoptar el *ṭalāq al-tamlīk* como modo de disolución del matrimonio abierto a la mujer por vía contractual[193]. Es el pacto entre los esposos, durante la conclusión del matrimonio o posteriormente, en virtud del cual el esposo cede la facultad de disolver el matrimonio a su esposa o futura esposa de manera definitiva[194].

En segundo lugar, el *ṭalāq al-tamlīk* tiene su fundamento en Derecho musulmán y fue adoptado por parte de los *fuqahā`* mediante la interpretación de los preceptos coránicos (33/28-29). Su finalidad es compensar la desigualdad en el acceso a la disolución del matrimonio en un contexto histórico determinado. En este sentido, considera S. JAHEL que las disposiciones de Derecho musulmán que consagran la desigualdad entre esposos pueden ser eliminadas mediante las clausulas matrimoniales como es el caso de *ṭalāq al- tamlīk*[195].

Una vez cedido este derecho, no puede ser revocado ulteriormente, sino que se convierte en un derecho propio de la mujer, del que puede disponer en cualquier etapa de su vida matrimonial[196]. Su función principal es acordar a la mujer un *ṭalāq* unilateral igual al del hombre y discrecional que puede ejercitar por su única voluntad[197].

A pesar de su relevancia en cuanto permite a la mujer recuperar la libertad matrimonial, se atribuye a la figura *tamlīk* un carácter discriminatorio en la medida en que se

[193] Véase, M-A. AL MIDANI, "La famille musulmane et la sharia", en R. GANGHOFER (dir.), *Le droit de la famille en Europe: son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*. Actes des journées internationales d'histoires du Droit, Presses universitaires de Strasbourg, Univ. de Strasbourg, 1992, p. 34.

[194] El carácter contractual del matrimonio islámico hace posible introducir todas las estipulaciones estimadas convenientes. Son cláusulas que pueden ser relativas a las relaciones personales o patrimoniales. El carácter contractual del matrimonio islámico hace posible introducir todas las estipulaciones estimadas convenientes. En este sentido, el CFM establece que todas las cláusulas introducidas por voluntad de las partes en el contrato matrimonial son obligatorias mientras no estén contrarias a las disposiciones y a los objetivos del matrimonio (art.47) y, que las cláusulas que implican un beneficio legítimo para quien las establece serán válidas y vinculantes para el cónyuge que se comprometa con ellas (art.48). Son cláusulas que pueden ser relativas a la condición de las personas (art. 67. 8) o bien a los bienes (art. 49), incluidas en el contrato matrimonial o bien establecidas por un acuerdo ulteriormente (art.70).

[195] Véase, S. JAHEL, *La place de la chari'a…*, *op.cit*., p. 195.

[196] Ello no quiere decir que el marido pierde o renuncia a su derecho de repudiar a su mujer sino que los dos se benefician de un derecho equivalente (véase, A. CHAHBOUN, *Achafi fi charh…*, T. 1, *op. cit.*, p. 231).

[197] Véase, A. EL- KHAMLICHI, *Atta'liq ala qanun alahwali achajssya*, T. 1, Azzaway wa attalaq, Dar nachr alma'rifa, Rabat, 1994, p. 353. Sobre su carácter discrecional se pronuncia la sent. n°. 952, de 11 de octubre de 2000, exp. n°. 9875, TS (véase, M. CHAFEI, *Qanun alusra fi dual almagrib alarabi*, Almatba'a wa alwiraqa alwatania, Marrakech, 2009, p. 107. De otro lado, al ser un derecho que favorece la mujer en detrimento del hombre, la cláusula *al-tamlīk* no suele ser invocada a la hora de concluir el contrato matrimonial salvo si la mujer procede de una familia de un estatus elevado que permite a la mujer imponer este tipo de cláusulas.

trata de un derecho cedido por el hombre a la mujer y está condicionado por su consentimiento. Frente a esta posición, otros estiman que no puede considerarse como una autorización de parte del marido porque se trata de un procedimiento eficaz al fundamentarse en la voluntad común de las partes. Su lógica se basa en la autonomía de la voluntad, siendo que las voluntades libres de unirse tienen el derecho de volverse sobre su compromiso[198]. Esto es, se trata más bien de una «*contractualisation*» en el momento de contraer matrimonio[199]. Asimismo, se estima que «*no puede considerarse que se trate de un mandato, que podría ser revocado de forma unilateral por el apoderante, sino de un negocio o contrato de cesión de un derecho*»[200]. Se puede afirmar que se trata de una estipulación contractual basada en la autonomía de voluntad, la libertad de pactar, un consentimiento libre, no es contraria ni a la ley, la moral o el orden público y su función es regular la forma de ruptura del matrimonio de manera preventiva.

Sin embargo, hay que admitir que sin la existencia de otras formas (divorcio *šiqāq* y mutuo acuerdo), la disolución mediante *al-tamlīk* resultaría insuficiente al supeditarse a la voluntad y al consentimiento del marido para que la mujer pueda obtenerlo. Son estas formas alternativas e igualitarias que, en el contexto actual, eliminan su carácter discriminatorio. En consecuencia, como alternativa junto a otros modos, el *ṭalāq al-tamlīk* una vez cedido a la mujer constituye una forma de desunión de carácter judicial, unilateral y discrecional, su función es disolver la relación matrimonial. Estas características permiten equivalerlo al divorcio unilateral existente en la regulación española.

La segunda forma de disolución unilateral del matrimonio abierta únicamente a la mujer consiste en el llamado *jul*ʿ. Tiene su fundamento en el Corán (2/229) y en la *sunna*[201]. Los jurisconsultos musulmanes convinieron que, si la mujer se encuentra incapaz de convivir con su marido, puede recurrir a esta modalidad a condición de entregar al marido una

[198] Véase, S. JAHEL, *La place de la Chari'a…, op. cit*., p. 241.
[199] Véase, D. THEVENET-MONTFROND, "Refus d'exéquatur du divorce sous contrôle judiciaire marocain: une approche incomplète de la Moudawana", *RLDC*, avril 2014, nº. 114, p. 3.
[200] Véase, K. OUALD ALI, "La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí", en J. GAVIDIA SÁNCHEZ (coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 292.
[201] La palabra "*jul*ʿ" deriva del verbo "*jala'a*", literalmente "desvestirse" o "eliminar", la imagen tiene su origen en un verso coránico (2/187) (véase, R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, LGDJ, París, 2002, p. 43). Para un estudio detallado de la historia de las fuentes del Derecho musulmán, sus conceptos, fuentes y características véase, L. ELOUAZZANI CHAHDI, P-A. PORRAS ARBOLEDAS (dir.), *El Derecho penal en al Andálus: teoría y práctica*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2002.

"contrapartida" como indemnización de la dote y los gastos de la boda[202]. Es un modo que se basa en el acuerdo de voluntades de los cónyuges sobre la forma de desunión y la contrapartida, esto es, el consentimiento del marido es requisito imprescindible para que tenga lugar la disolución mediante *jul'*[203].

Otra de sus características es que tiene carácter discrecional, la esposa no tiene que invocar causas o probar la existencia de algún tipo de perjuicio para solicitarlo, esto es, su voluntad para poner fin al vínculo matrimonial es suficiente[204]. Tradicionalmente, este modo ofrecía a la mujer la posibilidad de deshacerse de una relación matrimonial que deviene insoportable o indeseada cuando no tiene motivos para acudir al divorcio por causas o cuando el marido se niega a divorciarse[205].

En este tipo de disolución del matrimonio el control judicial es relevante para verificar que el consentimiento de la mujer a este modo de desunión es libre y, para controlar y fijar la compensación en caso de desacuerdo entre los cónyuges sobre su montante[206]. Todo ello permite evitar cualquier abuso, fraude o coacción por parte del marido y preservar los derechos de la esposa y de los/as hijos/as[207]. Por último, si el marido no consiente a este tipo

---

[202] Véase, M. KACHBOUR, *Alwadih fi charh…, op.cit*. pp. 103 y 104. Existe divergencia en cuanto a la obligatoriedad de una contrapartida en el *jul'*. Las escuelas *hanafí* y *mālikī* a diferencia de los *šafe'ī* consideran que la compensación no es condición esencial del *ṭalāq jul'* (véase, Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman…,* T. 2, *op. cit*., p. 424. De otro lado, parte del *fiqh* considera que el *jul'* engloba los supuestos en los que el marido entrega a la mujer una suma de dinero o cualquier cosa que tiene valor material y, cuando ambas partes convienen sobre el *jul'* sin ninguna contrapartida. Estos supuestos son los que forman el *ṭalāq* por mutuo acuerdo introducido en la regulación marroquí en 2004 (véase, A. EL-KHEMLICHI, *Min Mudawwanat…*, T. 2, *op. cit*., p. 293.

[203] Así pues cuando hay desacuerdo entre cónyuges el *jul'* reviste un carácter contencioso. En este sentido afirma F. SARHANE: "*sin embargo tiene carácter contencioso cuando, por un lado los esposos se ponen de acuerdo sobre la disolución del matrimonio pero no sobre el montante la contrapartida (en este caso es el juez quien la fija) y, por otro, cuando el marido rechaza este tipo de ṭalāq"* (véase, "*L'application du Code marocain…", loc. cit*., p. 86).

[204] *Ibíd*, p. 85.

[205] *Idem.*

[206] La mujer puede utilizar como contraprestación la devolución de la dote; el valor de la dote aplazada; las prestaciones económicas -cuyo pago es una obligación del esposo- correspondientes a la manutención de los/as hijos/as; la retribución de la *hadana* (custodia), la manutención (*nafaqa*) de la esposa y la retribución de la lactancia -en su caso-; o el abono de una cantidad cualquiera. La citada contraprestación tiene que ser razonable y acorde con las posibilidades materiales y económicas de la mujer.

[207] Bajo la antigua regulación, los maridos para deshacerse del pago de los derechos debidos a la mujer derivados del *ṭalāq* marital conducen sus esposas a solicitar el *jul'* para obtener una compensación, cometiendo actos de violencia, o comportamientos indebidos (véase, M. BENRADI, "Famille et droit: quelle évolution au Maroc? le cas de la rupture du lien conjugal". Communication au colloque international sur "Famille et citoyenneté", *Actes du Colloque Famille et citoyenneté*, Rabat, 22-23 mars 2002, Association Chaml pour la famille et la femme, Friedrich Ebert Sfiftung, Editions Chaml, p. 57).

de desunión, el tribunal interviene pronunciando el divorcio a través del procedimiento *šiqāq* de manera subsecuente[208].

Al igual que sucede con *al-tamlīk*, la figura del *jul'* suscita críticas destacando su carácter discriminatorio. Pues, se considera que la *contrapartida* condiciona el acceso de la mujer a la disolución del matrimonio ya que debe tener medios económicos para comprar su libertad. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada. En la actualidad, se trata más bien de una indemnización o compensación (no es contrapartida) y, se somete a un control judicial riguroso evitando todo tipo de abuso[209]. Aparte, no hay que olvidar que el *ṭalāq* marital también está condicionado por el depósito por parte del marido del montante fijado por el juez como derechos de la mujer y los/as hijos/as que, sin su pago no se le autoriza la formalización del *ṭalāq*. Dicho lo anterior, mientras que la indemnización o compensación no constriña de hecho la libertad matrimonial de la mujer no se le puede considerar como un límite u obstáculo para la disolución del vínculo matrimonial. Asimismo, si la mujer carece de medios obtiene el divorcio mediante el *šiqāq,* esto es, su libertad matrimonial no se ve afectada.

Es importante señalar que la naturaleza jurídica del *jul'* fue objeto de divergencia por parte de la doctrina. Por un lado, se le asimila al *ṭalāq* marital debido a que la mujer pone fin al matrimonio de forma unilateral[210]. Otros lo equiparan a un modo de rescisión del contrato de matrimonio a instancia de la esposa[211]. Por último, parte de la doctrina lo asimila a un divorcio por consentimiento mutuo porque se exige el acuerdo de voluntades de los esposos, la iniciativa de la esposa lo que implica su consentimiento a este tipo de divorcio y el consentimiento del esposo, la ausencia de causas, además de la exigencia de un acuerdo entre

[208] A opinión de A. EL KHEMLICHI el *jul'* no debe necesitar la aceptación del marido (véase, *wijhath nathar, abhath wa maqalat tatanawal mawdu'at min: qanun alahwal achajssia wad"iyat alusra wa tatawuruha alijtihad al fiqhi nathariayan wa tatbiquiyan alfikr alislami 'umuman*, Matba'at annajah alyadida, Casablanca, 1988, p. 78).

[209] Anteriormente al CFM, los maridos aprovechaban esta forma de ruptura para exigir cantidades excesivas a sus esposas que deseaban divorciarse. Ello hacía del *jul'* fuera del alcance de las mujeres debido a la contrapartida que se exigía de la mujer como el desistimiento a la *hadāna* o el derecho de visita (véase, A. OUNNIR, "Les justiciables dans le circuit judiciaire relatif au contentieux de la famille", en M. BENRADI, H. ALAMI M'CHICHI, A. OUNNIR [y al], *Le Code de la famille: perceptions et pratiques judiciaires*, Friedrich Ebert Sfiftung, 2007, p. 96).

[210] Esta idea fue destacada por IBN RUSCHD quien considera el *jul'* como equivalente al *ṭalāq* marital (véase, *Bidayat almuytahid wa nihayat almuqtasid*, 9 ed., T. 2, Dar almaʿrifa, Beyrouth, 1988, p. 68). En este sentido, véase, D. PEARL /W. MENSKI, *Muslim Family Law*, Thomson Sweet&Maxwell, London, 1996, p. 284.

[211] Véase, L. MILLIOT/F-P BLANC, *Introduction à l'étude*…, *op. cit.*, p. 380.

los cónyuges que controla los derechos de la mujer y de los/as hijos/as y la necesidad de su validación por el juez, todo ello lo equipara al divorcio de mutuo acuerdo[212].

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que el *jul'* equivale, por un lado, a un divorcio unilateral porque la iniciativa parte de la esposa que desea unilateralmente y de manera discrecional poner fin al matrimonio. En este caso se puede considerar la "*contrapartida*" como el equivalente a los derechos de la mujer a cargo del hombre en el caso del *ṭalāq* marital, ambas formas están condicionadas con el pago de una cantidad de dinero determinada y controlada por parte del tribunal. Si el marido mediante el *ṭalāq* debe pagar para recuperar su libertad, lo mismo ocurre con la mujer en el *ṭalāq al-jul'* tal como está regulado en el actual CFM.

Y, por otro, se le puede asimilar a un divorcio por mutuo consentimiento cuando los cónyuges llegan a ponerse de acuerdo sobre el principio de la disolución y la indemnización porque conlleva los mismos elementos a saber, el consentimiento de ambas partes; la existencia de un acuerdo basado en la autonomía de la voluntad, la discrecionalidad.

En ambos casos (divorcio unilateral, mutuo consentimiento) se le puede equivaler al divorcio unilateral o de mutuo consentimiento existente en la regulación española al presentar las mismas características esenciales.

Por último, consideramos que su denominación (*jul'* o *ṭalāq* mediante compensación) es inadecuada y perjudica a su verdadera naturaleza si se atiende a su regulación actual en el CFM, esto es, su denominación le atribuye una connotación peyorativa si no se analiza su contenido a la luz de la actual regulación.

2. Disolución del matrimonio por mutuo acuerdo

A. Principio de disolución: el consentimiento de las partes

La disolución del matrimonio por mutuo acuerdo se basa en la voluntad de los cónyuges para disolver su matrimonio, supone un consentimiento mutuo, libre y real. Se considera como el triunfo de la autonomía de la voluntad de los esposos y la consagración de la libertad matrimonial.

En ambos ordenamientos, tratándose de «*ṭalāq b-l-ittifāq*» o de «divorcio por mutuo acuerdo» es una modalidad abierta a ambos cónyuges que pueden solicitarlo de mutuo

[212] Algunos autores lo asimilan a un divorcio por mutuo acuerdo (véase, P. GANNAGE, "La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales", *RCADI*, 1979, nº. 73, (3), p. 412; R. EL HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international…*, *op. cit*, p. 68).

acuerdo o bien por uno con el consentimiento del otro. Tiene su fundamento en la mera voluntad de los cónyuges mediante un acuerdo sobre el principio de la ruptura y sus consecuencias. No tiene carácter contencioso, su función es permitir la disolución del vínculo matrimonial de manera consensual y de común acuerdo de los cónyuges, evitando procesos que puedan ocasionar conflictos y enfrentamientos más gravosos[213].

Su objetivo es poner fin a la relación matrimonial de manera pacífica, no es preciso probar la existencia de perjuicio, ni desavenencias o invocar causas, con lo cual permite a los cónyuges divorciarse conservando la intimidad de su vida conyugal[214]. Esto es, la causa real detrás del divorcio no será conocida, ni el tribunal ni el MP tendrán conocimiento de ello.

En España, el divorcio de mutuo acuerdo se introdujo mediante la Ley de 1932, más tarde, la Ley de 1981 hacía referencia a este tipo de divorcio de manera implícita[215]. Hoy en día, está expresamente enunciado en el Código civil (en adelante, CC) como forma de disolución del matrimonio (Ley 2005).

De su parte, el legislador marroquí se inspiró de la Ley Civil francesa en su búsqueda de una modalidad que permite la desunión consensual[216]. Para los jurisconsultos musulmanes, el único tipo de *ṭalāq* que permite a los cónyuges convenir sobre la manera de su desunión es el "*jul*"[217]. Algunos autores consideran que este tipo de disolución del vínculo matrimonial existe en Derecho musulmán y tiene su fundamento en la modalidad de *ṭalāq jul'* (*véase supra*).

Según las estadísticas, en la categoría de *ṭalāq,* en primer lugar, el *ṭalāq bi-l-ittifāq* y en segundo el *jul'* constituyen los modos de disolución del matrimonio más registradas en

[213] En este sentido, este tipo de *ṭalāq* ofrece a los esposos proceder a la desunión sin causar perjuicios a sus hijos/as (o menos perjuicio) dada la repercusión que tiene generalmente la disolución y los problemas que genera sobre los/as hijos/as. *Guide Pratique du Code de la Famille*, Publications du Ministère de la Justice, n°. 1, Matba'at Fadala, 2004, p. 81.
[214] *Ibíd*, p. 80.
[215] Véase M-T REGUEIRO GARCÍA, *Estudio comparado de…, op. cit*., p. 341.
[216] Véase, M. CHAFEI, *Azzaway wa inhilalouh fi moudawanat alusra*, Almatba'a wa alwiraqa alwataniya, Marrakech, 2005, p. 221.
[217] Véase, A. ATTALEB, "Anniza'at al-madaniya fi mudawwanat al usra", *Mayallat almahaquim almagribiya*, enero-febrero 2007, nº. 106, pp. 26-54, p. 38; M. EL KACHBOUR, *Alwadih fi charh…, op. cit.*, p. 114. En la anterior regulación del Código del Estatuto Personal y de las Sucesiones (en adelante, CEP) no existía ningún tipo de disolución de mutuo acuerdo, a diferencia de otras legislaciones árabes como la de Algeria y Túnez (véase, A. CHAHBOUN, *Achafi fi charh…*, T.1, *op. cit*., p. 291). El CEP aprobado por el *Dahir* n°. 1.57.343, de 22 de noviembre de 1957, *BOM* n°. 2354, de 6 de noviembre de 1957.

2013 frente al *ṭalāq* marital y *tamlīk*[218]. Al adoptar esta modalidad, el CFM consagró una causa semejante a las causas de divorcio propias a los de ordenamientos occidentales[219].

B. Contenido de la disolución

En Derecho español los esposos convienen sobre la manera de regular los efectos de su divorcio a través de un documento llamado «*convenio regulador*» que recoge los pactos que los cónyuges adoptan en relación con los bienes y los/as hijos/as (art. 90 CC)[220]. En Derecho marroquí, la solicitud de la disolución del matrimonio se acompaña de un acuerdo entre los cónyuges que les permite regular las consecuencias de su divorcio e incluir condiciones (art. 114 CFM)[221].

En ambos ordenamientos, la aportación del acuerdo entre cónyuges es obligatoria (arts. 81.1 y 86 CC) y está sujeto al control y a la homologación judicial, esto es, no debe contener estipulaciones que van en contra de los derechos de cada una de las partes o que vulneran los derechos e intereses de los/as hijos/as (la guarda y la pensión alimenticia). A pesar del carácter consensual del divorcio, la intervención judicial resulta necesaria para el control del consentimiento de las partes a los acuerdos convenidos.

Así pues, en la regulación española, el juez simplemente revisa y aprueba los acuerdos convenidos, queda obligado a respetar la autodeterminación realizada por los esposos. Sin embargo, esta autodeterminación no es absoluta debido a que la intervención judicial tiene

---

[218] Estadísticas del Ministerio de Justicia y las Libertades Públicas (véase, A. EL-KHAMLICHI, *Min Mudawwanat…*, T. 2, *op. cit*., p. 283). Así pues, el progresivo retroceso de esta forma tradicional de disolución del matrimonio constituye un dato relevante debido, por un lado, a que el repudio marital ya no refleja la preeminencia del hombre sobre la mujer y no es sinónimo de un derecho intocable del marido. Y, por otro, al acudir a las demás formas (*jul'*, *ṭalāq bi-l-ittifāq* o *šiqāq*) facilitará el reconocimiento de las decisiones de divorcio presentadas ante los tribunales europeos por parte de los marroquíes residiendo en el extranjero.

[219] Véase, M-D CERVILLA GARZÓN/ I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho de Familia Marroquí: la Mudawwana 2004 desde el Derecho español*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010, p. 72.

[220] Un convenio regulador "*significa la incorporación a la regulación de las situaciones de crisis matrimoniales de la autonomía de la voluntad, tanto en aspectos patrimoniales como en los personales: el acuerdo de las partes regulando los efectos de la nueva situación"* (véase, B. MORENO QUESADA, "La disolución del matrimonio y medidas y efectos comunes", en B. MORENO QUESADA, J-M. GONZÁLEZ PORRAS, F-J. SÁNCHEZ CALERO [y al], *Derecho de familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 108).

[221] El acuerdo debe ser formalizado por acto auténtico, notarial o *adular***,** o escritura privada con firma legalizada de los esposos. Así, en algunas sentencias la esposa ha cedido sus derechos sin condiciones (sent. s/n°, exp. n°. 225/07, de 17 de octubre de 2007, TPI de Tadla, citadas en I. EL FAKHORI, "Haq almar'a fi inha…", *loc. cit*., p. 37.

lugar cuando procede para modificar o bien sustituir los acuerdos o algunos por ser contrarios a los intereses de los/as hijo/as o violando el principio de igualdad conyugal[222].

De igual modo, en Derecho marroquí, el juez debe controlar que el acuerdo de voluntades de ambas partes a este tipo de disolución es real y libre, esto es, que no se hizo bajo ninguna presión. Se asegura que el consentimiento no está viciado y, antes de validar el acuerdo, verifica que no vulnera los derechos de las partes ni de los/as hijos/as.

En el supuesto de que la madre se haga cargo de los gastos del alojamiento y de la pensión alimenticia, el juez debe verificar su solvencia[223]. En caso de que el acuerdo contenga alguna estipulación contraria a las disposiciones del CFM o al orden público, no se otorgará la autorización para formalizar el divorcio, salvo si se modifica el acuerdo eliminando la condición o la estipulación en cuestión[224].

De lo anterior, se deduce el carácter civil de este tipo de disolución del matrimonio, los cónyuges no tienen que invocar causa ninguna; convienen sobre la disolución del matrimonio y el tribunal solo homologa lo convenido[225].

En cuanto al divorcio por mutuo acuerdo ante notario en la regulación española, los cónyuges no pueden optar por este modo cuando existan hijos/as menores no emancipados/as o con la capacidad modificada judicialmente que dependen de los progenitores. Asimismo, como explica la doctrina, el notario: «*no sólo ha de realizar un control de legalidad sino también de equidad ya que el artículo 90.2 del Código civil dispone que, si el notario considerase que los acuerdos pueden ser dañosos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o emancipados afectados, darán por terminado el expediente y los cónyuges deberán acudir al juez*»[226].

3. Disolución del matrimonio basada sobre causas

En la actualidad, las legislaciones europeas no son uniformes sobre la cuestión, mientras que algunas mantienen el divorcio basado en causas múltiples, otras lo basan sobre una causa

[222] Véase, C. LASARTE, *Compendio de Derecho…, op. cit*., pp. 78 y 79.
[223] Véase, M-L. NIBOYET, "L'avenir du nouveau revirement de la cour de cassation sur la reconnaissance des répudiations musulmanes", *Gaz. Pal*., Spécial contentieux judiciaire, 4 septembre 2004, nº. 247-248.
[224] Véase, I. EL-FAKHORI, "Haq almar'a fi inha'…", *loc. cit*., p. 37.
[225] Véase, A. ATTALEB, "Anniza'at almadania…" *loc. cit*., p. 40.
[226] Véase, M. PEREÑA VICENTE, "El divorcio sin juez en el Derecho español y francés: entre el divorcio por notario y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas y prácticas", *ADC*, 2019, T. 72, 1, p. 20.

única que es la ruptura irremediable del vínculo matrimonial y, por último, están los países que lo han eliminado de su regulación interna (divorcio sin causa)[227]. Se constata una predominancia de los países que fundan el divorcio sobre causas múltiples.

España se enmarca en la tendencia que quiere que el divorcio sea sin causa, eliminando las causas de divorcio de su regulación interna y estableciendo un divorcio unilateral y otro por mutuo consentimiento[228]. En ambos casos, el cónyuge solicitante del divorcio no está obligado a invocar causas para que se admita su demanda de divorcio. Esto es el divorcio tiene su razón de ser en un motivo objetivo: la voluntad de poner fin al vínculo matrimonial.

Esta elección legislativa tiene su razón de ser en la relevancia que adquirió el principio de autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la persona en el ordenamiento jurídico español que quieren que el ejercicio del derecho al divorcio no puede depender de la existencia de alguna causa y que esta no es más que el fin de la voluntad de seguir casado[229]. Ello es la manifestación de que el divorcio se sostiene principalmente sobre la libertad que uno tiene de decidir de seguir casado o de poner fin a su matrimonio[230].

Cabe mencionar que a pesar de la supresión del divorcio causal en la regulación española, la Ley de 2005 indica que se otorgará el divorcio o la separación en situaciones que atenten contra la integridad física del otro cónyuge. Así pues, debido a que la demanda de divorcio sólo puede ser presentada pasados los tres meses después de la conclusión del matrimonio, en caso de malos tratos o violencia conyugal, se otorgará el divorcio sin el transcurso de dicho

[227] En la primera categoría figuran: Francia (arts. 242 a 246 CC), Italia (arts. 149 a 158 CC), Grecia (1439 y 1441 CC), Inglaterra y Gales, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Bélgica. En la segunda: Alemania, Inglaterra, países de Gales, Países Bajos, Polonia. Y, en la tercera: Suecia, Finlandia. Cabe mencionar que el sistema francés incluye el divorcio sin causa como una causa de divorcio (véase, F. FERRAND/H. FULCHIRON, *La rupture du mariage en droit comparé*, Droit comparé et européen, vol. 19, Soc. de Lég. Comp, París, 2015, p. 55).

[228] Efectivamente, al admitir el divorcio en el ordenamiento jurídico español con la Ley 30/1981, de 7 de julio, se establecen causas legalmente tasadas. Ahora bien, la Ley 15/2005 adopta el divorcio unilateral sin causa suprimiendo las causas establecidas legalmente para la separación y el divorcio.

[229] EM de la Ley 15/2005, según la cual: "*se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la CE, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar 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 esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación*".

[230] En su momento la realidad jurisprudencial justificó esta reforma como lo destaca A. CARRASCO PERERA: "*la práctica jurisprudencial española de 1981 mostró que el sistema del divorcio causal acaba necesariamente aplicándose como si no fuera precisa causa. De un lado, las restricciones en la prueba de los hechos no han impedido a los jueces de decretar separaciones y divorcios (falta del afecto personal preciso para continuar la vida en común) y, por otro lado, los cónyuges, pueden pre constituir la causa cuando están de acuerdo en divorciarse*" (véase, *Derecho de familia, casos, reglas, argumentos*, Dilex, Madrid, 2006, p. 123).

plazo. En consecuencia, se puede afirmar que, por un lado, la función del divorcio causal no ha desaparecido del todo de la regulación española porque es un modo que sigue vigente, aunque de manera excepcional en casos específicos al igual que sucede en la regulación marroquí[231]. Y, por otro, se mantiene con el fin de la tutela de otro derecho humano: vida-integridad física.

Esta situación es la que encontramos en Derecho marroquí, en el cual existe el divorcio por causas en supuestos concretos[232]. Además, es un modo de disolución del matrimonio que está en constante regresión frente a otros tipos de divorcio más igualitarios. Este retroceso tiene su razón de ser en que otros modos alternativos de disolución del matrimonio cumplen con la misma función y son más ventajosos, en particular por la rapidez y la facilidad del proceso, además de la preservación de la intimidad de las partes[233].

En la regulación marroquí el divorcio por causas está abierto a ambos cónyuges, en particular a la mujer en la mayoría de sus causas. Al tener su fundamento en Derecho musulmán, las distintas causas que lo conforman varían de una escuela islámica a otra y no derivan de ningún texto revelado de manera explícita[234]. Fue concebido en su momento para facilitar el acceso de las mujeres al divorcio corrigiendo la desigualdad entre el hombre y la mujer provocada por el *ṭalāq* marital[235].

Ahora bien, la existencia del divorcio basado en causas en la regulación marroquí puede ser motivo para invocar su incompatibilidad con la regulación española por varios motivos. Por su "casi inexistencia" en esta última; por ser una causa abierta de manera particular a la

[231] Asimismo, como avanza A. CARRASCO PERERA: "*[…] quedan restos de separación y divorcio por culpa en el CC, como ocurre en la pérdida de derechos alimenticios entre cónyuges separados (art. 155 CC), en las causas de desheredación (art. 855) o en la revocación de donaciones prematrimoniales entre los futuros contrayentes (art. 1343 CC)*" (*ibíd*., p. 122).

[232] 1. por incumplimiento del esposo de alguna de las cláusulas estipuladas en el contrato matrimonial, 2. por perjuicio, 3. por falta de manutención (por el esposo), 4. por ausencia del cónyuge, 5. por la existencia de algún defecto (*ayb*) y/o enfermedad de uno de los cónyuges que hacen imposible la vida íntima entre ellos, 6. por juramento de continencia por parte del marido o desistimiento y abandono.

[233] El *šiqāq* (por discordia) y el *ṭalāq bi-al-ittifāq* (mutuo consentimiento).

[234] Encontramos la escuela *ḥanafī* que introdujo la noción de vicio (que corresponde a ambos cónyuges); las escuelas *ḥanbalī* y *šafeʿī* han consagrado como causas de disolución del matrimonio el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato matrimonial; por su parte la escuela *mālikī* adoptó, junto a las causas mencionadas, la causa de perjuicio (véase, R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international…*, *op.cit*., pp. 23 y 24).

[235] Para su elaboración los jurisconsultos se han basado por un lado, en el principio de justicia como principio fundamental en el Corán y, por otro, en el deber de no causar perjuicio a la esposa por parte del marido a causa del incumplimiento de las obligaciones conyugales o bien por el abuso en llevar los asuntos del hogar conyugal (véase, A. EL KHAMLICHI, *Min Mudawwanat…, op. cit.*, p. 288).

mujer y, por ello, lleva cierta discriminación para el hombre; o bien por considerarlo como una restricción al derecho de divorcio de la mujer (en relación con el *ṭalāq* marital).

No obstante, la admisión en la regulación española de la causa de los malos tratos y la violencia conyugal para disolver el matrimonio es perfectamente asimilable a las causas invocadas por parte de la mujer o en su caso el hombre en la regulación marroquí. En ambas regulaciones lo que se pretende es preservar la dignidad de la persona demandante del divorcio y garantizar su libertad matrimonial. Su finalidad en la regulación marroquí es ofrecer a ambos cónyuges una opción de más para salir de la crisis matrimonial[236].

Asimismo, no puede ser considerado como limitación a la libertad matrimonial porque no es la única opción que se ofrece a la mujer, sino que se trata de un modo de disolución del matrimonio incluido dentro de un abanico de opciones (que son más favorables como el divorcio *šiqāq*). La mujer puede recurrir libremente al divorcio por causas si le parece compatible con su situación y sus intereses. En consecuencia, no limita o afecta su autonomía de la voluntad ni la libertad individual en materia de divorcio. En lo que se refiere a la preservación de la intimidad de la pareja existen otros modos de disolución del matrimonio como *bi-al-ittifāq* o *šiqāq* que lo permiten.

Y, por último, en el supuesto de que la mujer opte por esta vía para divorciarse y se encuentre incapaz de probar el prejuicio sufrido, obtendrá necesariamente el divorcio a través del *šiqāq* como procedimiento que el tribunal abre de manera subsecuente sin necesidad de acudir a otro nuevo[237].

4. Síntesis valorativa

La aplicación del método comparado desvela que todas las formas de disolución del matrimonio analizadas conducen necesariamente a la modificación del estado civil de las

[236] El hombre tiene a su disposición (al igual que la mujer) la causa de la existencia de algún defecto (‘*ayb*) y/o enfermedad de uno de los cónyuges que hacen imposible la vida íntima entre ellos.

[237] Sent. s/n°, exp. nº. 2549/5 m /08, de 12 de mayo de 2011, TPI de Meknes (véase, I. EL-FAKHORI, “Haq almar’a fi inha’…”, *loc. cit.*, p. 19. Cabe resaltar que el divorcio *šiqāq* ha ido ganando terreno a las demás formas de disolución del matrimonio, esto es, las mujeres acuden a este tipo de divorcio con más frecuencia debido a su carácter no causal, a la rapidez del procedimiento y sobre todo a que engloba todas las causas que pueden dar lugar a una desavenencia que lo genera (véase, M. EL FAKHORI, *Alwadeh fi charh…*, *op. cit.*, p. 161). En cuanto al retroceso del divorcio por causas frente al *šiqāq* y *bi-al-ittifāq* se explica por a la lentitud del procedimiento y a la dificultad o imposibilidad de probar las alegaciones (véase, R. ZEIDGUY, “Analyse de la jurisprudence”, en M. BENRADI, H. ALAMI M’CHICHI, A. OUNNIR [y al], *Le Code de la famille: perceptions et pratiques judiciaires*, Friedrich Ebert Sfiftung, 2007, p. 221).

En España, el sistema instaurado por la Ley 30/1981 responde al criterio del divorcio judicial (véase, C. LASARTE, *Compendio de Derecho…, op. cit.,* p. 70).

partes, esto es, al margen de su denominación (*ṭalāq, taṭlīq* o divorcio) tienen como función principal la ruptura del vínculo matrimonial.

Conllevan las mismas características a saber: la unilateralidad, la voluntad libre del solicitante a separarse es suficiente para acordarle la desunión, esto es, la mera voluntad de uno u otro cónyuge para poner fin al vínculo matrimonial expresada ante el juez constituye la causa principal de la demanda, la oposición del otro cónyuge o del juez no tiene ninguna relevancia sobre el pronunciamiento; la discrecionalidad (salvo en el caso del divorcio basado en causa), los esposos benefician de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad cuando convienen sobre su desunión.

Todas las formas están sometidas al control judicial (a excepción del divorcio extrajudicial en la regulación española). El acceso al divorcio y la facultad de presentar una demanda ante la autoridad judicial competente está garantizado para ambos cónyuges. Asimismo, las garantías de un procedimiento contradictorio y las financieras están garantizadas. Si en Derecho español, cualquiera de los cónyuges tiene que pagar al otro los derechos que le corresponden (pensión compensatoria), en Derecho marroquí, el hombre o la mujer, según la forma que elijan para poner fin al matrimonio tienen que pagar cada uno al otro una cantidad de dinero como concepto de derechos, todo ello, bajo la supervisión del juez

Ahora bien, existen ciertas especificidades debido a la naturaleza de los procesos históricos que conoció la institución matrimonial y su disolución en cada ordenamiento dando lugar a diferentes modos de entender la ruptura del vínculo matrimonial y los principios que la inspiran.

En concreto, la concepción de igualdad entre cónyuges en la disolución del matrimonio tal como está entendida en Derecho español difiere de la existente en Derecho marroquí. Las distintas concepciones han generado diferentes soluciones que se han materializado en la estructura dogmática de la disolución del matrimonio. Efectivamente, a diferencia de la regulación española donde existe una identidad absoluta de las vías de salida de la relación matrimonial, en Derecho marroquí, existe una pluralidad de formas: unas abiertas al marido, otras a la mujer y las que están destinadas a ambos cónyuges (véase *supra*).

La diversidad de formas de disolución del matrimonio se considera, en ocasiones, como la manifestación de la desigualdad entre cónyuges[238]. Si la mujer ostenta distintos

[238] Asimismo, en el ámbito internacional a pesar de la reforma de 2004, el *ṭalāq* marital sigue siendo considerado como un modo discriminatorio de disolución matrimonial (véase, M-C. NAJM KOBEH,

modos de disolución del matrimonio, ello no compensa que el hombre siga conservando el *ṭalāq* marital como derecho exclusivo. Para remediar a ello, se estima que ambos cónyuges deben tener acceso a modos idénticos de disolución del matrimonio para que se pueda hablar de una igualdad efectiva y abstracta independientemente del sexo del demandante.

Otros consideran que en la medida en que junto a las vías especificas otorgadas a cada cónyuge, existen otras formas abiertas a ambos cónyuges en igual condiciones y a través del mismo procedimiento (*tatliq šiqāq y ṭalāq bi-al-ittifāq*), que impiden invocar la violación del principio de igualdad entre hombre y mujer[239]. Esto es, que existe equivalencia o equilibrio entre ambas partes en el acceso a la disolución del matrimonio. Establecer dicho equilibrio es la finalidad de la regulación actual y el resultado conseguido es otorgar a la mujer un divorcio real y efectivo[240].

Asimismo, se estima que la apreciación del concepto de igualdad debe efectuarse atendiendo, no a la concepción europea de igualdad entre el hombre y la mujer basada en la identidad de derechos y deberes, sino en términos de especificidad y de complementariedad de los estatutos del hombre y de la mujer que caracteriza las sociedades islámicas[241]. Se trata de una igualdad que se basa en el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los esposos uno hacia el otro[242].

"La Cour de Cassation…", *loc. cit.*, p. 800; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección*…, *op.cit.*; M-D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho de…*, *op. cit*. pp. 58 y 63; A. QUIÑONES ESCAMEZ, "La reception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe", *REDI*, 2004, n°. 3, p. 887).

[239] Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Inmigración y Derecho…*, *op. cit.*, p. 279; K. ZAHER, "Plaidoyer pour la…", *loc. cit.*, p. 313.

[240] Desde esta perspectiva, se ha estimado que las instituciones marroquíes de Derecho de familia en relación con el art. 14 de la CE deben ser consideradas a partir de su resultado y finalidad, destacando que: "*ni toda norma que impone un trato desigual, debe ser considerada, por ello, inconstitucional por contravenir el artículo 14 CE, ya que dicha inconstitucionalidad no deriva de la desigualdad de trato, sino de la no concurrencia de causa objetiva y razonable que justifique dicha desigualdad*" (véase, M-D CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho…, op. cit*., p. 185 y ss).

[241] Véase, H. FULCHIRON, "Ne répudiez point…: pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004", *RIDC*, 2006, nº. 1, vol. 58, p. 7. En el mismo sentido véase, E. GÓMEZ VALENZUELA/K. OUALD ALI, "Códigos culturales, inserción jurídica, integración social y disolución del matrimonio de la mujer inmigrante marroquí en España", en P. LORENZO COPELLO/R. DURÁN MUÑOZ (coord.), *Diversidad cultural, género y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 517; M-C. NAJM KOBEH, "La Cour de Cassation…", *loc. cit*. p. 808.

[242] Véase, Y. MERON, "Accommodation de la…", *loc. cit.*, p. 930. No obstante, se estima que la concepción basada en la especificidad no debe conducir a un resultado inverso, esto es, permitir las intolerables discriminaciones hacia las mujeres, hacer uso de las diferencias culturales para justificar las restricciones a sus derechos y un obstáculo a las reformas (véase, A. LAMRABET, "Entre refus de l'essentialisme et réforme radicale de la pensée musulmane", en Z. ALI, O. ABOU-BAKR, Z. ANWAR [y al], *Féminismes islamiques*, La Fabrique, París, 2012, p. 59).

Por último, dada la especificidad de la estructura de disolución del matrimonio en Derecho marroquí, se debe considerar en su conjunto para destacar su coherencia[243]. Una apreciación fragmentaria impide constatar que, a pesar de la diversidad de formas de disolución del matrimonio, el acceso al divorcio y el derecho a divorciarse están garantizados. Es decir, que a pesar de la diferencia en la formación estructural (dogmática) del divorcio en relación con la regulación española, la mujer al igual que el hombre tiene necesariamente acceso al divorcio de forma unilateral o consensual y de manera efectiva y real.

Ahora bien, cabe verificar si la concepción de igualdad en el CFM condiciona la libertad de la mujer para disolver su matrimonio.

Si la igualdad como *valor universal* se encuentra en el centro del debate doctrinal relativo a la relación entre el hombre y la mujer en el seno de la familia y en la sociedad, no cabe duda de que la libertad y la igualdad constituyen dos principios fundamentales inseparables que condicionan dicha relación[244]. Son dos principios consagrados en la DUDH: «*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*». La igualdad deriva directamente de la libertad en la medida en que la libertad elimina las discriminaciones y con ello conduce a una igualdad efectiva.

El carácter secularizado de los Estados europeos ha favorecido la libertad individual de los cónyuges eliminando cualquier diferencia o discriminación en el ámbito matrimonial, mientras que en las sociedades confesionales, como Marruecos, los preceptos de Derecho musulmán condicionan la regulación matrimonial[245]. El principio de libertad en relación con la mujer sigue chocando con dichos preceptos, con las convicciones sociales y con la

[243] Véase, G. KESSLLER, "L'application des dispositions du nouveau code de la famille marocain relatives à la dissolution du mariage par le juge français", *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2, PUAM, 2010, n°. 35-132, p. 641. En el mismo sentido H. FULCHIRON, "Ne répudiez point…", *loc. cit*., p. 18.

[244] Se trata de un principio universal y "*cardinal* en *el derecho de familia, igualdad entre los maridos y las mujeres, entre los padres y las madres, los/as hijos/as"* (véase, F. MONÉGER, "Religion au regard du statut personnel et familial", *RIDC*, 2014, n°. 3, vol. 66, p. 703).

[245] La fuerte vinculación del principio de igualdad a la estructura familiar tradicional y su organización se consolida cuando el Rey en su discurso establece una dependencia entre principio de igualdad y la cohesión de la familia En el discurso, el Rey afirma: "*confirmamos nuestra firme voluntad de confrontar y consolidar las mayores avances, coronados por el Código de Familia que ha consagrado unos derechos y obligaciones fundados no solamente sobre el principio de igualdad, sino igualmente y esencialmente de conservar la cohesión de la familia y preservar su identidad nacional autentica*". "*Discours du Trône*", de 30 julio de 2005 (el subrayado es nuestro). A juicio de B. YOUSSEF, a la hora de reformar el Código de Familia Marroquí, era necesario emplear un discurso teológico para lograr la adhesión de una parte de la sociedad marroquí (actores políticos y categorías sociales) sobre ciertas cuestiones, en particular las relaciones sociales entre sexos (véase, "Islam et sécularité: réformismes et enjeux géopolitique", *Les Cahiers bleus, Le Cercle d'Analyse Politique,* 2012, n°. 17, p. 24).

mentalidad dominante de la gente basada en el patriarcado. Ello se repercuta sobre la igualdad en la relación matrimonial plasmándose en una división sexista de las obligaciones y de los derechos de los cónyuges. Si bien, actualmente, la mujer marroquí ha logrado consolidar su posición en la sociedad y beneficiarse de una situación económica favorable, su plena libertad en el ámbito familiar queda sujeta a la regulación vigente en dicha materia impidiendo, a su vez, una igualdad idéntica con el hombre.

En este sentido, parte de la doctrina considera que la superación de la condición vejatoria para la mujer en su relación con el hombre tiene su razón de ser en la violación del principio de libertad más que de igualdad. Al respecto, se manifiesta A-M LÓPEZ LÓPEZ: «*la emancipación, igualdad o paridad de la mujer no es tanto una cuestión ligada al principio de igualdad, sino ligada a la idea de libertad y dignidad*»[246].

Dicho lo anterior, cabe verificar si la dignidad como principio fundamental del cual derivan los demás derechos y principios fundamentales no se encuentra vulnerada por la estructura normativa marroquí de disolución del matrimonio. Y, si dicha estructura debería tener un interés secundario cuando las necesidades y los derechos de cada cónyuge están cumplidos?

En relación con el derecho a disolver el matrimonio, se puede constatar que todos los modos de ruptura del matrimonio, que sea de manera directa o indirecta, permiten a la parte demandante beneficiarse de dicho derecho[247]. En la actualidad, la mujer marroquí al igual que el hombre tiene la plena libertad para salir de la relación matrimonial, su voluntad de no seguir en una relación insoportable o indeseada está garantizada. En consecuencia, la diversidad de formas no constituye un obstáculo para que la mujer recupere su libertad pudiendo optar por una u otra forma de disolución del matrimonio que estime pertinente para sus circunstancias, sus intereses y su situación (familiar, económica o social). Su elección no se encuentra limitada a una única forma que le puede perjudicar. La necesidad de otorgar el divorcio a la mujer de manera efectiva marca la estructura normativa en ambos

[246] Para este autor: "*la emancipación no es el remedio a una situación social deprimida, que no golpearía por igual a la mujer obrera o la burguesa educada y de vida fácil; es el remedio a lo que las golpea por igual, pues consiste sencillamente en la miserable sujeción al "estado familiar", única y exclusivamente por su "estado de mujer", y este es el que las priva de la dignidad del "estado de libertad*"" (véase, "Diversidad, feminismo y principio de igualdad", en L. LÓPEZ DE LA CRUZ, M. OTERO CRESPO (coord.)/M. PAZ GARCÍA RUBIO (dir.)/R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, 2011, pp.18, 22 y 23).

[247] El divorcio se obtiene de manera indirecta cuando tiene lugar de manera subsecuente a través del procedimiento *šiqāq*.

ordenamientos[248]. Entonces la dignidad de la mujer se encuentra preservada, su libertad y libre desarrollo de los cuales beneficia en la disolución del matrimonio a pesar de la distinta concepción de igualdad que marca la materia en relación con la regulación española.

III. Aproximación comparada al procedimiento de disolución del matrimonio

1. Acceso a la disolución del matrimonio

El derecho a disolver el matrimonio está proclamado como derecho fundamental por la CE que enuncia los principios que lo conforman[249]. Los cónyuges tienen acceso en igual condiciones a la disolución del matrimonio, por las mismas vías y bajo el mismo procedimiento que sea de manera unilateral o consensual. En Marruecos, gracias a la reforma de 2004, se garantiza el acceso a la disolución del matrimonio para ambos cónyuges por vía judicial[250]. Se trata de un derecho de cada uno de los cónyuges que puede ejercer mediante la presentación de una demanda ante el tribunal competente. No tiene incidencia que la demanda se promueva a iniciativa del hombre o de la mujer, porque es un derecho fundamental[251].

Ha de subrayarse que a diferencia de la regulación española donde la introducción de la acción de divorcio se supedita al transcurso de un plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio, en el Derecho marroquí, la presentación de la demanda no está condicionada con ningún plazo mínimo[252]. Esta particularidad de la regulación española recuerda el periodo de espera legal de tres meses (*al-ʿʿidda)* propio de la disolución del matrimonio islámico (véase *infra*). También cabe preguntarse si esta medida constituye una limitación a la libertad matrimonial aunque parcialmente, y por tanto, si vulnera la liberalización del divorcio y la autonomía de la voluntad que fundamentan el divorcio.

---

[248] La experiencia jurisprudencial marroquí demuestra que las mujeres al igual que los hombres tienen dicha libertad.

[249] Véase, S. TAMAYO HAYA, "La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del Derecho de familia", en M-P. GARCÍA RUBIO/M DEL R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.), *El Levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 768. CE de 1978, *BOE* n°. 311, de 29 de diciembre de 1978.

[250] Rompiendo con CEP que, manteniéndose fiel a las disposiciones de Derecho musulmán, limitaba el derecho de acceso de las mujeres al divorcio a determinados modos que se caracterizaban por su rigidez, específicamente, el divorcio por causas en el cual la mujer debía probar la causa invocada para que se admita su petición de divorcio.

[251] Según la CCM se trata de un derecho fundamental, sent. nº. 207, de 29 abril de 2009, exp. nº. 08/626, *Rev. mar. étu. jur*, 2009, nº. 1, p. 310.

[252] En España dicho plazo se explica por parte de la doctrina como un plazo de reflexión sobre la posibilidad de salvar su matrimonio o bien sobre las repercusiones que su decisión pueda comportar puesto que afecta a terceros (véase, A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, "La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Anales de Derecho*, Univ. de Murcia, 2005, nº. 23, p. 136).

2. Autoridad competente para pronunciar la disolución del matrimonio

En ambos ordenamientos (a excepción del divorcio por mutuo acuerdo extrajudicial en el Derecho español) la única voluntad de los cónyuges no es suficiente para producir la disolución del matrimonio y no cabe el divorcio de hecho, la disolución del matrimonio se decreta exclusivamente por sentencia judicial[253].

Se trata de un proceso de carácter contradictorio, que la desunión sea unilateral o consensual se debe presentar una demanda ante el tribunal competente[254]. En consecuencia, en Marruecos, los divorcios extrajudiciales no tienen validez ninguna[255]. Todas las modalidades de disolución del matrimonio se hacen bajo la supervisión y el control judicial, su eficacia depende de la homologación judicial manifestada en una sentencia formal y firme.

De otro lado, en ambas regulaciones no cabe ningún recurso contra la parte de disolución del vínculo matrimonial, esto es, deviene firme con el fin de evitar el alargamiento de los procedimientos judiciales[256].

Por último, si en España y en otros países europeos el divorcio extrajudicial se admite (divorcio por mutuo acuerdo ante notario), en Marruecos, el *ṭalāq* realizado exclusivamente ante los *adules* fue suprimido y el rol de estos restringido y bien delimitado. Así pues, su función consiste en redactar el documento pertinente una vez hayan recibido la autorización por parte del Juez del Tribunal de Primera Instancia (en adelante, TPI). Si el tribunal no concede la referida autorización, previa instrucción de un expediente, no tendrá lugar la

[253] En España, el sistema instaurado por la Ley 30/1981 responde al criterio del divorcio judicial (véase, C. Lasarte, *Compendio de…, op. cit.*, p. 70). Ahora bien, en la actualidad, si los cónyuges lo desean pueden divorciarse de mutuo acuerdo mediante la intervención o autorización del Secretario Judicial o bien el notario conforme a lo que dispone la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), *BOE* n°. 158, de 3 de julio de 2015.

[254] En ambos ordenamientos son los juzgados de Primera Instancia los que se ocupan de los procesos matrimoniales (a excepción del divorcio por mutuo acuerdo que, actualmente en España y otros países europeos, se puede llevar a cabo ante notario, véase *infra*).

[255] Antes de la reforma de 2004, la problemática se suscita de manera particular en relación con el *ṭalāq* marital que se hacía de manera extrajudicial y verbalmente, hoy en día no cabe este tipo de *ṭalāq* de carácter privado. Tampoco caben los divorcios ante *adules* cónsules o ante una entidad religiosa del país de residencia de los inmigrantes. En el caso de España sería la Comisión Islámica (Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, *BOE* n°. 272, de 12 de noviembre de 1992). Cabe precisar que los *adules* son notarios tradicionales que cumplen la doble función de testigos y fedatarios. Su estatuto se recoge en el *Dahir* nº. 1. 06. 56, de 14 de febrero de 2006, por el que se pone en ejecución la Ley nº. 16.03, de la Función *Adular*, que entró en vigor el 14 de junio de 2006, *BOM*. de 2 de marzo de 2006.

[256] En Derecho marroquí esta medida está en armonía con el espíritu de la reforma que quiere suavizar las normas de disolución del matrimonio con un procedimiento más flexible, en particular liberando la mujer de sufrir los distintos grados de jurisdicciones para poner fin a su matrimonio.

disolución del matrimonio. Asimismo, se realiza un control *a posteriori* por parte del juez tras la instrumentación del acta por parte de los *adules*.

En cuanto al divorcio por mutuo acuerdo ante notario vigente en la regulación española, la doctrina estima que, aunque tiene carácter extrajudicial este «*divorcio no ha pasado a ser un asunto «privado» en el Derecho español. El notario interviene en su condición de funcionario público, revestido de imperium […] las nuevas competencias acentúan su carácter de autoridad pública*»[257]. El divorcio no se realiza por acto privado protocolizado por notario, sino que procede a la homologación del acuerdo de divorcio autorizando la escritura pública del divorcio[258].

3. Presencia de las partes y derecho de defensa

En ambos ordenamientos prevalece un procedimiento similar donde la presencia de las partes y el derecho de defensa son elementos fundamentales. Se caracteriza por el principio contradictorio mediante el cual cada parte hace prevalecer sus pretensiones y sus derechos, la comparecencia de las partes en el proceso con los abogados es obligatoria y su falta puede dar lugar a tener por admitidos los hechos.

En Derecho marroquí, con el objetivo de romper con las prácticas anteriores a la reforma de 2004 y para reforzar el derecho de la mujer a un procedimiento judicial efectivo que garantice su defensa, se ha procedido a reforzar las exigencias de la notificación de los esposos y la obligatoriedad de seguir el orden de jerarquía impuesto para presentar la demanda de divorcio[259]. Así, el tribunal convoca a los cónyuges para realizar un intento de conciliación que es una cuestión de orden público. Además, el CFM exige que la esposa reciba personalmente la notificación[260].

---

[257] Véase, M. PEREÑA VICENTE, "El divorcio sin juez…", *loc. cit.*, p. 20.
[258] *Ibíd.*, p. 32.
[259] El incumplimiento de las exigencias establecidas en el art. 39 del Código de Procedimiento Penal (en adelante, CPP) relativos a la notificación de la esposa constituye una violación de una norma principal que dio lugar a casar la decisión de la Corte de Apelación (en adelante, CA). Decisión nº. 19, de 20 de enero de 2015, exp. nº. 532/2/1/2013, *Revue jurisprudence de la Cour de Cassation*, nº. 22, 2015, pp. 34 y 35.
[260] Si la esposa recibe personalmente la notificación y no se persona y no realiza alegaciones por escrito, el tribunal le notificará a través del MP que, si no se presenta, se archivará el expediente. Si todo indica que la dirección de la esposa es desconocida, el tribunal recurrirá al MP para averiguar la dirección correcta. Si se acredita que el esposo ocultó la dirección de forma intencionada, se le aplicará la sanción que prevé el art. 361 del Código Penal marroquí (en adelante, CPM) a petición de la esposa.

Por último, cabe referirse a una figura propia al proceso de disolución del matrimonio que es la conciliación de los cónyuges[261]. En Derecho español, la conciliación de los cónyuges es privada, esto es, se desarrolla al margen del procedimiento judicial de divorcio[262]. Es un acto de la autonomía privada que el ordenamiento jurídico reconoce a los cónyuges[263], DÍAZ PICAZO la define como un negocio jurídico[264]. En la actualidad, es de carácter extrajudicial, los cónyuges pueden realizarla por su propia iniciativa o mediante una mediación y se produce antes de la sentencia de divorcio o durante la separación[265].

La finalidad y los objetivos de la mediación tal como los describe C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ: «*la mediación es un mecanismo apto para reducir las consecuencias derivadas de la separación y el divorcio, mantener la comunicación y el diálogo y garantizar el interés superior del menor. Pero esta no es la única finalidad posible de la mediación familiar, que puede desempeñar un papel importante en la eventual reconciliación de los cónyuges*»[266].

En Marruecos, la conciliación se efectúa ante el Juez de familia y resulta de carácter obligatorio en casi todas las modalidades del divorcio excepto en el divorcio por causa de ausencia del marido y, su cumplimiento es de orden público. Dicha obligatoriedad se debe, por un lado, a que la disolución del vínculo matrimonial ha de ser de manera excepcional con lo cual todos los intentos para conciliar los cónyuges deben tener lugar (art. 70 CFM), y por otro, por tener su fundamento en el Corán (4/35). Su finalidad es conciliar a los cónyuges para que renuncien a su intención de divorciarse[267].

---

[261] Cabe distinguir entre conciliación y reconciliación: la primera es una actividad que puede o no dar lugar a la reconciliación. Esta última, es un hecho ya producido aunque no haya sido definitivo (véase, J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 2, La famille, París, PUF, 1998, p. 173).

[262] La fase de conciliación de los cónyuges fue suprimida mediante la Ley de 1981.

[263] Véase I. PEÑA PIAZUELO, *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*, centros de estudios registrales, Madrid, 2000, p.135.

[264] La doctrina define el término "negocio jurídico" como "*aquel acto de la autonomía de las personas, que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar"* (véase, L. DIEZ PICAZO/A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil*, vol. 4, 7.ed, Tecnos, Madrid, 1997, p. 107).

[265] La mediación familiar se desarrolla a través de los servicios de mediación creados por las comunidades autónomas. La Ley 5/2012 enuncia como principios informadores de la mediación: la voluntariedad y libre disposición; igualdad y equilibrio entre las partes; imparcialidad y neutralidad del mediador; la confidencialidad.

[266] Véase, "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.)/P. DE PABLO CONTRERAS/M-A. PÉREZ ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Civil* 4, *Derecho de Familia*, 3 ed., Colex, Madrid, 2011, p. 192.

[267] Cuando existan hijos/as, tendrán lugar dos intentos de conciliación con un intervalo de un mes.

Si bien en Derecho español la mediación no es obligatoria y es de carácter extrajudicial ambas figuras son equivalentes al desarrollar la misma función y tener la misma finalidad que consiste en el intento de aproximar las opiniones, hacer que disminuya la tensión y ver con más claridad los intereses de cada uno, preservar el interés superior de los/as hijos/as, además de la eventual reconciliación de los cónyuges. De todo lo anterior, se puede afirmar que la mediación constituye un equivalente funcional de la conciliación en Derecho marroquí.

IV. Aproximación comparada a la Separación matrimonial y la revocabilidad "'*idda*"

1. Origen y función

La separación de los cónyuges tiene su razón de ser en el carácter indisoluble del matrimonio. Hoy en día, se entiende por separación matrimonial la suspensión de la vida en común de los casados subsistiéndose el vínculo matrimonial con sus efectos (art. 83 CC).

En Derecho marroquí, cuando tiene lugar la decisión de disolver el vínculo matrimonial y la voluntad de romperlo está formulada, la vida conyugal en el domicilio familiar se mantiene durante un tiempo con el objetivo de superar las discordias[268].

La revocabilidad del *ṭalāq* o *taṭlīq* significa que los esposos pueden reanudar la vida en común sin necesidad de contraer un nuevo matrimonio dentro de un plazo legal determinado en tres meses denominado *''idda*, es el periodo de espera legal que debe observar la esposa y dura tres meses[269]. Se trata de «*un paro provisional de la vida conyugal, que necesita ser re estudiada*»[270].

[268] Véase, R. NAJI EL MEKKAOUI, *La Moudawanah (Code marocain de la famille), Le référenciel et le conventionnel en harmonie*, La dissolution du mariage, T. 2, Bouregreg, Rabat, 2009, p. 105.

[269] Según el CFM son tres periodos menstruales, sustituidos por tres meses naturales, si la mujer es impúber o menopáusica. Si está embarazada hasta que dé a luz. En caso de viuda es de cuatro meses y diez días. Aparte, la *''idda* en el caso del divorcio es parecida a la limitación temporal impuesta a la mujer divorciada en la legislación italiana que debe observar un plazo de 300 días contando desde la fecha de la firmeza de la decisión, este periodo de espera no está impuesto al hombre quien recupera su libertad matrimonial inmediatamente tras la firmeza de la decisión (véase, F. FERRAND /H. FULCHIRON, La rupture du mariage…, *op. cit.*, p. 140).

[270] Véase, R. NAJI EL MEKKAOUI, *La Moudawanah…*, T. 2, *op. cit.*, p. 105. Esto es en oposición con la irrevocabilidad que pone fin al matrimonio de manera inmediata y definitiva obligando a los esposos a contraer nuevo matrimonio con todos los elementos de forma y de fondo. El divorcio o *tatliq* es irrevocable salvo cuando se trata de un divorcio por promesa de continencia o por causa de falta de manutención, aquí la *''idda* comienza a partir de la fecha en que se dicta la sentencia de disolución del matrimonio. El repudio marital es revocable (arts.122-129), salvo en los casos en que tenga lugar por tercera vez; cuando se produce antes de la consumación del matrimonio; repudiación *jul';* y *tamlīk* y

Esta institución tiene su fundamento en el Corán (2/228 y 229). Concretamente, se originó para remediar una práctica común en la época de inicio del Islam en la cual los árabes practicaban el *ṭalāq* de forma descontrolada, discrecional y reservándose el derecho de revocar este *ṭalāq* en cualquier momento. La mujer sin posibilidad de liberarse, estando obligada a esperar la retractación del marido de manera indefinida se encontraba en una situación entre la ruptura y la unión. Esta situación de discriminación llevó el profeta a recomendar un plazo de espera limitado en el tiempo[271].

En Derecho español, la finalidad tradicionalmente perseguida por la figura de la separación matrimonial era permitir a los esposos para quienes la vida en común se había hecho imposible vivir separados[272]. Asimismo, puede cumplir distintas funciones como mecanismo que permite una salida estable a la crisis matrimonial y una alternativa al divorcio; como paso previo necesario a la solicitud de divorcio y como tiempo de reflexión antes de solicítalo pudiendo dar lugar a una eventual reconciliación; por último, permite evitar divorcios no suficientemente reflexivos que es su finalidad[273].

En el contexto actual, la finalidad que tiene la separación es permitir el mantenimiento del vínculo matrimonial sin producción de ninguno de sus efectos y está destinada a los cónyuges que necesitan un periodo de reflexión o aquellos en situación de tramitación de la nulidad canónica o civil de su matrimonio o los que creen en la indisolubilidad del matrimonio[274].

De manera similar al Derecho español, la *ʿʿidda* desempeña distintas funciones. Tiene como objetivo reducir los casos de disolución del matrimonio para preservar la unidad familiar y su continuidad. Además, sirve de periodo de reflexión permitiendo evitar decisiones precipitadas o viscerales de disolver el matrimonio y tiende a preservar la mujer de

---

por mutuo acuerdo (es irrevocable). En este caso comienza desde que se certifica la disolución del matrimonio por los *adules* (art. 138 CFM). El fundamento de diferenciación entre disolución revocable e irrevocable reside según el Derecho musulmán en el grado de gravedad de los motivos de la disolución. Cuando la causa invocada es ligera, la disolución es revocable mientras que es irrevocable cuando las causas que lo provocan son graves pudiendo constituir una real amenaza para la seguridad, la paz o bien confianza, también cuando deterioran de manera irreversible las relaciones conyugales (*ibíd.*, p.43).

[271] Véase, L. MILLIOT/ F-P. BLANC, *Introduction à l'étude…*, *op. cit.*, p. 354.

[272] Véase, M. PONS GONZÁLEZ/M-A DEL ARCO TORRES, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico:* teoría, praxis judicial y formularios, 5 ed., Comares, Granada, 2002, p. 5.

[273] Véase, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Separación y disolución...", *loc. cit*., p. 151.

[274] Véase, J- L. BERDEJO/F. DE ASÍS SANCHO REBULLIDA/A. LUNA SERRANO [y al.], *Elementos de Derecho Civil*, 4, *Familia*, Dykinson, Madrid, 2010. p. 85.

las consecuencias del *ṭalāq* o *taṭlīq* teniendo en cuenta la condición socio-económica de la mujer que no le era favorable.

Asimismo, la *ʻʻidda* cumple otra función que es la de preservar la filiación paterna en el caso de que la mujer esté embarazada cuando tiene lugar la disolución del matrimonio. Permitiendo, por un lado, que el esposo se asegure de que su esposa no ha concebido hijo alguno durante su matrimonio y, por otro, tener seguridad sobre su descendencia.

En la actualidad, esta función se encuentra controvertida debido a los progresos científicos que permiten determinar con fiabilidad el embarazo de la mujer y con ello la filiación paterna. Así pues, los países europeos han suprimido de su Derecho interno el periodo de viudedad que existía anteriormente[275].

2. Características

En Derecho español, la separación matrimonial es discrecional y no necesita invocar causas para solicitarla, tampoco tiene trato alguno de sanción[276]. En Derecho marroquí, es una consecuencia de la disolución del matrimonio (*ṭalāq* o *taṭlīq*) teniendo su causa en la decisión de disolver el matrimonio. En ambos ordenamientos presentan un carácter temporal, la separación matrimonial no tiene un límite temporal al finalizar cuando los cónyuges lo decidan, mientras que la *ʻʻidda* tiene un límite temporal de tres meses[277].

Ambas figuras constituyen una situación que puede ser transitoria que termina con la reconciliación de los cónyuges o bien con la disolución del vínculo matrimonial. Con la diferencia de que en Derecho español el matrimonio en estado de separación se quedará totalmente disuelto por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, mientras que en Derecho marroquí, estos dos supuestos no causarán su disolución, sino que el matrimonio guardará su eficacia total. También tienen carácter parcial porque a pesar de la separación de los cónyuges el vínculo matrimonial no desaparece totalmente.

Que se trate de la *ʻʻidda* o de la separación matrimonial, la reconciliación de los esposos pone fin al periodo de separación sin necesidad de una nueva acta matrimonial con la obligatoriedad de comunicar dicha reconciliación al juez. Esta exigencia, revierte importancia

[275] Véase, M-C. FOBLETS/J-Y. CARLIER, *Le Code marocain de…*, *op. cit*., p. 72.
[276] Bajo la Ley 30/1981, de 7 de julio, se determinaban las causas que ofrecían la posibilidad de separación por mutuo acuerdo. Ley de 15/2005, de 8 de julio, ha suprimido estas causas que fundamentan la solicitud de separación (véase, J- L. BERDEJO/F. DE ASÍS SANCHO REBULLIDA/A. LUNA SERRANO [y al.], *Elementos de…*, *op. cit*., p. 86).
[277] Se presentan tres supuestos: si la mujer está embarazada hasta que dé a luz o la interrupción del embarazo, si es viuda es de cuatro meses y diez días, la duración máxima es de un año.

relevante en Derecho marroquí porque ha permitido romper con una práctica que quiere que la mujer estuviera obligada a reanudar la vida en común, esto es, sin su consentimiento[278]. Tradicionalmente, la facultad de retractación que ostenta el marido se convirtió en un abuso por su parte en la medida en que en muchos casos hace uso de este derecho únicamente para impedir a la mujer de volver a contraer matrimonio con otra persona. Esta facultad ha constituido una situación de inseguridad permanente para la esposa[279].

Hoy en día, si el marido renuncia a su decisión de disolver el matrimonio, para que se reanude el matrimonio, el juez debe verificar que la mujer consienta a la solicitud del marido. Si la mujer no quiere reanudar la relación matrimonial puede acudir a la modalidad de divorcio por *šiqāq* (art. 124). Al transcurrir los tres meses, si los esposos no manifiestan su deseo de reanudar el vínculo matrimonial, el plazo de la *ʻʻidda* expira, el repudio revierte un carácter irrevocable y el acto adquiere firmeza. En este supuesto, si los esposos desean reanudar la vida conyugal se necesita un nuevo matrimonio con el cambio de consentimiento y la constitución de una nueva dote.

A nuestro juicio, a pesar de la reforma que tiende a proteger a la esposa contra el abuso del marido, hubiera sido preferible otorgar este derecho a ambos cónyuges de manera igual. Asimismo, hubiera sido preferible optar por la disolución del matrimonio inmediatamente tras el rechazo por parte de la esposa a la petición del marido sin que tenga que recurrir al procedimiento del divorcio *šiqāq*[280].

Por último, en Derecho marroquí la *ʻʻidda* es obligatoria, los esposos no pueden prescindir de cumplirla. En el Derecho español la separación de cuerpos es voluntaria, se considera suficiente la voluntad de los cónyuges o uno de ellos para solicitar la separación y puede adoptarse por mutuo acuerdo o por solicitud de uno de ellos. En efecto, con la reforma de 2005 dejó de ser un requisito previo al divorcio[281].

---

[278] Esta situación perduró hasta la reforma de 2004.

[279] Véase, L. MILLIOT/ F-P. BLANC, *Introduction à l'étude…*, *op. cit.*, p. 354. Es importante señalar que se trata de una facultad derivada de la interpretación de los *fuqahā`* al texto coránica relativo a la *ʻʻidda.* Estos últimos se han basado sobre el derecho exclusivo del marido para repudiar a su esposa de manera unilateral para otorgarle el derecho unilateral de revocar el repudio o divorcio. Esto es, debido a que la relación matrimonial sigue vigente durante el período de *ʻʻidda*, la mujer no tiene el derecho de rechazar la petición del marido porque es él quien tiene que decidir sobre finalizar la relación matrimonial o no por ostentar el derecho de repudiar (véase, M. EL KHEMLICHI*, Min Mudawwanat…,* T. 2, *op. cit.*, p. 311).

[280] Aunque es un procedimiento que el tribunal abre de manera subsecuente sin necesidad de que la mujer tenga que presentar una nueva demanda basada en el *šiqāq.*

[281] Tras la reforma de la LEC y del CC por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación o divorcio, *BOE* nº. 163, de 9 de julio de 2005.

En ambas regulaciones el comienzo del plazo de separación está determinado judicialmente. En el Derecho español, la suspensión de la vida común de los casados se produce mediante sentencia de separación (art. 83 CC). La sentencia tiene carácter constitutivo, dando lugar al estado civil de separado (art. 755 de la LEC) y, como tal, debe constar en el Registro Civil (en adelante, RC) al margen de la inscripción matrimonial[282]. En Derecho marroquí, la disolución revocable se declara judicialmente y la fecha de la *ʿʿidda* se determina a partir de la fecha de su pronunciamiento (art. 129 CFM), esto es, los cónyuges se consideran como divorciados.

3. Efectos

En Derecho español los cónyuges ostentan el estado civil de separados, esto es, no se consideran ni casados ni divorciados, mientras que en la regulación marroquí los cónyuges ostentan el estado civil de divorciados de manera revocable. En ambos supuestos el matrimonio se disuelve de manera parcial generando en cada supuesto unos efectos específicos que sean personales o patrimoniales.

Ambas figuras generan una separación de cuerpos perdiéndose la convivencia física (art. 83 CC) entre esposos con la diferencia de que en Derecho español el deber de fidelidad cesa con la suspensión de la vida en común de los esposos mientras que en Derecho marroquí este deber incumbe a ambos cónyuges durante este periodo y su inobservancia constituye un delito de adulterio[283].

Durante la *ʿʿidda* o la separación matrimonial ninguno de los esposos puede contraer nuevo matrimonio porque las dos figuras constituyen un impedimento de ligamen temporal. En Derecho español, el estado de separados impide a los cónyuges contraer nuevo matrimonio hasta que uno de ellos o ambos pongan fin a este estado mediante el divorcio. Esta

[282] Véase, M. ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil* 4, *Derecho de familia*, Edisofer, Madrid, 2013, p. 109.

[283] En el caso español, el autor se basa en que si no es exigible en la separación de hecho, se extendería a los restantes supuestos de separación. Además con la ausencia de sanción jurídica a su violación aunque los cónyuges convivan juntos (véase, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Separación y disolución…", *loc.cit*., p. 153). En el mismo sentido, véase, C. LASARTE, *Compendio de…*, *op. cit*., p. 66 y 67. En cuanto a la regulación marroquí, el art. 51establece los derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges de los cuales la cohabitación legal, que implica la vida matrimonial común, la justicia e igualdad de trato entre esposas en caso de poligamia, la pureza y la fidelidad recíproca, la virtud y la preservación del honor y la descendencia. Por su parte el art. 491 del CPM lo considera como un delito.

característica la encontramos en la disolución revocable en Derecho marroquí, en particular en relación con la mujer[284].

En cuanto a las relaciones con los/as hijos/as, en Derecho español la patria potestad sobre los/as hijos/as comunes será ejercida por el progenitor con quienes convivan (art. 156 CC), mientras que en Derecho marroquí la custodia (arts. 164; 171 CFM) corresponde automáticamente a la madre y la *wilāya* o (patria potestad) (art. 156 CC) corresponde al padre.

En relación con los/as hijos/as nacidos/as durante el período de ʿʿ*idda* o separación matrimonial, en ambas regulaciones se vinculan al marido, con la diferencia de que al prolongarse en el tiempo, la separación matrimonial hace que la presunción de paternidad del marido cesa trescientos días después de la sentencia de separación de tal forma que los/as hijos/as nacidos/as con posterioridad no se presumirán del marido (art. 116 CC). En Derecho marroquí, durante los tres meses de ʿʿ*idda* si la mujer no resulta embarazada, los/as hijos/as nacidos/as después de este periodo no se vinculan al marido[285].

Durante el período de ʿʿ*idda* o de separación matrimonial, el deber de prestar alimentos al cónyuge durante este tiempo se mantiene en ambas regulaciones[286]. La diferencia reside en que en Derecho español la prestación de alimentos corresponde a cualquiera de los cónyuges que se encuentre necesitado, mientras que en Derecho marroquí y de conformidad con las disposiciones del CFM derivadas de las normas de Derecho musulmán es a la esposa a quien corresponde de manera exclusiva recibir los alimentos, aunque disponga de recursos propios y no se encuentre necesitada.

En Derecho español, además de prestar alimentos al cónyuge necesitado, en caso de que la separación produzca un desequilibrio económico a uno de los cónyuges implicando un empeoramiento de su situación anterior al matrimonio, puede recibir una compensación a cargo del otro cónyuge de manera parecida al divorcio

En lo que se refiere al uso de la vivienda familiar, corresponde a los/as hijos/as y al cónyuge en cuya compañía quedan, supuesto que corresponde generalmente a la madre. De

[284] En Derecho marroquí al existir la institución de la poligamia, el marido puede contraer matrimonio con otra mujer durante este periodo de ʿʿ*idda* salvo si se encuentra casado con cuatro mujeres al mismo tiempo (que es el límite autorizado por la ley). Cabe mencionar que este derecho se encuentra actualmente condicionado (el CFM regula la poligamia en sus artículos 41 y ss.).

[285] El período legal de continencia ʿʿ*idda* comienza a partir de la fecha de disolución del matrimonio (art. 129 CFM).

[286] STS 10 de octubre de 2008 que afirma la subsistencia del deber de socorro y mutua ayuda entre cónyuges separados. Esta ayuda se basa en la prestación alimenticia del art. 142 y siguientes del CC.

manera similar pero limitada, la regulación marroquí permite a la esposa y a los/as hijos/as permanecer en el domicilio conyugal durante la *ʿʿidda*, pero puede que se traslade a otro similar o de su familia si la convivencia con el marido resulta insoportable. Sin embargo, si la mujer abandona el alojamiento sin el aviso del marido o sin motivo válido lo pierde, en este caso, solo seguirá recibiendo la pensión alimenticia. En consecuencia, si la esposa no es propietaria del domicilio familiar finalizado el plazo de la *ʿʿidda* tiene que abandonarlo[287].

Por otro lado, existe una diferencia importante entre ambas regulaciones relativa a la vocación sucesoria. La separación judicial priva al cónyuge de sus derechos legitimarios en la herencia de su consorte (art. 843 CC) mientras que en la regulación marroquí los esposos conservan este derecho, si uno de ellos falleció durante el periodo de la *ʿʿidda*, el otro cónyuge ostenta su parte en la herencia.

Por último, en la regulación española, el régimen económico matrimonial (art. 95.1 CC) desaparece por completo porque no hay matrimonio que lo sustente. En Derecho marroquí, la separación de bienes sigue vigente como régimen económico matrimonial legal y único entre cónyuges durante la *ʿʿidda*[288]. En caso de que los esposos han convenido, a la hora de contraer matrimonio o ulteriormente, en un contrato adicional sobre la manera de gestionar sus bienes adquiridos durante el matrimonio (art. 49 CFM) este acuerdo tendrá todos sus efectos.

4. ¿Son figuras equivalentes desde un punto de vista funcional?

El análisis efectuado sostenido sobre el método comparado (el método funcional y la equivalencia funcional) permite apreciar que el interés social y el rol desarrollado por la

[287] Bajo la regulación antigua, la mujer repudiada se encontraba obligada a abandonar la vivienda conyugal junto a sus hijos/as para trasladarse, cuando carecía de medios, al domicilio de sus padres. Cabe mencionar aquí una decisión destacable (sent. TPI de Kenitra, ord. nº. 146, de 19 de agosto de 1998) que otorgó a la esposa y sus hijos/as el derecho a permanecer en el domicilio conyugal tras el periodo de la ʿʿ*idda* considerando la norma mencionada como contraria a los principios de justicia y equidad. En el actual CFM, de igual modo la esposa repudiada está obligada tras el periodo de espera legal *ʿʿidda* de abandonar junto a sus hijo/as la vivienda conyugal si no es propietaria de este para trasladarse a una vivienda de alquiler, el padre es quien soporta los gastos derivados de su uso que forman parte de lo que incluye la pensión alimenticia salvo si este carece de medios.

[288] A diferencia del Derecho español que ofrece a los cónyuges de elegir entre distintos regímenes económicos, el CFM establece un único régimen patrimonial durante el matrimonio, que es la separación de bienes (art. 49) Este régimen implica la existencia de dos patrimonios distintos, uno propio al marido, otro a la mujer. El patrimonio propio de la mujer incluye, además de los bienes que le pertenecen con anterioridad al matrimonio, los adquiridos durante el matrimonio, también están los bienes integrantes de la dote, los aportados por ésta a título de ajuar y, la pensión alimenticia a cargo del marido. El régimen de separación de bienes implica la administración y la disposición por parte de cada uno de los cónyuges de sus bienes sin ningún control o intervención por parte del otro cónyuge.

ʿʿidda y la separación matrimonial conducen a determinar una equivalencia funcional entre ambas figuras. Estas últimas desarrollan la misma función, se trata de un mecanismo de reflexión que puede conducir a una eventual reconciliación. Junto a otras funciones correspondientes a cada ordenamiento (preservación de la filiación en Derecho marroquí y una opción de mantenimiento del vínculo matrimonial para los que creen en su indisolubilidad). En los dos supuestos (*ʿʿidda* o separación matrimonial) existe una crisis matrimonial a la que se pretende dar una solución satisfactoria que tome en consideración las necesidades e intereses de la pareja y sus hijos/as.

No obstante, si a nivel funcional son instituciones similares, resulta que conceptualmente son distintas. Así pues, a pesar de que en ambos supuestos nos encontramos ante un matrimonio válidamente constituido porque el vínculo no está totalmente disuelto, existen diferencias notables. Estas últimas se deben principalmente a la trascendencia religiosa de la figura de la *ʿʿidda* y su regulación dentro de los límites que marcan los preceptos religiosos. Esto es, las características que pueden afectar la equiparación de ambas figuras son esencialmente motivos más bien de orden moral que argumentos jurídicos.

Así pues, en Derecho marroquí, la disolución revocable deja subsistir todos los efectos legales del matrimonio a excepción de las relaciones conyugales (relaciones íntimas), mientras que en la regulación española algunos efectos desaparecen (el derecho a la herencia; el régimen económico matrimonial desaparece…etc.). Ello se debe a que en Derecho marroquí se trata de un matrimonio eficaz que sigue vigente durante este periodo. En el Derecho español es un estado distinto al matrimonio y al divorcio y, por ello sus efectos están en un estado intermedio entre ambas instituciones, aunque es más próximo al divorcio porque ambos tienen efectos comunes.

Asimismo, la existencia de diferencias que entrañan el orden moral como el deber de fidelidad que desaparece en la separación matrimonial, podría constituir un obstáculo para su equiparación al período de *ʿʿidda* durante la cual este deber es de obligada observación para ambos cónyuges. Además, su duración indefinida en el tiempo puede considerarse como incompatible con la definición y finalidad del matrimonio islámico que es la unión duradera y la continuidad (art. 4 CFM) sobre todo si tomamos en cuenta que en Derecho marroquí constituye una causa de divorcio el abandono por parte de uno de los esposos al otro más de un año (art. 104 CFM). Junto a la presunción de paternidad limitada a tres meses para la

''idda y trescientos días después de la sentencia de separación podrá constituir una dificultad para la equiparación de ambas figuras.

V. Aproximación comparada de la *nafaqa* y la pensión compensatoria

1. Definición, fundamento y naturaleza jurídica

En la legislación española todos los efectos que puede generar la ruptura del vínculo matrimonial en relación con ambos cónyuges se incluyen en una única figura llamada pensión compensatoria. La regulación marroquí se caracteriza por la existencia de distintos tipos de efectos generados por la disolución del matrimonio (*mahr*, *nafaqa*, *mut'a* e indemnización). Esta pluralidad se debe a la constante influencia del Derecho musulmán en lo que se refiere a la filosofía y a la esencia de estos efectos[289].

De otro lado, en el Derecho español, los efectos patrimoniales son independientes del fundamento que origina el divorcio mientras que en Derecho marroquí las consecuencias relativas a la mujer tras la disolución del matrimonio (o en su caso el hombre) son dependientes de la forma de la disolución y sus causas, así como de la situación de la mujer como madre.

Desde la base de un sistema jerarquizado que caracteriza la institución familiar en el cual el hombre ostenta la autoridad en el seno de la familia, sea como padre o sea como marido, aparece la figura de la *nafaqa* o manutención de la mujer como un deber del padre y luego del marido. La *nafaqa* como efecto de la disolución del matrimonio deriva del matrimonio (art. 187.1) y tiene su fundamento en el Corán (2-233), la *sunna* y el *iŷmā'*[290].

Asimismo, debido a la inexistencia de asociación patrimonial ni de cargas en el matrimonio islámico y a la preponderancia del hombre sobre la mujer, el marido soporta todas las cargas del matrimonio de las cuales forma parte la *nafaqa*[291]. Esta última, tiene su razón de ser en la división de los deberes y derechos entre cónyuges concretamente al rol que desarrolla la mujer dedicándose al hogar familiar, al cuidado de los/as hijos/as, al deber de

[289] Véase, M. LOUKILI, "La jurisprudence marocaine relative à l'application du Code de la Famille", en M-C. FOBLETS (dir.), *Le Code marocain de la famille en Europe: bilan comparé de dix ans d'application*, La Charte, 2016, p. 75.
[290] La *nafaqa* es distinta a la pensión alimenticia entre parientes que se basa sobre el estado de necesidad y los recursos del obligado (véase, Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit…,* T. 2, *op.cit.*, pp. 256 y 257.
[291] Véase, L. MILLIOT/F-P. BLANC, *Introduction à…, op. cit*., p. 326.

obediencia, esto es, la prestación alimenticia sigue vinculada a los roles tradicionalmente otorgados a cada cónyuge en el seno de la familia[292].

La tradicional función desarrollada por la *nafaqa* como obligación a cargo del marido a favor de la mujer sigue vigente en la actual regulación marroquí. Y, a pesar de su incompatibilidad con el contexto socio-económico actual de la sociedad marroquí su mantenimiento se explica por su origen coránico.

Sin embargo, en la actualidad, la figura de la *nafaqa* no cumple con su función primaria debido a las mutaciones socio-económicas que está experimentando la sociedad marroquí y que han repercutido sobre los roles de los cónyuges en el seno de la familia. Efectivamente, la presencia de la mujer en el mercado laboral es igual que la del hombre y, por ende, su participación en las cargas económicas y a la constitución de un patrimonio familiar común es una realidad de la sociedad marroquí.

Además, es una figura que se encuentra incompatible con los arts. 4 y 51 del CFM que invocan por una responsabilidad conjunta de ambos cónyuges, con derechos y deberes recíprocos en la gestión de los asuntos de la familia. Su mantenimiento consagra de manera implícita la tradicional idea del deber de obediencia de la mujer, su dependencia al marido, además de reforzar su derecho exclusivo de repudiarla como una contraprestación de la *nafaqa*[293].

Esta obligación de mantenimiento se repercuta en la disolución del matrimonio. Así, una vez el matrimonio disuelto, el marido debe pagar a la mujer una pensión alimenticia durante el periodo de la *ʿʿidda*. Esta última, se otorga a la mujer en todos los casos de disolución del matrimonio[294].

En Derecho español, como consecuencia única post-divorcio encontramos la pensión compensatoria que se introdujo con la Ley de 30/1981 (art. 90 CC) y fue modificada por la

[292] El deber de obediencia ha sido eliminado con la reforma de 2004.

[293] Los deberes de obediencia y dependencia de la esposa a su esposo tienen su justificación en el concepto de "*quiwāma*" que significa la capacidad que tiene el hombre de mantener económicamente a su mujer *(an-nisâ'*- IV, 34) y que está vinculada a una época y un contexto social bien determinados. Los jurisconsultos (de sexo masculino) lo han interpretado como la supremacía del hombre sobre la mujer. Ha de indicarse que parte de la doctrina considera, hoy en día, que la *nafaqa* es una manifestación de las desigualdades contenidas en el CFM, porque está a cargo de manera unilateral del hombre (véase, M. LOUKILI, "La jurisprudence marocaine…", *loc. cit*., p. 75).

[294] Los modos de disolución del matrimonio *ṭalāq, jul', tatliq* (el *ṭalāq tamlīk* no confiere a la mujer este derecho aunque tiene que observar el período de *ʿʿidda*). La prestación alimenticia se otorga a la mujer si el divorcio fuera revocable o siendo irrevocable estuviera embarazada, el derecho de alojamiento en todos los casos.

Ley 15/2005[295]. Desde entonces, se ha adaptado a los cambios de la realidad social española marcada por la igualdad en cuanto al papel desempeñado por cada cónyuge, la autonomía económica de cada uno de ellos, un matrimonio que admite y facilita la disolución del vínculo conyugal[296]. El principio de igualdad entre cónyuges que caracteriza el matrimonio y su disolución, hace que la prestación compensatoria se otorgue a cualquiera de los cónyuges.

La pensión compensatoria tiene como fundamento el desequilibrio económico generado por la ruptura del vínculo matrimonial. Para que un cónyuge se beneficie de la compensación deben cumplirse dos condiciones, la existencia de un desequilibrio económico que, en segundo lugar, generó una degradación en la situación económica (art. 97 del CC). En cuanto a su función se trata de indemnizar a uno de los cónyuges por la merma de ingresos que ha significado el desequilibrio económico para el mismo, pero solo en determinadas circunstancias configuradoras, esto es, en una relación causa efecto, de un daño objetivamente resarcible, irrecuperable por otros medios y perfectamente evaluable[297].

Por su parte, la *nafaqa* es una obligación a cargo del marido, no se basa en la situación de necesidad en la que pueda encontrarse la mujer tras el divorcio, sino que es un derecho que le corresponde, aunque disponga de recursos o patrimonio propio[298]. Tampoco depende de las causas que originan la disolución del matrimonio ni de la responsabilidad de uno u otro de los cónyuges y no se trata de una indemnización a favor de uno de los cónyuges por los perjuicios sufridos.

Si la *nafaqa* nace automáticamente del hecho de contraer matrimonio, mientras que la prestación compensatoria nace y está condicionada con la existencia de un desequilibrio económico que dio lugar a una degradación en la situación del cónyuge peticionario, ambas se

[295] La Ley 15/2005 ha sustituido el derecho a una pensión por el derecho a una compensación. Como explica C. LASARTE: "*con anterioridad a la reforma de 2005, se preveía una pensión en favor del cónyuge que, con posterioridad a la disolución del matrimonio, se encontrase necesitado de ella. Es diferente de esta porque solo podía solicitarla el cónyuge inocente y debería acreditar la necesidad de dicha pensión asumiendo así una naturaleza exclusivamente alimenticia, ausente en el CC actual*" (véase, *Principios de derecho civil,* 6. ed., T. 6, Derecho de familia, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 157).

[296] Véase, C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Comentarios del nuevo artículo 97 del Código civil*, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: Ley 15/2005, de 8 de julio,* V. GUILLARTE GUTIÉRREZ (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 185.

[297] Como subraya C. MARTÍNEZ ESCRIBANO: "*no pretende mantener el mismo nivel de vida que se disfrutó durante la vida conyugal ni puede pretender que exista una situación de igualdad económica entre los cónyuges sino a corregir ciertos desajustes de alcance económico que tienen su causa en la separación o el divorcio"* (*ibíd*., p. 199).

[298] Véase, Y. LINANT DE BELLEFONDS, *traité de droit musulman…,* T2, *op.cit*., p. 256.

generan a causa del divorcio (crisis matrimonial) y cumplen la función de otorgar a uno de los cónyuges una cantidad de dinero para cubrir ciertas necesidades pudiendo ser vitales o no.

Partiendo de la función desarrollada por la *nafaqa* y la pensión compensatoria (esta última junto a la función de compensar el desequilibrio económico generado por la ruptura del vínculo matrimonial) ambas figuras tienen como función permitir que tras el divorcio se facilite una cantidad de dinero al otro cónyuge con el objetivo de que haga frente a las necesidades vitales (alimentos, vestido, medicamentos…etc.).

Al mismo tiempo, ambas figuras se alejan del carácter estrictamente alimenticio debido a la inexistencia del estado de necesidad que caracteriza la pensión alimenticia que nace con la finalidad de proveer lo necesario para atender las necesidades vitales de una persona. Se puede decir que se trata de figuras de carácter híbrido, la *nafaqa* que cubre distintos elementos de distinta naturaleza y la pensión compensatoria como subraya A. QUIÑONES ESCAMEZ: "*está interpretada como compensatoria que alimenticia STS 17 de julio 2009, sin embargo, hay algo -híbrido- en su aplicación en la práctica. La idea de evitar dejar el cónyuge en una situación de precariedad total no es ausente, incluso cuando la prestación tiene carácter temporal*"[299].

En consecuencia, en ambas regulaciones, aunque la persona disponga de un patrimonio propio, ello no incide sobre su derecho a percibir la *nafaqa* o la prestación compensatoria. En el caso de la *nafaqa*, es un derecho personal que se otorga a la mujer sea cual sea su situación económica antes o después del divorcio (deterioro o incremento) y, en el segundo, se trata de compensar el desequilibrio económico tras el divorcio sea cual sea la situación económica del beneficiario al conectarse con su situación económica previa al divorcio. En ambas figuras, no se trata de equilibrar los patrimonios de ambos cónyuges o bien beneficiarse de las capacidades económicas del marido (*nafaqa*) o del otro cónyuge (pensión compensatoria).

En cuanto a la naturaleza jurídica de las dos figuras. Por un lado, la *nafaqa* es una obligación de carácter personal, es unilateral, a cargo del marido a excepción de la mujer, esto es, no es recíproca, el marido no tiene derecho a reclamar este tipo de pensión tras la disolución del matrimonio. Se trata de un derecho exclusivo de la mujer por ministerio de ley, mientras que la prestación compensatoria puede ser otorgada a cualquiera de los cónyuges.

[299] Véase, "La réception du Code…", *loc. cit*., p. 220.

Aquí se puede preguntar: ¿si la falta de reciprocidad pueda considerarse como una discriminación hacia el hombre?

A este respecto, mientras exista en la regulación marroquí supuestos en los cuales el hombre tiene también derecho a percibir una cantidad de dinero independientemente de su denominación (indemnización, contrapartida) basada en la disolución del matrimonio (*šiqāq - jul'*), se puede considerar que existe un cierto equilibrio entre los derechos debidos a cada cónyuge. Además, debe tenerse en cuenta que la existencia de una regulación propia de cada cónyuge implicaría la pluralidad y la especificidad de los derechos correspondientes a cada uno. Esta característica la diferencia de la prestación compensatoria que corresponde a uno de los cónyuges, que puede ser el hombre o la mujer. Esta bilateralidad es debida al carácter unitario del divorcio español y la igualdad efectiva (paridad) entre cónyuges en los deberes y derechos derivados del matrimonio.

La *nafaqa* tiene carácter imperativo, el juez debe invocarla de oficio. En algunos casos es renunciable bajo la supervisión del juez, lo que significa que la mujer puede desistir a este derecho en los casos de *ṭalāq jul'* o *ṭalāq bi-l ittifāq*. En estos supuestos, los cónyuges pueden llegar a un acuerdo que incluye el desistimiento por parte de uno u otro sobre algunos de sus derechos. Por su parte, la pensión compensatoria es de carácter dispositivo al depender de la libre disposición de los cónyuges que pueden solicitarla ya que no se invoca de oficio por el juez. Es renunciable, esto es, si la parte no hace valer este derecho, se considera que ha renunciado a la misma y no puede reclamarla ulteriormente[300]. Parece que esta diferencia entre ambas figuras de ningún modo podría afectar a su función en la medida que se trate de una exigencia formal que la parte interesada acompañada de su abogado deba observar.

Debido a la inexistencia de un divorcio culpable o por causa en la regulación española, la pensión compensatoria no tiene ningún aspecto indemnizatorio basado en la eventual culpabilidad de uno de los cónyuges[301]. También, presenta un carácter compensatorio distinto del derecho de alimentos porque al divorciarse cesa el deber de ayuda y socorro mutuo como motivo para que uno de los cónyuges siga respondiendo a las necesidades del otro[302]. Y, por

[300] Véase, F-J. FORCADA MIRANDA, "Novedades en la pensión compensatoria: la compensación por desequilibrio", *Novedades legislativas en materia matrimonial*, CGPJ, Madrid, 2008, pp. 105 y 106.
[301] Véase, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Separación y disolución…", *loc. cit.*, p. 186.
[302] Véase, C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Comentarios del nuevo…*, *op. cit.*, p. 191.

último, se concibe como un derecho personal de carácter indemnizatorio si se conecta con el perjuicio sufrido por uno de los cónyuges debido al desequilibrio económico[303].

Por último, el concepto de *nafaqa* es amplio porque cubre además de los alimentos otros elementos como el vestido, los cuidados médicos, el alojamiento (art. 84 CFM) y todo lo que habitualmente se considere indispensable según la costumbre (art. 196 CFM). Es preciso afirmar que resulta más adecuado traducir el concepto de *nafaqa* por "*obligación de mantenimiento"* en vez de "*pensión alimenticia*" porque refleja mejor su contenido.

En cuanto al contenido de la pensión compensatoria, la doctrina considera que *"su carácter esta discutido por comprender además el desequilibrio económico, también cubre las necesidades básicas vitales"*[304]. De igual modo, la jurisprudencia en alguna ocasión ha estimado que está destinada a "*cubrir no solamente las necesidades vitales, sino también y principalmente a restablecer o reparar el perjuicio económico derivado de la ruptura conyugal"*[305].

2. Evaluación, duración y modalidad de pago

Para determinar el importe de la *nafaqa* se toma en cuenta el patrimonio por referencia a la media de las rentas de la persona obligada a abonar la *nafaqa* (el marido) y de la situación del acreedor (la mujer), esto es, su patrimonio, salario, el coste de la vida y los usos y costumbres del lugar en el que vive la persona que tiene derecho a la manutención (art. 189 CFM). El juez se basará en las declaraciones y pruebas aportadas por ambas partes, también podrán acudir a los expertos para realizar el cálculo de los ingresos en orden a fijar la prestación de alimentos.

No obstante, en la práctica el tribunal se enfrenta en la mayoría de los casos a las dificultades de obtener las pruebas que le permiten averiguar las rentas del marido[306]. En este

[303] Véase, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Separación y disolución…", *loc. cit*, p. 186. También, B. MORENO QUESADA, "La disolución del matrimonio…", *loc. cit*., p. 10.
[304] Según F-J. FORCADA MIRANDA: "*no deja de sorprender en esta metería la gran variedad de criterios que recoge el art. 97, unos compensatorios, otros alimenticios y otros convencionales. Uno de ellos no debería poder fundar la decisión aisladamente, y que todos deben interpretarse en función de la realidad social del momento en que son aplicados"* (véase, "Novedades en la pensión…", *loc. cit*., p. 117).
[305] Sent. de 30 de mayo de 2003, nº. 316, AP de Zaragoza (*ídem)*.
[306] En la práctica, la *nafaqa* siempre ha planteado problemas no solamente para los jueces en lo que se refiere a su fijación y ejecución, sino también para los abogados y los justiciables en lo que es su cobro y revisión. Distintos factores participan en el disfuncionamiento de su mecanismo como la indigencia de los maridos o su mala fe, la denegación de su pago al invocar que la esposa trabaja y tiene recursos, la existencia de disfuncionamiento en las relaciones entre las Administraciones públicas de Justicia y Hacienda (véase, A. OUNNIR, "Les justiciables dans le circuit…", *loc. cit*., p. 99.

sentido, el TS marroquí ha llamado la atención en varias ocasiones sobre la obligatoriedad del tribunal de fondo en mostrar los criterios y las averiguaciones sobre los cuales se han basado en la determinación de la cuantía de la *nafaqa*[307].

En Derecho español los criterios sobre los cuales se determina la cuantía de la prestación compensatoria son los acuerdos a los que hubieran llegado los cónyuges; la edad y el estado de salud; la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; la dedicación pasada y futura a la familia; la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal[308].

A diferencia de la *nafaqa*, la autonomía de la voluntad de los cónyuges juega un papel en la medida en que los cónyuges pueden acordar la determinación de la modalidad de la pensión compensatoria, su cuantía o la renuncia a la misma.

La *nafaqa* debida a la mujer reviste un carácter temporal, tiene una duración de tres meses que corresponden al periodo de la *´´idda*, finalizado este periodo, la mujer divorciada dependerá de sí misma si ejerce una actividad profesional o dispone de medios de vida propios (un patrimonio propio, herencia o una dote significativa) o sino de su familia[309]. Esta vinculación de la *nafaqa* al periodo de la *´´idda* tiene su razón de ser en la subsistencia del matrimonio durante este periodo. Si el marido fallece antes que se termine el periodo de pago de la pensión alimenticia pasará a ser una deuda sobre la sucesión (un derecho preferente)[310].

Por su parte, la regulación española adoptó con la reforma 15/2005 el concepto "*compensación*" en lugar de "*pensión"*. La razón de ser de este cambio de concepto se debe a que *"la compensación tiene un carácter más limitado en el tiempo, pudiendo consistir en una prestación única con la finalidad de que los cónyuges queden definitivamente*

[307] Véase, H. ABOUD, "Annafaqa ala daw' mudawwanat alusra: dawabit attaqdir alqada'i wa usus alhimaya alqanuniya", *Revue du Droit marocain*, 2010, nº. 9-10, Dar alafaq almagribia, p. 137.

[308] Cabe mencionar que la pensión compensatoria se aproxima más a la *mut'a* en derecho marroquí en lo que se refiere a los criterios de su evaluación.

[309] Para Y. MERON: "*[…] problema creado por los países árabes que han desviado, sobre este punto, del buen camino y de Derecho musulmán y de Derecho francés, limitando la pensión alimenticia tras el repudio a un periodo de nueve meses o de un año"*. Así, por ejemplo, para el rito *hanafí*, que es una representación del Derecho musulmán en su estado más puro, este plazo puede prolongarse hasta la menopausia, incluso más allá de treinta años (véase, "L' accommodation de…", *loc. cit*., pp. 925, 933 y 937).

[310] En Derecho comparado de los países islámicos, el Derecho tunecino establece una pensión de duración indeterminada tras el divorcio, es 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, es una carga que se transmite a los herederos. Además el legislador tunecino ha establecido un fondo de garantía para el pago de las pensiones.

desvinculados"[311]. Al adoptar la temporalidad para la pensión el legislador dejó entender que dicha prestación no tiene que ser considerada necesariamente como una carga vitalicia para el cónyuge que ostenta mayores ingresos[312].

En la actualidad, la determinación de la duración de la prestación compensatoria depende de la modalidad de pago que se fija en el convenio regulador o en la resolución judicial. Puede constituirse en una pensión temporal, una pensión temporalmente indefinida o una prestación única[313]. Esta última modalidad de pago le aproxima a la *nafaqa* que tiene carácter temporal y se realiza en un pago único.

Asimismo, al igual que la *nafaqa,* la obligación de pago de la prestación compensatoria es transmisible *mortis causa* convirtiéndose en una obligación a cargo de los herederos del marido. Sin embargo, a diferencia de la *nafaqa* que tras el fallecimiento del deudor (el marido) se convierte en una deuda preferente (art. 1248 DOC) en la masa sucesoria, los herederos del deudor de la prestación compensatoria tienen el derecho de solicitar la reducción de la misma o incluso su supresión (art. 101 CC).

De igual modo, se extinguen por el cese de la causa que las originó. La *nafaqa* finaliza con la extinción del matrimonio (finalizados los tres meses de la *ʹʹidda* durante la cual el matrimonio sigue vigente o hasta que finalice el periodo de embarazo[314]) y, la prestación compensatoria se extingue por el cese de la causa que le dio lugar que puede ser el desequilibrio económico; por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.

Por último, en el Derecho marroquí, el tribunal determinará los medios para ejecutar la sentencia que fija la obligación de pago de la *nafaqa,* estos medios deben imputarse sobre los bienes de la persona obligada u ordenará su deducción de sus ingresos o de su salario (arts. 134 y 141 CPC). La *nafaqa* acordada a la mujer durante el período de *ʹʹidda* no es susceptible de ninguna demanda de revisión (aumento o disminución) ya que se trata de una cuantía que se otorga a la mujer de forma única. El impago voluntario de la *nafaqa* por parte del marido

[311] Véase, J-M. ILLAN FERNÁNDEZ, *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la ley de enjuiciamiento civil*, 5 ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 320

[312] También responde a la posición jurisprudencial de las Audiencias provinciales y del TS durante los últimos años del s. XX (véase, C. LASARTE, "De la pensión a la compensación: el triunfo de la temporalidad", *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas del Derecho de Familia, Ponencias y Comunicaciones, Madrid 27-29 junio 2005, IDADFE, UNED y El Derecho Editores, Madrid, 2006, pp. 170 y 171).

[313] Véase, C. LASARTE, Compendio…, *op. cit.*, p. 95.

[314] Cuando la mujer se divorcia siendo embarazada, el periodo de embarazo se incluye en lo que es la *ʹʹidda*.

está reprimido penalmente (art. 480 CPM). En el Derecho español, la resolución judicial determina las garantías para su efectividad y fija las bases para su actualización (art. 97 CC). Es susceptible de modificación por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge (art. 100 CC).

Ahora bien, se debe preguntar si en ambos ordenamientos las dos figuras satisfacen las necesidades de la esposa, si permiten a la mujer tras la ruptura del vínculo matrimonial la organización de su vida y su subsistencia material.

La realidad socio-económica marroquí tiene su repercusión directa sobre la cantidad de la *nafaqa* debida a la mujer tras el divorcio. Efectivamente, la práctica jurisprudencial demuestra que en la mayoría de los casos se otorgan cantidades irrisorias como concepto de *nafaqa* debido a dos factores. Primero, a la indigencia de los deudores y, por otro, la mala fe de los esposos[315]. Según A. OUNNIR, la figura de la *nafaqa* genera dificultades a nivel jurisprudencial que sea para su fijación, ejecución o bien su cobro[316].

No obstante, hay que tener en cuenta que la *nafaqa* no constituye el único derecho económico de la mujer tras el divorcio. La existencia del reparto de los bienes adquiridos durante el matrimonio (art. 49) otorga a la mujer la posibilidad de beneficiar de una parte de la economía familiar, la *mut'a,* la dote aplazada (art. 84) y la indemnización en caso de divorcio a causa de perjuicio (art. 101) o en caso de *šiqāq*. En cuanto a la pensión compensatoria, debido a que su cantidad dependerá del desequilibrio constatado y de los factores que entran en su evaluación, cuando tiene lugar debería cubrir las necesidades básicas, aunque temporalmente a excepción de los casos en los que se otorga de forma mensual, de larga duración y que su montante es elevado[317].

---

[315] Véase, A. OUNNIR, "Les justiciables dans le circuit…", *loc. cit.*, pp. 100 y 101. A este respecto, "*la realidad demuestra que cada juez dispone de un baremo y toma en consideración solamente los documentos entregados por parte de los cónyuges, sin verificar los justificantes del salario y asegurarse que el cónyuge está en situación de desempleo, aunque atesta dicha situación de desempleo. Otro problema relativo a la pensión alimenticia reside en las profesiones liberales que no pueden ser probados por la esposa*" (véase, Y. BEN HOUNET, M. CHEIKH, L. BENCHAHDA, N. RUPERT, "*Le droit de la famille au Maroc et son application au sein de la section des affaires familiales du tribunal de première instance de Rabat*, Centre Jacques Berque, Fondation Friedrich Ebert, 2017, p.58.

[316] Véase, "Les justiciables dans le circuit…", *loc. cit.*, p. 101.

[317] A diferencia de la *nafaqa*, la pensión compensatoria al no tener su causa o su fundamento en el matrimonio, como es el caso en Derecho marroquí, no siempre tiene lugar a la hora de divorciarse. Así pues cuando los cónyuges son jóvenes y la duración del matrimonio es corta no se otorga (véase, A. QUIÑONES ESCAMEZ, "La réception du Code…", *loc. cit.*, p. 174.

A modo de conclusión, se desprende que a pesar de las divergencias aparentes, ambas figuras presentan características similares y presentan un fondo común en cuanto a sus principales características, como son su carácter híbrido, la temporalidad o la forma de pago único y, en particular, la función desarrollada por ambas figuras favorece en gran medida una notable equivalencia entre ellas. De otro lado, tanto la jurisprudencia como la doctrina destacan el carácter híbrido de la pensión compensatoria que le aproxima a la *nafaqa*, ambas desarrollan una función similar que es facilitar tras finalizar la vida conyugal una cantidad de dinero al otro cónyuge con el objetivo de subvenir a sus necesidades vitales (alimentos, vestido, medicamentos, alojamiento…etc.), a excepción de los casos en los cuales el montante de la pensión compensatoria o de la *nafaqa* es elevado y permite incluir otros elementos.

Capítulo segundo:

Eficacia en España de las sentencias marroquíes de disolución del matrimonio

I. Introducción

El desarrollo de este capítulo se llevará a cabo basándose en las consideraciones y conclusiones obtenidas en el capítulo primero acerca de la equivalencia funcional. Esta última se aplicará como criterio para dar una nueva interpretación de la noción de orden público y las demás condiciones para el reconocimiento de las decisiones marroquíes en España. Dicha interpretación orientada tanto a la protección de los derechos humanos y fundamentales de las personas inmigrantes como a su efectividad y continuidad en el espacio. Un enfoque original que se encuentra en armonía con la actual función del entero sistema de DIPr.

En este capítulo se examina y analiza el trato reservado por los tribunales españoles al reconocimiento de las decisiones marroquíes de disolución del matrimonio. Por un lado, se determinan las instituciones que han podido, hasta el día de hoy, ser reconocidas a través del mecanismo del efecto atenuado del orden público para verificar si son susceptibles, en la actualidad, de obtener el reconocimiento aplicando la técnica de la equivalencia funcional. Por otro lado, se delimitan las instituciones que todavía presentan dificultades para su reconocimiento con el objetivo de verificar la naturaleza de dichas dificultades y, por ende, establecer las posibles soluciones y propuestas para su reconocimiento.

El análisis del reconocimiento de las decisiones marroquíes sobre ruptura del vínculo matrimonial en España plantea ciertas problemáticas. De manera muy particular, existen dos puntos que presentan mayor dificultad. En primer lugar, se plantea el reconocimiento del *ṭalāq* marital como figura calificada de "desconocida" que siempre ha presentado dificultades para su recepción en los ordenamientos europeos, y, en particular, el español. En este último, se procederá a verificar su posible eficacia, a día de hoy, teniendo en cuenta la actual regulación española, en concreto, la existencia del divorcio unilateral sin causa y el divorcio por mutuo acuerdo ante notario.

Y, en segundo término, la cuestión de la revocabilidad como modalidad del *ṭalāq y taṭlīq* que puede figurar en toda decisión marroquí de disolución del matrimonio susceptible de generar dudas sobre la estabilidad del estado civil de la persona interesada en homologar la decisión de su divorcio en España. Junto a ello, se analiza la recepción de las demás formas de disolución del matrimonio sobre las cuales se basa la decisión marroquí y, su conformidad con el orden público internacional español.

Todo ello se realiza apoyándose sobre la técnica de la equivalencia funcional y su pertinencia en permitir una nueva y flexible interpretación del orden público como límite al reconocimiento de las decisiones extranjeras. Sobre todo si se toma en cuenta la importancia otorgada por el legislador español al principio de equivalencia, en el ámbito del reconocimiento de las decisiones extranjeras. Por un lado, en el CHM que elimina cualquier control de ley aplicable o revisión de fondo (art. 26) y, por otro, en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (en adelante, LCJIMC)[318].

De otro lado, el análisis de estos temas parte del estudio de las decisiones judiciales, lo que permite conocer cuáles son los argumentos que se ofrecen para que tenga lugar el reconocimiento o, por el contario, la falta de reconocimiento de las decisiones marroquíes en España sobre en el ámbito de la disolución del matrimonio.

En concreto, este capítulo se articula sobre cuatro apartados: el marco normativo del reconocimiento en España de las decisiones marroquíes de disolución del matrimonio; el sistema de reconocimiento; el orden público y la equivalencia funcional; las demás condiciones exigidas para el reconocimiento y, los efectos económicos post-divorcio relativos a la mujer marroquí *(nafaqa)*.

II. Marco normativo

Existen tres fuentes en materia de reconocimiento de las decisiones extranjeras en el actual ordenamiento español: los reglamentos europeos, los convenios internacionales y la LCJIMC. Cabe indicar que las tres fuentes normativas se destacan por optar incluir el principio de equivalencia en sus disposiciones.

Para dar efecto en España a las decisiones marroquíes de disolución del matrimonio se solicita su homologación aplicando el sistema español de DIPr con el objetivo de verificar si reúnen las condiciones exigidas por dicho sistema. Como se aprecia en la jurisprudencia, el

[318] Título V de la LCJIMC, *BOE* nº. 182, de 31 de julio de 2015.

exequátur de la decisión marroquí es condición *sine qua non* para que pueda desplegar efectos en España, sin lo cual dicha decisión se considera como inexistente si se invoca por las partes de manera incidental dentro de un procedimiento ante un tribunal español, es lo que resulta de varias sentencias[319].

El régimen jurídico de reconocimiento y ejecución de sentencias y actos extranjeros en España se rige, en primer lugar, por las normas contenidas en la regulación europea en la materia, en segundo lugar, por los convenios internacionales suscritos por España. Y, por último, por el régimen que prevé la actual LCJIMC.

Esta última, como régimen autónomo de reconocimiento y ejecución de las decisiones en España, es aplicable en defecto del régimen institucional (los reglamentos europeos) o convencional (convenios internacionales multilaterales, bilaterales, internacionales o europeos) y, se encuentra inspirada en las normas sobre la materia dictada en la Unión Europea (en adelante, UE)[320].

Merece destacar una originalidad de la LCJIMC al incluir en sus disposiciones de forma constante, en particular el principio de «equivalencia». De la lectura de dicha ley se destacan diversas referencias al principio de equivalencia como pueden ser las siguientes formulaciones: «atribuciones análogas», «efectos equivalentes», «finalidad e intereses similares»…etc. Sin ninguna duda, ello muestra la voluntad del legislador de flexibilizar y facilitar al máximo el reconocimiento de las decisiones y documentos públicos extranjeros y,

[319] La AP de Barcelona, nº. 62/2013, en sentencia de 31de enero de 2013 afirma: *"en el presente caso, la sentencia del Tribunal de Casablanca de 15 de febrero de 2010 no consta que se haya reconocido por los Tribunales españoles, por lo que no se puede exigir su aplicación en España. Al respecto esta Sección en el Rollo 138/2012, resuelto recientemente, declaró: en sentencia de esta sala de fecha 17 de diciembre de 2009 se decía que: "la sentencia marroquí de divorcio no existe en España en tanto no sea objeto de exequátur […]. Una resolución inexistente no puede ser modificada"*. En el mismo sentido se pronuncian otras sentencias, localizadas en la base de datos CENDOJ: AP de Donostia-San Sebastián, de 20 de diciembre de 2019 (Roj: AAP SS 1451/2019 -ECLI: ES: APSS: 2019:1451ª); AP de Barcelona nº. 7758/2012, de 16 de noviembre de 2012 (Roj: AAP B 7758/2012- ECLI: ES: APB:2012:7758ª); AP de Cartagena, nº 295/2019, de 17 de diciembre de 2019 (Roj: SAP MU 2642/2019 -ECLI: ES:APMU:2019:2642ª); AP de Cartagena, nº. 137/2019, de 25 de junio de 2019 (Roj: AAP MU 392/2019 - ECLI: ES: APMU: 2019:392ª).

[320] El régimen autónomo también resulta operativo de manera residual en relación con las disposiciones contenidas en la legislación interna de carácter específico (art. 2 de la LCJIMC), tal es el caso en materia de jurisdicción voluntaria; Registro Civil; adopción internacional (véase, N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, "Reconocimiento y ejecución parcial de resoluciones judiciales extranjeras y orden público", *CDT*, marzo 2019, vol. 11, nº. 1, p. 836). Es importante mencionar el impacto significativo de esta Ley sobre la validez extraterritorial de las decisiones extranjeras, porque a pesar de la reglamentación europea en la materia, así como la multitud de instrumentos internacionales, muchos supuestos escapan a estas normas debido al significativo número de Estados que no tienen firmados convenios en la materia con España (véase, A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCO GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. 2, 17 ed., Comares, Granada, 2017, p. 789).

que su objetivo es lograr que las divergencias entre ordenamientos jurídicos no impidan el reconocimiento.

Para permitir que desplieguen efectos en España las decisiones judiciales extranjeras procedentes de Estados terceros que se ocupan de materias de Derecho privado, se acude a lo establecido en los instrumentos internacionales suscritos por España. Dichos instrumentos legales determinarán el marco jurídico de los efectos de dichas sentencias (arts. 96. 1 CE y 2 de la LCJIMC).

La Constitución española (arts. 96.1 y 95) decreta la prevalencia de las convenciones y su régimen autónomo. Estos convenios regulan los efectos en España de las sentencias extranjeras de separación y divorcio que serán operativos en los supuestos no cubiertos por el Reglamento 2201/2003, entre los cuales figura el Convenio Hispano-Marroquí de 30 de mayo de 1997.

Así pues, para homologar en España las decisiones marroquíes de disolución del matrimonio en particular y, en el ámbito del Derecho de familia en general, se acude a los dos convenios bilaterales que España y Marruecos han suscrito en 1997 con el objetivo de facilitar el reconocimiento de las decisiones judiciales entre ambos países[321]. Un Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, de carácter general, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997[322] y, el Convenio 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[323].

Así, en materia familiar el CHM constituye el instrumento básico para decidir sobre la eficacia de la decisión judicial marroquí en España[324]. Las decisiones marroquíes que reúnen las condiciones exigidas por el CHM desplegarán en España los efectos que les atribuye el

[321] Sobre la actividad convencional entre España y Marruecos véase, J-D TORREJÓN, "Las relaciones entre España y Marruecos según sus Tratados Internacionales", en J-A. DEL VALLE GÁLVEZ/EL R. HOUDAIGUI/M. ACOSTA SÁNCHEZ (coord.), *Las dimensiones internacionales del Estrecho de Gibraltar,* Dykinson, Madrid, 2006.

[322] Según el art. 22.1 del Convenio: *"son susceptibles de reconocimiento y ejecutoriedad las resoluciones judiciales dictadas en materia civil, mercantil y administrativa comprendidas las que concedan indemnizaciones por daños y perjuicios por responsabilidad civil a las víctimas de infracciones penales dictadas por órganos jurisdiccionales de alguno de los Estados contratantes".* Se exceptúan de su ámbito material las medidas cautelares, provisionales y las referidas a los alimentos.

[323] *BOE* nº. 150, de 24 de junio de 1997.

[324] Véase, M. CHECA MARTÍNEZ, "Reconocimiento de la poligamia y del repudio islámicos en perspectiva comparada: a propósito de la Mudawwana marroquí", en J. GAVIDIA SÁNCHEZ (coord.), *Inmigración, Familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 259.

Derecho marroquí siempre que dichos efectos sean conocidos por el Derecho español. Se trata de los efectos de cosa juzgada, constitutivo, registral y el efecto ejecutivo y, tendrán en España el mismo alcance que les otorga el Derecho marroquí, teniendo en cuenta el límite del orden público español[325].

En la práctica, existen supuestos en los cuales la decisión marroquí no está reconocida por contener una institución considerada como desconocida para el ordenamiento español, o bien su reconocimiento pueda tener lugar tras adaptar el contenido del pronunciamiento extranjero a las categorías propias del ordenamiento español[326]. Para dar respuesta a esta cuestión, este trabajo propone la equivalencia funcional como técnica que promueve y favorece dicho reconocimiento (véase *infra*).

III. Sistema de reconocimiento: procedimiento

De conformidad con lo establecido en el art. 25 del CHM, el procedimiento de exequátur seguido se regirá por la ley de cada país. En España, las normas de procedimiento de exequátur están recogidas en los arts. 52 a 55 LCJIMC[327]. Se trata de un procedimiento que permite la obtención de distintos pronunciamientos[328].

La competencia para reconocer las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio corresponde a los Juzgados de Primera Instancia (en adelante, JPI) [329].

---

[325] El efecto ejecutivo tiene lugar cuando se trata de decisiones susceptibles de ejecución (véase, R. RUEDA VALDIVIA, "Las decisiones de divorcio y separación matrimonial en el tráfico jurídico entre España y Marruecos", *La integración de los extranjeros…*, *op. cit.*, p. 747.

[326] Véase, R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales: nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Univ. de Santiago de Compostela, 2004, p. 428.

[327] El sistema español cuenta con un régimen común de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, aplicable en defecto de régimen institucional o convencional. Este régimen autónomo se recoge en los arts. 41 a 61 de la LCJIMC. De otro lado, hay que distinguir el procedimiento de exequátur de la acción de exequátur *"que se emplea para obtener la declaración de ejecutividad de una resolución extranjera. Se trata de una declaración declarativa que abre un proceso de cognición pero circunscrito, exclusivamente, a la cuestión de decidir si se autoriza o no una posterior ejecución de una resolución extranjera en España, esta acción de exequátur debe ejercitarse de manera necesaria y previa a la acción de ejecución material de la sentencia en España (523.2 LEC)"* (véase, A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional…*, vol. 1, *op. cit.*, p. 832).

[328] De los cuales, la declaración de reconocimiento por homologación o reconocimiento *erga omnes* de una resolución extranjera (42.1 LCJIMC); la declaración de ejecutividad o exequátur propiamente dicho (50.1 LCJIMC); la declaración de no reconocimiento de una resolución extranjera (art. 42.2 LCJIMC) (véase, A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCO GONZÁLEZ, *Derecho internacional…*, vol. 2, *op. cit.*, p. 832).

[329] Con la entrada en vigor del Convenio y la reforma del art. 955 de la LEC, la competencia para reconocer las decisiones se trasladó a los JPI por incompetencia del TS. Artículo Único, apartado once

Concretamente a los JPI del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera. Subsidiariamente, la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o por el lugar en el que la resolución deba producir sus efectos, siendo competente, en último caso, el JPI ante el cual se interponga la demanda de exequátur (art. 52 LCJIMC). La demanda de exequátur debe presentarse acompañada de los documentos pertinentes[330].

Una vez que el órgano jurisdiccional tenga los documentos necesarios para pronunciarse sobre la solicitud presentada, procede a la verificación del cumplimiento de las condiciones exigidas para el reconocimiento, y resolverá por auto en el plazo de diez días (art. 54. 7)[331]. Por último, el CHM no hace referencia a la posibilidad de interponer un recurso contra la decisión que concede o deniega el exequátur. Esta última se regula por la legislación interna que señala que contra el auto de exequátur solo cabe interponer recurso de apelación de conformidad con las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)[332].

IV. Orden público

1. Orden público y equivalencia funcional

Para que desplieguen efectos en España las decisiones marroquíes de disolución del matrimonio no deben contener disposiciones contrarias al orden público internacional español. Esta condición está expresamente prevista en el CHM (art. 23.4) y se verifica de oficio por la autoridad española competente[333]. Este requisito constituye la condición más

---

de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, *BOE*, 26-XII-2003. El objetivo era la descentralización y simplificación del exequátur.

[330] Se debe aportar: el original o copia auténtica de la resolución extranjera debidamente legalizados o apostillados (la falta de acreditación de la autenticidad de la resolución extranjera o el testimonio de la misma comporta la inadmisión de la demanda de reconocimiento/exequátur, por ej. CENDOJ, auto de la AP de Toledo, de 7 de marzo de 2018 (Roj: AAP TO 83/2018-ECLI: ES: APTO: 2018: 83ª); el documento que acredite si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documente equivalente; cualquier otro documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva en su caso de la resolución extranjera en el Estado de origen, pudiendo constar este extremo en la propia resolución o desprenderse así de la ley aplicada por el tribunal de origen. Según el CHM, se exige la aportación de una Certificación del Secretario que haga constar que la resolución no ha sido objeto de recurso ni de apelación y, por último, las traducciones pertinentes (art. 144 LEC).

[331] De manera parecida en Marruecos y tras la reciente reforma (Ley 61.19 completando el art. 430 del CPC) el plazo para que el Presidente del TPI se pronuncie sobre la demanda de exequátur es de 10 días (véase, Cap. III).

[332] Véase, J-C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional…*, *op. cit*., p. 245.

[333] El art. 23.4 del Convenio establece que: "*la resolución judicial tendrá la eficacia de cosa juzgada en el territorio de otro Estado contratante si, por un lado, no contiene disposiciones contrarias al*

conflictiva del CHM y, como subraya ARENAS GARCÍA es el: « […] *punto más delicado en la aplicación del régimen convencional. El orden público implica la introducción en el ámbito convencional de un elemento de Derecho autónomo, y su utilización exacerbada podría suponer la ineficacia del régimen convencional*»[334].

Efectivamente, el orden público en su concepción clásica permite al juez vencer la norma extranjera o denegar el reconocimiento de la decisión extranjera por su contrariedad con los principios y valores fundamentales del foro[335]. Según el Tribunal Supremo (en adelante, TS), el orden público internacional se entiende como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los Convenios Internacionales de derechos humanos[336].

Así pues, el orden público constituye una emanación directa de los principios constitucionales que definen los derechos de la persona[337]. Y, la excepción de orden público constituye un «*auténtico mecanismo de control de los derechos humanos y libertades fundamentales*»[338]. La influencia de estos últimos le hizo perder su carácter nacional a favor de un orden público europeo reflejado en la CEDH[339].

Ahora bien, la actuación del orden público en defensa de dichos derechos y valores no debe hacerse de manera anticipada y desde un primer momento, sino que es preciso consultar y valorar el contenido del Derecho extranjero para verificar su efectiva contrariedad con los

---

orden público del Estado en que se solicite la ejecución y, por otro, ni a los principios del derecho internacional que sean aplicables en el mismo".

[334] Véase, *Crisis matrimoniales internacionales: nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Univ. de Santiago de Compostela p. 414.

[335] Es importante señalar que la actuación del orden público difiere según si se trata de la aplicación de la ley extranjera por los tribunales del foro, esto es, para adquirir un derecho en el foro (resulta más rigorista) o bien se trata del reconocimiento de una situación creada en el extranjero según la normativa extranjera, esto es, en presencia de derechos adquiridos sin fraude de ley en el país de origen y dejar que produzcan efectos en el foro. Así pues, en este segundo caso, la intensidad o grado de actuación del orden público es restrictiva o atenuada. El hecho de que unos derechos subjetivos estén efectivos en el país de origen de la decisión extranjera y que esta última ha sido efectiva, justifica limitar la actuación del orden público con el fin de evitar la creación de situaciones claudicantes (véase, A. BUCHER, "La famille en droit…", *loc. cit.*, pp. 47 y 48; F. MONÉGER, "L'applicabilité du droit international privé de la famille", en P. KAHN (dir.), *L'étranger et le droit de la famille: pluralité ethnique, pluralisme juridique*, La documentation française, París, 2001, p. 29).

[336] VLEX, STS de 6 de febrero de 2014, n°. 835/2013.

[337] Véase, I. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, "La órbita de la autonomía de la voluntad en relación con el matrimonio", en M. GUZMÁN ZAPATER/C. ESPLUGUES MOTA (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 197.

[338] Véase, M DEL P DIAGO DIAGO, "Respeto a la identidad cultural, derecho a la vida privada y familiar: una aproximación al Derecho internacional privado", en N. FERNÁNDEZ SOLA/M. CALVO GARCÍA (coord.), *Inmigración y derecho*s, Mira Ed., Zaragoza, 2001, pp. 208 y 209.

[339] Véase, A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación la Caixa, Barcelona, 2000, p. 54. En particular el art. 5 del protocolo nº. 7 del CEDH que establece la igualdad entre hombre y mujer desde la formación hasta la disolución del matrimonio.

principios fundamentales del foro, de esta manera, el orden público actúa más bien como «*cláusula de salvaguardia*» con un alcance y una acción limitada que como «*excepción*», esto es, su «*aplicación inmediata*»[340].

De otro lado, la especialización en el DIPr permite reducir el rol del orden público en su dimensión negativa porque permite adoptar procedimientos de reglamentación distintos considerando las necesidades sociales y jurídicas de los particulares con el objetivo de lograr una solución justa de la relación jurídico-privada internacional[341]. En esta perspectiva, el orden público abandona su carácter general, abstracto y neutro en relación con las exigencias y necesidades específicas del caso concreto.

Todos estos presupuestos condicionan la actuación del orden público haciendo que la contrariedad de la decisión extranjera de disolución del matrimonio con el orden público se verifique según el caso concreto[342]. Esto es, teniendo en cuenta todas las circunstancias del supuesto en cuestión para ofrecer una respuesta conforme con los principios jurídicos y con ello proteger los derechos fundamentales de los particulares[343].

De conformidad con dicha concepción, la excepción de orden público puede intervenir cuando la decisión marroquí sea incompatible con algún derecho fundamental del ordenamiento jurídico español. Sin embargo, no es admisible denegar el reconocimiento por la única razón de que la causa del divorcio no figura en la regulación española[344]. Asimismo, la inexistencia de una institución jurídica o bien su regulación de distinta forma en el ordenamiento jurídico del foro no justifica la violación del orden público internacional español[345].

---

[340] Se trata de una excepción de orden público que impide la consulta del Derecho extranjero (véase, P. HAMMJE, "Droits fondamentaux…", *loc. cit.*, p. 1; G. ESTEBAN DE LA ROSA, "Disolución del matrimonio en el Código de familia de Marruecos (2004) y derechos fundamentales de la mujer marroquí en España", en P. LORENZO COPELLO/R. DURÁN MUÑOZ (coord.), *Diversidad cultural, Género y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 493 y ss.).

[341] La especialización en el Derecho en general y en el DIPr, en particular, permite su interpretación de forma alejada del dogmatismo, generalización, abstracción o conceptualización que son características de la concepción de F-C, SAVIGNY y autores posteriores (véase, J-D. GONZALEZ CAMPOS, "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé", *RCADI*, 2000, vol. 287, pp. 156, 160 y 192.

[342] Véase, A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Derecho e inmigración…*, *op. cit.*, p. 57.

[343] Véase, M-D ADAM MUÑOZ, "*¿Integración versus derecho a la identidad cultural*?", en S. SÁNCHEZ LORENZO (dir.), *La integración de los extranjeros: un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 144.

[344] Véase, J-C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional…*, *op. cit.*, p. 465.

[345] Véase, A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional…*, vol. 1, *op. cit.*, p. 533. En este sentido, cabe mencionar una decisión destacable que estima el mero hecho de que la regulación marroquí de disolución del matrimonio sea diferente no resulta necesariamente contraria

Así, el juez español deberá analizar si la resolución marroquí atenta contra uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español. Tradicionalmente, se ha hecho uso de la equivalencia de resultados para verificar la compatibilidad de una decisión marroquí de disolución del matrimonio con el orden público o bien del efecto atenuado del orden público para salvar la decisión extranjera[346] (véase *infra*).

Ahora bien, en el contexto de este trabajo, el DIPr actual, cumpliendo una función presidida por la promoción y la protección de los intereses de las personas y, por ende, sus derechos fundamentales, adopta una noción de equivalencia con carácter funcional que es propia al método comparado (véase Cap. I). Un enfoque que ofrece una nueva interpretación del orden público que supera su actuación tradicional que es sistemática e inmediata, para focalizarla sobre la realidad social contenida en la relación jurídica constituida y consolidada en el extranjero, las necesidades y derechos de los particulares con el objetivo de lograr su efectividad y continuidad en el espacio. Por tanto, la equivalencia funcional constituye un expediente que permite lograr soluciones más satisfactorias en el ámbito del reconocimiento de las decisiones extranjeras.

De hecho, en su labor, el juez español procede a la búsqueda de la función que el legislador marroquí quiso otorgar a la disolución del matrimonio en su normativa nacional y verificar si dicha función, sus finalidades son equivalentes a los de su propia regulación. La consecución de una equivalencia funcional suficiente que atañe a los elementos esenciales de dicha institución (como se verá *infra*), impide que el orden público actué de manera negativa.

---

al orden público constitucional, esto es, se trata más bien de una regulación distinta a la regulación contenida en el CC español. La decisión se refiere a los modos de *ṭalāq* y *tatliq* en el antiguo CEP. Sent. AP de Barcelona, de 6 de abril de 2000, (rec. de apelación nº. 1138/1999-R) (véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA/T. SAGHIR, "Reconocimiento de la igualdad entre hombre y mujer en la nueva Mudawwana marroquí y su repercusión en la regulación de la disolución del matrimonio en Derecho internacional privado (español)", en M-P. GARCÍA RUBIO/M DEL R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.), *El Levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 173).

[346] Para la equivalencia de resultados, se trata de verificar si el resultado del reconocimiento de ciertos efectos de la institución extranjera (porque no se trata de reconocer la institución en sí misma) vulneran los principios fundamentales del foro. En este supuesto, la misión del juez consiste, tras verificar los resultados derivados de los efectos del reconocimiento de la institución en cuestión, en rechazar aquellos resultados incompatibles con un principio fundamental del foro. Según A. QUIÑONES ESCAMEZ, se debe distinguir entre "*el resultado que choca contra el principio de igualdad en el seno de la familia y el resultado que choca contra la política legislativa nacional (modelo de familia)*", dicha diferencia o concepción permite traspasar lo que es un orden público que atiende más a los intereses de la política nacional en detrimento de las personas destinatarias de las normas y la protección de los derechos individuales (véase, *Derecho e inmigración…, op. cit*., pp. 54 y 59).

La equivalencia funcional constatada salvaguarda la continuidad en el espacio de la decisión marroquí protegiendo, tanto los valores y principios fundamentales del foro como los intereses socio-jurídicos y derechos fundamentales de los particulares. Su aplicación favorecería un amplio reconocimiento de las instituciones extranjeras *a priori* consideradas como contrarias al orden público.

Sin duda, la apreciación del juez español al realizar esta operación se encuentra caracterizada por un margen de arbitrariedad, aunque limitada por ciertas exigencias lógicas de carácter ineludible[347]. Cabe anotar que dicha apreciación sostenida sobre la técnica de la equivalencia funcional está condicionada en gran medida por un buen conocimiento y una adecuada asimilación de la regulación marroquí en la materia. Así pues, una valoración de lo solicitado en la decisión marroquí y una comparación de las instituciones en cuestión sostenida sobre la equivalencia funcional con las del foro es imprescindible para verificar si existe equivalencia funcional suficiente que permite limitar o, incluso paralizar la actuación del orden público internacional (como se verá *infra*).

No cabe duda que sea una operación delicada y requiere un grado de neutralidad, en particular en relación con su Derecho nacional pero también con el Derecho extranjero (marroquí). Hay que tener en cuenta que no se trata de buscar una equivalencia que no sea factible y tampoco de negar cualquier posibilidad de equivalencia. No obstante, desde la perspectiva del método funcional, el juicio de equivalencia como clave de este método, se basa sobre la función que desarrolla la norma jurídica, su finalidad y el interés social que cumple, estos criterios son realmente los que dan vida a dicha norma y, por tanto, deben ser contemplados para lograr resultados satisfactorios porque serán acordes con la realidad.

Partiendo de este enfoque, la equivalencia funcional permite soslayar la problemática de la aplicación por parte del juez extranjero de una ley distinta o institución desconocida para el foro. Ahora bien, en el tráfico externo entre España y Marruecos, en teoría esta cuestión no debe plantear problemas porque en el CHM no se exige un control conflictual o de ley aplicable y no cabe una revisión de fondo en el ámbito de exequátur[348]. También, es una disposición que se recoge en el art. 48 de la LCJIMC.

---

[347] Véase, C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2009, nº. 25, p. 15.

[348] Véase, A. QUIÑONES ESCAMEZ, "La disolución del matrimonio", en A. QUIÑONES ESCAMEZ/A. RODRÍGUEZ BENOT/ K. BERJAOUI/ M. TAGMANT, *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquí y compilación de legislación de Derecho privado marroquí*, vols. 1-2, FIIAAP, Madrid, 2009, p. 87. La doctrina considera que el sistema de revisión de la decisión extranjera genera

En efecto, el exequátur puede ser acordado, aunque el juez de origen no haya aplicado la ley del país destinatario de dicha decisión, ello se lograría a través del juego de la técnica de equivalencia funcional entre la institución extranjera y la del foro (como se verá *infra*). La existencia de instituciones que persiguen la misma finalidad, realicen funciones equivalentes y conducen a soluciones similares, es susceptible de condicionar la actuación del orden público en un sentido favorable al reconocimiento.

A nivel jurisprudencial, la cuestión de la ley aplicable en el contexto del procedimiento de exequátur fue aclarada en una sentencia reciente del TS que confirma la inconcurrencia de la revisión de dicha ley por parte del juez de exequátur[349]. El TS afirma que:

«*esta sala y el Tribunal Constitucional en su ámbito de competencias (cf. SSTC 132/91), indican que el procedimiento de exequátur tiene una naturaleza meramente homologadora en la medida en que con él se obtiene una resolución declarativa de la eficacia de la decisión extranjera en España, en principio con el alcance y contenido propio de los efectos que el ordenamiento de origen dispensa a dicha decisión. Dicha naturaleza homologadora impide, ante todo, el examen del fondo del asunto y permite las alegaciones y excepciones relativas a su propio objeto, esto es, la concurrencia de los presupuestos a los que en cada caso, y en función del régimen de reconocimiento aplicable, se sujeta la declaración de ejecutoriedad; quedando fuera de su ámbito, por tanto, aquellas alegaciones y excepciones que afectan a la ejecución de la sentencia o resolución ya reconocida, y que constituyen un obstáculo para que sus pronunciamientos se lleven a efecto […]*».

Sentado lo anterior, el juez español no puede recurrir a la cláusula de orden público internacional para rechazar el reconocimiento de una resolución marroquí de disolución del matrimonio por el mero hecho de que la autoridad marroquí aplicó la regulación marroquí como ley sustantiva distinta a la ley española. En este sentido afirma G. ESTEBAN DE LA ROSA: «*planteada la acción del orden público desde la óptica del reconocimiento de decisiones*

consecuencias negativas que se repercutan sobre las relaciones jurídico-privadas de las personas inmigrantes, en palabras de P. MEYER y V. HEUZE, dicha revisión: "*conduce a violar los derechos adquiridos, generaba incertidumbre y provocaba medidas de retorsión por parte de algunos países extranjeros*" (véase, *Droit international privé*, LGDJ, París, 2014, p. 268).

[349] CENDOJ, auto del TS, de 12 de septiembre de 2018.

extranjeras, no cabe analizar el contenido del Derecho marroquí, sino las concretas consecuencias que tiene la decisión en el ordenamiento español»[350].

2. Orden público y formas de disolución del matrimonio

A. Orden público y *ṭalāq* marital

a. Antecedentes

El primer contacto del ordenamiento jurídico español con los casos de *ṭalāq* se sitúa en la época del protectorado español en Marruecos que se caracterizaba por un respeto absoluto a la diferencia[351]. En efecto, se trata de una época donde el divorcio era contrario al orden público español[352]. El carácter confesional del Estado y el «*conservadurismo*» del modelo convirtieron a la indisolubilidad del matrimonio en un principio de orden público internacional[353].

Tras dicho periodo el *ṭalāq* marital tal como fue descrito por M. FADLALLAH: «*unilateral, discrecional, marital y extrajudicial*» se convirtió en una institución contraria al orden público internacional europeo y español[354]. Dicha contrariedad tiene su razón de ser principalmente en la violación del principio de igualdad entre cónyuges. Este último, en palabras de E. ZABALA ESCUDERO: «*elevado a principio fundamental por la normativa internacional de Derechos humanos y constitucional*»[355].

---

[350] Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Inmigración y derecho…*, *op. cit*., p. 367.

[351] Véase M del P. DIAGO DIAGO, "El Islam en Europa…", *loc. cit*., p. 9. Según la autora: *"durante este tiempo conviviesen, legalmente reconocidos, dos estatutos personales diferentes de españoles: el estatuto personal canónico y el estatuto personal coránico reservado a los saharauis que profesaban la religión islámica".* Según la autora (durante esta época empezaron a surgir los conflictos de leyes interpersonales que hoy se inscriben en los conflictos ocultos propios al DIPr actual (*ibíd*., p. 10). De otro lado, la doctrina francesa estima que la etapa de pleno reconocimiento de las instituciones islámicas se debe a la situación de la descolonización y la vergüenza de la dominación (véase, P. MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé: polygamie et répudiation*, Droz, Genève, 1972).Tras esta época de apertura, se produce en Europa "*una reacción ideológica frente a estas instituciones extranjeras caracterizada por el cierre de fronteras en Europa, por el repliegue y la preocupación por la propia identidad*" (véase, A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Derecho e inmigración…*, *op. cit*., pp. 183 y 184).

[352] A excepción del periodo de la II República durante el cual la disolubilidad del matrimonio a través del divorcio formaba un principio básico del orden público internacional español, la indisolubilidad matrimonial constituyo la norma básica del orden público (véase, C. ESPLUGUES MOTA, "Las crisis matrimoniales", en C. ESPLUGUES MOTA/J-L. IGLESIAS BUHIGUES/G. PALAO MORENO, *Derecho internacional privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 407).

[353] Véase, C. ESPLUGUES MOTA, *El divorcio internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 224.

[354] Véase, "Note Cass. Civ. 1ère, 3 novembre 1983", *RCDIP*, 1984, p. 325. De igual modo, A. MEZGHANI, "Quelle tolérance pour les répudiations? ", *RIDC*, 2006, vol. 58, nº. 1, p. 61.

[355] Véase, "Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al Islam", en A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam, Cuadernos de Derecho judicial*, 8-2002, CGPJ, Madrid, 2002, p. 229.

La figura del *ṭalāq* se ha introducido en el ordenamiento jurídico español en el marco del reconocimiento de las decisiones extranjeras. Las numerosas solicitudes se enfrentaban a la tradicional posición de rechazo al considerar que viola los principios fundamentales del foro[356].

La práctica jurisprudencial del TS en relación con el reconocimiento de la disolución del matrimonio mediante *ṭalāq* se ha caracterizado en sus principios por una percepción «*mecánica y abstracta*»[357]. Bajo esta posición, la denegación del exequátur se sostiene sobre distintos motivos. Junto a la vulneración de los derechos de defensa y el carácter privado de la autoridad que registra el *ṭalāq*, se invoca su carácter discriminatorio y unilateral[358].

No obstante, la exigencia de una paridad de ambos esposos en la disolución del matrimonio no resulta sin consecuencias negativas en la medida en que perjudica la parte débil (la mujer y los hijos/as) que precisamente se pretende proteger. En consecuencia, con el objetivo de evitar la denegación automática de toda eficacia en España a la resolución extranjera provocada por la rigidez y la aplicación formalista de la excepción de orden público, el juez español debe verificar la presencia de otros valores que podrían justificar el otorgamiento del exequátur a dicha decisión, aunque se desprende su contrariedad con un principio constitutivo del orden público en las relaciones internacionales[359].

En este sentido, la actuación del orden público se debilita porque abandona su carácter rígido a favor de la toma en consideración de las particularidades del caso concreto de conformidad a un principio de justicia material[360]. Este objetivo se logra a través del efecto atenuado del orden público internacional[361].

---

[356] Véase, P. JUÁREZ PÉREZ, "Hacia un derecho internacional privado intercultural", en A-L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES (dirs.), *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, p. 334.

[357] Véase, A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Derecho e inmigración…*, *op. cit.* p.165.

[358] La excepción de orden público actúa cada vez que un derecho humano basado en el principio de igualdad entre hombre y mujer esta vulnerado por la regulación extranjera (véase, C. STAATH, "La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico", *AEDIPr*, 2010, T. 10, p. 728). El principio de igualdad fue afirmado por el TC en 2002 de 14 de febrero 2002 al disponer: *"no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable para la preferencia por la normativa relacionada con el varón*"; ARANZADI WESTLAW, sent. AP Murcia de 12 mayo 2003, (SAP MU 1286/2003). CENDOJ, ATS de 23 de julio de 1998, nº. 1923/1995, en la cual se deniega el exequátur por su carácter privado y la inseguridad sobre su firmeza.

[359] Véase, A. RODRÍGUEZ BENOT, "Tráfico externo…", *loc. cit*., p. 59.

[360] Véase, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, "Estatuto personal y orden…", *loc. cit*., pp. 332 y 333.

[361] La aplicación del principio de efecto atenuado del orden público en vista de reconocer en el foro los efectos de una institución extranjera tiene lugar cuando dicha institución presenta fuertes lazos con el foro.

El efecto atenuado del orden público español frente al *ṭalāq* permite que tengan efectos en el foro algunos de los pronunciamientos de la decisión extranjera que no son incompatibles con los principios y valores del ordenamiento español[362]. Esta técnica permite, por un lado, evitar la creación de situaciones claudicantes al aportar cierta flexibilidad que resulta necesaria para el respeto de la diversidad cultural y de la garantía de la seguridad jurídica[363]. Y, por otro, realizar la tutela judicial efectiva de los derechos de los interesados[364].

Dicha flexibilidad opera principalmente cuando la mujer sea la demandante en el proceso de origen y quien solicita el exequátur. El TS considera que la posibilidad de que la mujer obtenga el divorcio de modo inmediato a través del exequátur se impone sobre la aplicación de una excepción de orden público que le obligaría a iniciar un proceso de divorcio en España para obtener, a fin de cuentas, el mismo resultado[365].

Así pues, existen situaciones en las cuales la actuación del orden público frente al *ṭalāq* se encuentra atenuada. En primer lugar, se trata del principio de autonomía de la voluntad, esto es, el *ṭalāq* podrá ser reconocido si la esposa consiente en el momento de la

[362] Véase, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección…*, *op. cit*., p. 198.

[363] Véase, P. LAGARDE, "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française", en *Mélanges en l'honneur de F. RIGAUD*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, T. 22, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 270.

[364] En consecuencia, para no vulnerar este derecho "*se debe dar entrada en el foro a instituciones que se enfrentan con los principios fundamentales del mismo, con el objeto de llegar a un consenso entre lo que el foro puede soportar de los efectos que lleva aparejados esta intolerable institución extranjera*" (véase, M-D. ADAM MUÑOZ, "¿Integración versus…", *loc. cit*., p. 145).

[365] Véase, J-M. URUBURU COLSA, "La disolución del matrimonio en el derecho marroquí y su aplicación por los tribunales españoles", en P. CANO ÁVILA/ J-M. URUBURU COLSA (coords.), *La realidad social y jurídica de los inmigrantes árabes en Andalucía*, Univ. de Sevilla, Sevilla, 2009, p. 112. ARANZADI WESTLAW, ATS de 27 de enero de 1998, (RJ 1998/2924). Asimismo podemos citar el ATS de 21 de abril de 1998, (RJ 1998/3563), reconociendo un repudio de la esposa española por parte del esposo egipcio, por acta notarial proveniente de Egipto, teniendo en cuenta "*el hecho de que es la esposa quien solicita ahora el exequátur unido al dato de que ha transcurrido con creces el periodo de tiempo al que la legislación de origen sujeta el ejercicio de la facultad de revocación por el marido […]. A la vista de semejantes circunstancias, no es posible elevar la barrera del orden público internacional […] mantener lo contrario significaría elevar el formalismo del principio igualitario por encima del resultado material que se produce en el caso concreto, convirtiendo en perjuicio lo que debería 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*".

repudiación o ulteriormente por ej. si quiere casarse de nuevo[366]. Es decir que la desigualdad inherente al *ṭalāq* marital se encuentra subsanada por la posterior aceptación de la mujer[367].

En segundo lugar, cuando las garantías financieras a favor de la mujer son suficientes[368]. Mediante este mecanismo fue posible reducir las exigencias del orden público en relación con la disolución del matrimonio por *ṭalāq*. Esta flexibilidad en vez de la rigidez en la actuación del orden público frente al *ṭalāq* marital ha permitido evitar situaciones jurídicas claudicantes y, con ello evitar la discontinuidad en el estado de las personas y la salvaguarda de sus derechos[369].

Ahora bien, si bien el efecto atenuado del orden público permite que tengan efectos en el foro algunos de los pronunciamientos de la decisión basada en el *ṭalāq* marital, resulta hoy

---

[366] Véase, M-C. FOBLETS/ J-Y CARLIER, *Le Code marocain…*, *op. cit.*, p. 62. Cuando la mujer es residente habitual en Francia, la decisión de *ṭalāq* queda sin efecto salvo si la mujer solicita el reconocimiento.

[367] Véase, S. SAROLEA/C. HENRICOT, "Droit international privé et droit de la famille", en S. FRANCQ, C. HENRICOT, S. SAROLEA, P. WAUTELET, *Actualités de droit international privé*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2009, p. 192. Esta solución fue adoptada por la Resolución de l'Institut de droit international (punto C2, de 25 de agosto 2005 referente a "*Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*"). Resolución IDI, Rapporteur P. LAGARDE, Consultado en http: //www.idi-iil.org/idif

[368] En Francia en la decisión *Rohbi*, la C. Cass. ha estimado que: "*[…] los dos esposos de nacionalidad marroquí se han casado en Marruecos de conformidad con su estatuto personal común a los dos, este último, si hace del repudio un modo de disolución del matrimonio supeditado a la discreción del marido, esta atenuado por las garantías pecuniarias garantizadas a la mujer […]".* Sin embargo, cuando los efectos pecuniarios son irrisorios, la doctrina ha propuesto recurrir al exequátur parcial para paliar la insuficiencia o la inexistencia de prestaciones económicas a favor de la esposa, esto es, solicitando el reconocimiento del principio de la disolución del matrimonio (véase, D. ALEXANDRE, "La protection de l'épouse contre la répudiation", en F. DEKEUWER-DÉFAUSSEZ, *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Actes des journées d'études des 3 et 4 décembre 1992, organisées par le LERADP de l'Univ. de Lille II, LGDJ, París, 1993, p. 142). Véase también, M-L. NIBOYET, "Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes", *RIDC*, 2006, vol. 58, nº. 1, p. 33.

[369] Véase, H. FULCHIRON, "Vers la fin de la prohibition de la répudiation musulmane", *JCP*, 2002, 2, 100095, p. 1141, donde el autor estima que: "*para los particulares, el rechazo de las normas extranjeras desiguales provoca la discontinuidad radical en el estado de las personas: divorciados en su país, los interesados serán considerados como aun casados en su país de residencia"*. En contra de esta posición algunos autores toman una postura que, a nuestro entender resulta demasiado rigorista, porque se basa en una perspectiva de lucha para una igualdad idéntica para ambos cónyuges (que debe efectuarse a nivel interno) ignorando la realidad vivida en todos sus aspectos de las personas involucradas generando así consecuencias nefastas sobre sus vidas. Concretamente dicha posición estima que la mujer debe obligatoriamente presentar una nueva demanda de divorcio ante el tribunal del país donde quiere hacer reconocer el *ṭalāq*, permitiendo de esta manera demostrar que, en abstracto, el modelo de *ṭalāq*, en principio, no es aceptable. Se considera que la dignidad de la mujer merece bien este rigor (véase, A. MEZGHANI, "Le juge français…", *loc. cit.*, p. 750). En el mismo sentido: S. BEN ACHOUR "L'ordre juridique tunisien face à la répudiation islamique", *Polygamie et répudiation dans les relations internationales*, AB Consulting, 2006, p. 43.

en día insuficiente. Ello porque la figura del *ṭalāq* marital queda en sí misma intolerable, un posicionamiento que, en la actualidad, resulta infundado.

En efecto, la apreciación *in concreto* del *ṭalāq* marital, sostenida sobre la técnica de la equivalencia funcional permite su reconocimiento en el foro al existir un relevante margen de equivalencia funcional entre la figura del *ṭalāq* y el divorcio unilateral propio de la regulación española. Así, como se ha demostrado (véase, Cap. I), en la actualidad ambas figuras cumplen la misma función que consiste en disolver el matrimonio de forma definitiva permitiendo recuperar la libertad matrimonial. También generan la modificación del estado civil de la persona; se realiza a través de un procedimiento judicial con carácter contradictorio (a excepción del divorcio ante notario); los derechos de defensa están garantizados; la existencia de garantías pecuniarias a favor de la mujer (y los hijos/as); presentan las mismas características, a saber la unilateralidad y la discrecionalidad. Entonces, atendiendo a dicha equivalencia funcional se puede lograr no solamente atenuar, sino paralizar la actuación del orden público frente al *ṭalāq* marital como se verá *infra*.

b. Equivalencia funcional y reconocimiento del *ṭalāq marital*

El *ṭalāq* marital como institución extranjera desarrolla la misma función social que el divorcio en las legislaciones europeas, esto es, permite a ambos cónyuges romper el vínculo matrimonial y recuperar la libertad matrimonial. Este resultado basado en la función permite clasificar el *ṭalāq* en la categoría de la disolución del matrimonio[370]. En efecto, la solución a la cual se llega mediante una decisión marroquí pronunciando un *ṭalāq* marital es la misma derivada de una decisión marroquí instada por la esposa de forma unilateral, o bien la decisión española dictando un divorcio unilateral.

En la actualidad, si se consideran las características del *ṭalāq* marital y del divorcio unilateral en España, conduce a afirmar que los tribunales españoles cuando tienen que pronunciarse sobre el reconocimiento de una decisión marroquí de un *ṭalāq* marital no deben denegar su reconocimiento sobre la base de que es una institución desconocida o extraña al sistema jurídico español. En efecto, precisa M-A. ORTIZ VIDAL «*el repudio es una institución sólo parcialmente desconocida en Derecho español, en el que cabe un divorcio por voluntad unilateral del cónyuge*»[371].

[370] Véase, R. EL HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, LGDJ, París, 2002, p. 67.
[371] Véase, "El repudio en el Código…", *loc. cit.*, p. 226.

Si bien respecto a esta afirmación se puede decir que el *ṭalāq* no es una figura desconocida ni parcialmente desconocida para el ordenamiento jurídico español en la medida en que existió durante el protectorado español sobre Marruecos y fue regulado por el sistema jurídico al incorporar el Derecho musulmán al ordenamiento jurídico español. Sobre la cuestión destaca M del P. DIAGO DIAGO: «*[…] figuras que hoy describimos e identificamos sin mayor reflexión, como ajenas a nuestra cultura occidental, tales como el repudio o la poligamia, fueron reconocidas en España y practicadas legalmente en suelo español. Es más, como ya se acaba de ver el Derecho musulmán formó parte del ordenamiento jurídico español*»[372].

Cabría añadir, especialmente, que la vigencia en la regulación española actual del divorcio unilateral y discrecional impide calificar el *ṭalāq* como una institución desconocida o extraña a la regulación española. En efecto, la unilateralidad y la discrecionalidad son características inherentes al divorcio existente en la regulación española y constituyen la novedad más relevante de la reforma española de divorcio de 2005. Asimismo, el carácter judicial, las garantías procesales y financieras están afirmadas hoy en día en este tipo de desunión. Aparte, se trata de un derecho al divorcio calificado por M. FARGE como «*une répudiation à l'occidentale*» vigente en la actualidad en las regulaciones europeas[373].

Si bien se considera que un *ṭalāq* corresponde, hoy en día, más bien a un divorcio unilateral propiamente dicho que a un repudio o *pudet* debido principalmente a las características similares que ambas figuras comportan y, en particular por la connotación peyorativa que subyace el término repudio o *pudet* que son distintos del concepto de *ṭalāq*. Sentado lo anterior, es preciso resaltar que sin el juego del efecto atenuado del orden público y la apreciación en el caso concreto de la existencia del consentimiento de la esposa, un *ṭalāq* marital, *per sí*, no es susceptible de reconocimiento en el foro.

A la vista de ello, se plantea la siguiente pregunta: ¿cuáles son los motivos que impiden en la actualidad dicho reconocimiento? En España como en el resto de los países europeos el *ṭalāq* sigue siendo la forma de disolución del matrimonio la más controvertida y discutible[374]. Son únicamente los divorcios abiertos de manera idéntica a los cónyuges, esto

[372] Véase, "El Islam en Europa…", *loc. cit.*, p. 9.
[373] Véase, "La gestation d'un droit…", *loc. cit.*, s/n°.
[374] Véase, M-C FOBLETS, "Le Code et les vies de familles en Europe", *Le Code marocain de la famille en Europe: Bilan comparé de dix ans d'application: promesses tenues ou espoirs déçus?*, La Charte, 2016, p. 29. La doctrina francesa destaca el carácter discriminatorio del *ṭalāq* marital para rechazar su reconocimiento. Afirma J. DÉPREZ que: "*la repudiación, además de presentar un carácter discrecional, es su carácter de desigualdad que choca, provocando la actuación del orden público*"

es, que respetan el principio de igualdad idéntica (paridad) entre cónyuges como principio fundamental los que pueden beneficiar sin problemas del reconocimiento.

El principio de igualdad constituye en los ordenamientos jurídicos laicos, en particular las sociedades del mundo occidental, un principio fundamental consolidado por los instrumentos internacionales y las constituciones nacionales[375]. Asimismo, el principio de igualdad junto con el de no discriminación forman las piedras angulares del derecho internacional y son los derechos humanos más ampliamente reconocidos[376].

Parte de la doctrina afirma que la contrariedad de una decisión marroquí de *ṭalāq* marital con el orden público matrimonial tiene fundamento en la base misma del orden público plasmado en los arts. 14 y 32 de la CE relativos a la igualdad jurídica entre hombre y mujer en el matrimonio. Estos artículos guían la normativa conflictual[377]. Además del art. 5 del Protocolo nº. 7 de la CEDH de 1950[378]. Así, la AP de Madrid de 20 de noviembre de 2012 considera que una decisión marroquí basada en el *ṭalāq* es «*un tipo de divorcio que tan solo puede ser interesado por el miembro masculino del matrimonio, lo que constituye una discriminación por razón de sexo inaceptable en nuestro derecho constitucional*»[379].

Se estima que la desigualdad entre esposos que caracteriza las formas de acceso al divorcio en la regulación marroquí entraña una discriminación material, esto es, como dice M. CHECA MARTÍNEZ: «*los derechos subjetivos y sus vías de protección no pueden ser diferentes en función del sexo del demandante*»[380]. Concretamente, lo que choca con el orden público es el hecho de considerar que la mujer no dispone de un derecho equivalente al del hombre en materia de disolución del matrimonio, ello origina la desigualdad en esta materia.

(véase, "Droit international privé et conflits de civilisations-aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel", *RCADI*, 1988, T. 211, (4), p. 180). Considera P. COURBE que el repudio unilateral por parte del marido es contrario al principio de igualdad entre esposos y no puede ser reconocido cuando la esposa repudiada está domiciliada en Francia (véase, "Le rejet des répudiations musulmanes", *Dalloz*, París, 2004, p. 815). Distintas decisiones se pronuncian en este sentido: 17 febrero 2004; 4 de noviembre 2009.

[375] Véase, H. GAUDMET TALLON, "*La désunion du couple en droit international privé*", *RCADI*, 1991, T. 226, (1). p. 39.

[376] Véase, D. ESTRADA TANCK, "El principio de igualdad ante la ley en el derecho internacional", *CDT*, Marzo 2019, vol. 11, nº. 1, p. 322.

[377] Véase, E. ZABALA ESCUDERO, "Los efectos del matrimonio…", *loc. cit*., p. 227.

[378] El art. 5 dispone que: "*los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de responsabilidades civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de su disolución. Este artículo no impedirá a los Estados tomar las medidas necesarias en beneficio de los hijos*".

[379] CENDOJ, sent. nº. 1246/2012, (JUR 2013/9518). Asimismo, en relación con su carácter revocable la AP considera: "*que afecta igualmente a la necesaria seguridad jurídica que requiere un cambio de estado civil".*

[380] Véase, "Reconocimiento de la poligamia…", *loc. cit*., p. 281.

Esta posición fue adoptada por la SAP de la Rioja, de 7 de abril de 2014 al estimar que:

«*si la Ley material extranjera contempla causas de divorcio distintas y más amplias para uno de los cónyuges, por razón de su sexo, se produce una discriminación en el acceso al divorcio*»[381]. Se considera que mientras el marido beneficia de un modo que le permite disolver el matrimonio sin tener que invocar causas (*ṭalāq* marital), la mujer solo beneficia de tal posibilidad en los modos que necesitan el consentimiento del marido (*jul'- al tamlīk*). En consecuencia, no se toma en consideración que la mujer dispone del *šiqāq* como forma discrecional y unilateral de disolución del matrimonio.

Frente a esta tendencia, otros consideran que la exigencia de una paridad entre cónyuges en la disolución del matrimonio tendrá como consecuencias el fracaso de todos los esfuerzos de coordinación entre ordenamientos jurídicos y que la cuestión de los conflictos de leyes se convierta en un conflicto de civilizaciones. Denegar el reconocimiento a las normas extranjeras porque no son igualitarias conduce a una discontinuidad radical en el estado de los interesados, lo que es incompatible con objetivo del DIPr[382]. Con lo cual, la apertura a estos ordenamientos permite cierta continuidad y estabilidad del estado civil de las personas y sus relaciones jurídicas, esto es, su estabilidad y no perennidad[383].

En el mismo orden de ideas, se estima que la apreciación del principio de igualdad propio al art. 5 del Protocolo nº. 7, que es una concepción muy europea del principio de los derechos del Hombre, no debe concebirse de manera abstracta sino *in concreto*[384]. Es susceptible de algunas restricciones justificadas por las exigencias de la coordinación entre sistemas[385]. Si es verdad que la CEDH aboga por la igualdad de los cónyuges y la libertad

[381] CENDOJ, sent. nº. 108/2014, (JUR 2014/136298).
[382] Véase, H. FULCHIRON, "Ne répudiez point... ", *loc. cit*., p. 19.
[383] Véase, A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 30.
[384] Véase, P. HAMMJE, "Droits fondamentaux…", *loc. cit*., p. 23.
[385] Véase, M-L. NIBOYET, "Regard français sur la…", *loc. cit*., pp. 30 y 31. Asimismo, se considera que: "los derechos del hombre afirmados por el CEDH son la expresión de una cultura regional y, no tienen vocación de constituir sistemáticamente obstáculo a todo reconocimiento adquirido bajo el imperio de una ley o de una decisión procedente de una cultura profundamente diferente" (véase, G. CANIVET, "La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français", *RIDC*, janvier-mars 2003, vol. 55, nº. 1, pp. 20 y 21). En contra de esta opinión, L. GANNAGÉ estima que: "*el principio de igualdad de los esposos no es exclusivo al Convenio europeo de derechos humanos. Consagrado por el artículo 16 de la Declaración universal de derechos del hombre de 1979 relativa a la eliminación de todas las formas de discriminación hacia las mujeres*" (véase, "Le relativisme des droits…", *loc. cit*., p. 111).

matrimonial, no hay que olvidar que también aboga en su art. 12 por el "*derecho a contraer nuevo matrimonio*"[386].

De hecho, mantener a los cónyuges divorciados en una situación claudicante que les impide contraer nuevo matrimonio constituye, desde luego, una restricción a dicho derecho fundamental y, se encuentra incompatible con el espíritu mismo de la CEDH. Por lo tanto, en este supuesto, el orden público al cumplir una función presidida por la protección de los derechos fundamentales, su acción debe ser orientada hacia la preservación de las expectativas personales y las necesidades sociales de las personas interesadas.

Esto es, su derecho de divorciarse y poder casarse de nuevo debe prevalecer sobre la exigencia de una paridad e igualdad teórica que resulta divorciada tanto de la realidad personal y social de la situación privada internacional como de la regulación marroquí en la actualidad. Esta actuación favorable del orden público está supeditada a un juicio de equivalencia funcional por parte del juez de exequátur.

La doctrina considera que la regulación marroquí no viola el derecho de igualdad de acceso de los cónyuges al divorcio por razón de género, en la medida en que ambos cónyuges pueden de mutuo acuerdo o de forma unilateral poner fin a su matrimonio a través de la institución del *ṭalāq* bajo control judicial. Asimismo, tienen a su disposición el divorcio por desavenencias a petición de ambos o de uno de ellos y el divorcio por otras causas a petición de la esposa[387].

La diversidad de formas propias de cada cónyuge y otras comunes a ambos para solicitar la ruptura del vínculo matrimonial no genera una discriminación por razón de género en el acceso al divorcio puesto que tanto la mujer como el hombre tienen la facultad de solicitar el divorcio ante un tribunal competente[388]. En opinión de G. ESTEBAN DE LA ROSA, lo que se debe verificar es el hecho de que el procedimiento abierto a la mujer no contiene condiciones o exigencias más gravosas que aquel abierto al hombre.

---

[386] "*le droit au remariage*".

[387] Sobre esta posición, la doctrina está dividida. Así, para M-L. NIBOYET pertenece "*al juez francés hacer prevalecer los principios esenciales de laicidad, igualdad de sexos […], a fin de garantizar a todas las mujeres residentes sobre el territorio francés el respeto de las libertades fundamentales"* (véase, "L'avenir du nouveau revirement…", *loc. cit*., p. 28). En contra, véase, H. FULCHIRON, "Non-reconnaissance d'un jugement de divorce assimilable à une répudiation unilatérale", *JCP*, 1 septiembre 2004, nº. 36, p. 1486.

[388] Véase, M-D. ORTIZ VIDAL, "El repudio en…", *loc. cit*., p. 236; C. CARRILLO LERMA, "Divorcio en España entre cónyuges marroquíes: la sentencia de la audiencia provincial de Barcelona de 30 de diciembre 2014", *CDT*, octubre 2015, vol. 7, nº. 2, p. 417.

En la actualidad, dicha eventualidad se encuentra descartada con la existencia del divorcio *šiqāq*[389]. Este último considerado por la doctrina como un derecho equivalente al del marido (*ṭalāq* marital) por ser unilateral, discrecional y tiene igual acceso a ambos cónyuges según un mismo procedimiento[390]. También tiene a su disposición el mutuo acuerdo y el jul', este último constituye, en la actualidad, un equivalente funcional al *ṭalāq* marital y al *ṭalāq* unilateral en la regulación española (véase Cap. I).

Por otro lado, la salvaguarda del principio de igualdad como derecho fundamental se hace atendiendo a la existencia de otros derechos y principios. En primer extremo, el derecho a la identidad cultural[391]. En esta perspectiva, el objetivo es conciliar el respeto de los derechos del otro y los derechos fundamentales del foro[392]. Se trata de alcanzar un equilibrio entre el respeto a la identidad cultural del individuo y la defensa de ciertos valores esenciales de convivencia de la sociedad de acogida que, consagrados constitucionalmente conforman el orden público de dicha sociedad[393].

Son «*normas materiales imperativas aplicables al tráfico externo*», su interés para la sociedad es tan relevante que no pueden entrar en concurrencia con las normas extranjeras y, su aplicación que suele ser inmediata, se explica por su finalidad y el elemento de organización estatal que reflejan. Para su aplicación inmediata a una relación de tráfico externo tienen como fundamento el orden público[394].

---

[389] Véase, "Reconocimiento de la igualdad…", *loc. cit*., p. 176.

[390] La judicialización del *ṭalāq* marital además de la existencia del divorcio *šiqāq* impone al juez una apreciación *in concreto* del control del orden público que es "*más respetuosa de los cánones de este mecanismo y de la permanencia del estatuto personal"* (véase, Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL/P. DE VAREILLES SOMMIÈRES, Droit international privé, 10 éd., Dalloz, París, 2013, p. 490). En el mismo sentido véase, K. ZAHER, "Quel accueil en France pour les divorces prononcés au Maghreb?", *Mayallat Rihab al haquim*, abril 2010, nº. 5, p. 13. En contra de esta opinión véase, M-C. NAJM KOBEH, "La Cour de Cassation française…", *loc. cit*., pp. 800 y 801.

[391] Atendiendo al art. 27 del Pacto Internacional en relación a grupos de personas o minorías étnicas religiosas o lingüísticas, que se refleja en el CEDH en el respeto a la vida privada y familiar (art. 8) (véase, E. ZABALO ESCUDERO, "Efectos del matrimonio y sociedad multicultural", en A-L. CALVO CARAVACA/A. IRIARTE (coord.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, p. 12). Junto a la CDF que en su art. 7 aboga por el respecto de la vida privada y familiar. Y, en su art. 22 afirma que la UE respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

[392] Véase, P. KRUINIGER, "Repudiated, by Husband and Europe? A Critical Re-assessment of the Policies of Recognition of Islamic Repudiations in Western Legal Systems", en M-C. FOBLETS/N. YASSARI (ed.) *Approches juridiques de la diversité culturelle. Legal Approaches to Cultural Diversity*, Académie de Droit International de La Haye, 2013, p. 519.

[393] Véase, A. RODRÍGUEZ BENOT, "Tráfico externo…", *loc. cit*., p. 48.

[394] Véase, J-D. GONZÁLEZ CAMPOS/J-C FERNÁNDEZ ROZAS, "Orden público como correctivo funcional: artículo 12, apartado 3 del Código Civil", en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (eds.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 1995, T. 1, vol. 2, Jaén, Edersa, pp. 912 y 913.

Cabe señalar que la continuidad en el espacio de la relación jurídico-privada de la persona impone el respecto de su identidad cultural (cada vez que las condiciones del caso concreto lo permiten). Actualmente, en Europa, el "principio de continuidad" es cada vez más relevante en el ámbito del reconocimiento de las decisiones extranjeras y, su jurisprudencia (CJUE) se fundamenta, en materia de estatuto personal, sobre "el derecho a la identidad"[395].

Se estima que esta misma aproximación, esto es, la exigencia de proteger al máximo los derechos fundamentales de las personas y, con ello su estatuto familiar más allá de las fronteras en el espacio europeo, deba ser considerada de igual modo cuando se trata de una decisión de divorcio procedente de un tercer país porque la finalidad es la misma: proteger los derechos fundamentales y humanos de la persona humana, en concreto, su dignidad se supedita a encontrarse con un único estatuto personal.

En segundo término, es preciso relacionarlo con el principio de libertad. Esto es, la libertad de la mujer marroquí para disolver su matrimonio es efectiva y real. Tiene acceso al divorcio, la misma facultad que el hombre de presentar una demanda ante el tribunal competente y, con ello la libertad de expresar su voluntad de desunirse y obtener necesariamente el divorcio sin condiciones gravosas.

La vigencia del *ṭalāq* marital en la regulación marroquí, no debe justificar la actuación del orden público internacional basado en una igualdad absoluta entre cónyuges. Y, la pluralidad de las formas de disolución del matrimonio en Derecho marroquí refleja una concepción diferente de la disolución del matrimonio propia a los países islámicos[396].

Esta diferencia debe ser respetada siempre y cuando no conduce a una discriminación aparente de los derechos fundamentales de la mujer. En efecto, como apunta H. GAUDEMET-TALLON: «*hay que recibir las diferencias respetando al mismo tiempo ciertas exigencias esenciales*»[397]. Esto es, en la medida en que las precauciones están tomadas (un procedimiento judicial, las garantías procesales y los derechos económicos de la mujer garantizados) de manera que el llamado «*núcleo duro*» de los derechos fundamentales está salvado, sin olvidar

[395] Véase, A. BUCHER, "De la reconnaissance mutuelle au droit à l'identité", *GEDIP*, Réunion de Padoue, 18-20 septembre 2009, p. 16 y ss., consultado en http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pdf/gedip_-_reconnaissance_mutuelle_-_2009.pdf
[396] Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, "Disolución del matrimonio…", *loc. cit.*, p. 509.
[397] Véase, "*La désunion du couple…*", p. 275.

la relevante equivalencia existente entre el *ṭalāq* marital y el divorcio unilateral, la actuación del orden público debe ser paralizada frente a esta figura[398].

Por tanto, mientras que la situación para reconocer ha sido adquirida en el extranjero sin fraude de ley y, que el hombre o la mujer han podido beneficiar de sus derechos procedimentales, defender sus derechos personales y pecuniarios, el orden público debe actuar con precaución[399]. Esta manera de proceder favorecería la continuidad en el espacio de las situaciones familiares que cumplen las exigencias mínimas, esenciales e intangibles del orden público del foro. Dicha continuidad que, es función primordial del DIPr, se logra mediante la aplicación de la técnica de la equivalencia funcional por el juez de exequátur.

Exigir una identidad de formas de disolución del matrimonio frente a un derecho a la diferencia no parece ser la solución adecuada para favorecer una interacción e interoperabilidad positiva entre ordenamientos jurídicos[400]. Dicho objetivo se verá alterado por la imposición sistemática de los valores europeos al otro, como es el principio europeo de igualdad[401].

En este sentido, apunta J. DÉPREZ lograr que los musulmanes residentes en Francia adopten una concepción igualitaria de la relación matrimonial no se logra con la vía del DIPr sino mediante la integración del extranjero en el país de recepción[402]. Una integración que se hace posible, entre otros, a través del reconocimiento de sus especificidades culturales siempre que no violan de manera radical los valores del foro.

El principio de igualdad (art. 14 CE) como derecho fundamental en el ámbito del DIPr, si permite la tutela del contenido esencial de las reglas imperativas, también debe ser entendido en su otro sentido de «*la igual valoración jurídica de las diferencias*», lo que significa que el alcance de las normas imperativas se reduce a través de la inclusión en el

[398] La doctrina estima que la actuación de la excepción del orden público debe reducirse a este "núcleo duro" (véase, P. HAMMJE, "Droits fondamentaux…", *loc. cit*., p. 19).
[399] Véase, H. FULCHIRON, "Ne répudiez point…", *loc. cit*., p. 23.
[400] Aquí surge el debate sobre dos concepciones. De un lado, la idea de que el absolutismo y la universalidad de los derechos fundamentales va en contra de la diversidad y la armonización entre los sistemas jurídicos y en contra la preservación de la identidad cultural de las personas. Y, por otro, que el relativismo de los derechos del Hombre destacando el derecho a la diferencia favorece la vigencia de manera duradera de las desigualdades en el ámbito del Derecho de familia. Asimismo, que refuerza las distancias entre ordenamientos jurídicos.
[401] Véase, F. NIBOYET, *L'ordre public…*, *op. cit*., p. 52.
[402] Véase, "Statut personnel et pratiques…", *loc. cit.*, p. 71.

contenido esencial del derecho fundamental de la igualdad como esta entendido en el foro las particularidades y especificidades culturales propias al Derecho extranjero[403].

La invocación de una igualdad idéntica conllevaría la eliminación de ciertos principios de Derecho musulmán, en consecuencia, «*una matizada aproximación cultural de la igualdad debe ser adoptada*» debido a los obstáculos sociológicos, políticos, ideológicos y sobre todo a la complejidad del sistema marroquí de disolución del matrimonio[404]. Por tanto, cuando el juez español conozca un concreto caso de reconocimiento de un *ṭalāq* marital debe tener en cuenta:

Primero, que se trata de un modo de disolución del matrimonio equivalente desde un punto de vista funcional a lo que es el divorcio unilateral en la regulación española. La aplicación del método funcional y el principio de equivalencia demuestran que son similares por su función y conllevan las mismas características esenciales. Así pues, en ambas figuras, no se trata de un divorcio privado y arbitrario sino de un divorcio judicial donde intervienen el juez y el legislador; los derechos de defensa y los derechos económicos están controlados y garantizados judicialmente; son divorcios unilaterales y discrecionales; ambas instituciones tienen efectos análogos, esto es, poner fin al vínculo matrimonial. Todo ello debería paralizar la actuación del orden público.

Esta posición es la que se desprende de la sentencia de la AP de Barcelona de 10 de septiembre de 2019 cuando equivale el divorcio solicitado por el marido marroquí sin alegación de causa al *ṭalāq* vigente en el CFM (en aplicación del Derecho marroquí)[405]. La misma posición debe tener lugar cuando se trate de reconocer una decisión marroquí basada en el *ṭalāq* sobre todo si se proceda partiendo de un enfoque sostenido sobre la equivalencia

[403] Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), *La nueva Mudawwana…, op. cit*., p. 275.
[404] Véase, P. KRUINIGER, "Repudiated, by Husband...", *loc. cit.*, p. 519.
[405] Así pues, en aplicación de la normativa marroquí a una pareja marroquí residente en España el TPI se pronuncia: "*a diferencia de las medidas relativas a los hijos, nacidos y domiciliados en Catalunya en que debe aplicarse la legislación de su lugar de residencia, respecto de las consecuencias económicas del matrimonio de los litigantes y de su divorcio, la norma de aplicación no es el Código Civil de Catalunya, sino la Moudawana (Código de Familia de Marruecos conforme a la ley islámica), dado que ambos eran nacionales marroquíes cuando contrajeron matrimonio islámico en Nador, según consta en el acta matrimonial aportada al proceso, todo ello de conformidad con las normas de derecho internacional privado establecidas en el art. 9.2 del Código Civil español y sobre lo que ya se ha pronunciado esta Sala en otras ocasiones (entre otras, sentencia de 9 de febrero de 2012). Los derechos de la esposa dependen del tipo de divorcio y en el presente caso nos hallamos ante el divorcio solicitado por el marido sin alegación de causa, que equivale al repudio o ṭalāq"*. (el subrayado es nuestro). CENDOJ, sent. AP de Barcelona, nº. 544/2019, de 10 de septiembre de 2019, (Roj: SAP B 10964/2019).

funcional. La introducción del principio de equivalencia en la LCJIMC de forma constante es un llamamiento a los jueces de proceder conforme a un razonamiento basado en un *juicio* de *equivalencia funcional comparada*[406].

Segundo, resulta necesario proceder a un análisis global de la normativa marroquí, en este sentido subraya H. FULCHIRON: « *[…] interesarse en profundidad al sistema jurídico estudiado en su totalidad, con su lógica interna, sus contrapesos y evoluciones*» [407]. Efectivamente, una aproximación global de la normativa marroquí resulta imprescindible y, es efectiva exclusivamente a través del uso del método comparado que permite apreciarla en su globalidad. Ello conduce a considerar la existencia de un equilibrio y equivalencia en relación con la ruptura del vínculo matrimonial propia a los cónyuges marroquíes.

Así pues, en lugar de proceder a un análisis abstracto y fragmentario de las disposiciones de la ley marroquí en materia de disolución del matrimonio, una aproximación completa conduce a considerar la existencia de una igualdad global de los cónyuges en el acceso a la disolución del matrimonio en la medida en que la mujer marroquí beneficia de unos modos que le permiten acceder al divorcio en igual condiciones que el hombre que sea de manera unilateral o bien de mutuo acuerdo [408]. En este sentido, afirma A-L. CALVO CARAVACA: «*el órgano jurisdiccional competente debe acreditar si las posibilidades de [la mujer] para alcanzar la disolución de su matrimonio son equivalentes e equilibradas*»[409].

Dicho equilibrio y equivalencia para obtener el divorcio se manifiestan en las formas de la disolución del matrimonio en Derecho marroquí. Existe equilibrio porque si el hombre tiene a su disposición el *ṭalāq* marital, la mujer beneficia de otros modos que le permiten

[406] Frase tomada de A. BUCHER (véase, Rapporteur E. JAYME, 1ére Commission sur "La substitution et le principe…", *loc. cit*., p. 52).
[407] Véase, "Ne répudiez point…", *loc. cit*., p. 18. En contra de esta posición, A. MEZGHANI quien considera que: "*la institución no puede cambiar de naturaleza con el único hecho de que la mujer puede obtener el divorcio en las mismas condiciones que el hombre. […] el juez del foro no está llamado a recibir el ordenamiento jurídico extranjero en su integralidad. Se trata más bien para el de aplicar una regla o otra o bien de otorgar efecto a una institución o otra. Pues, tiene que pronunciarse ante el repudio. El ordenamiento jurídico en su globalidad no le puede servir de cheval de Troie"* (véase, "Quelle tolérance pour… ? ", *loc.cit*., p. 67).
[408] Esta perspectiva en considerar el Derecho marroquí fue suscitada ante la C. Cass. francesa en 2009 (sent. de 4 de noviembre de 2009, Civ. 1, nº. 08-20-574).Cabe citar una sentencia de la AP de Málaga, nº. 271/2014, que no contempla la regulación marroquí de forma adecuada al no considerar el *šiqāq* como forma de disolución del matrimonio que la mujer pueda solicitar de forma discrecional e independiente de cualquier otro procedimiento (cuando se solicita de manera subsecuente a otro modo de disolución).
[409] Véase, A-L CALVO CARAVACA/J. CARASCOSA GONZALEZ, *Derecho internacional…,* vol. 2, *op. cit*., p. 278.

obtener el divorcio de manera efectiva sin condiciones gravosas (el *ṭalāq jul',* el *ṭalāq tamlīk*, el *šiqāq* y el divorcio por causas).

En cuanto a la equivalencia, como se ha podido verificar (véase Cap. I), a pesar de sus distintas estructuras y denominaciones, *ṭalāq* marital, *ṭalāq jul'* y *šiqāq* presentan las mismas características y cumplen las mismas funciones y finalidades al igual que el *ṭalāq tamlīk* cuando la mujer beneficia de este derecho. Todo ello está supeditado a un correcto entendimiento de las distintas formas mencionadas tal como están articuladas en la actualidad.

Todo lo anterior debería ser considerado por el juez de exequátur español a la hora de reconocer situaciones de disolución del matrimonio creadas en Marruecos sin fraude de ley. En caso contrario, se llegaría a rechazar el *ṭalāq* marital por su carácter discriminatorio (abierto únicamente al hombre) y, con ello, destacar el carácter discriminatorio de las formas de divorcio abiertas únicamente a la mujer en detrimento del marido como es el caso del divorcio por perjuicio (arts. 98-99)[410].

A nivel de reconocimiento de las decisiones extranjeras y con el objetivo de evitar las situaciones claudicantes, es preciso tener en cuenta la función y la finalidad de la institución extranjera y, su capacidad de ofrecer soluciones satisfactorias e equivalentes a las recogidas en la normativa española. Son estas consideraciones que deben prevalecer[411]. Parece imprescindible antes de pronunciarse sobre el reconocimiento de una decisión marroquí basada en el *ṭalāq* marital ponderar la oportunidad de salvaguardar el principio de igualdad idéntica (perennidad) y la situación de hecho (la realidad social y jurídica) en la cual se encuentra la persona solicitante del reconocimiento.

En este sentido, el método comparado (equivalencia funcional y método funcional), ha determinado que existe una equivalencia de función y, por ende, de soluciones entre el *ṭalāq* y el divorcio unilateral en la regulación española. Las diferencias segundarias como puede ser la concepción de igualdad o las estructurales (unidad de sus formas en Derecho español y la

[410] Véase, F. MONEGER, "Le Code de la famille marocain de 2004 devant la Cour de Cassation", *RCDIP*, avril-juin 2004, 103, (2), p. 252. La posición de la jurisprudencia francesa no es unánime sobre la cuestión. Algunos han rechazado este tipo de divorcio por considerarlo discriminatorio hacia el marido, mientras que otros lo han admitido (véase, M-C. NAJM KOBEH, "La Cour de Cassation française", *loc. cit*., p. 805).

[411] A este respecto, considera L-F. CARILLO POZO que: "*el trámite del exequátur no es probablemente el más adecuado para estudiar situaciones consolidadas, ni en particular enjuiciar el concepto de matrimonio que se maneja por el tribunal extranjero. De ahí que no tenga sentido la operatividad del orden público para hacer valer una idea de igualdad, que palidece ante la necesidad de atender a necesidades más perentorias y urgentes"* (véase, *"Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia de efectos económicos del matrimonio*", *CDT,* marzo 2012, vol. 4, nº. 1, p. 101).

diversidad en Derecho marroquí) no deben prevalecer sobre los derechos fundamentales de la persona (derecho a divorciarse y volver a casarse)[412]. Son estos derechos que, en la actualidad, deben condicionar e interpretar la actuación del orden público en relación con el *ṭalāq marital.*

En este sentido, hay que tener en cuenta que las divergencias no versan sobre el principio de la ruptura del matrimonio y sus características esenciales (derecho de defensa, firmeza de la ruptura, derechos económicos…etc.) sino sobre las modalidades y, la excepción de orden público no debe activarse sobre la única razón que dichas modalidades sean diferentes. La disolución del matrimonio y, por ende, la libertad matrimonial como finalidad última abogan por una postura menos rígida tal como lo apunta G. A. L. DROZ: «*ser lo más liberal en relación con el reconocimiento de la parte de la decisión relativa a la ruptura del vínculo matrimonial […]. No obstante, es preciso ser más riguroso en relación con los pronunciamientos relativos al ámbito social de la pareja y la familia*»[413].

Por último, es de gran importancia apreciar los esfuerzos realizados en ciertos países musulmanes tendentes a reforzar el principio de igualdad entre el hombre y la mujer[414]. Para P. HAMMJE, si bien Marruecos no ha establecido la igualdad entre cónyuges, ha convertido el derecho de desunión en un sentido más favorable a las mujeres. En consecuencia, «*sería muy excesivo condenar estos avances al retener una visión muy teórica de la igualdad*»[415].

B. Orden público y *ṭalāq-al-tamlīk*

En presencia de una relación jurídico-familiar con elemento de extranjería donde el Derecho pone en juego dos culturas distintas, la autonomía responde a la necesidad de proporcionar un lugar importante a la libertad y a la voluntad de las personas[416].

La doctrina considera que: «*la autonomía de la voluntad limitada a una opción de derecho entre la ley nacional o la ley del domicilio permite a los emigrantes de -re-*

[412] A diferencia de las diferencias segundarias (de forma), las diferencias principales (de fondo) que son esenciales y no permiten ninguna excepción, están presentes en ambas regulaciones (el carácter judicial, los derechos de defensa y los pecuniarios, la unilateralidad y la discrecionalidad o el mutuo acuerdo).
[413] Véase, "Règlement des situations juridiques internationales au premier degré: éléments de droit international privé comparé positif", *RCADI*, 1991, T. 229, p. 193.
[414] Véase, A. RODRIGUEZ BENOT, "El estatuto personal de…", *loc. cit*., p. 36; H. FULCHIRON, "Ne répudiez point...", *loc. cit*., p. 20.
[415] Véase, "Rejet des répudiations musulmanes", *RCDIP*, 2004, Dalloz, París, 2017, p. 423.
[416] Véase, A. ASÍN CABRERA, "La mujer y el derecho islámico: problemas culturales de identidad e integración", en A. GÓMEZ RODRÍGUEZ/J. TALLY, (eds.), *La construcción cultural de lo femenino,* Instituto canario de la mujer, La Laguna, 1998, p. 127.

apropiarse- de una parte, de su vida privada al no imponerles una ley nacional de la cual desearían alejarse o una ley del domicilio que negaría su propia cultura. […]. La opción de derecho permite una adaptación flexible en el tiempo y en el espacio»[417]. Esto es, tiene la ventaja de potenciar el libre desarrollo de la personalidad otorgando al interesado elegir la ley con la que se sienta más vinculado además de la seguridad jurídica[418].

En el ámbito matrimonial, la autonomía de la voluntad representa una fuente normativa relevante para regular las consecuencias matrimoniales, en particular las que derivan de las crisis familiares[419].

El *ṭalāq-al-tamlīk* como cláusula adoptada por los cónyuges en la elección de la modalidad que pone fin a su relación matrimonial se encuentra acorde con dicha autonomía. A este respecto señala A. QUIÑONES ESCAMEZ que el *ṭalāq-al-tamlīk* refleja el carácter contractual del matrimonio, el importante papel de la autonomía de la voluntad, así como la importancia de redactar un contrato con cláusulas que permite evitar la discriminación entre los esposos[420].

A priori, la cláusula convencional *tamlīk* no debería suscitar problemas ante los tribunales españoles (europeos) a la hora de reconocer una decisión marroquí basada en esta modalidad, en la medida en que se considera que dicha cláusula tiene como función otorgar el divorcio a ambos cónyuges en igual condiciones, esto es, les hace beneficiar de un tratamiento de paridad[421]. En consecuencia, mediante su inclusión en el acta matrimonial la mujer beneficia de una mejor situación en la relación conyugal[422]. Aparte, constituye una conexión que tiene un fundamento constitucional al favorecer el libre desarrollo de la personalidad (art.

---

[417] Véase, J-Y CARLIER, "Estatuto personal y sociedad multiculturalidad: el papel de la autonomía de la voluntad", en A-L CALVO CARAVACA/J-L. IRIATE ANGEL (ed.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, p. 35. Véase, en este sentido E. JAYME, "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", *RCDIP*, 2000, T. 282, (1), pp. 19 y ss.

[418] Véase, M DEL P. DIAGO DIAGO, "El matrimonio y…", *loc. cit*., p. 57.

[419] Véase, I. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, "La órbita de la…", *loc. cit*., p. 191.

[420] Véase, "La disolución del…", *loc. cit*., p. 143. Estas cláusulas, particularmente en materia matrimonial otorgan a los cónyuges una relevante libertad de "*modalizar*" sus relaciones que sean personales o patrimoniales (véase, M-C FOBLETS, "Les juges belges…", *loc. cit*., p. 424).

[421] Véase, M DEL P. DIAGO DIAGO, "La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado Español", Derecho Internacional, *Aequalitas*, 2001, nº. 6, p. 12, M-C. FOBLETS/M. LOUKILI, "Mariage et divorce…", *loc. cit*., p. 549. Estos autores consideran que las cláusulas relativas a la persona o a los bienes contenidos en el CFM permiten a las parejas marroquíes de regular sus relaciones conyugales de conformidad tanto con el Derecho marroquí como el Derecho del país de su residencia con el objetivo de evitar las situaciones claudicantes (por ej. Monogamia, arts. 40 y 42; art. 49 relativo a los bienes), pp. 547 y 548.

[422] Véase, E. ZABALO ESCUDERO, "Los efectos del…", *loc. cit*., p. 245.

10.1 CE 1978), permitiendo a los cónyuges elegir la ley del país con el que se sienten psicológica y jurídicamente más vinculadas[423].

Considerando las ventajas mencionadas, la excepción de orden público no debería actuar frente al *ṭalāq tamlīk,* sobre todo, que este tipo de cláusulas lo que hace es afirmar el rechazo hacia las instituciones contrarias a este orden público[424]. Con lo cual, se debe favorecer su validez en la medida en que su objetivo es precisamente adaptar la relación de derecho en cuestión al orden público en lugar de suscitar su contrariedad[425].

Por otra parte, esta contrariedad no tiene cabida siempre que el contenido del acuerdo no perjudica los derechos constitucionalmente reconocidos de ambas partes, como es el derecho a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a contraer matrimonio, el derecho a la libertad o igualdad entre los cónyuges[426]. En consecuencia, su admisión no debería plantear problemas cada vez que permite salvaguardar y potenciar estos valores fundamentales. Es una cláusula que favorece y facilita el *favor divortii* como derecho fundamental.

De otro lado, debido al relevante incremento del principio de la autonomía de la voluntad en el DIPr y su consagración por la mayoría de los reglamentos europeos para regular las relaciones jurídicas internacionales en busca de soluciones satisfactorias, la clausula *tamlik* es susceptible de constituir un equivalente funcional a la ley aplicable a la situación privada internacional en materia de divorcio[427].

En relación con el *ṭalāq tamlīk,* en el supuesto de que la mujer marroquí tenga estipulada la cláusula *tamlīk* en el acta matrimonial, durante su formalización o de manera ulterior, se plantea la siguiente pregunta: ¿Si la existencia de esta cláusula como manifestación expresa de la voluntad de ambos esposos de someter la disolución de su matrimonio a esta modalidad de divorcio, puede ser considerada por parte del juez de

[423] Véase, A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La Ley aplicable…", *loc. cit*., p. 56.
[424] Véase, M-C. FOBLETS/M. LOUKILI, "Mariage et divorce…", *loc. cit*., p. 549.
[425] Véase, J-Y. CARLIER, "Les contrats de mariage internationaux: aspects particulier des clauses relatives aux relations personnelles", en M. VERWILGHEN/R. DE VALKENEER (dir.), *Relations familiales internationales*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 277.
[426] Véase, M-D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho de Familia…, op. cit*., p. 189.
[427] Reglamento (UE) nº. 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III), *DOUE L* nº. 343-10, de 29 de diciembre de 2010; Reglamento 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales, *DOUE L* nº. 183/1-29, de 08 de julio de 2016.

exequátur como una elección de ley propia al Reglamento Roma III, y, por ende, favorecer el reconocimiento de la decisión de *ṭalāq tamlīk* dictada en Marruecos?

El Reglamento Roma III en su objetivo de ofrecer una solución flexible que se adapte al carácter multicultural de las sociedades europeas actuales permite a los cónyuges optar por la ley que mejor convenga a sus intereses para finalizar su relación conyugal[428]. Así pues, los cónyuges podrán elegir la ley del país de residencia cuando se sientan plenamente integrados en su país de recepción, o bien la ley del país de su nacionalidad cuando se sientan vinculados a las normas y tradiciones de su país de origen[429].

Ahora bien, se debe averiguar si el *ṭalāq tamlīk* se adecua a las exigencias de las disposiciones de los arts. 10 «clausula especial» y 12 «cláusula de orden público» del mencionado Reglamento[430].

En relación con el art. 10, la doctrina considera que la regulación marroquí prevé la disolución del matrimonio a través del divorcio *šiqāq y bi-al-ittifāq* [431]. Así, la exclusión de la

[428] El Reglamento 1259/2010 presenta un carácter *erga omnes*. Por lo tanto, es irrelevante que la ley designada por el Reglamento para regir la disolución del vínculo matrimonial sea la ley de un Estado miembro participante, no participante o de un tercer Estado no miembro de la UE. Por otro lado, cabe considerar que (*la definición autónoma del concepto europeo de "divorcio" empleado en las normas de DIPr europeo se amplía, para cubrir las instituciones relativas a las crisis matrimoniales, desconocidas en el ordenamiento jurídico de la UE y en el de los Estados miembros. La tesis de la calificación por la función permite que el concepto jurídico utilizado por la norma de conflicto de leyes se amplíe para cubrir una institución jurídica extranjera desconocida en el ordenamiento jurídico de la UE. En este sentido, el término "divorcio" puede ampliarse en la normativa de Derecho internacional privado de la UE para abarcar otras formas de disolución del matrimonio, como sucede con la institución jurídica del repudio*) (véase, M-D, ORTIZ VIDAL, "El repudio en el Código…", *loc. cit*, p. 226).

[429] Véase, B. CAMPUZANO DÍAZ, "El matrimonio", en A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *Manual de Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 214. Según el Considerando 16: "*es importante que los cónyuges puedan elegir como ley aplicable a su divorcio o separación judicial la de un país con el que tengan una vinculación especial o la ley del foro*".

[430] El art. 10 del Reglamento prevé la exclusión directa de la ley aplicable, cuando no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial. Su función es (*la de evitar discriminaciones por razón de sexo, obligando al juez a aplicar la lex fori de forma directa, sin permitirle una valoración previa de las circunstancias del caso concreto. Es decir, basta con comprobar el tenor de las normas del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto para descartar su aplicación, sin que pueda comprobarse si la ley extranjera produce realmente un perjuicio en el foro)*.

En cuanto al art. 12, la cláusula de orden público actúa cuando la aplicación de una disposición de la ley designada resulta manifiestamente incompatible con el orden público del foro.

[431] Afirma M DEL P. DIAGO DIAGO que: "*una exclusión de plano y automática de la elección de la ley aplicable por los cónyuges, no debería ser, por tanto, posible. Esto es, la elección de la ley -Derecho marroquí en su conjunto. Lo que es distinto si se opta por un modo concreto que puede resultar discriminatorio"* (véase, "El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual", *REDI*, julio-diciembre 2014, vol. 68, Madrid, pp. 64 y 65). La doctrina francesa indica que la existencia del *šiqāq* en la regulación marroquí convierte el art. 10 en inadecuado para

ley elegida solo opera cuando consta claramente el tipo de divorcio por el que han optado los cónyuges y resulta un modo de disolución del matrimonio discriminatorio en el caso concreto[432].

Junto a ello, se estima que la noción de «*igualdad*» no corresponde con la de «*identidad*». El art. 10 al disponer: « [la] *igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial*» emplea específicamente el término «*igualdad*», lo que significa otorgar a cada uno de los esposos la facultad jurídica de interponer una demanda de divorcio ante el tribunal competente. En consecuencia, si la ley elegida por los cónyuges otorga a uno de los cónyuges condiciones más ventajosas, el tribunal competente debe proceder a una valoración del resultado que se produce en el caso concreto para verificar si es contrario al orden público internacional del foro[433].

Esta verificación se hará a través de la cláusula de orden público (art. 12) que opera a la luz de las circunstancias del caso concreto y, de manera excepcional cuando la aplicación de la ley elegida resulta manifiestamente incompatible con el orden público del foro[434]. En el caso contrario, tampoco se va a tener en cuenta las formas de disolución del matrimonio abiertas de manera idéntica a ambos cónyuges[435].

---

rechazar la ley extranjera susceptible de conducir el juez a aplicar la excepción de orden público del art. 12 (véase, Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL/P. DE VAREILLES SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10 éd., Dalloz, París, 2013, p. 487).

[432] Ha de indicarse que en la jurisprudencia española, es constante en las decisiones de los tribunales españoles considerar la normativa marroquí sobre divorcio como no contraria al orden público español (AP Tarragona, de 14 de septiembre de 2012; AP Madrid, de 1 de junio de 2012; AP Cáceres, de 23 de mayo de 2012) (véase, A-J. PÉREZ MARTIN/M. PÉREZ RUFIÁN, "Cuestiones prácticas en los procesos de familia con cónyuges hispano-marroquíes", *Revista de Derecho de familia*, enero-marzo 2016, nº. 70, Aranzadi, p. 62).

[433] Véase, M-D. ORTIZ VIDAL, "El repudio en el Código…", *loc. cit*, pp. 234 y 235.

[434] Véase, M DEL P. DIAGO DIAGO, "El matrimonio y su crisis…", p. 65.

[435] Cabe anotar que en aplicación del Reglamento 1259/1210 y en relación con el artículo 10 establece: "*cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro*"; y el art. 12 dispone: "*solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro*". En el mismo posicionamiento, la AP de La Rioja estima que: "*el Código de Familia marroquí, ó Al Mudawwana, en sus artículos 78 y siguientes regula el divorcio como medio de disolución del matrimonio, pero, así como la solicitud del esposo puede ser sin causa, existiendo esta posibilidad para la esposa solo con consentimiento del esposo (artículo 89), en cambio la esposa solo puede solicitar per se el divorcio por una de las causas que previene el artículo 98 del Código de Familia , esto es, se exige la concurrencia de una de las seis causas que prevé el precepto si es la esposa la que solicita el divorcio sin consentimiento del esposo, en cambio éste puede instarlo sin que se le exija causa de disolución. La discriminación por razón de sexo resulta evidente*". Sentencias localizadas en la base de datos LA LEY, sent. nº. 108, de 07 de abril de 2014, (53473/2014).

No obstante, junto a esta interpretación más favorable al respeto de la diversidad cultural y la continuidad en el espacio de las relaciones familiares internacionales, a juicio de otros autores, se estima que mediante el orden público del art. 10 lo que se pretende es descartar la ley marroquí (extranjera) substituyéndola por la ley del foro[436]. Esto es, está destinado a actuar frente a la recepción de las leyes islámicas al considerar que reflejan la desigualdad entre hombre y mujer en el ámbito familiar[437].

A este respecto subraya P. HAMMJE que el Reglamento tratando de armonizar las reglas de conflicto de leyes impone una cierta visión substancial del divorcio[438]. Aparte, su art. 13 suscita críticas al considerar que contradice el espíritu y la filosofía del mismo Reglamento que es la promoción de un verdadero derecho al divorcio[439].

Por otro lado, en el contexto del Reglamento «Roma III», la excepción de orden público internacional implica una interpretación de carácter restrictivo en relación con su contenido y aplicación, la norma de conflicto es la norma general y la intervención del orden público internacional es la excepción[440].

Ahora bien, varios argumentos abogan por la adecuación del *ṭalāq tamlīk* como elección de ley aplicable en el seno del Reglamento «Roma III». En primer lugar, el *ṭalāq tamlīk* al tener como función principal la disolución del vínculo matrimonial cabe en el ámbito material del Reglamento[441]. En segundo lugar, la naturaleza y la finalidad de la

---

[436] Véase, F. MONEGER, "Le Code de la famille marocain de 2004 devant la Cour de Cassation", *RCDIP*, avril-juin 2004, 103, (2), p. 253. De la misma opinión esta M. FARGE cuando afirma que el Reglamento se aleja de la lógica del DIPr para consagrar los principios europeos de los derechos del Hombre (véase, M. FARGE, "La gestation d'un droit…*"*, *loc. cit*., s/n°).

[437] Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, "Cultural Diversity and European Private International Law", *J Civil Legal Sci* 2015, 4, 149, p. 2.

[438] Véase, "Le nouveau règlement UE nº.1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps", *RCDIP*, 2011, nº. 26, (291), p. 317.

[439] Véase, M. FARGE, "Gestation d'un droit…", *loc. cit*., s/n°.

[440] Véase, A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III", *CDT*, marzo 2009, vol. 1, nº. 1, p. 66.

[441] Según el Cons. 10 del Reg. 1259/2010: *"[…] El presente Reglamento solo debe aplicarse a la disolución o la relajación del vínculo matrimonial. La ley que determinen las normas sobre conflicto de leyes del presente Reglamento debe aplicarse a los motivos para el divorcio y la separación judicial […]"*. Asimismo, "*la definición autónoma del concepto europeo de "divorcio" empleado en las normas de DIPr europeo se amplía, para cubrir las instituciones relativas a las crisis matrimoniales, desconocidas en el ordenamiento jurídico de la UE y en el de los Estados miembros. La tesis de la calificación por la función permite que el concepto jurídico utilizado por la norma de conflicto de leyes se amplíe para cubrir una institución jurídica extranjera desconocida en el ordenamiento jurídico de la UE*". A este respecto véase, M-A. ORTIZ VIDAL, "El repudio en el Código…", *loc. cit*., 226, A-L CALVO CARAVACA, *Derecho internacional privado*, vol. 2, Comares, Granada, 2014, p. 277.

cláusula que lo conforma sirven para eliminar la discriminación de la mujer y potenciar su *favor divortii*. En tercer lugar, se trata de una cláusula que se basa en un consentimiento informado y en las voluntades de ambas partes además de estar consignado en un documento público a la hora de contraer matrimonio o en un momento posterior[442].

Luego, la validez de este acuerdo no se verá alterada por la adquisición de una nueva nacionalidad o cambio de residencia por parte de los cónyuges, lo que constituye una ventaja para los marroquíes residentes en España que luego adquieren la nacionalidad española[443].

Y, por último, el carácter internacional de la disolución del matrimonio, el significativo aumento de las situaciones privadas internacionales en esta materia, la búsqueda de soluciones que frenan la actuación sistemática de la acción del orden público internacional constituyen argumentos relevantes a tomar en cuenta para otorgar eficacia a la disolución del matrimonio mediante *tamlīk*.

No cabe duda que la inclusión de la cláusula *tamlīk* de manera expresa y clara en el contrato matrimonial constituye un factor de previsibilidad y anticipación en la regulación de la salida de la eventual crisis matrimonial[444]. Permite a los cónyuges marroquíes residentes en España crear una situación jurídica predeterminada mediante su voluntad de determinar la forma de poner fin a su matrimonio. Siendo de carácter contractual y basada sobre la autonomía de la voluntad, dicha forma les permite tener una seguridad jurídica en cuanto a las consecuencias de su relación matrimonial tanto en el país de su residencia como de origen.

De todo lo que precede, supongamos que el *ṭalāq tamlīk* no debería tener obstáculos para su reconocimiento por parte de los tribunales españoles y europeos en la medida en que se trata de un acuerdo de voluntades de los cónyuges equivalente a la cláusula de elección de ley propia al Reglamento «Roma III».

Por otra parte, si bien el Reglamento «Roma III» no trata del reconocimiento de las decisiones extranjeras (objeto de este trabajo) sino de la ley aplicable al divorcio, se pretende desde la perspectiva de la adecuación del *ṭalāq tamlīk* (como se ha comprobado *supra*) a la

[442] Requisitos contenidos en los arts. 6 y 7 del Reg. 1259/2010.
[443] Véase, A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La Ley aplicable al…", *loc. cit.*, p. 53.
[444] La previsibilidad en materia familiar revierte gran relevancia porque permite a los interesados "*prevenir el resultado de una eventual intervención jurídica y de determinar de manera anticipada las consecuencias jurídicas de sus actos*" (véase, E. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, LGDJ, París, 1987, p. 184).

elección de ley aplicable en el seno de dicho Reglamento pronunciarse sobre su reconocimiento cuando se presenta ante un tribunal europeo.

Este planteamiento, esto es, considerar o referirse a la regulación europea en materia de divorcio, se encentra plasmado en una sentencia alemana que se pronuncia sobre el reconocimiento de un *ṭalāq* marital efectuado ante un tribunal religioso de Siria sobre la base del Reglamento «Roma III»[445].

Se trata del caso del Sr. RAJA MAMISCH y la Sra. SOHA SAHYOUNI, que residen en Alemania y poseen tanto la nacionalidad siria como la nacionalidad alemana. El Sr. Mamisch se divorció de su esposa a través de un representante que pronunció la fórmula del *ṭalāq* ante el tribunal religioso de la *šarī'a*. A continuación, la Sra. Sahyouni firmó una declaración en la que reconocía haber recibido la compensación íntegra que le corresponde según el contrato matrimonial y la legislación religiosa. En consecuencia, estamos ante un divorcio privado llevado ante una autoridad religiosa extranjera.

La demanda de reconocimiento presentada por el Sr. Raja Mamisch fue aceptada por el Presidente del Oberlandesgericht München[446] por considerar que el Reglamento «Roma III» cubría este tipo de demandas y que en virtud de dicho Reglamento el divorcio en cuestión estaba sometido al Derecho sirio. La Sra. Sahyouni impugnó el reconocimiento del divorcio ante el Oberlandesgericht München por entender que no se cumplían los requisitos para reconocer la resolución del tribunal religioso sirio.

El presidente de este último desestimó la solicitud de la Sra. Sahyouni subrayando que el reconocimiento de la resolución de divorcio se regía por el reglamento «Roma III» que se aplica también a los divorcios privados. Por lo tanto, el Oberlandesgericht München plantea varias cuestiones relativas a la interpretación del Reglamento «Roma III» al Tribunal de Justicia[447]. Este último, concluye que el mencionado Reglamento no es aplicable al reconocimiento de resoluciones en materia de crisis matrimoniales.

Para entender la postura del tribunal alemán hay que destacar que, en materia de reconocimiento de resoluciones extranjeras, dicho tribunal distingue entre las resoluciones

[445] Véase, http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-281/15&language=ES, Auto del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2016, *Sahyouni* (C-281/15).
[446] Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Múnich, Alemania.
[447] Parece que la Sra. Sahyouni recurrió de nuevo la resolución del Presidente (véase, M-A. GANDÍA SELLENS/C. ZIMMER, "Reconocimiento y divorcios privados: reflexiones a la luz del auto del TJUE de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, Sahyouni C. Mamisch", *Bitácora Millenium DIPr,* 2016, nº. 4, p. 5).

con efecto constitutivo y las resoluciones con efecto mero-declarativo para determinar el procedimiento a seguir. En el primer caso, se sigue el cauce del reconocimiento «formal» equiparable a lo que es el art. 46 de la LCJIMC de la regulación española, mientras que en el segundo, el tribunal alemán parte de un análisis desde la perspectiva de la ley aplicable verificando si se cumplen las condiciones enumeradas por la ley aplicable al divorcio. A tal efecto, el tribunal alemán aplica la normativa de DIPr alemán para determinar cuál fue la ley aplicable y comprobar si la ley aplicable al divorcio había sido respetada, de ahí que aplicará el Reglamento 1259/2010, se trata de un reconocimiento "sustantivo"[448].

Desde la perspectiva española, esta demanda de reconocimiento hubiera sido rechazada principalmente porque se trata de un divorcio privado pronunciado por una autoridad religiosa. No obstante, habrá que verificar si dicha autoridad en el país de origen está revestida de *imperium* para declarar un divorcio con efecto constitutivo o solamente se limita a dar fe a la voluntad de las partes teniendo en cuenta que, hoy en día, existe en España y en otros países europeos el divorcio extrajudicial llevado a cabo por notario.

De lo anterior se presentan dos reflexiones. Por un lado, que en materia de reconocimiento de los divorcios extranjeros procedentes de Estados terceros resulta que todavía existen divergencias que marcan las soluciones adoptadas por parte de los tribunales de los países europeos. Por otro, la remisión o la referencia al Derecho de la Unión Europea para buscar una solución que proporcione justicia e estabilidad de la relación privada puede resultar útil, sobre todo cuando se trata de un divorcio como el *ṭalāq tamlīk* que, a la luz del Reglamento «Roma III», cumple todos los requisitos para su reconocimiento.

La continuidad en el espacio de la decisión marroquí basada en esta modalidad responde a la necesidad de salvaguardar las expectativas de las personas solicitantes del reconocimiento. Así pues, subraya E. JAYME: «*se debe, […], proteger la persona humana más a través del refuerzo de su autonomía […] que mediante leyes imperativas que se imponen sin tener en consideración las necesidades del individuo*»[449]. Dichas necesidades de carácter fundamental (divorciarse, volver a casarse) deben prevalecer siempre que cumplen las exigencias mínimas de los principios fundamentales que conforman el orden público del foro.

Para ello, se hace preciso consultar la regulación extranjera, verificar si existe equivalencia funcional entre las instituciones en cuestión y valorar si los elementos equivalentes cumplen las exigencias del núcleo duro del orden público internacional.

[448] *Ibid*, pp. 9 y 10.
[449] Véase, E. JAYME, "Droit comparé et droit…", *loc. cit*., p. 31.

En consecuencia, cuando los cónyuges, residentes en algún país europeo, solicitan el exequátur de la decisión extranjera de divorcio, el juez europeo ha de verificar si el contrato matrimonial contiene la cláusula de derecho de opción[450].

Empero, la verificación y, por ende, la apreciación de la conformidad del *ṭalāq tamlīk* con los principios y normas que regulan el divorcio en el foro se supeditan a un buen entendimiento de la regulación marroquí por parte de los jueces y abogados/as, lejos de cualquier prejuicio o ideas abstractas preconcebidas. La aplicación de la técnica de equivalencia funcional permite averiguar la existencia de un margen suficiente de dicha equivalencia entre el *ṭalāq tamlīk* y el divorcio español susceptible de limitar la actuación del orden público internacional y salvaguardar la situación jurídico-privada constituida en origen.

A este respecto, el *ṭalāq tamlīk,* por un lado, equivale al divorcio unilateral vigente en la regulación española porque ambas figuras conllevan las mismas características (carácter judicial, unilateral y discrecional, su función es disolver la relación matrimonial). Y, por otro, reúne las condiciones exigidas para superar el obstáculo del orden público en el contexto del Reglamento «Roma III» y, en consecuencia, se le puede equiparar a una cláusula de elección de ley propia a dicho reglamento.

En Derecho comparado, la C. Cass. francesa tuvo la ocasión de pronunciarse de manera indirecta sobre el *ṭalāq tamlik* cuando se le presentó una solicitud de reconocimiento de una decisión marroquí basada en un *ṭalāq* marital. La Corte fundamenta la denegación del exequátur avanzando que «*la mujer solo puede acceder a dicho procedimiento (ṭalāq unilateral) cuando dispone del acuerdo del marido*», esto es, el derecho cedido a la mujer por el hombre constituye una autorización de parte de este[451]. Esta decisión fue objeto de críticas al estimar que el *ṭalāq tamlik* equivale más bien una «*contractualisation*» en el momento de contraer matrimonio que una autorización del marido[452].

Cabe decir que en el momento actual, la afirmación de la C. Cass. francesa resulta demasiado rigorista. El CFM otorga a la mujer distintos modos efectivos de disolución del matrimonio (tanto unilaterales como de mutuo consentimiento). La Corte francesa ha optado por una concepción abstracta de la regulación marroquí que hace prevalecer el criterio de una

[450] Véase, M-C. FOBLETS/J-Y CARLIER, *Le Code marocain…, op. cit.*, p. 62.
[451] En sus argumentos, la C. Cass. afirma que: "*no puede solicitar este procedimiento sin la autorización previa del marido*", consultado en https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20131023-1225802
[452] Véase, D. THEVENET-MONTFROND, "Refus d'exequatur…", *loc. cit*., p. 3.

paridad entre cónyuges, en vez, de considerar las especificidades de dicha regulación así como los importantes esfuerzos realizados a nivel legislativo en la materia. Dicho posicionamiento generaría un rechazo sistemático de las distintas formas de *ṭalāq* abiertas tanto al hombre como a la mujer, la proliferación de las situaciones claudicantes y, con ello acentuar los obstáculos a interacción positiva entre sistemas jurídicos.

En el caso concreto, una aproximación basada en la función desarrollada por esta figura (permitir a la mujer disolver el matrimonio y recuperar la libertad matrimonial), a la cual se añade su carácter contractual basado en la autonomía de la voluntad, la verificación de que los derechos procesales y pecuniarios de la mujer durante el proceso de origen han sido protegidos permite su reconocimiento en el foro.

Un reconocimiento bajo dicho aspecto cumple los requisitos esenciales desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales tanto del foro como de la persona concernida. Ello en la medida en que se trata de reconocer un pacto realizado entre cónyuges, que no vulnera de manera manifiesta los principios de igualdad, libertad y dignidad de los cónyuges que son principios básicos de la condición humana, tampoco viola las normas básicas de la formación del contrato matrimonial como puede ser la edad matrimonial y el consentimiento[453].

C. Orden público y *tatliq šiqāq*

a. Posición doctrinal

Es indudable que la modalidad de *tatliq šiqāq* fue bien recibida por la doctrina europea tras su consagración en el CFM en 2004. H. FULCHIRON considera que a través del *šiqāq* el legislador marroquí otorgó a la mujer un verdadero derecho de repudio. En España, para A. QUIÑONES ESCAMEZ: «*el šiqāq facilitará el reconocimiento del divorcio dictado por el juez marroquí fuera de Marruecos, es recomendable que esta 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*»[454]. Justamente debido a que es un divorcio abierto a pie de

[453] Al igual que otras cláusulas (monogamia) que favorecen y refuerzan la situación jurídica de la mujer.

[454] Véase, "La disolución del…", *loc. cit.*, p. 136. En el mismo sentido, J. OUHIDA, "Le code de la famille: quel changement pour la situation juridique des marocains résidants à l'étranger", *Majallat qada' mahkamat annaqd*, 2014, nº. 77, p. 527.

igualdad a ambos cónyuges bajo las mismas condiciones y el mismo procedimiento favorecería su reconocimiento por las autoridades europeas[455].

En efecto, se lo ha asimilado a un divorcio a petición de cualquiera de los cónyuges por la desaparición de la *affectio maritalis*[456]. Su carácter discrecional y su accesibilidad para ambos cónyuges eliminan su contrariedad con el orden público internacional español debido a la eventual discriminación por razón de sexo[457].

Algunos autores equiparan el divorcio *šiqāq* al *ṭalāq* marital que sea a nivel de procedimiento, causas o efectos[458]. No obstante, esta asimilación suscitó varias críticas. Siguiendo a A. MEZGHANI, el *ṭalāq* como institución no puede cambiar de naturaleza por el hecho de que la mujer pueda acceder al divorcio a través de otros modos bajo las mismas condiciones que el hombre[459]. Por su parte señala M-C. NAJM KOBEH que, ante una decisión extranjera, el juez ha de proceder a una apreciación *in concreto*, esto es, se pronuncia sobre una institución concreta, que es en este caso el *ṭalāq* marital, sin tener que considerar el Derecho extranjero en su globalidad[460]. Por último, en opinión de M-L. NIBOYET, a diferencia del divorcio unilateral y discrecional, el *šiqāq* se basa sobre un hecho objetivo, esto es, un desacuerdo constatado por los jueces o árbitros[461].

Considerando las opiniones citadas, se puede afirmar que, por un lado, expresan una visión muy teórica y formal en vez de considerar una situación de hecho y una realidad social muy particular que pone en juego los intereses y expectativas de las personas interesadas. Y,

---

[455] Véase, K. ZAHER, "Quel accueil en France…", *loc. cit*., p. 5. Cabe anotar que la comprensión y aplicación del divorcio por discordia por parte de algunos jueces franceses lo asimila más bien a un divorcio por falta existiendo en la regulación francesa (haciendo recaer las causas sobre uno o el otro de los cónyuges), lo que desnaturaliza este tipo de divorcio (véase, F. MONÉGER, "Le Code de la famille…", *loc. cit*., pp. 255 y 256).

[456] Véase, J-V. GAVIDIA SÁNCHEZ, "Concepto constitucional…", *loc. cit*., p. 204. Se le equipara al divorcio por alteración definitiva del vínculo matrimonial en Francia (véase, K. ZAHER, "Quel accueil en…", *loc. cit*., p. 5).

[457] Véase, J-V. GAVIDIA SÁNCHEZ, "Concepto constitucional…", *loc. cit*., p. 205.

[458] Véase, K. ZAHER, "Plaidoyer pour la…", *loc. cit*., p. 313, J-Y CARLIER/C. HENRICOT, "Belgique, de l'exception…", *loc. cit*., pp. 5 y 28. Parte de la doctrina, nada más entrar en vigor del CFM, considera que: "*dado el hecho de que el rechazo del reconocimiento del repudio ya no se basa en las garantías procesales (derecho de defensa), sino en la discriminación en el acceso a esta forma de disolución del matrimonio (abierto al marido),las modificaciones del CFM no tienen incidencia sobre este rechazo, salvo, si se considera el šiqāq como equivalente a una repudiación (debido a que no exige ningún motivo), la mujer tiene un derecho igual al del hombre de repudiar sin motivo*" (véase, M-C. FOBLETS/J. Y CARLIER, *Le Code marocain…*, *op. cit*. p. 63).

[459] Véase, "Quelles tolérance…", *loc. cit*., p. 47.

[460] Véase, "La Cour de Cassation française…", *loc. cit*., p. 804. De la misma opinión A. QUIÑONES ESCAMEZ que no ve en ello un equilibrio entre cónyuges pudiendo facilitar el reconocimiento del repudio marital (véase, A. QUIÑONES ESCAMEZ "La disolución del…", *loc. cit*., p. 136).

[461] Véase, "Regard français sur…", *loc. cit*., p. 41.

por otro, ignorar el hecho de que, en la práctica, la mujer y el hombre disponen de un derecho de divorcio idéntico y efectivo (el *šiqāq*).

Por lo tanto, su reconocimiento debe ser promovido basándose su equivalencia funcional con el divorcio unilateral vigente en la regulación española (europea). Una equivalencia que se desprende con claridad a través de la función, esto es, ambas figuras tienen como rol principal disolver el vínculo matrimonial de forma unilateral, discrecional y, mediante el mismo procedimiento abierto de forma idéntica a ambos cónyuges.

Además, ha de resaltar la importancia de considerar, cada vez que las circunstancias del caso concreto lo favorecen, los supuestos que permiten por su adecuación a los principios fundamentales de no discriminación e igualdad del foro. Ello permite lograr dos objetivos, por un lado, la continuidad en el espacio de la relación privada internacional y, por otro, proteger los derechos fundamentales de las personas solicitantes del reconocimiento.

b. Práctica jurisprudencial

En principio, parece que las decisiones marroquíes de *tatliq šiqāq* se reconocen por parte de los tribunales españoles. En este sentido se pronuncia la AP de Lleida de 25 de noviembre 2016[462]. No obstante, la AP de Barcelona de 26 de febrero de 2019 ha estimado que la decisión marroquí basada en el *tatliq šiqāq* es:

«*contraria al orden público español al sancionar de algún modo a la accionante de la pretensión del divorcio con la pérdida de un derecho económico que acaso pudiera corresponderle. Ello va en contra del principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución por lo que en este punto no podría ser reconocida en nuestro país la indicada resolución (punto 4º del art 23 del convenio)*»[463].

Esta decisión merece alguna consideración. *A priori*, se desprende un mal entendimiento por parte del juez español de las consecuencias económicas del *šiqāq*. Efectivamente, la CCM ha casado la decisión de la CA porque esta última otorga a la mujer el conjunto de los derechos económicos que le corresponden, incluida la *mut'a* (art. 84). Ahora

[462] VLEX, (672419017). De igual modo, IBERLEY, sent. nº. 371/2017, AP de Zaragoza, de 23 de mayo de 2017. Por otro lado, merece indicar que el *tatliq šiqāq* ha sido aplicado por los tribunales españoles a las demandas de divorcio instadas por marroquíes residentes en España en aplicación de la Ley marroquí. CENDOJ, sent. nº. 830/14, AP Barcelona, (Roj: SAP B 13490/2014); sent. nº. 577/2014, AP de Barcelona; AP de Barcelona, nº. 830/2014.

[463] CENDOJ, sent. de la AP de Barcelona. Para oponerse al divorcio pronunciado en España, el marido aportó una decisión marroquí pronunciando un *tatliq šiqāq*. Su solicitud fue rechazada porque por un lado, no está sujeta al exequátur y, por otro, es contraria al orden público igualitario.

bien, hay que precisar que la CCM, no ha privado la mujer de dichos derechos, sino que le denegó únicamente la *mut'a* al estimar que es una indemnización que no le corresponde en el caso concreto, salvaguardando los demás derechos económicos[464].

El caso citado constituye un buen ejemplo mediante el cual se pone de manifiesto el relevante papel de la metodología comparada en el ámbito del DIPr, en particular en el sector del reconocimiento de las decisiones extranjeras. Su aplicación en dicho ámbito permitiría en gran medida eliminar la actuación inútil del orden público internacional en contra de algunas decisiones susceptibles de reconocimiento.

D. Orden público y *tatliq* por causas

Junto a otras formas de disolución del matrimonio, la mujer marroquí tiene a su disposición el *tatliq* por causas. Es una modalidad basada principalmente en la voluntariedad y la plena libertad de la mujer de optar por este tipo de divorcio; la mayoría de las causas constituyen un motivo objetivo para solicitar el divorcio porque son causas que impiden la vida en común; además de resultar una forma subsidiaria debido a la adopción del *šiqāq* y el *ṭalāq bi-al-ittifāq* en 2004. Sin duda, dichos elementos abogan por su reconocimiento en el foro[465].

Así pues, se estima que el orden público internacional no debe intervenir cuando el divorcio se basa en causas. Este último vigente en la actualidad tanto en los países islámicos, como de Latino América e incluso en la mayoría de los países europeos[466].

En relación con las causas de malos tratos, el perjuicio o bien el incumplimiento de las condiciones estipuladas en el contrato matrimonial, considera A. QUIÑONES ESCAMEZ que son

[464] Así pues, según la jurisprudencia de la CCM, la *mut'a* corresponde a la mujer únicamente cuando el marido es el demandante del divorcio (art. 84). Como se ha visto en el primer capítulo, la interpretación de los artículos relativos a los derechos de la mujer en el divorcio *šiqāq* (relación entre los arts. 97 y 84) han causado en la práctica jurisprudencial problemas referidos a su interpretación por parte de los jueces marroquíes (en algunos casos se considera que la mujer debe beneficiar de todos sus derechos incluso la *mut'a* aunque sea demandante del divorcio, otros estiman que entre estos derechos no le corresponde la *mut'a* cuando la mujer es demandante. También existe una confusión entre *mut'a* y indemnización, esta última, puede corresponder a cualquiera de los cónyuges sea demandante o no del *šiqāq.* Algunos jueces otorgan la *mut'a* a la mujer equiparándola a la indemnización cuando le correspóndele, otros le otorgan la *mut'a* junto a la indemnización aunque sea demandante del divorcio).

[465] Cabe apuntar que en aplicación por parte de los tribunales españoles del Derecho marroquí se ha otorgado el divorcio por causas a la mujer marroquí alegando el incumplimiento de los deberes conyugales y el abandono del hogar por más de un año (VLEX-476935654, sent. AP de Barcelona, de 18 de septiembre de 2013). También, se ha equiparado la violencia de género ejercida por el marido al daño material o moral de conformidad con el art. 99. 2 del CFM (VLEX-48206726, sent. AP de 10 de octubre de 2013).

[466] Véase, A-L CALVO CARAVACA, *Derecho Internacional…*, vol. 2, *op. cit*, p. 274.

susceptibles de integrarse en el razonamiento de los jueces españoles al interpretar el perjuicio al igual que en España. Con lo cual no debe generar problemas de aplicación ni de reconocimiento[467].

En particular, el reconocimiento del divorcio por causa de malos tratos debe tener lugar por la especificidad de la situación y por la existencia de su equivalente funcional en Derecho español. En cuanto al divorcio por abandono del hogar, se puede decir que se trata de una causa objetiva similar a la separación de hecho existente en la regulación española y europea que justifica solicitar el divorcio.

Si el divorcio en España se ha liberalizado otorgando a los cónyuges una gran autonomía de la voluntad, prevaleciendo el *favor divortii* y eliminando todos los obstáculos para otorgarles un divorcio exprés y fácil, sería incompatible con esta concepción tan liberal denegar el exequátur a las decisiones marroquíes basadas en causas objetivas que perjudican la dignidad de la persona. Pues, cuando estas causas existen y tocan aspectos sensibles de la vida en común de los cónyuges, el divorcio se hace más oportuno para remediar a una situación de convivencia que deviene insoportable e insostenible.

Debe recordarse que, por excepción a la norma general, la regulación española admite causas para solicitar el divorcio dentro de los tres meses de contraer matrimonio cuando se teme atentar a la integridad física del cónyuge (malos tratos o violencia conyugal). Es decir que la tutela de otros derechos humanos que es la vida, la integridad física o salud psíquica de uno de los cónyuges prevalece sobre una norma general y abstracta legalmente establecida (el plazo de tres meses). Ello se debe a la toma en consideración por el legislador y el juez de la situación particular y la realidad vivida por el solicitante del divorcio.

Aparte, en Derecho español el divorcio se basa en el libre desarrollo de la personalidad. Por tanto, la libertad de elegir se manifiesta cuando la mujer marroquí aunque ostente otros modos de disolución del matrimonio como es el divorcio *šiqāq*, opta por el divorcio por causas porque le puede resultar más favorable en relación con sus derechos o

[467] Véase, "La disolución del…", *loc. cit*., p. 124. Cabe mencionar una sentencia alemana que refleja una posición más bien radical ante el Derecho de los países de trascendencia islámica y el desconocimiento del Derecho extranjero (sent. Amtsgericht Frankfurt am Main, de 21 de marzo de 2007) "*en ella, una jueza alemana inadmite la demanda de divorcio de una mujer de nacionalidad marroquí, que había contraído matrimonio en Marruecos conforme al rito coránico con otro nacional marroquí-ambos residentes en Alemania-por entender que en la cultura musulmana los malos tratos son consustanciales a la misma y que, por ende, no pueden justificar la disolución del matrimonio en una cultura en la que estas prácticas son aceptadas*" (véase, A. L CALVO CARAVACA, *Derecho Internacional…*, vol. 2, *op. cit*, p. 273).

intereses pecuniarios. De otro lado, el libre desarrollo de la personalidad impide mantener la mujer en una relación conyugal indeseada, en este sentido, afirma G. ESTEBAN DE LA ROSA: «*es posible tener en cuenta la citada legislación en orden a la protección de otro derecho fundamental, al libre desarrollo de la personalidad (10.1 CE)*»[468].

De todo lo expuesto, se puede afirmar que el reconocimiento de una decisión marroquí de divorcio basado en causas debe obtener el reconocimiento por la equivalencia funcional existente entre este tipo de divorcio en ambas regulaciones. Dicho divorcio tiene la finalidad de promover la libertad matrimonial de los cónyuges, su libre desarrollo y dignidad. Un reconocimiento que debe ser posibilitado mientras reúne las exigencias fundamentales del foro y, no alteraría sus principios constitucionales. Sin duda, cuando la mujer considera que el vínculo matrimonial está roto de hecho y de derecho cabe preguntarse en palabras de J-Y. CARLIER: «*fallait-il opposer une dignité théorique d'égalité des sexes à la dignité pratique de la vie indépendante […]*»[469].

E. Orden público y *ṭalāq jul'*

a. Posición doctrinal

Se estima que el *jul'* debe obtener el reconocimiento siempre que la mujer haya consentido de manera clara a esta modalidad y haya solicitado dicho reconocimiento[470]. La toma en cuenta de la voluntad de la esposa examinando, *in concreto*, que se trata de una voluntad libre, cuando por ej. el montante de la compensación es razonable o simbólico, permite evitar las situaciones claudicantes[471].

En efecto, el hecho de que la esposa haya invocado el divorcio mediante compensación constituye la prueba de su consentimiento a este modo de disolución del matrimonio. Por lo tanto, el criterio de la conformidad de este tipo de *ṭalāq* al orden público

[468] Véase, "Reconocimiento de la igualdad…", *loc. cit.*, p. 156.
[469] Véase, "Quant l'ordre public fait désordre. Pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé: à propos de deux arrêts de cassation relatifs à la polygamie et à la répudiation», *RGDC*, 2008, n°. 9, p. 528.
[470] Esta tendencia jurisprudencial apareció en Francia tras la adopción por el legislador francés del divorcio por consentimiento mutuo mediante la reforma que tuvo lugar por la Ley 11 de julio de 1975, n°. 75/617, *JORF* n°. 0161 de 12 de julio de 1975.
[471] Véase, M-C. FOBLETS, J-Y. CARLIER, *Le Code marocain…*, *op. cit.*, p. 70. Los autores estiman que: *"siempre que esta coincide con la dote ya pagada por el marido para poder divorciarse, o sea menor que esta (para que no haya desigualdad*)" (*ibíd.*, p.196).

es la búsqueda del consentimiento de la esposa, esto es, el destino del *ṭalāq* y el estado de los esposos depende de la voluntad de la esposa[472].

Por otro lado, la doctrina establece una fuerte aproximación entre el *ṭalāq jul'* y el procedimiento de divorcio por consentimiento mutuo[473]. Las similitudes entre ambas formas radican en que el *jul'* tiene lugar a iniciativa de la esposa con el consentimiento del otro cónyuge; no se exige causa o motivo concreto para solicitarlo; se realiza mediante un acuerdo entre ambos esposos bajo el control judicial[474]; junto a que los esposos convienen sobre el principio de la disolución y sus consecuencias.

En consecuencia, el reconocimiento del *jul'* exige que los esposos acuerden, además de la compensación, las disposiciones relativas a la manutención y el régimen de visitas de los hijos/as ya que son cuestiones de orden público[475]. En la actualidad, la regulación marroquí cumple con dichas exigencias gracias a un efectivo control judicial (véase, Cap. I).

b. Práctica jurisprudencial

El rigor que la jurisprudencia ha manifestado en relación con el *ṭalāq* se encuentra matizado cuando se trata del reconocimiento de una decisión basada en un *ṭalāq jul'*[476].

Esta flexibilidad se debe al acuerdo de los cónyuges que, según P. JUÁREZ PÉREZ permite considerar: «*a salvo la exigencia de igualdad jurídica del marido y la mujer frente a la acción de divorcio*»[477].

Esta recepción favorable del *ṭalāq jul'* se desprende de las sentencias judiciales anteriores a la entrada en vigor del CHM y bajo la antigua regulación del CEP. Así, el TS[478] otorga el exequátur a una decisión marroquí basada en el *ṭalāq jul'* pronunciando en este sentido:

« *[…], no cabe entender en este caso vulnerado derecho constitucional alguno ni principio rector o inspirador de nuestro ordenamiento jurídico que sirva para definir el concepto de orden público, que, en consecuencia, respeta la resolución cuyos efectos quieren*

[472] Véase, R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international…, op. cit.* p. 152.
[473] Véase, H. ENGLERT, "Divorce et répudiation", *Actualités en droit international privé*, ARNAUD NUYTS (coord.), Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 73.
[474] Véase, R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international…, op. cit.* 147 y148.
[475] Véase, A. QUIÑONES ESCAMEZ, "La disolución del…", *loc. cit*., p. 144.
[476] Si bien en alguna ocasión se ha denegado el exequátur a este tipo de *ṭalāq.* CENDOJ, ATS de 06 de febrero de 1996, (Roj 364/1996).
[477] Véase, P. JUÁREZ PÉREZ, "Hacia un derecho…", *loc. cit.*, p. 335.
[478] CENDOJ, auto nº. 1360/1997, de 27 de enero de 1998 (1998/40898).

hacerse valer en España, tanto en su aspecto procesal como en su vertiente sustantiva». El TS considera que a pesar de la denominación «*divorcio o repudio*», el ordenamiento marroquí atribuye tanto al esposo como a la esposa la facultad de promoverlo[479].

Otro ejemplo, esta vez, tras la entrada en vigor del CFM, refleja una posición relevante del TS en su sentencia de 25 de enero de 2006 en la cual se equipará el *ṭalāq jul'* a un divorcio consensual[480].

Ahora bien, de la jurisprudencia se desvela que el *ṭalāq jul'* no siempre beneficia de un trato favorable. Efectivamente, siendo un modo de disolución del matrimonio basado en un acuerdo entre cónyuges sobre la compensación que la esposa debe entregar al marido, dicha compensación tiene que ser conforme al orden público. En concreto, al denominado «*principio de indisponibilidad de orden público parental*»[481].

Ello conduce a la siguiente pregunta: ¿la decisión marroquí basada en el *jul'* podría ser rechazada cuando la mujer haya renunciado a sus derechos parentales en el procedimiento? [482]

Se trata de una cuestión que revierte gran interés al poner en juego los derechos de los hijos/as. A este efecto, la práctica jurisprudencial demuestra que en alguna ocasión se ha denegado el exequátur del *jul'* debido a que la decisión marroquí carece de disposiciones relativas a los hijos (guarda y custodia…etc.)[483]. En este sentido se pronuncia el Auto de la AP de Barcelona de 15 de febrero de 2019 cuando afirma:

"*el tribunal competente para examinar la eficacia de la resolución extranjera compruebe que en la misma no hay nada contrario al orden público aplicable en el Estado en que se solicita la ejecución, o a los principios de derecho aplicables en dicho Estado, lo que ocurre en el caso al renunciar la madre a la pensión de alimentos a sus hijos, concepto irrenunciable según el art. 237-12 CCCat[484], es por lo que debemos estimar el presente recurso*".

---

[479] ARANZADI WESTLAW, ATS de 27 de enero de 1998 (RJ 1998/2924); de 21 de abril de 1998 (RJ 1998/3563); de 8 de junio de 1999 (RJ 1999/4346).
[480] ARANZADI WESTLAW, (JUR 2006/4338).
[481] Véase, Nota M-L, NIBOYET, "L'avenir du nouveau…", *loc. cit*., p. 16.
[482] Se trata de los derechos relativos a los hijos: la *nafaqa* de los hijos (manutención) o bien su *hadana* (guarda). Cabe recordar que, de conformidad con el CFM, la compensación puede consistir en los derechos de los hijos/as. No obstante, ello está condicionado con que la madre tenga medios económicos (art. 119 CFM).
[483] ARANZADI WESTLAW, AP Toledo nº. 62/2006, de 1 de marzo de 2006, (JUR 2006/127284).
[484] Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, *BOE* n°. 203, de 21de agosto de 2010.

Esta posición de la AP se encuentra perfectamente correcta porque pretende salvaguardar los derechos de los hijos/as, que son personas vulnerables en esta relación jurídico-privada. Pero, hubiera sido preferible, en el caso concreto, hacer uso del mecanismo del exequátur parcial para reconocer la parte relativa a la disolución del vínculo matrimonial con el objetivo de permitir a la mujer marroquí recuperar su libertad matrimonial y modificar la parte relativa a la *nafaqa* de los hijos/as imponiendo al padre el pago de las sumas que le corresponden a favor de estos últimos.

En la jurisprudencia francesa se ha otorgado el exequátur de una decisión marroquí de «repudio-divorcio» solicitado por la mujer al considerarlo como una forma equivalente del divorcio por consentimiento mutuo[485]. No obstante, algunos tribunales tratan de manera estricta esta modalidad asimilándola a un *talaq* a pesar de la intervención de la esposa en el procedimiento de origen[486].

Por tanto, las decisiones marroquíes del *ṭalāq jul'* no deben suscitar problemas a la hora de su reconocimiento, salvo en los supuestos donde existe una violación manifiesta de los derechos de la mujer (garantías procesales, abuso en el montante de la indemnización) o bien de los derechos de los hijos/as (en este supuesto existe la posibilidad del exequátur parcial).

La aplicación del método funcional y de la equivalencia funcional, ha desvelado que el *ṭalāq jul'* constituye un verdadero divorcio equivalente al divorcio en la regulación española. Si bien su denominación «*ṭalāq* por compensación» le atribuye una connotación peyorativa, en realidad se trata de un divorcio a iniciativa de la esposa, que puede ser de mutuo acuerdo o contencioso, es discrecional y judicial. En cuanto a la indemnización debida al hombre, el control judicial impide que sea abusiva y equivale a lo que son los derechos económicos que debe percibir la mujer a causa del *ṭalāq* marital. Justamente, estos elementos eliminan cualquier carácter discriminatorio y preservan la dignidad de la mujer al no privarle o imponerle una limitación gravosa para obtener el divorcio.

F. Orden público y ṭalāq bi-al-ittifāq

El método comparado aplicado, deja bien determinada la equivalencia funcional entre esta forma de ruptura del matrimonio y el divorcio de mutuo acuerdo en la regulación

[485] Véase, F. NIBOYET, *L'ordre public…*, *op. cit*., p. 45; I. FADLALLAH, "Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?", *RCDIP*, 1981, p. 17.
[486] Véase, H. ENGLERT, "Divorce et…", *loc. cit*, p. 74.

española. En principio, no debería plantear problemas a la hora de su reconocimiento por parte de las autoridades españolas al existir su correspondiente en la regulación española.

En el ordenamiento tanto marroquí como español, ambas formas garantizan la igualdad y la libertad entre cónyuges debido a que tienen igual acceso al divorcio en equivalentes condiciones, bajo el mismo procedimiento y benefician de la libertad contractual para fijar el acuerdo regulador de su divorcio[487].

Como ejemplo de la admisión a trámite de exequátur de esta forma de disolución del matrimonio, la sentencia de la AP de Sevilla que estima el recurso de la demandante tras haberle sido denegado el exequátur a su decisión de divorcio por *ṭalāq bi-al-ittifāq* obtenido en Marruecos[488]. La AP considera:

«*que con independencia de la dispensa de determinados documentos de ser legalizados de acuerdo con lo estipulado en dicho Convenio, lo realmente trascendente radica, en que " a priori" se cumplen aquellos requisitos a efectos de que una sentencia extranjera pudiese ser reconocida en nuestro país (no olvidemos, que el acta de divorcio por mutuo acuerdo verificado por ambos consortes ante los fedatarios judiciales fue homologada por el Juzgado de Primera Instancia de Mohammedia -Marruecos- de acuerdo con los tratados procesales de dicho país). De ahí que en atención a todo lo anteriormente expuesto y atribuida la competencia para la concesión del "exequátur" a los Juzgados de Primera Instancia de cada uno de los Estados contratantes, el cual concederá el derecho de ejecución a solicitud de parte interesada y conforme a la legislación del Estado en que se solicita dicha ejecución, procede la estimación de la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto y la admisión a trámite de la solicitud de exequátur interesada*»[489].

Ahora bien, cabe precisar que la decisión marroquí basada en el *ṭalāq bi-al-ittifāq* será reconocida parcialmente (parte relativa a la disolución del vínculo matrimonial) a excepción de la parte relativa a lo acordado entre cónyuges en el acuerdo, cada vez que, alguna disposición de este último resulta incompatible con el orden público internacional español

[487] Aparte, los jueces españoles aplican este tipo de *ṭalāq* (la regulación marroquí) a la ocasión de un procedimiento de divorcio entre marroquíes (CENDOJ, sent. AP Barcelona, nº. 496/2013, de 27 de junio de 2013).
[488] CENDOJ, sent. nº. 34/2012, de 23 de febrero de 2012; sent. nº. 479/2013, de 18 de junio de 2013, AP de Madrid que rechaza el recurso contra la decisión de exequátur aceptada por el TPI al considerar que la decisión marroquí pronunciando un *ṭalāq bi-al-ittifāq* cumple todos los requisitos exigidos legalmente con lo cual debe de ser reconocida.
[489] También véase, CENDOJ, AP de Madrid, nº. 479/2013, de 18 de junio de 2011, (JUR/2013/264070).

como puede ser el caso de la renuncia por parte de la esposa a los derechos de los hijos/as[490]. Así, cualquier pacto donde se exonera a cualquiera de los cónyuges de sus obligaciones alimenticias hacia sus hijos/as que son de carácter indisponible es *contra legem* y, por consiguiente, resulta contrario al orden público[491].

De lo anterior, se desprende que el *ṭalāq bi-al-ittifāq* no presenta contrariedad con el orden público internacional español. El concepto de equivalencia funcional juega aquí un papel relevante porque el *ṭalāq bi-al-ittifāq* tiene su equivalente en la regulación española. La existencia de similitudes tanto a nivel de forma como de fondo favorece su reconocimiento (pone fin al vínculo matrimonial de forma consensual o bien a solicitud de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, el acuerdo sobre el principio de la ruptura y sus consecuencias, un procedimiento idéntico para ambos cónyuges).

Por último, cabe mencionar que en ocasiones el desconocimiento de la regulación marroquí en materia de divorcio o bien el mal entendimiento de las modalidades de *ṭalāq* y *tatliq* propias de la regulación marroquí puede incidir de manera negativa sobre la solicitud de exequátur presentada ante los tribunales españoles. Así pues, nos encontramos con algunas sentencias de primera instancia que han denegado el exequátur a la decisión marroquí de divorcio y, que han sido revocadas en segundo grado debido a que la decisión marroquí cumple con todos los requisitos exigidos para su reconocimiento.

A modo de ejemplo cabe citar el auto de la AP de Sevilla, de 26 de marzo de 2018 que revoca la sentencia de instancia considerando procedente a trámite la solicitud de exequátur de la interesada. La AP se pronuncia en este sentido:

«*no puede esta Sala compartir el criterio de la Juzgadora de instancia acordando inadmitir a trámite la demanda para el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera de divorcio de su matrimonio con D. Urbano dictada por el Juzgado de Primera Instancia de*

[490] En este sentido se pronuncia la sentencia de la AP de Barcelona, de 07 de abril de 2017, nº. 3418/2017, "*la renuncia a las pensiones efectuada por la madre de los menores es nula de pleno derecho (arts.6.3, 1255, y 1814 del Código civil) va en contra del art. 237,12 del Código Civil de Cataluña que proclama que el derecho a los alimentos es irrenunciable y además perjudica los intereses de los menores. La madre de acuerdo con el derecho español no pudo renunciar a las pensiones de sus hijos estando ante un derecho indisponible (SAP Barcelona Sc 12 de 2/12/2013). Por ello no puede ser tenido en cuenta para ser valorado como prueba como pretende el recurrente*".

[491] Es lo que se destaca de la sentencia de la AP de Barcelona que en el proceso de modificación de medidas reguladoras de una decisión de divorcio reconocida en España cuando dispone: *"lo que refleja la transcripción literal del acuerdo es que se viene a premiar a uno de los progenitores (la madre en este caso), por el incumplimiento sistemático de una obligación natural y de orden público".* CENDOJ, de 07 de febrero de 2013, nº. 334/2012.

Kenitra (Marruecos) con fecha 10 de Enero de 2017; toda vez, que no solo a través de lo dispuesto en el Convenio de Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa suscrito entre el Reino de España y el de Marruecos firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 publicado en el BOE de 25 de Junio de mismo año y concretamente en su artículo 23 las resoluciones judiciales en dichas materias 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:

1º) Que la resolución emane de un órgano jurisdiccional competente según las normas aplicables en el país en que hubiera sido dictada;

2º) Las partes han sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes;

3º) Que la resolución haya adquirido autoridad de cosa juzgada y llegado a ser ejecutoria conforme a las leyes del Estado en que haya sido dictada; sino que de lo actuado se deduce, que a priori se cumplen aquellos requisitos a efectos de que una sentencia extranjera pudiera ser reconocida en nuestro país (como se desprende del acta de divorcio aportada y traducida efectuada ante los fedatarios judiciales y homologados ante el Juzgado de Primera Instancia de Kenitra -Sección Justicia de la Familia-Marruecos- de acuerdo con las normas procesales de dicho país).

De ahí, que en atención a todo lo anteriormente expuesto con cumplimiento de los requisitos legalmente exigibles y atribuida la competencia para la concesión del exequátur a los Juzgados de Primera Instancia de cada uno de los Estados contratantes, el cual concederá el derecho de ejecución a solicitud de parte interesada y conforme a la legislación del Estado en que se requiera dicha ejecución»[492].

Junto al orden público, la equivalencia funcional también ofrece una interpretación distinta de las demás condiciones requeridas para el reconocimiento de la decisión marroquí adaptada a la realidad de la situación privada internacional. En consecuencia, dichas condiciones adquieren nuevo aspecto que se manifiesta en la la reducción del ámbito de actuación del orden público. Ello se verificará a continuación.

[492] CENDOJ (Roj: AAP SE 905/2018-ECLI: ES: APSE: 2018:905ª).

V. Otras condiciones para el reconocimiento

1. Cuestiones relativas a la autoridad que dictó la decisión

A. Competencia del tribunal marroquí

El art. 23.1 dispone que: «*la resolución emana de un órgano jurisdiccional competente según las normas aplicables en el país en que hubiera sido dictada*». Por lo tanto, la decisión dictada en uno de los Estados parte tendrá efecto en el otro siempre que emane de un órgano jurisdiccional competente[493]. Dicha competencia debe ser apreciada a la luz de las normas aplicables en el país de origen de la decisión.

Lo anterior significa que la competencia del tribunal marroquí se aprecia según las normas de DIPr marroquí, se trata del control de la competencia judicial internacional de dicho tribunal. Es un control que se limita a verificar su competencia a conocer situaciones o casos de tráfico externo y no se extiende al control de la competencia interna de dicho tribunal. Este control no significa la aplicación por parte del tribunal marroquí de la ley prevista en el foro en situaciones similares[494]. Su objetivo consiste en evitar el fraude procesal, la proximidad del supuesto con el tribunal que ha conocido el asunto[495].

Según F. SILVA: «*el sistema convencional bilateral entre España y Marruecos ha optado por un sistema unilateralista, lo que quiere decir que las normas de competencia directa de cada Estado se convierten en normas de competencia indirecta en el otro en el trámite de exequátur*». En consecuencia, el juez debe examinar la concurrencia de los foros atributivos de competencia según la legislación orgánica-procesal del Estado de donde proviene la resolución[496]. Ahora bien, si el juez español del exequátur tiene que comprobar la

[493] La disolución del matrimonio pronunciada por una autoridad religiosa o consular no tiene eficacia en España. Por un lado, carece el requisito de una decisión judicial y, por otro, el de una autoridad competente en el Estado de origen. Ambos requisitos se recogen en el CHM.
[494] Véase, J-C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional…*, *op. cit*., p. 268.
[495] Véase, R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales…, op. cit*., p. 412.
[496] Véase, F. SILVA, "El exequátur de las decisiones dictadas por los tribunales de Marruecos", *Actualidad civil*, 1998, 4, p. 25. De otro lado, para facilitar la comprobación de la competencia del tribunal marroquí se puede recurrir al sistema de cooperación establecido por el Convenio bilateral (Título 4 - arts. 33-37). Se puede solicitar la información por vía de la autoridad central española a la autoridad central marroquí. Dichas autoridades vienen constituidas en ambos países por el Ministerio de Justicia (art. 4 CHM).

competencia internacional del tribunal marroquí a la luz de sus normas, este último no ha determinado la competencia judicial internacional de sus tribunales[497].

Para dar respuesta a este vacío legal, se aplican algunas reglas internas de competencia en la determinación de la competencia internacional del tribunal extranjero[498]. Estas normas son las del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC) en sus arts. 27 a 30 y las del CFM en su art. 79 referido al divorcio bajo control judicial[499]. Para los demás casos de disolución del matrimonio, se aplicarían los criterios generales de competencia previstos en el art. 27 del CPC que atribuye la competencia al Tribunal del domicilio o de la residencia del demandado. En caso de pluralidad de los demandados, el demandante puede optar por el tribunal del domicilio o de la residencia de cualquiera de ellos.

La regulación de la competencia judicial internacional de los tribunales marroquíes en materia de divorcio contempla criterios equivalentes a los del art. 3 del Reglamento 2201/2003[500]. No obstante, se estima que el criterio que otorga competencia a las autoridades marroquíes por el hecho de haberse celebrado el matrimonio en Marruecos no atiende al principio de cercanía y de proximidad[501].

Desde la perspectiva del DIPr español este criterio se considera como un foro exorbitante y, en consecuencia, la competencia del tribunal marroquí sentada sobre este foro no podrá ser reconocida al no cumplir con el principio de cercanía y proximidad que deben caracterizar los criterios sobre los cuales se debe fundamentar la competencia judicial internacional[502]. A

[497] Efectivamente, a diferencia de las legislaciones de Derecho comparado, la legislación marroquí no recoge ningún texto legal que regule la competencia judicial internacional de los tribunales marroquíes o los criterios que se deben seguir para su determinación. Ni el *Dahir* sobre la condición civil de los extranjeros (en adelante, DCC) ni el CPC recogen normas sobre la cuestión.

[498] Véase, M. ABOUD, *Alwayiz fi alqanun addawli aljass almagribi, Almarqaz alarabi attakafi*, Casablanca, 1994, p. 329. Encontramos las reglas: el demandante sigue al demandado; la competencia del tribunal donde se encuentra el inmueble; en caso de acuerdo de las partes otorgando la competencia de un tribunal determinado.

[499] CPC de 28 de septiembre de 1974, aprobado por el *Dahir* que incorpora la Ley n°. 1.74.447, de 28 de septiembre de 1974, *BORM* de 30 de septiembre. El CFM establece las normas de competencia relativa a la modalidad de divorcio "divorcio bajo control judicial" según la cual la competencia judicial internacional de los tribunales marroquíes cuando conocen de una demanda de divorcio bajo control judicial, cuando en Marruecos se halle, y por este orden: el domicilio conyugal; el domicilio de la esposa; la residencia de la esposa; o el lugar de celebración del matrimonio.

[500] Reglamento (CE) nº. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II *bis*), *DOUE* nº. 338, de 23 de diciembre de 2003.

[501] Véase, R. RUEDA VALDIVIA, "Las decisiones de divorcio…", *loc. cit*., p. 750.

[502] Como explica la doctrina: "*el juez de exequátur habrá de valorar circunstancialmente el carácter exorbitante del foro, en atención de forma particular, a los derechos de las partes y a la garantía de su defensa en el proceso, así como al alejamiento del tribunal de los datos del litigio y su influencia en*

juicio de R. RUEDA VALDIVIA, dicha competencia internacional debe ser reconocida por parte de las autoridades españolas de conformidad con lo estipulado en el art. 23.1 del CHM: «*la resolución emana de un órgano jurisdiccional competente según las normas aplicables en el país en que hubiera sido dictada*»[503].

Ahora bien, dicha interpretación resultaría incompatible con lo dispuesto en la LCJIMC (art. 46. c) cuando exige una conexión razonable en relación con la competencia del juez de origen, considerando que tiene lugar dicha conexión «*cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española*»[504]. En lo referido a la competencia interna del tribunal marroquí para otorgar el reconocimiento corresponde según el art. 25 del CHM al TPI.

B. Intervención de los *adules* en el *ṭalāq*

Tradicionalmente se denegaba el reconocimiento del *ṭalāq* por su carácter privado y su desarrollo al margen de cualquier autoridad judicial al amparo del antiguo CEP, esto es, por la falta de acreditación del carácter de la autoridad de los *adules*[505].

Sin embargo, esta situación ha cambiado en un primer momento con la reforma parcial del CEP[506]. En consecuencia, la importancia de la autorización judicial del acta de los *adules* para el reconocimiento de la decisión marroquí basada en el *ṭalāq* quedó aclarada en el auto del TS de 17 de septiembre de 1996[507]. Más adelante con la reforma de 2004, el CFM en su art. 78

---

la correcta administración de justicia" (véase, J-C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional…*, *op. cit*., p. 270.

[503] Véase, R. RUEDA VALDIVIA, "Las decisiones de divorcio…", *loc. cit*., p. 750.

[504] El subrayado es nuestro. Este criterio de equivalencia en materia de competencia también está recogido en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, *BOE* n°. 175, de 22 de julio de 2011.

[505] El *ṭalāq* recoge la voluntad unilateral del marido de disolver el vínculo conyugal. Sentencias localizadas en la base de datos ARANZADI WESTLAW, ATS de 21 de julio de 1998 (RJ 1998/5337). Varias sentencias se pronuncian en este sentido: ARANZADI WESTLAW, ATS de 6 de febrero 1996 (RJ 1996/7192); ATS de 20 de enero 1998 (RJ 1998/2667); ATS de 4 de febrero 1997; ATS de 12 de mayo de 1998 (RJ 1998/4342). Sobre esta cuestión véase, en particular, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del TS", en A-L. CALVO CARAVACA/J-L. IRIARTE ÁNGEL (edts.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, p. 56.

[506] En su art. 44 dispone: *"el repudio no puede ser registrado por los adules más que en presencia de las dos partes y después de la autorización judicial".*

[507] En la que se invoca que "*el hecho de que el divorcio se haya instado ante los adules […] enseguida se advierte sobre la subsiguiente a la homologación del Juez notarial Cadi adscrito al correspondiente tribunal*", ARANZADI WESTLAW, (RJ 1998/2908). Cabe mencionar que la posición de la jurisprudencia no siempre ha sido uniforme en cuanto al reconocimiento de las decisiones de divorcios islámicos debido a que existe supuestos en los cuales el TS no pone en cuestión el carácter privado del repudio. Sentencia localizada en la base de datos Vlex.es, ATS 21de abril de 1998, nº. recurso 737/1997.

somete el *ṭalāq* al control judicial a *priori* y a *posteriori* para que esté conforme a la ley. En este sentido, parece que a nivel doctrinal como jurisprudencial la cuestión de los *adules* ya no plantea problemas. Según la doctrina, en la actualidad el *ṭalāq* equivale a una sentencia judicial debido a la intervención del juez en el procedimiento, su carácter oficial en Marruecos, el efecto de cosa juzgada que surte y la modificación del estado civil de los esposos que genera este tipo de disolución del matrimonio[508].

De lo anterior se deduce que por varias razones la intervención de los *adules* en las modalidades de *ṭalāq* no debe presentar un obstáculo para el reconocimiento de las decisiones marroquíes. Primero, porque los *adules* revestidos de autoridad, actúan como testigos y fedatarios, lo que descarta el carácter privado de su actuación, esto es, las decisiones de *ṭalāq* instrumentadas por ellos son decisiones judiciales sin ningún carácter privado[509].

Segundo, para levantar el acta de divorcio (arts. 79; 114.2 y 3; 115 del CFM) los *adules* deben obtener la previa autorización del TPI que, una vez redactada, debe ser necesariamente homologada a *posteriori* por el mencionado tribunal que debe dictar una resolución motivada (art. 88 CFM).

Por último, la existencia en la actualidad del divorcio por mutuo acuerdo ante notario impide rechazar la disolución del matrimonio por *ṭalāq* donde intervienen los *adules*. Estos últimos, al igual que los notarios desarrollan sus funciones de forma equivalente, esto es, revestidos de *imperium*[510]. Si bien, en el caso de los *adules*, su intervención es más restringida en el ámbito matrimonial por la obligatoriedad de la homologación del acta que instrumentalicen por parte del juez, junto a la existencia de una resolución judicial. Ello conduce a preguntar: ¿hasta qué punto los divorcios de mutuo acuerdo ante notario gozarán de eficacia en Marruecos? (véase Cap. III).

Es preciso indicar que la adopción del divorcio de mutuo acuerdo ante notario además de suscitar debates a nivel doctrinal europeo, reafirma el carácter evolutivo y relativo que

[508] Véase, A. QUIÑONES ESCAMEZ, "La disolución del…", *loc.* cit., pp. 153 y 154. En el mismo sentido véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Inmigración y Derecho...*, *op.cit.*, p. 370; R. RUEDA VALDIVIA, "Las decisiones de divorcio…", *loc. cit.*, p. 752. La decisión basada en el *ṭalāq* queda comprendida en la categoría de las resoluciones judiciales de la normativa sobre reconocimiento y ejecución del CHM al ser aplicada esta normativa de conformidad con el art. 22.1: "*las resoluciones judiciales en materia civil, mercantil y administrativa [...] dictadas por órganos jurisdiccionales de alguno de ambos Estados contratantes*".

[509] Los *adules* forman parte integrante del sistema, realizan funciones de carácter administrativo previo la autorización del juez y bajo su posterior control junto a la instrumentalización de actos en materias de Derecho de familia (compra, venta, sucesión…etc.).

[510] Ley de jurisdicción voluntaria 15/2015, de 2 de julio, *BOE* n°. 158, de 03 de julio de 2015.

marca la noción de orden público. Pues, si antes el carácter extrajudicial impugnaba el orden público internacional de los países europeos provocando la denegación del reconocimiento de los divorcios extrajudiciales procedentes de países islámicos y de Latino América, en la actualidad, este carácter ya no constituye una violación del orden público internacional[511].

Este cambio de posición tiene su razón de ser en la actual concepción del orden público y, su nueva interpretación presidida por la protección de los derechos fundamentales. Una interpretación que se logra mediante la incorporación del principio de equivalencia como técnica favorecedora del reconocimiento de las decisiones extranjeras al permitir dar respuestas más satisfactorias a las relaciones jurídico-privadas.

A este respecto, la LCJIC (art. 43. c) asimila el "órgano jurisdiccional" a toda autoridad, judicial o no, que tenga competencias análogas en las materias propias de dicha ley[512]. La equivalencia de competencias y funciones llevadas a cabo por ambas autoridades (jurisdiccional o no) evitaría la actuación del orden público frente a las resoluciones dictadas por notarios o una autoridad administrativa. Esto es, siempre que se cumplan las exigencias de independencia, imparcialidad, igualdad de las partes y la garantía de otorgarles los mismos derechos que pueden derivar de una decisión judicial.

En la práctica jurisprudencial española, la cuestión de los *adules* queda muy clara con el auto de la AP de Sevilla, de 26 de marzo de 2018, que revoca la sentencia de instancia considerando procedente a trámite la solicitud de exequátur de la interesada al disponer:

«*que "a priori" se cumplen aquellos requisitos a efectos de que una sentencia extranjera pudiera ser reconocida en nuestro país (como se desprende del acta de divorcio*

[511] Véase sobre esta cuestión: P. HAMMJE, "Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé: les aléas d'un divorce sans for", *RCDIP*, avril-juin 2017; M. PEREÑA VICENTE, "El divorcio sin juez en el Derecho español y francés: entre el divorcio por notario y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas y prácticas", *ADC*, 2019, T. 72, 1 ; A. BOICHE, "Divorce 229-1: aspects de droit international privé et européen: la France, nouveau Las Vegas du divorce?", *AJ Famille*, 2017; D. BOULANGER, "Divorce extrajudiciaire et extraterritorialité: faut il s'inquiéter?, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 24 février 2017, nº. 8.

[512] Esta misma disposición se recoge de forma similar en el art. 2.1 del Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, *DOUE* n°. 178, de 2 de julio de 2019; el art. 2.2 del Reglamento (CE) nº. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, *DOUE* n°. 7, de 10 de enero de 2009 y el art. 3.2 del Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones mortis causa y el Reglamento (UE) nº. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo *DOUE* n°. 201, de 27 de julio de 2012.

aportada y traducida efectuada ante los fedatarios judiciales y homologados ante el Juzgado de Primera Instancia de Kenitra-Sección Justicia de la Familia-Marruecos- de acuerdo con las normas procesales de dicho país)»[513].

De todo lo expuesto se deduce que el carácter judicial de la decisión marroquí y la autoridad que prenuncia la disolución del matrimonio no presentan en la actualidad ningún obstáculo para su reconocimiento en España. En el proceso de origen interviene una autoridad judicial con funciones equivalentes a la española junto a otra investida de *imperium*. Ello descarta cualquier carácter privado de la disolución del matrimonio por *ṭalāq*.

2. Garantías procesales

A. Derecho de defensa: un derecho fundamental

La noción de «*proceso justo*» constituye la clave del sistema de eficacia de las decisiones judiciales[514]. El derecho a un proceso justo garantizador de los derechos procesales de los justiciables constituye un derecho fundamental proclamado por la CE (art. 24). Del mismo modo el derecho de defensa está considerado como integrante de los derechos humanos contemplados en el art. 6 del CEDH. Tiene como objetivo garantizar que las partes hayan beneficiado en el juicio de origen de una tutela judicial efectiva, otorgándoles el derecho a acceder al proceso (citación y emplazamiento) y estar asistidos por profesionales[515].

Esta condición está recogida y exigida por el CHM en su art. 23.2 que dispone: «*que las partes hayan sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes*». El análisis de este precepto deja claro la exigencia de la regularidad del procedimiento para que la decisión marroquí sea reconocida en España debido a que la vulneración del derecho de defensa en el procedimiento seguido en el Estado de origen provoca la violación del orden

[513] CENDOJ, sent. nº. 72/2018. En el mismo sentido se pronuncia otra sentencia del TS: VLEX, sent. de 25 de enero de 2006, (85-20549420).
[514] Véase, A. BUCHER, *La dimension…*, *op. cit*., p. 384.
[515] Véase, E-J. FONTÁN SILVA, "El exequátur de las decisiones dictadas por los tribunales de Marruecos", *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, 1998, Ref. 46, p. 1121, T. 4, LA LEY 1904/2001, p. 14. Si bien este artículo se refiere a estas dos garantías, el control de las demás garantías (el respeto al derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas; la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa; obtener una resolución motivada y fundad en Derecho y, a interponer los recursos que procedan contra ella) se efectúa a través de la excepción de orden público del Estado requerido (España) que actúa en caso de no respeto del apartado 4 del art. 23 (véase, R. RUEDA VALDIVIA, "Las decisiones de divorcio…", *loc. cit*., pp. 726 y 727).

público procesal de recepción de la decisión «*y, en este sentido seria subsumible en la cláusula general de orden público*»[516].

A pesar del silencio del CHM, este control se llevará a cabo a la luz de las normas procesales del país de origen de la decisión judicial que se pretende reconocer, esto es, las normas contenidas en la legislación marroquí[517]. Si bien cuando las normas del Estado de origen resulten contrarias a los principios constitucionales (art. 24 CE) que regulan las garantías procesales no se otorgará el reconocimiento solicitado[518].

El estudio de la jurisprudencia refleja una posición muy estricta, a saber, rigorista de los JPI en relación con esta condición. No obstante, una posición corregida en segundo grado donde los autos de la AP ponen de manifiesto una flexibilidad aparente. Así, un auto de la AP de Cuenca de 2017 revoca la decisión del JPI considerando su posición como «*demasiado rigorista*» al denegar a trámite la solicitud de exequátur formulada por la esposa invocando la falta de documentación exigida, en particular el documento que acredite que, si la resolución marroquí se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cedula de emplazamiento o el documento equivalente. A este respecto, la AP considera: «*que el extremo relativo al contenido de algún documento pueda constar "...en la propia resolución... "*»[519].

Se considera que la AP ha acertado al admitir a trámite la solicitud de exequátur teniendo en cuenta que en la misma decisión marroquí se confirma la presencia del marido durante el proceso de divorcio. Además, la AP se refiere a la LCJIMC que admite a este trámite un «*documento equivalente*». Por lo tanto, la decisión del JPI carece de fundamento y va en contra del mencionado precepto, contra el espíritu de flexibilidad y protección de los derechos de las personas y la cooperación judicial. Precisamente, la LCJIMC al consagrar el

---

[516] Véase, F-J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Civitas, Pamplona, 2014, p. 267.
[517] Véase, E-J. FONTÁN SILVA, "El exequátur de…", *loc. cit*., p. 15.
[518] *Idem.*
[519] La AP declara: "*las normas se deben interpretar en relación con el contexto, (artículo 3.1 del Código Civil), y si la propia Ley 29/2015, de 30 de julio, permite que el extremo relativo al contenido de algún documento pueda constar "...en la propia resolución...", (véase el artículo 54.4.c de dicha Ley 29/2015), no parece desacertado interpretar que, en principio y al menos para la admisión de la solicitud, (y con independencia de lo que pueda resultar y decidirse durante el desarrollo ulterior del expediente), también estaría permitido que el específico extremo pretendido por el Juzgado de primera instancia de Tarancón, (documento que acredite si la Resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la célula de emplazamiento o el documento equivalente), conste en la propia Resolución. Y aquí resulta que dicho extremo ya se refleja en la propia Sentencia dictada en el Reino de Marruecos, (el esposo intervino en el proceso, como demandante, asistido de Letrado)*". CENDOJ, sent. nº. 66/2017, de 26 de septiembre de 2017.

principio de equivalencia y extenderlo al derecho de defensa cuando habla de «*o el documento equivalente*» persigue la realización de dichos objetivos.

Por otro lado, el CHM establece como condición para el reconocimiento que la solicitud de exequátur se acompañe de una «*copia certificada conforme de la citación hecha a la parte que haya sido condenada en rebeldía*». Esta condición permite «*evitar que pueda darse efecto en el Estado requerido a una decisión dictada en el Estado de origen en rebeldía del demandado cuando esta puede calificarse de involuntaria, por haberse privado al demandado de la posibilidad de saber del inicio del proceso o de personarse en el de forma útil para defenderse de las pretensiones deducidas en su contra*». En caso contrario, la declaración de rebeldía será calificada de voluntaria o de conveniencia y no constituirá un obstáculo al reconocimiento[520].

En la práctica jurisprudencial citamos el Auto de la AP de Sevilla que concede el exequátur a una decisión marroquí de divorcio al que fue denegado el reconocimiento en primera instancia disponiendo que:

«*dicha resolución firme de divorcio ha sido dictada por un órgano jurisdiccional competente del Reino de Marruecos, de acuerdo con los trámites procesales de aquel país y aunque dictada en rebeldía ello no obsta el reconocimiento que se pretende según los términos del Tratado de referencia*»[521].

De lo que precede, se puede afirmar que en algunos pronunciamientos de la decisión marroquí viene indicado de manera implícita la oposición o la presencia de la mujer en el proceso de *ṭalāq* marital (por ej. el hecho de anunciar que se le ha acordado los derechos que le corresponden). De ahí, la importancia de que se formule de manera expresa en la decisión marroquí la notificación de la mujer, su presencia, así como la obtención de todos sus derechos económicos que le corresponden[522].

B. ¿Derechos de defensa equivalentes?

La concepción del *ṭalāq* en los países occidentales siempre se ha vinculado a la de un acto privado realizado a instancia del marido de forma unilateral, discrecional y arbitraria (véase Cap. I). Estas características han repercutido sobre el reconocimiento de este tipo de divorcio por los tribunales europeos al considerar que vulnera el derecho de defensa de la

[520] Véase, R. RUEDA VALDIVIA, "Las decisiones de divorcio…", *loc. cit*., p. 724 y 725.
[521] CENDOJ, auto nº. 130/2011, de 19 de julio de 2011.
[522] Dote aplazada; manutención; indemnización, alojamiento o gastos de alojamiento.

esposa. Tradicionalmente este argumento ha sido motivo de denegación del exequátur en España de este tipo de disolución del matrimonio pronunciados en los países islámicos[523].

Sin duda, se debe entender que antes de la reforma de 2004, al ser de carácter privado, esto es, llevado a cabo ante los *adules* de forma unilateral por parte del marido, la mujer no podía participar en el procedimiento. De tal modo, el *ṭalāq* suponía la violación de un derecho fundamental de la mujer a no quedar en indefensión en el proceso de origen[524].

Ahora bien, en la actualidad, al igual que en la regulación española, todos los tipos de disolución del matrimonio (*ṭalāq* y *taṭlīq*) se desarrollan según un procedimiento que garantiza a ambos esposos de ser notificados, debidamente presentados, la exigencia de un debate contradictorio para poder defenderse, hacer prevalecer sus pretensiones o reivindicaciones, además de defender sus derechos, sin olvidar la obligatoriedad del intento de conciliación y la intervención del MP en caso de dirección desconocida de la esposa. Todo ello permite averiguar si hubo indefensión de la esposa durante el proceso en origen[525].

La aplicación de la equivalencia funcional sobre esta cuestión ha permitido determinar de manera concreta la solución aportada en la actualidad en Derecho marroquí a la hora de

---

[523] Como se refleja a través de distintas sentencias: ARANZADI WESTLAW, ATS de 18 febrero de 2003 (JUR 2003/50254); ATS de 16 de abril de 2002 (JUR 2002/120044); ATS de 21 de abril de 1998 (RJ 1998/3563), ATS de 27 de enero de 1998 (RJ/1998/2924); ATS de 23 julio de 1996 (RJ 1998/2907).
En algunos casos, en el ámbito de extranjería, para la concesión del permiso de residencia a la segunda esposa, se ha tenido en cuenta que el extranjero se haya divorciado de su primera esposa conforme a un procedimiento que ha garantizado todos los derechos de la primera esposa. Siendo relevante en este caso la concurrencia de la voluntad de la primera esposa para disolver el matrimonio (véase, A. QUIÑONES ESCAMEZ, "La disolución del…", *loc. cit*., p. 144).

[524] Sobre esta cuestión véase: A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional…*, vol. 2, *op. cit*., p. 295. En la doctrina francesa se considera que: "*el repudio al no ser una instancia en el sentido que lo entendemos, la mujer nunca tuvo en realidad la posibilidad de hacer valer sus pretensiones. La mujer no interviene en el procedimiento […]*" (véase, F. MONEGER, "Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français ? ", *RCDIP*, 1981, (1), p. 353).

[525] El art. 81 del CFM dispone: "*el Tribunal convoca a los cónyuges para realizar un intento de reconciliación. Si el esposo recibe personalmente la notificación y no se persona, se considera que ha renunciado. Si la esposa recibe personalmente la notificación y no se persona y no realiza alegaciones por escrito, el tribunal le notificará a través del Ministerio Público que, si no se presenta, se archivará el expediente. Si todo indica que la dirección de la esposa es desconocida, el Tribunal recurrirá al Ministerio Público para averiguar la dirección correcta. Y si se acredita que el esposo ocultó la dirección de forma intencionada, se le aplicará la sanción que prevé el artículo 361 del Código penal a petición de la esposa".* Traducción de los artículos del CFM tomada de G. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad* (traducción comentada del Código de Familia de 2004), Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 2009.

verificar el cumplimiento de esta condición del reconocimiento. En ambos ordenamientos la ruptura del vínculo matrimonial se desarrolla según procedimientos equivalentes con garantías análogas.

En relación con la regulación marroquí, la doctrina estimó en su momento que, el refuerzo de los derechos de la mujer marroquí en el procedimiento de disolución del matrimonio constituye un aporte relevante al permitir evitar la actuación de la excepción de orden público internacional, reducir la facilidad con la que se estaba realizando el acto de *ṭalāq* dando lugar a la necesidad de un análisis exhaustivo del caso concreto para verificar si en realidad los derechos de la mujer han sido vulnerados[526].

En la actualidad, la denegación del exequátur sobre la base de la vulneración del derecho de defensa solo tendrá lugar cuando, en el caso concreto, se desprende la existencia de indefensión debido a la ambigüedad de la decisión marroquí en cuanto a la notificación y la presencia del demandado en el proceso, así como la falta de documentación que acredite dicha presencia.

3. Firmeza de la decisión marroquí

A. Norma de orden público

Según el CHM la decisión debe haber adquirido autoridad de cosa juzgada y haya llegado a ser ejecutiva conforme a las leyes del Estado en que haya sido dictada. El convenio exige como prueba de ello la aportación por parte del solicitante de la homologación de una *Certificación del Secretario del órgano jurisdiccional* competente acreditando que la decisión no ha sido objeto de ningún recurso ni de apelación (art. 28.3).

De manera similar a la regulación española, la decisión marroquí de disolución del matrimonio no es susceptible de ningún recurso en cuanto a la parte relativa a la extinción de la relación matrimonial. La aportación de la certificación que consta este extremo permite el otorgamiento del exequátur. Ello se desprende con claridad del auto de la AP de Madrid que revoca la decisión del JPI quien rechaza la solicitud de exequátur de una decisión marroquí de divorcio si bien los interesados hayan aportado la certificación del Secretariado del órgano jurisdiccional competente como prueba de firmeza de la decisión[527]. La AP deja claro que la aportación de dicha certificación, además de la existencia de un acuerdo entre las partes

[526] Véase, M DEL P. DIAGO DIAGO, "Derecho internacional privado", *REDI,* 2004, julio-diciembre, vol. 57, p. 1081.
[527] Decisión publicada en la base de datos IBERLEY, sent. nº. 479/2013, de 18 de junio de 2013, Rec. 1340/2012.

(disolución por mutuo acuerdo) es prueba de la firmeza de la disolución de su matrimonio cumpliendo las exigencias del CHM[528].

Para algunos autores, la exigencia de dicha certificación constituye un obstáculo al reconocimiento de las decisiones entre ambos países y con el objetivo de soslayarlo proponen que sería más propicio admitir cualquier documento donde conste el carácter firme de la decisión extranjera conforme a la legislación del Estado requirente[529]. Por tanto, cuando figure expresamente en la misma decisión marroquí que no cabe ningún recurso contra esta, esto es, que se deduce de la redacción de la decisión su carácter definitivo, no cabe invocar la violación de dicha condición.

Es indudable que la aplicación de la metodología comparada en el ámbito del reconocimiento permite a los profesionales del Derecho darse cuenta de la existencia de aspectos similares que caracterizan ambas regulaciones y, a partir de ahí adoptar soluciones satisfactorias. A este respecto, se ha podido verificar que el legislador marroquí optó por adaptar su regulación interna a la de los países de su entorno con el objetivo de favorecer el reconocimiento de la decisión marroquí de disolución del matrimonio en dichos países, esto es, adoptando una norma equivalente a la española en cuanto al recurso contra la decisión de divorcio.

Esta elección legislativa ha permitido soslayar el obstáculo generado por la carencia de firmeza del vínculo matrimonial que caracterizaba la decisión marroquí dando lugar a problemáticas sufridas de manera específica por parte de la mujer marroquí. No obstante, dicha firmeza puede ser cuestionada en el supuesto de la disolución del matrimonio con carácter revocable.

---

[528] La AP declara: "*en estos términos legales es de señalar que se aporta a las actuaciones del presente rollo de apelación la certificación del Presidente de la Secretaria del Juzgado de Primera Instancia de Tetuán en la que se pone de manifiesto y así se constata que la sentencia de divorcio en cuestión recaía respecto de ambos cónyuges allí mencionados es firme y no se puede recurrir con respecto al divorcio, por lo que a salvo de mayores y otras especificaciones de dicho certificado no cabe sino entender que tal resolución reúne las condiciones y requisitos del artículo 23 del Convenio a los efectos de su ejecución por reunir la condición y presentar naturaleza y tener autoridad de cosa juzgada. […] además respecto de una resolución acordada en virtud del mutuo acuerdo alcanzado por las partes con relación a un divorcio y a unas medidas adoptadas también por metido de pacto entre las partes litigantes, como se hace constar en la copia de la sentencia de divorcio que reúne todas las condiciones necesarias para su autenticidad, tal y como exige el mencionado artículo 28 del citado Convenio, por cuanto no cabe entender que quien actúa en el proceso mediante la vía del acuerdo se alce posteriormente contra la sentencia que aprueba medidas acorde a sus pretensiones".*

[529] Véase, R. RUEDA VALDIVIA, "Las decisiones de divorcio…", *loc. cit*., p. 728.

B. ¿Cabe reconocer decisiones revocables de disolución del matrimonio?

a. Posición doctrinal y jurisprudencial

El reconocimiento de las decisiones marroquíes sobre ruptura del vínculo matrimonial en el ordenamiento jurídico español y en los demás países europeos plantea una cuestión muy particular relativa al carácter revocable del *ṭalāq* o *taṭlīq*[530]. Esta característica figura en toda decisión marroquí porque contiene necesariamente una mención a cerca de este carácter.

Que sea antes o después de la adopción del CHM, se denegaba el exequátur a las decisiones revocables por distintos motivos. La doctrina estima que esta modalidad constituye una vulneración al principio de igualdad entre el hombre y la mujer proclamado en la CE (art. 14) y los convenios internacionales sobre derechos humanos vinculantes para España. Concretamente, esta vulneración se debe, principalmente, a la idea de que el matrimonio quede provisionalmente disuelto como exigencia mínima de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE)[531]. Y, por un lado, a que el derecho de revocar y reanudar la vida matrimonial venga reconocido en exclusiva al marido[532].

En el mismo posicionamiento se mantiene la doctrina francesa cuando considera el periodo de la *'idda* como contrario al orden público internacional francés porque impide a la mujer volver a casarse de inmediato durante dicho periodo[533]. Además, en relación con su finalidad de preservación de la filiación, se estima que las técnicas médicas actuales permiten establecer la relación de filiación sin que la mujer este obligada a cumplir el periodo de espera de tres meses[534]. Si bien se considera que el periodo de retirada legal será respectado en

---

[530] Art. 122 CFM: "*toda disolución del matrimonio que declara el tribunal (tatliq) será irrevocable, excepto en dos casos: la disolución por juramento de continencia y por incumplimiento de la obligación de alimentos"*.

[531] Véase, J-V GAVIDIA SÁNCHEZ, "Concepto constitucional de matrimonio Código de familia marroquí y orden público internacional español", en J. GAVIDIA SÁNCHEZ (coord.), *Inmigración, familia…*, *loc. cit*., p. 195.

[532] Véase, R. RUEDA VALDIVIA, "Las decisiones de divorcio…", *loc. cit*., p. 758.

[533] Esto es, discriminatorio porque el hombre recupera su libertad matrimonial sin necesidad de esperar a que transcurre un plazo determinado. No obstante, la C. Cass. francesa ha censurado la decisión de la CA en el famoso caso "*Rohbi*" (C. Cass. Ch. civ. 1, de 3 noviembre de 1983, 81-15.745), descartando el carácter discriminatorio o arbitrario del periodo de la *'idda* al considerar que: "*el carácter revocable del repudio no incrementa en nada las prerrogativas del marido porque ofrece un periodo de transición que puede favorecer el acercamiento de los esposos".* Sent. consultada en: *https://www.legifrance.gouv.fr/*

[534] Así pues basándose en los avances científicos, los países europeos han suprimido en su Derecho interno el periodo de viudedad que existía anteriormente.

Europa cuando la disolución del vínculo matrimonial se realiza ante el juez de origen (en Marruecos)[535].

Frente a esta posición, otro sector doctrinal estima que el hecho de que una disolución del matrimonio sea de carácter revocable no debe constituir un obstáculo para su reconocimiento en España, ya que lo que pretende el solicitante del exequátur no es reanudar la vida matrimonial (en suspenso) sino reconocer la disolución de dicho matrimonio para poder casarse de nuevo con otra persona en España o para obtener el estado de soltero a otros efectos[536].

En opinión de A. QUIÑONES ESCAMEZ la problemática relativa al reconocimiento en España de los divorcios con carácter revocable reside en: «*la especificidad de la modalidad revocable del repudio, en ocasiones, no ha sido bien entendida por los Tribunales españoles debido a una interpretación ajustada del carácter temporal de la revocabilidad*»[537].

Efectivamente, pasados los tres meses, la disolución revocable deviene irrevocable, esto es, definitiva. En consecuencia, la presentación de una decisión revocable ante las autoridades españolas con fecha superior a tres meses del pronunciamiento de la disolución es susceptible de producir efectos en España cuando se reúnen las demás condiciones[538].

A nivel jurisprudencial, como causa principal de denegación del reconocimiento está la provisionalidad de la disolución del matrimonio por vulnerar el principio fundamental de la «*estabilidad del estado civil*». Por lo tanto, viola el orden público internacional español que actúa cuando la sentencia marroquí sea revocable a la hora de instar la demanda de exequátur ante los tribunales españoles[539].

---

[535] Véase, M-C. FOBLETS/J-Y. CARLIER, *Le Code marocain...*, *op. cit.*, p. 72.

[536] Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA/J. OUHIDA, "Reconocimiento en España de las decisiones marroquíes de disolución del matrimonio", S. SÁNCHEZ LORENZO (dir.), *La Integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009. pp. 784 y 785.

[537] Véase, "La disolución del…", *loc.cit.*, p. 142.

[538] Porque únicamente los casos de disolución de carácter irrevocable son los que contienen la mención "*divorcio irrevocable*". Para SÁNCHEZ GAVIDIA: "*ningún problema plantea esa revocabilidad, si la disolución ya es definitiva, por haber transcurrido el plazo de revocabilidad, o si la disolución ha sido revocada. En el primer caso, porque el matrimonio ha quedado disuelto, y en el segundo, porque no se ha disuelto. El choque con el orden público internacional español se da cuando se pretende el reconocimiento de efectos a una disolución solo provisional, mientras sea revocable*" (véase, "Concepto constitucional…", *loc. cit.*, p. 205).

[539] CENDOJ, ATS de 15 de julio de 1997 (Roj 337/1997), en la cual se niega el reconocimiento por la falta de acreditación por parte del solicitante del carácter definitivo e irrevocable de la disolución de la relación matrimonial.

Tanto la jurisprudencia del TS[540] como de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN, actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública) es unánime sobre la obligatoriedad de que las sentencias tengan carácter firme e irrevocable[541]. En este sentido se pronuncia la sentencia del TS cuando dispone:

«*no puede desconocerse que la disolución del vínculo por el divorcio se construye en nuestro ordenamiento jurídico desde la esencial nota de la invariabilidad, es decir, de una manera definitiva e irrevocable, lo cual no empecé a que quepa un ulterior matrimonio de los ex- esposos pero sin que en modo alguno la subsistencia del ligamen pueda quedar sometido a la libre disposición de uno de los cónyuges de manera que, por su mera voluntad, pueda volverse al anterior estado marital,-aun cuando la apreciación de las circunstancias determinantes de la revocación del divorcio se deje a una cierta Autoridad-, pues 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 igualdad de derechos del marido y la mujer que desde el art. 14 de la Constitución española […]*»[542].

De igual modo, la práctica administrativa de la DGRN se caracteriza por el rechazo del reconocimiento en España de la decisión marroquí de disolución revocable. Esta posición de la DGRN puede tener lugar cuando se le presenta la solicitud de la inscripción de un matrimonio por un marroquí residente en España o bien para acreditar una situación de soltería. La DGRN invoca la falta de certeza con respeto a las circunstancias del estado civil del interesado y, que por ello se ha considerado el contenido del Derecho marroquí como incompatible con el orden público conduciendo a denegar la homologación[543]. Si bien en

[540] CENDOJ, ATS de 23 de julio de 1996 (Roj 807/1996). Se entiende que este supuesto contradice los principios fundamentales del Derecho español que estima que este tipo de disolución del matrimonio otorga un carácter de provisionalidad o un tinte de condicionalidad, vulnerando la exigencia de firmeza de la resolución y contrastando con la disolución del vínculo por el divorcio en el Derecho español que es invariable, esto es, definitivo e irrevocable.

[541] ARANZADI WESTLAW, RDGRN de 27 de abril de 1999 (RJ 1999/10147) y de 4 de junio de 2001 (RJ 2002/5494).

[542] CENDOJ, ATS de 16 de julio de 1996 (Roj 1032/1996), ATS 21 de abril de 1998 (Roj 477/1998) y ATS 3 de abril de 2001(Roj 990/2001). El auto de la AP de Madrid, nº. 1246/2012, de 20 de noviembre de 2012 (JUR 2013/9518) dispone que: "*un divorcio Riy`í cuyo carácter y naturaleza afecta directamente a los principios de orden público de nuestro Estado, dado que se trata de reconocer un tipo de divorcio que tan solo puede ser interesado por el miembro masculino del matrimonio, lo que constituye una discriminación por razón de sexo inaceptable en nuestro derecho constitucional, a lo que se añade que dicho divorcio tiene una carácter temporal que afecta igualmente a la necesaria seguridad jurídica que requiere un cambio de estado civil*".

[543] Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, "Disolución del matrimonio…", *loc. cit*., p. 507.

algunas ocasiones se ha denegado el exequátur al considerar la revocabilidad en sí misma contraria a los principios básicos del orden público internacional[544].

Este entendimiento de la revocabilidad como un límite temporal ha sido destacado por una decisión del TS al considerar que*:*

« *[…] 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*»[545].

b. ¿Equivalencia funcional entre revocabilidad y separación matrimonial?

La idea de la existencia de cierta equivalencia entre revocabilidad y separación matrimonial fue invocada por parte de la doctrina. Así, se ha estimado que dicha similitud impide considerar la revocabilidad como incompatible con el orden público español[546]. En efecto, se ha considerado que mientras el *ṭalāq o taṭlīq* son revocables pueden equipararse a una suerte de separación[547]. Para otros, la *ʻʻidda* no es más que un corto plazo de reflexión permitiendo a los esposos que se hayan precipitado en su decisión de romper el vínculo matrimonial volver a reanudarlo fácilmente[548].

En este sentido, afirma ARENAS GARCÍA que el hecho de considerar el reconocimiento de un divorcio revocable como contrario al orden público es equivocado, se trata más bien de un problema de calificación. Según el autor, si se considera esta forma de disolución del vínculo matrimonial desde la perspectiva española, no es un divorcio sino una separación, con lo cual las decisiones basadas en una disolución revocable deben obtener del exequátur[549].

---

[544] Véase, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Divorcios extranjeros sin…", *loc. cit*., p. 59. ARANZADI WESTLAW, ATS de 21 de abril 1998 (RJ 1998\3563), RDGRN de 4 de junio de 2001 (RJ 2002\5494).

[545] CENDOJ, ATS de 21 de abril de 1998 (RJ 1998/3563), ATS de 17 de septiembre de 1996 (RJ 1998/2908).

[546] Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, "Disolución del matrimonio…", *loc. cit.*, p. 508

[547] Véase, A. QUIÑONES ESCAMEZ, "La disolución del…", *loc. cit*., p. 142. En el mismo sentido, G. ESTEBAN DE LA ROSA, "Disolución del matrimonio en el Código…", *loc. cit*., p. 508.

[548] Véase, R. RUEDA VALDIVIA, "Modificación en España de resoluciones marroquíes sobre alimentos", en M. ESCUDERO MOYA (dir.), *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 745.

[549] Asimismo, considera que el enfrentamiento a una figura extraña al ordenamiento español lleva los jueces a buscar solución en la excepción del orden público sin intentar adaptar el sistema del foro a las exigencias del tráfico jurídico internacional (véase, *Crisis matrimoniales internacionales…, op. cit*., pp. 360 y 361).

No obstante, en su opinión lo que impide el reconocimiento es la prerrogativa que se atribuye al marido a excepción de la mujer en revocar la disolución del matrimonio resultando contrario con el orden público internacional por violar el principio de igualdad entre cónyuges[550]. Ciertamente, partiendo de un juicio de equivalencia funcional para luego proceder a una calificación funcional hecha por el juez de exequátur permite equivaler funcionalmente ambas figuras porque cumplen funciones similares (véase Cap. I).

Ahora bien, el reconocimiento de la decisión de disolución del matrimonio revocable se supedita a la finalización de los tres meses sin lo cual los cónyuges aún no tienen el estado de divorciados. De otro lado, la equiparación de la separación matrimonial a la disolución revocable se ha propuesto en búsqueda de «*soluciones creativas*» manifestándose en la aplicación del Derecho marroquí por parte de los tribunales españoles[551]. Así pues, la AP de Barcelona de 18 de junio de 2002 concede la separación matrimonial a dos cónyuges marroquíes residentes en España sobre la base del principio de la equivalencia de instituciones y de resultados, al asimilar la disolución revocable del Derecho marroquí a la separación matrimonial solicitada por la esposa[552].

Sin embargo, cabe advertir que esta solución, aunque tiene como objetivo favorecer la cooperación entre ambos sistemas a través de la búsqueda de cierta equivalencia entre sus instituciones, da lugar a un resultado contrario que es la creación de situaciones claudicantes porque la decisión española basada en la separación matrimonial no será reconocida en Marruecos[553].

Ahora bien, varios aspectos de la modalidad revocable de disolución del matrimonio marroquí en relación con la separación matrimonial han sido aclarados mediante la aplicación del método funcional y la equivalencia funcional. Así pues, la revocabilidad no es absoluta porque transcurridos los tres meses (periodo durante el cual el marido puede solicitar la

[550] *Ibíd.*, p. 361.
[551] Véase, M DEL P. DIAGO DIAGO, "La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad", en A-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (coord.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2003, p. 292.
[552] ARANZADI WESTLAW, (AC 2002/2176).
[553] Las solicitudes presentadas por las mujeres marroquíes residentes en España a las que se concede la separación matrimonial por su equiparación a la revocabilidad en Derecho marroquí no obtienen el exequátur en Marruecos por la contrariedad de la figura de la separación con el orden público. En su origen, se trató de una medida que tiene como objetivo facilitar el acceso a los tribunales españoles a las mujeres marroquíes residentes en España (art. 107 CC tras la reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre), según G. ESTEBAN DE LA ROSA "*fue criticable, pues se refiere solo a la integración en la sociedad de acogida, pero se despreocupa de que la decisión judicial española de extinción del matrimonio sea reconocida en origen*" (véase, "El nuevo Derecho internacional privado de la inmigración", *REDI*, 2007, enero-junio, vol. 59, nº. 1, p. 112).

reanudación del vínculo matrimonial condicionada con el consentimiento de la esposa), la disolución deviene irrevocable, es decir, definitiva y, con ello no debe intervenir el orden público español[554]. Esto es, constituye un límite temporal porque finalizado el plazo legal de tres meses sin que los esposos retoman la vida conyugal, esta reanudación resulta imposible y la disolución del matrimonio revierte un carácter irrevocable.

Por último, en caso de reanudación del vínculo matrimonial, dicha revocabilidad se inscribe en el RC correspondiente al lugar de nacimiento de los cónyuges, con lo cual la citada revocación ha de estar documentada y formalizada, lo que elimina cualquier duda sobre la estabilidad del estado civil de la persona interesada en homologar la decisión de su divorcio en España.

En cuanto al carácter discriminatorio que puede desprenderse de la figura de la revocabilidad debido al derecho exclusivo del marido a reanudar el vínculo matrimonial, cabe apuntar que hoy en día la esposa queda liberada de la obligación de reanudar la vida en común porque dicha reanudación se supedita a su consentimiento prestado ante el juez.

En el ámbito del reconocimiento de las decisiones, si bien las similitudes son muy relevantes entre ambas figuras, sin el transcurso del plazo de tres meses de *ʻʻidda* cualquier solicitud de exequátur será rechazada al subsistir el *ius nubendi* y, por ende, la sospecha de fraude de ley. Por ello, la equivalencia funcional existente entre ambas figuras, en particular la subsistencia del vínculo matrimonial y su función como periodo de reflexión, sirve para difuminar la falta de conocimiento de esta figura por parte de los operadores jurídicos (jueces y abogados/as).

Esto es, el método comparado, en particular la equivalencia funcional, dio a conocer las relevantes similitudes entre ambas figuras que favorecen en gran medida su entendimiento, haciendo que no sea una figura extraña y desconocida para el ordenamiento jurídico español al existir en Derecho español la separación matrimonial que es su equivalente funcional. Ello impide la denegación sistemática de la decisión marroquí con la mención "revocable".

En definitiva, rechazar el reconocimiento de la decisión revocable tras haber pasado los tres meses de *ʻʻidda*, además de generar consecuencias nefastas para el interesado haciendo que se le priva de sus derechos fundamentales que le son reconocidos por la CE y

[554] Véase, A-L CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ /RUIZ CASTELLANOS, en A-L CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Derecho internacional privado de familia*, 4 ed., Colex, Madrid, 2008, p. 226; J-C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional…*, *op. cit.*, p. 465.

los convenios internacionales como es el *ius nubendi*, es prueba de la necesidad de un conocimiento adecuado de la regulación marroquí por parte de los profesionales del Derecho en España y una valoración de su contenido antes de activar la excepción de orden público internacional[555].

Dicho lo anterior, su rechazo no puede tener lugar de manera automática y sistemática, esto es, la equiparación de la revocabilidad a una separación matrimonial por la equivalencia de función y, por ende, de soluciones evitaría la denegación de su reconocimiento y la creación de situaciones claudicantes siempre que el plazo de tres meses haya finalizado y el solicitante del exequátur haya recuperado su estado civil de soltero/a.

VI. Reconocimiento de la pensión post-divorcio: *nafaqa*

Los efectos pecuniarios de la disolución del matrimonio suscitan problemáticas en materia de orden público internacional especialmente cuando se trata de efectos derivados de decisiones basadas en los repudios islámicos[556]. En efecto, el reconocimiento y la ejecución de una decisión extranjera sobre consecuencias patrimoniales del matrimonio plantean dificultades, en particular dos tipos de problemáticas.

Por un lado, la calificación de ciertos efectos para averiguar sus equivalentes en el ordenamiento del foro. Por otro, la verificación de la compatibilidad de estas figuras con el orden público del foro específicamente en relación con el principio de no discriminación y la satisfacción de las necesidades del cónyuge que percibe estos derechos.

En Derecho marroquí, para que el juez autorice el registro del *ṭalāq* o pronuncie el *taṭlīq* debe de oficio fijar los derechos de la mujer que consisten en la *mut'a (don de consuelo), mahr* (dote aplazada) y la *nafaqa* (obligación de mantenimiento).

Esta última como figura que tiene su razón de ser en el matrimonio y su disolución, se caracteriza por su unilateralidad, limitación en el tiempo y su contenido que incluye entre otros componentes los alimentos, puede generar algunas reticencias en cuanto a su reconocimiento en el foro. En consecuencia, resulta pertinente verificar el grado de recepción

[555] Así, según M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: "*el ius nubendi, el derecho a contraer matrimonio, como derecho fundamental consagrado internacional y constitucionalmente, es un elemento que propicia la aplicación del derecho extranjero y la validez de las situaciones jurídicas*" (véase, "ius nubendi y orden público matrimonial", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2000, año 54, n°. 1862, p. 425.

[556] Véase, N. JOUBERT, "Une loi étrangère qui ne prévoit pas d'allocation financière suffisante après divorce est contraire à l'ordre public international", *RCDIP*, Dalloz 2007.

de esta figura por los tribunales españoles en los procesos de reconocimiento teniendo en cuenta el grado de equivalencia funcional constatado en el capítulo primero.

1. Naturaleza de la *nafaqa* y orden público

La doctrina estima que la *nafaqa* no corresponde al derecho de alimentos que existe en el CC español. Por un lado, debido a la falta de reciprocidad que le caracteriza y, por otro, a la falta de toma en consideración de la situación económica y/o las necesidades de la esposa[557]. En cuanto a su posible equiparación a la pensión compensatoria, se estima que no existe un concepto similar a la pensión compensatoria en el CFM[558].

No obstante, a nivel de conflicto de leyes, la jurisprudencia europea adopta una amplia interpretación del concepto de alimentos. Así, por ej. el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) opta por una concepción muy extensa de dicho concepto que incluye la pensión compensatoria como efecto derivado del divorcio aunque no tiene necesariamente un carácter alimenticio[559]. En el mismo sentido, la CJUE ha asimilado la pensión alimenticia a la pensión compensatoria[560].

Aparte, la pensión post-divorcio que, para la determinación de su cuantía toma en consideración las necesidades y los recursos de cada uno de los cónyuges y tiene como finalidad la manutención del cónyuge, debe ser considerada como una pensión de «alimentos»[561].

Sobre esta cuestión subraya la doctrina que el concepto de alimentos en Derecho internacional es más amplio que el concepto de alimentos en Derecho interno en la medida en que engloba toda prestación entre cónyuges reconocida en la ley y, por tanto comprende la

---

[557] Véase, M-D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho de familia…*, *op. cit.*, 2010, p. 194.
[558] Véase, E. GÓMEZ VALENZUELA/ K. OULD ALI, "Códigos culturales, inserción…", *loc. cit*., p. 529.
[559] Véase, A-P ABARCA JUNCO (dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Derecho civil internacional, Univ. Nacional De Educación a Distancia, Madrid, 2010, p. 287.
[560] CJCE, 6 de marzo de 1980 (véase, F. MONÉGER, "L'application du nouveau…", *loc. cit*., p. 88).
[561] STS de 21 de julio de 2000 (véase, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Alimentos", en A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de familia internacional*, 4 ed., Colex, Madrid, 2008, p. 389).

pensión compensatoria[562]. Es un concepto propio de DIPr de producción comunitaria que incluye toda obligación de alimentos derivada de una relación de familia[563].

Lo anterior aboga por englobar la *nafaqa* en dicho concepto (en la misma categoría que la pensión compensatoria) por su contenido hibrido, esto es, como pensión post-divorcio que cubre los alimentos además de otros componentes. Junto a ello, ambas figuras son funcionalmente equivalentes, esto es, desarrollan una función similar que es facilitar tras finalizar la vida conyugal una cantidad de dinero al otro cónyuge con el objetivo de subvenir a sus necesidades vitales (véase Cap. I). Aparte, no hay que olvidar que en Derecho español existe la obligación de otorgar, en caso de separación matrimonial, una pensión alimenticia al cónyuge necesitado, una obligación que deriva del principio de solidaridad[564].

Por último, no debe dejarse llamar la atención sobre el hecho de que en materia de conflicto de leyes, en la práctica, se hace recurso a una amplia interpretación de los conceptos de Derecho extranjero para permitir englobar instituciones extranjeras que cumplen una función similar[565]. Precisamente, la comparación incide sobre la interpretación de las reglas de conflicto, esto es, dando a los términos usados por dichas normas, que son prestados del Derecho positivo (divorcio, régimen matrimonial…etc.) un sentido más amplio que aquel que revisten en el Derecho positivo del foro[566].

---

[562] Sent. AP de Barcelona, de 25 de septiembre de 2018 (véase, A-L. CALVO CARAVACA, en A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCO GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. 1, 17 ed., Comares, Granada, 2017, p. 660.

[563] Reglamento (CE) nº. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (*DOUE* nº. 7, de 10 de enero de 2009). Su ámbito objetivo viene establecido en el art. 1 que dispone que "*el Reglamento es aplicable a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad*". El concepto de alimentos en DIPr es más amplio que el de nuestro Derecho interno englobando toda prestación reconocida en la ley entre cónyuges y comprendiendo la pensión compensatoria (SAP Barcelona 25 septiembre 2018). También, "*incluye todas aquellas prestaciones que la Ley establece con el objetivo de paliar las necesidades económicas de ciertas personas y que se imponen sobre ciertos parientes o personas que disponen de mayores recursos económicos. Además no importa la denominación jurídica de la prestación a satisfacer (pensión compensatoria, pensión de desequilibrio, alimentos, deber de socorro, manutención*" (véase, A-L. CALVO CARAVACA, en A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCO GONZÁLEZ, *Derecho internacional…*, vol. 1, 17 ed., *op. cit*., p. 660).

[564] Cabe mencionar que algunos autores asimilan la *nafaqa* al deber de socorro entre cónyuges vigente en la regulación francesa en la medida en que se trata de un deber en forma de una deuda solicitada ante el juez y ejecutada en forma de pensión (véase, R. EL HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international…*, *op. cit*., p. 56).

[565] Véase, M-C. FOBLETS, "Le statut personnel musulman devant les tribunaux en Europe", en P. KAHN (dir.), *L'étranger et le droit de la famille*: *pluralité ethnique, pluralisme juridique*, París, 2001, p. 37.

[566] Véase, E. JAYME, "Droit comparé et…", *loc. cit*., p. 107.

De otro lado, siendo la *nafaqa* una obligación exclusivamente a cargo del marido conduce a la siguiente pregunta: ¿si la falta de reciprocidad de la *nafaqa* sería contraria al principio de igualdad entre cónyuges y, por ende, contraria al orden público internacional español?

Tradicionalmente al considerar la *nafaqa* como la expresión de la subordinación de la mujer al hombre y una contraprestación de las obligaciones generadas por el matrimonio impide su compatibilidad con el orden público internacional español[567].

A priori, se estima que la *nafaqa* carece del elemento de reciprocidad exigido en cualquier estipulación legal obligatoria que permite superar la barrera del principio constitucional de igualdad (art. 14 CE)[568]. Esto es, en opinión de E. ZABALA ESCUDERO, desde la perspectiva de los Derechos occidentales, atentaría contra el principio de igualdad de los cónyuges durante el matrimonio y en su disolución, si bien su función es precisamente tratar de equilibrar la situación de los cónyuges[569].

Desde este enfoque, para facilitar el reconocimiento de la *nafaqa* en el ordenamiento español, se debe atender a su función y su finalidad que es otorgar a la mujer medios de vida post-divorcio, esto es, una expectativa económica, sobre todo si se tiene en cuenta que en muchos casos la mujer marroquí en general e inmigrante en particular no tiene ingresos propios o bien suficientes en comparación con el marido.

En este contexto, conviene ponderar las necesidades en juego y las consecuencias de la denegación del reconocimiento. Por lo tanto, habrá que considerar que se trata de una figura que tiene como finalidad favorecer los intereses económicos de la mujer y, por otro, que la mujer es quien solicita el reconocimiento y ejecución de la decisión en su país de residencia[570].

---

[567] Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, "Aplicación de la nueva Mudawwana marroquí en España: con una perspectiva de género", *Mujer inmigrante, desarrollo sostenible y diversidad cultural en el espacio transfronterizo del Estrecho*, Proyecto Menara, Fundación Tres Culturas, 2013, p. 503.

[568] Véase, M-D CERVILLA GARZÓN/I, ZURITA MARTIN, *El Derecho de familia…*, *op.cit*., p. 91.

[569] Véase, E. ZABALA ESCUDERO, "Efectos del matrimonio…", *loc. cit* p. 19.

[570] Véase, L-F. CARRILLO POZO, *"Eficacia en España…*", *loc. cit*., p. 119. En este sentido se pronuncia la AP de Huelva que, en aplicación del Derecho marroquí, dispone: "*otro tanto ocurre con el saldo de la dote (sadaq) o en su caso la pensión del periodo de espera ('idda) o el don de consolidación (mut'a) todos ellos instrumentos eminentemente diseñados para compensar a la mujer (partiendo de la hipótesis más frecuente de que ésta no obtenga ingresos propios) que no pueden por sí mismos considerarse tampoco discriminatorios máxime en este caso en el que la mujer los reclama; diferente sería que los reclamase el varón demostrando su falta de ingresos y su desequilibrio económico y se le denegasen*". LA LEY (222955/2014), sent. nº. 72/2014.

De otro lado, en materia de reconocimiento de las decisiones extranjeras, se debe considerar el contexto general y la realidad social del lugar de donde proceden las decisiones a reconocer y las instituciones en cuestión. Esto es, en el caso de la *nafaqa*, es preciso valorarla como un derecho adquirido por la mujer marroquí en relación con los distintos derechos propios al hombre que todavía no se reconocen a la mujer[571]. En el contexto actual, el ideal de igualdad y paridad entre cónyuges no debe conducir a privar la mujer marroquí de algunos de sus derechos.

2. Cuantía de la *nafaqa* y orden público

Para su reconocimiento en el foro, surge otra cuestión relativa a la cuantía de la *nafaqa* fijada en la decisión marroquí que en el caso concreto puede ser insuficiente para cubrir las necesidades económicas de la mujer. En consecuencia, habrá que determinar si su cuantía constituye un apoyo financiero suficiente para la mujer marroquí residente en España, esto es, si una decisión marroquí otorgando una suma de dinero simbólica o irrisoria a la esposa puede violar el orden público internacional español.

Efectivamente, se trata de una cuestión relevante debido a la trascendencia del factor socio-económico que difiere de una Estado a otro. La doctrina apunta que cuando la cuantía de la "*pensión alimenticia*" en su sentido más amplio es tan reducida que no permite una adecuada supervivencia del acreedor de alimentos entra en conflicto con el orden público internacional[572]. Se trata de un problema práctico que es frecuente en las reclamaciones transnacionales de alimentos cuando la fijación de la cuantía de la pensión por las autoridades del Estado de origen resulte desproporcionada en relación con el nivel económico existente en el Estado del foro[573].

Si la contrariedad con el orden público internacional tiene lugar cuando la decisión o la ley marroquí no prevén ningún derecho económico a favor de la mujer marroquí tras el divorcio, lo que no es el caso en la regulación marroquí, también el carácter simbólico o irrisorio de la *nafaqa* puede obstaculizar su reconocimiento por parte del juez español[574]. En este supuesto, se plantea la cuestión de determinar si dichos derechos podrían ser considerados como suficientes en relación con los principios fundamentales del foro.

---

[571] Se trata principalmente de los derechos de *wilaya* (patria potestad) y la herencia.
[572] Véase, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Alimentos", *loc. cit*., p. 398.
[573] Véase, A. RODRÍGUEZ BENOT, "Derecho de alimentos de la mujer marroquí en España", en C. RUIZ SUTIL/R. RUEDA VALDIVIA (coord.), *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Instituto Andaluz de La Mujer, Sevilla, 2008, p. 334.
[574] Véase, A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Derecho e inmigración…, op. cit*., p. 191.

Para remediar este disfuncionamiento, se recurre a la modificación de la parte de la decisión referida a la *nafaqa* para adaptarla al nivel de vida en España a través de la técnica del exequátur parcial[575]. En efecto, las autoridades españolas pueden modificar una resolución marroquí con alimentos cuando dicha decisión es susceptible de reconocimiento, sino cualquier modificación queda descartada[576].

Así pues, con el ánimo de proteger los derechos pecuniarios de la mujer marroquí, la jurisprudencia española se ha mostrado favorable ante el reconocimiento de sus derechos derivados del divorcio. Efectivamente, cuando se trata de reconocer una decisión marroquí de disolución del matrimonio y, por ende, los derechos de la mujer derivados de ella (en su caso de los hijos/as), el juez español procede a una adecuación de dichos efectos al lugar de residencia de los interesados. En consecuencia, no se procede a denegar el reconocimiento de las figuras marroquíes que constituyen los efectos económicos del divorcio, sino su modificación cuando su cuantía es demasiado inferior al nivel de vida en España[577]. Esta manera de proceder resulta acorde con la tutela judicial efectiva que aboga por la adaptación de los ingresos de ambos cónyuges en el país de residencia[578].

Sobre esta cuestión, la AP de Barcelona de 12 marzo de 2009 reconoce los derechos otorgados a la mujer tras el divorcio pronunciado por el tribunal marroquí, de los cuales la *nafaqa*[579]. En el caso concreto, el tribunal rechaza la solicitud de la mujer de otórgale una pensión compensatoria propia a la regulación española.

Por otro lado, es importante subrayar que la *nafaqa* no debe ser tratada de manera independiente de los demás derechos económicos acordados a la mujer marroquí tras el divorcio (*mut'a*, *mahr*, indemnización). En efecto, a diferencia de la regulación española donde encontramos la pensión compensatoria como único derecho post-divorcio, en Derecho marroquí, la *nafaqa* cobre sentido cuando se consideran todos estos derechos que se acuerdan a la mujer. La interdependencia entre el conjunto de los derechos debidos a la mujer es un factor relevante que debe ser observado por parte del juez.

---

[575] ARANZADI WESTLAW, AP de Madrid de 30 de noviembre de 2005 (*A.C.* 2006\1027), AP de Madrid de 28 de abril de 2006, (*A.C.* 2006\49).

[576] En caso de denegación del exequátur a la decisión marroquí por su vulneración al orden público internacional (*nada impide que la pretensión inicial de modificación se pudiera plantear como un proceso completamente nuevo, ignorando la existencia de la sentencia marroquí*) (véase, R. RUEDA VALDIVIA, "Modificación en España…", *loc. cit*., pp. 196 y 201).

[577] Sent. n°. 184/2005, de 13 de septiembre de 2005, AP Castellón (véase, A. QUIÑONES ESCAMEZ, "La disolución del…", *loc.cit*., p. 162).

[578] Véase, A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Derecho e inmigración…*, *op. cit*., p. 236.

[579] CENDOJ, Auto nº. 150/2009 (JUR 2009/379224).

Así, cuando la *nafaqa* es insuficiente se encuentra compensada por los demás derechos económicos. En este sentido, se pronuncian las sentencias que contemplan el conjunto de estos derechos[580]. Al respecto, apunta E. ZABALO ESCUDERO: «*esta división no resulta acorde con la unidad y el carácter personal de los efectos del matrimonio del derecho musulmán, en cuyo contexto no podría entenderse esta escisión y podría dar lugar a desajustes entre los derechos materiales considerados*»[581].

Siendo de carácter indivisible, romper su unidad provocaría incoherencias que, a su vez darán lugar a situaciones claudicantes[582]. En los sistemas confesionales, tal como ocurre con las formas de la disolución del matrimonio, la exigencia de una aproximación unitaria, global e indivisible de los efectos patrimoniales de la mujer derivados del matrimonio y su disolución constituye un elemento esencial para su correcto entendimiento y, por ende, su adecuado tratamiento a nivel de DIPr.

Resulta destacable la sentencia de la AP de Girona de 12 de octubre de 2014 en la medida en que corrige la decisión del JPI al calificar esta última los derechos económicos post-divorcio de la mujer marroquí como discriminatorios[583]. La AP estima que:

"*todas y cada una de las medidas solicitadas por la demandante y recurrente no suponen discriminación legal, al contrario, le suponen expectativas económicas, algunas de las cuales no son de contemplación legal en nuestro país*".

De lo anterior, se deduce que el orden público internacional español no debe oponerse de manera sistemática a la figura de la *nafaqa*. Es preciso que el juez de exequátur proceda a una apreciación de la totalidad de los derechos acordados a la mujer marroquí en el CFM para pronunciarse sobre el reconocimiento de esta figura y su compatibilidad con el orden público. Así pues, toda apreciación abstracta y aislada de los demás derechos tendrá como consecuencia su rechazo destacando en particular su carácter insuficiente.

De otro lado, en aplicación del Derecho marroquí a los marroquíes residentes en España, se desprende que los jueces españoles se pronuncian a favor del otorgamiento de la

[580] La jurisprudencia francesa se ha pronunciado en el mismo sentido cuando niega oponer el orden público al Derecho marroquí destacando que este último prevé en la actualidad un cierto número de compensaciones que son (dote aplazada, pensión de viudedad, don de consuelo) (véase, N. JOUBERT, "Une loi étrangère…", *loc. cit*., p. 584).
[581] Véase, E. ZABALO ESCUDERO, "Efectos del matrimonio…", *loc. cit*., p. 18.
[582] Véase, P. GANNAGE, "La pénétration de l'autonomie…", *loc. cit*., p. 428.
[583] CENDOJ, (Roj: SAP GI 960/2014-ECLI: ES: APGI: 2014: 960).

nafaqa a la esposa[584]. No obstante, la posición jurisprudencial no es unánime sobre el carácter discriminatorio de esta figura ya que en primera instancia se deniega este derecho a la mujer marroquí mientras que en segundo grado los jueces se pronuncian a su favor. Por ello, ha de preguntarse si se trata de un mal entendimiento de la regulación marroquí por parte de los jueces de Primera Instancia.

El examen de la jurisprudencia permite demostrar que en general la *nafaqa* como derecho económico propio de la mujer no choca con el orden público español que sea en el ámbito de su reconocimiento o bien en aplicación del Derecho marroquí a los MRE por parte de los tribunales españoles.

De todo lo anterior, se puede concluir que la cuestión de los derechos económicos post-divorcio de la mujer en Derecho marroquí es susceptible de soslayar los obstáculos del orden público del foro. Así, en la medida en que la decisión marroquí contiene un pronunciamiento sobre la *nafaqa*, se debe otorgarle el exequátur y, en su caso, modificar la parte relativa al montante si resulta insuficiente. Esta manera de proceder tiene dos ventajas.

En primer lugar, con el objetivo de garantizar la eficacia transfronteriza de las resoluciones judiciales en la materia, es preciso limitar los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución sólo a la violación de los derechos de defensa, al atentado contra el orden público internacional del Estado requerido, al conflicto de decisiones y a la litispendencia[585]. En segundo extremo, al imponer al ex-marido la obligación de pagar a la mujer una suma de dinero más elevada a la contenida en la decisión marroquí podría ayudar a disuadir al marido musulmán que pretende viajar a su país de origen para repudiar a su mujer y obtener una sentencia más favorable[586].

Por otro lado, como apunta G. LARDEUX, hoy en día, al igual que en las legislaciones de los países islámicos el juez solo controla las consecuencias de la disolución del vínculo

[584] En aplicación del Derecho marroquí a los MRE, la AP de Barcelona en su decisión nº. 544/2019 de 10 de septiembre de 2019 asimila los derechos de la mujer derivados de la disolución del matrimonio como "*prestaciones fijadas para garantizar su posición*" a la prestación compensatoria regulada en el art. 233.1 del Código Civil de Cataluña "*que tiende a procurar una desvinculación económica lo menos traumática posible para aquel de los dos miembros de la pareja que, por dejar de articular su modo de vida según las posibilidades económicas del otro, debe procurarse los medios para su propio sustento*". CENDOJ (Roj: SAP B 10964/2019); AP de Barcelona, de 20 de septiembre de 2017 (Roj: SAP A 2823/2017-ECLI: ES: APA: 2017: 2823), sent. nº. 83/2014, de 22 de septiembre de 2014 (Roj: SAP H 964/2014).

[585] Véase, A. RODRÍGUEZ BENOT, "Derecho de Alimentos…", *loc. cit*., p. 335.

[586] Véase, J-Y. CARLIER, "La reconnaissance des répudiations", *J T*, 1985, n°. 5326, 16 février 1985, p.140.

matrimonial. Estas últimas pueden ser menos favorables para el cónyuge abandonado que en las de Derecho musulmán en la medida en que el legislador desvincula las causas que han generado el divorcio de sus efectos. Así pues, el cónyuge que abandona al otro puede resultar el beneficiario de la pensión compensatoria a cargo del cónyuge abandonado[587].

La actuación del orden público en relación con el reconocimiento de la *nafaqa* debida a la mujer marroquí como consecuencia del *ṭalāq* o *taṭlīq* debe limitarse cuando existe un desequilibrio o desfase destacable entre la suma final del conjunto de los derechos correspondientes que se le ha asignado y el nivel de vida e ingresos del marido en España.

Dicha intervención tiene que corregir este desequilibrio a través de su modificación. Con lo cual, tomando en consideración la función que realiza esta figura en un contexto determinado (país de origen) y la finalidad que persigue (cubrir las necesidades económicas de la mujer durante la *ʿidda*) no parece adecuado denegar su reconocimiento basándose en su contenido (alimenticio u otro) o características (unilateralidad, cuantía, limitación en el tiempo). No se trata de valorar en abstracto la institución en cuestión sino verificar si su reconocimiento provoca o no la alarma social o un resultado incompatible con el orden púbico[588].

En consecuencia, en la medida en que existe cierta equivalencia funcional entre la *nafaqa* y la pensión compensatoria en cuanto a sus funciones y finalidades que son convergentes (compensar a uno de los cónyuges; cubrir algunas de sus necesidades tras el divorcio) junto a sus características, en particular, su carácter hibrido, el pago único, sería adecuado remediar a la insuficiencia de la cuantía de la *nafaqa* a través de su modificación por parte del juez del foro para adaptarla al nivel de vida de los cónyuges en su país de residencia.

Asimismo, a nivel de reconocimiento de las decisiones extranjeras en materia de efectos post-divorcio, el orden público internacional debe tratar de evitar que uno de los cónyuges se encuentre en una situación de desamparo tras el divorcio otorgándole una pensión justa, esto es, no se trata de exigir una regulación idéntica a la del país de recepción de la decisión. Este modo de proceder salvaguarda los derechos adquiridos, evita las situaciones claudicantes y favorece la continuidad en el espacio de la decisión extranjera.

---

[587] Véase, G. LARDEUX, "L'introduction de règles de conflit de lois", *Actualité du droit international privé de la famille*, PUAM, 2009, p. 110.

[588] Véase, C. GARCÍA-VASO PÉREZ-TEMPLADO, "El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento", en A-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Constitución y Leyes, Madrid, 2003, p. 425.

Dichos objetivos se lograrían a través del mecanismo de la equivalencia porque justamente no se basa en la búsqueda de un estricto paralelismo entre instituciones pertenecientes a culturas distintas, específicamente, los sistemas de tradición musulmana y los sistemas europeos. Lo contrario conduciría inevitablemente a rechazar todas las instituciones extranjeras a las del foro. Además, no hay que olvidar que incluso en el seno de la Unión Europea, los distintos intentos de armonización no han logrado generar una plena unificación de las regulaciones de sus Estados porque a pesar de la existencia de un núcleo común de civilización y cultura persisten las particularidades y las especificidades nacionales que justamente conforman dicha cultura y civilización.

Capítulo Tercero:

Reconocimiento en Marruecos de las sentencias españolas de disolución del matrimonio

I. Introducción

Una vez que se ha abordado el régimen del reconocimiento en España de las decisiones marroquíes de disolución del matrimonio aplicando las consideraciones realizadas en el capítulo primero acerca de la equivalencia funcional, cabe abordar en este último capítulo el régimen referido a la homologación en Marruecos de las decisiones españolas, tratando de aplicar (del mismo modo) dicho criterio interpretativo (en el sector del reconocimiento de decisiones, que se ajusta a una nueva concepción de la función del entero sistema de DIPr orientada hacia la más plena efectividad de los derechos de la persona).

Al respecto, cabe señalar que los tribunales marroquíes conocen las demandas de exequátur de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio a lo largo del periodo de vacaciones de verano de MRE[589]. Estas demandas se presentan de manera muy particular ante los juzgados de la zona del Norte de Marruecos, caracterizada por ser una de las zonas de las más afectadas por el fenómeno migratorio de su población hacia Europa[590].

Los marroquíes instalados de forma permanente en el extranjero solicitan el exequátur ante los tribunales de su país de origen para que la sentencia extranjera que ha declarado el divorcio sea reconocida tanto en su país de residencia como en su país de origen. En cuanto a los objetivos que se buscan a través de dicho reconocimiento se trata de evitar encontrarse en una situación claudicante, esto es, ostentar el estado de divorciado en su país de residencia y seguir siendo considerado casado en Marruecos; regularizar su situación matrimonial y familiar en su país de origen y beneficiarse de los derechos derivados del reconocimiento de la decisión extranjera, además de guardar los lazos jurídicos con su país de origen.

[589] El número de estas demandas se incrementa diariamente durante este periodo ante los distintos tribunales de Marruecos. En Informe del Comité de Justicia, Legislación y Derechos humanos sobre los Trabajos preparativos para completar el art. 430 del CPC, sesión abril 2019, p. 1.

[590] Tánger, Alhucema, Nador y Tetuán (véase, A. OUNNIR, "La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers au Maroc", en A. KADRI/G. PRÉVOST/ G. ESTEBAN DE LA ROSA (dirs.), *Inmigración e integración de los inmigrantes desde la perspectiva hispano-francesa en el contexto de las actuales políticas comunitarias sobre inmigración*, Comares, Granada, 2010, p. 112).

En cuanto a los motivos que conducen los MRE a solicitar el divorcio ante los tribunales de su país de residencia son distintos: en primer lugar, puede ser que dicha decisión se adecua a sus intereses, como sucede en el caso de la mujer marroquí que por su propia voluntad prefiere presentar la demanda de divorcio en España de conformidad con lo estipulado en Derecho español. Esta elección le puede resultar más favorable a nivel de las consecuencias patrimoniales como sucede en el caso de la compensación económica, el uso de la vivienda conyugal, la liquidación de los bienes…etc.[591] En segundo extremo, porque se les aplica la ley española por ser la de su residencia habitual o por ostentar la nacionalidad española[592].

El tratamiento del reconocimiento de las decisiones españolas en materia de disolución del matrimonio por los tribunales marroquíes reviste en la actualidad gran interés. Principalmente por dos razones: en primer lugar, por el importante incremento del número de demandas de exequátur presentadas ante los tribunales marroquíes por los MRE y, en segundo extremo, por las modificaciones recientes que está experimentando la normativa marroquí en el ámbito del reconocimiento de decisiones extranjeras y su trascendencia sobre la práctica judicial en la materia.

En este capítulo se abordan las cuestiones que suscita en el momento actual dicho reconocimiento en Marruecos de las decisiones españolas (extranjeras) en el ámbito de disolución del matrimonio, a la luz de las recientes reformas legislativas y de la práctica judicial actual. En primer lugar, se realiza una breve referencia a la fuente de regulación del ámbito del reconocimiento en Marruecos de las decisiones españolas (extranjeras) de disolución del matrimonio.

En segundo término, se procede a una presentación del procedimiento de exequátur, a la luz de las modificaciones legislativas que está experimentando dicho procedimiento en la actualidad y su impacto favorable sobre la materia. En tercer extremo, se verifica la actual actuación del orden público en relación con las decisiones procedentes de España y de otros países europeos. Su análisis se realiza teniendo en cuenta la consagración por el legislador marroquí del principio de equivalencia consagrado en el art. 128 del CFM, su progresivo

[591] Véase, N. MARCHAL ESCALONA, "Nulidad, separación…", *loc.cit*, pp. 240 y 241.
[592] Así lo pone de relieve A. RODRÍGUEZ BENOT, debido a "*la expansión de una tendencia legeforista por cuya virtud se aplicaría el ordenamiento del Estado del foro a las situaciones de tráfico externo constituidas al amparo del aun siéndose consciente de la nula eficacia de las mismas ad extra"* (véase, "El estatuto personal de…", *loc.cit*, p. 36).

empleo por los jueces y su especial impacto sobre la práctica jurisprudencial en materia de disolución del matrimonio.

En este punto, se determinan, por un lado, las cuestiones que obtienen el reconocimiento gracias al principio de equivalencia y la nueva interpretación del orden público orientada a la protección de los derechos de los MRE y, de otro, las cuestiones que siguen siendo problemáticas activando la excepción del orden público (p. ej., la decisión extranjera basada en un divorcio sin causa o sin motivación, la separación de cuerpos o la falta del intento de conciliación), con el objetivo de verificar las posibles vías de solución mediante la aplicación de la técnica de la equivalencia funcional.

En cuarto lugar, empleando técnica de equivalencia funcional la se estudian las demás condiciones para el reconocimiento en particular, la competencia de la autoridad extranjera, la firmeza de la decisión y los derechos de defensa. En quinto extremo, se aborda, de forma específica, el trato dado por los jueces marroquíes a las consecuencias económicas relativas a la mujer marroquí. Estas últimas si bien presentan, *a priori*, ciertas dificultades para su reconocimiento, un análisis detenido y detallado sostenido sobre la equivalencia funcional demuestra que son susceptibles de ser reconocidas.

En concreto, se analizan, por un lado, la *nafaqa* cuando se concede a la mujer por el tribunal español (europeo) en aplicación del Derecho marroquí y, por otro lado, la recepción de la pensión compensatoria en el ordenamiento marroquí cuando figura en la decisión española como derecho a favor de la mujer. Por último, se analizan los efectos que, en general, la decisión extranjera (española) podría desplegar en el ordenamiento marroquí una vez revestida de exequátur.

En este capítulo se hace referencia a las decisiones españolas de disolución del matrimonio junto a otras procedentes de otros países europeos. La inclusión de estas últimas se justifica por dos razones. Primero, por la dificultad encontrada en conseguir decisiones españolas recientes que traten todas las cuestiones pertinentes para esta investigación (la mayoría de ellas se publican en las revistas especializadas de los tribunales de Primera Instancia o de apelación y de la CCM o, incluso, algunas de ellas se encuentran inéditas).

En su mayoría las decisiones consultadas proceden de países europeos (Francia, Holanda, Bélgica…etc.). Es de indicar que las sentencias extranjeras recientes (inéditas) se han podido consultar y solicitar directamente ante los distintos tribunales a los que se ha acudido para desarrollar la parte jurisprudencial de esta investigación. Por ello, y

considerando la importancia de la protección de los datos personales, se ha eliminado toda referencia de carácter personal relativa a las partes antes de la consulta y entrega de dichas decisiones.

Merece la pena apuntar que la diversidad de las decisiones en cuanto a su procedencia permite tener una visión global y comparada del trato dado por parte del juez marroquí al reconocimiento de dichas decisiones.

II. Marco normativo

En la actualidad, el marco normativo referente al reconocimiento en Marruecos de las decisiones extranjeras presenta un aspecto innovador. Ello es debido a las modificaciones legislativas (art. 128 CFM y, recientemente la Ley n°. 61.19 CPC) [593] que ha ido experimentando dicho marco y su impacto favorable sobre la interpretación del sistema de DIPr marroquí orientado cada vez más a la protección de los derechos de los MRE.

La homologación de las decisiones extranjeras (españolas) relativas a la disolución del matrimonio exige el cumplimiento de un conjunto de condiciones. Se encuentran, de un lado, las generales recogidas en el CPC y, de otro lado, otras específicas establecidas por el CFM en su art.128, junto a las condiciones recogidas en los convenios internacionales cuando se trate de una sentencia procedente de un país con el que Marruecos ha firmado un convenio en el ámbito de reconocimiento de las decisiones extranjeras como es el CHM.

El CPC constituye el régimen general para el reconocimiento de cualquier decisión judicial o administrativa extranjera en Marruecos sobre materia de Derecho civil. Independientemente de la procedencia de la decisión extranjera y del asunto tratado, el CPC determina unas condiciones y la tramitación de un procedimiento de exequátur a seguir que, sin su cumplimiento la autoridad competente no aceptará su homologación y, en su caso, su ejecución en Marruecos.

Así, de conformidad con los artículos 430 a 432 del CPC, el tribunal marroquí ante el cual se interpone una demanda de exequátur de una sentencia extranjera debe asegurarse de la regularidad de dicha sentencia; debe comprobar la competencia del tribunal extranjero que la dicto; que la decisión extranjera no viola el orden público marroquí; que la sentencia extranjera tenga un carácter firme acreditado por la presentación de un Certificado de la Secretaria del tribunal de donde emana la sentencia y el respecto de los derechos de defensa.

[593] *Dahir* n°. 1-19-118, de 9 de agosto de 2019, que promulga la Ley n°. 61.19, de 26 de agosto de 2019, y completa el art.430 du CPC, *BORM* n°. 6807 de 06 de agosto de 2019.

En concreto, las sentencias españolas en materia de disolución del matrimonio serán reconocidas en Marruecos si cumplen las mencionadas condiciones exigidas por el art. 430 del CPC como «*régimen de mínimos*» a las que se añaden, en su caso, las condiciones del art. 23 del CHM y las estipuladas en el art. 128[594].

Así pues, como régimen especial, el art. 128 dispone «*las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros sobre la disolución del matrimonio por ṭalāq, taṭlīq, disolución por compensación o anulación del matrimonio serán susceptibles de ejecución si fueron pronunciadas por un Tribunal competente y se basaron en causas que no fuesen incompatibles con lo establecido por este Código para la finalización de la relación conyugal; asimismo los actos concluidos en el extranjero ante los oficiales y los funcionarios públicos competentes después de cumplir los procedimientos relativos al exequátur, conforme a las disposiciones de los arts. 430, 431 y 432 del Código de Procedimiento civil*».

El art. 128 determina la naturaleza de las sentencias extranjeras en materia familiar susceptibles de homologación y ejecución en Marruecos, que son el *ṭalāq*, *taṭlīq*, *jul'* y *fasj*. Estas formas de disolución del matrimonio han sido recientemente recogidas en el CPC (véase *infra*). Las demás cuestiones relativas a la custodia, parentesco, sucesiones y otras no entran en el ámbito de aplicación de este artículo y su homologación se regula según las reglas contenidas en el CPC[595].

El art. 128 establece dos condiciones para el exequátur de las sentencias extranjeras. Una de fondo que quiere que las causas de disolución del matrimonio sobre las que se base la decisión extranjera no deben ser incompatibles con las del CFM, esto es, el tribunal marroquí ya no controla la aplicación por el juez extranjero (español) de la ley marroquí, sino que controla el contenido de la decisión extranjera (aplicando la ley marroquí o extranjera). Y, otra condición de forma relativa a la competencia del tribunal que dicto la decisión extranjera y que debe ser competente[596].

En lo que se refiere al procedimiento a seguir para la homologación de las decisiones extranjeras relativas al *ṭalāq*, *taṭlīq*, *jul'* y *fasj*, el art. 128 remite a los artículos 430 y

[594] Véase, *Al muntaqa min 'amal al qada fi tatbiq Mudawanat al usra*, Manchurat jam'iyat nnachr al ma'luma al qanunia wa al qadaiya, Silsilat Achuruh wa addalail, n°. 10, febrero 2009, p. 35.
[595] Estas materias se regulan por el CPC y los convenios firmados entre los dos países, en particular los firmados en 30 de mayo de 1997.
[596] Véase, A. QARMOUCH, *Addawr alqada'i alyadid fi qanun alusra almagribi,* Manchurat alma'arif, Rabat, 2013, p. 291.

siguientes del CPC. Ahora bien, cabe precisar que el art. 128 del CFM al remitir al CPC significa que la decisión extranjera para su exequátur debe cumplir las condiciones del art. 128 junto a las del CPC en lo que se refiere a las condiciones. No obstante, cuando existe alguna contradicción entre las reglas dictadas por ambos códigos la doctrina ha estimado que tienen prevalencia las normas del CFM por ser un texto especial y posterior al CPC[597].

No obstante, en la actualidad, la introducción del nuevo precepto en el CPC (Ley n°. 61.19) implica por un lado, que ambas regulaciones recogen disposiciones similares (véase *infra*) y, por otro, que la relevancia actual del art. 128 se manifiesta, particularmente, como se verá *infra,* cuando estipula que: "*las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros sobre la disolución del matrimonio* […], *y se basaron en causas que no fuesen incompatibles con lo establecido por este Código para la finalización de la relación conyugal*".

En lo que se refiere al CHM como régimen aplicable entre España y Marruecos en el ámbito de reconocimiento de las decisiones de disolución del matrimonio, cabe indicar que si bien la CM, en su preámbulo, consagra la supremacía de los convenios internacionales sobre las fuentes de producción interna (CFM y CPC), lo que supondría en principio la aplicación del CHM, las decisiones extranjeras habrán de reunir las condiciones del CPC con independencia de lo que dice la normativa convencional.

A este respecto, es importante subrayar que mientras que en las decisiones españolas que se pronuncian sobre el exequátur de la decisión marroquí existe una referencia expresa al CHM y sus condiciones, resulta que tras el análisis de un número importante de decisiones procedentes de España (y de otros países europeos) las decisiones marroquíes carecen de cualquier referencia al CHM, esto es, en su lugar los jueces se refieren directamente y exclusivamente al régimen autónomo (CPC) además del art. 128 del CFM.

Se puede preguntar si se trata de un posicionamiento de los jueces marroquíes mediante el cual se pretende hacer prevalecer la regulación interna sobre la convencional. Ello resultaría incompatible con las disposiciones de la CM que consagra expresamente la supremacía de las convenciones internacionales sobre el Derecho interno. En todo caso, cabe apuntar que el reconocimiento de las decisiones extranjeras se desarrolla a través de un procedimiento que cumple un conjunto de condiciones que resultan similares a las condiciones exigidas por el CHM.

[597] Véase, J. TAHIRI, "Le critère de la résidence a l'étranger dans le code de la famille", *Revue du droit marocain*, mayo 2007, n°. 11, p. 204.

III. Sistema de reconocimiento: procedimiento

1. Procedimiento

Con el objetivo de promover y facilitar el reconocimiento de las decisiones de disolución del matrimonio, la normativa referente al procedimiento de exequátur ha conocido distintas modificaciones relevantes: la unificación de las regulaciones propias del CFM y el CPC; otorgar dicho procedimiento al Presidente del TPI con carácter urgente en lugar del Tribunal de fondo; la ampliación de la competencia territorial incluyendo un nuevo foro; eliminar cualquier recurso contra la decisión del exequátur.

La parte solicitante del exequátur debe seguir el procedimiento interno establecido en el CPC, además de presentar los documentos que acompañan la demanda indicados en el art. 431 del CPC[598]. Se desprende de la lectura del art.431 del CPC que el legislador condiciona la cuestión del reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras a un control de procedimiento en forma de una nueva demanda interpuesta ante un tribunal nacional competente que es el TPI[599]. El TPI tiene la misión de asegurarse de la regularidad de la carta ejecutoria antes de otorgar a la sentencia extranjera el exequátur.

En la actualidad, el art. 430 del CPC tras su modificación mediante la Ley 61.19 enumera de manera expresa los casos de disolución del matrimonio susceptibles de exequátur que son los mismos que en el CFM (*ṭalāq, taṭlīq, jul' o fasj "anulación")*, así que el procedimiento a seguir: «*su exequátur se otorga al Presidente del TPI del domicilio o de la residencia del demandado o del lugar de la ejecución de la decisión o el lugar de la conclusión del contrato matrimonial*».

Esta reforma merece realizar algunas consideraciones. Por un lado, ha unificado la legislación marroquí relativa al exequátur de las decisiones extranjeras en materia de disolución del matrimonio evitando que haya incompatibilidad entre la regulación del CPC y la del CFM. Así, ambos códigos enumeran expresamente los mismos modos susceptibles de una demanda de exequátur (véase *supra*). El hecho de incluir en el CPC normas relativas

[598] Copia auténtica de la sentencia extranjera; documento original relativo a la notificación de la decisión; Certificado del Secretario judicial que indica que se trata de una sentencia firme que no es susceptible de ningún recurso ulterior y la traducción jurada de la decisión al árabe debidamente legalizada.

[599] Se trata de una competencia de orden público y corresponde a la CCM su comprobación según el art. 359 del CPC. Con anterioridad a la CM de 2011 se denominaba el TS, desde 2011 es la CCM en virtud de la Ley 11.58 (*Dahir* n°. 170.11.1, de 25 de octubre de 2011), *BORM* n°. 5989 bis, de 26 de octubre 2011, p. 5228. Así, cuando se refiere al TS en este trabajo se trata de las decisiones anteriores a 2011.

a la disolución del matrimonio muestra la relevancia de dicha materia en el ámbito del reconocimiento de las decisiones extranjeras, que a su vez, es debida al significativo aumento de las demandas de exequátur ante los tribunales marroquíes.

Por otro lado, la nueva redacción otorga el exequátur de las decisiones extranjeras de divorcio al Presidente del TPI en lugar del Tribunal de fondo y tienen carácter urgente[600]. Asimismo, se ha ampliado la competencia territorial al añadir un nuevo foro que es el *lugar de la conclusión del contrato matrimonial* con el objetivo de ofrecer a los MRE más flexibilidad y facilidad en la presentación de sus demandas de exequátur.

De lo anterior, se destaca que el legislador marroquí dándose cuenta de las problemáticas suscitadas en el ámbito del exequátur de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio y su trascendencia sobre la situación personal de los MRE, ha procedido a reformar el art. 430 del CPC con el objetivo de facilitar y acelerar dicho procedimiento[601]. En efecto, los MRE se enfrentaban a distintos obstáculos en materia de exequátur que sean de orden legal o social.

Particularmente, la corta estancia de los MRE en Marruecos que les impide seguir el procedimiento; la lentitud de este último; las distintas audiencias; la cuestión de la notificación de la otra parte (el otro cónyuge) que en muchos casos resulta imposible; el recurso contra la decisión de exequátur, todo ello les impide formalizar su nueva situación en su país de origen (en vista de contraer nuevo matrimonio o beneficiar de los derechos económicos que derivan de la decisión extranjera).

De otro lado, hay que resaltar otro punto no menos importante en la mencionada reforma. Se trata de que la sentencia de exequátur ya no es susceptible de ningún recurso salvo por parte del MP. Este precepto legislativo ha puesto fin a la incertidumbre sobre la eficacia de los derechos adquiridos por la parte solicitante del exequátur y ha eliminado la disparidad doctrinal y jurisprudencial existente[602].

---

[600] La ventaja de esta competencia es disminuir la carga de trabajo que conocen los tribunales de fondo (el gran número de las demandas así que las distintas sesiones) además de que el plazo para pronunciarse sobre el exequátur es de siete días desde la introducción de la demanda.

[601] Trabajos preparativos para completar el art. 430 del CPC, Informe del Comité de Justicia, Legislación y Derechos Humanos, Sesión de abril 2019, pp.1 y 2.

[602] Parte de la doctrina ha propuesto la eliminación de los recursos contra las decisiones de ejecución relativas a la disolución de la relación matrimonial por analogía a las decisiones nacionales del mismo ámbito de conformidad con el art. 128 del CFM: véase, M. ELKACHBOUR, *Attatliq bissabab achiqaq fi mudawwanath alusra,* Annajah alyadida, Casablanca, 2006, p. 187; J. AKRAM, "Tanfid alahkam alaynabiya almutaʿalliqa bi alahwal achajssiya fi alqanun addawli aljass almagribi", *Mayallat al mahaquim*, 2007, n°. 110, p. 193. Otros, estiman que la decisión de exequátur debe tener lugar

Ahora bien, cabe referirse a la práctica jurisprudencial caracterizada por una divergencia en cuanto a la interpretación y la aplicación del nuevo precepto. En primer lugar, está la sentencia procedente del TPI de Fez que deniega el exequátur a un contrato (acto) basado en el divorcio de mutuo acuerdo procedente de Francia[603]. En su motivación el TPI invoca que este tipo de divorcio no está incluido en el marco de la reforma 1.19.118 relativa al art. 430 del CPC. Esta última se refiere exclusivamente a las decisiones judiciales mientras que el divorcio por mutuo acuerdo es un contrato y, por ende, se regula por el art. 432 del CPC.

En segundo lugar, la decisión del TPI de Midelt y su destacada motivación sobre este asunto[604]. El TPI procede de manera objetiva en su interpretación del reformado art. 430 al basarse sobre la finalidad de la reforma y la voluntad del legislador a través de esta última. El TPI dispone:

«*de lo anterior resulta que la voluntad del legislador no pretendió limitar la competencia del Presidente del Tribunal únicamente al exequátur de las decisiones judiciales de disolución del matrimonio a excepción de su semejante sino que su objetivo es remediar la situación personal de los MRE permitiéndoles concluir nuevos contratos matrimoniales, y, por ende, no puede exceptuar los contratos del ṭalāq de mutuo acuerdo manteniéndolos bajo el procedimiento judicial normal incompatible con la situación social de esta comunidad*».

No cabe duda de que la primera posición se caracteriza por la rigidez y el rigor en limitarse a la letra de la norma sin tomar en consideración la finalidad de esta. Mientras que la segunda decisión refleja una posición más liberal y compatible con la política legislativa y la voluntad del legislador de eliminar los obstáculos que afectan a una materia tan sensible y problemática como es el estado civil de las personas residentes en el extranjero. Esta posición es más acorde, por un lado, con una nueva interpretación tanto del DIPr como del orden público, orientada a la protección de los derechos fundamentales de los MRE (divorciarse y contraer nuevos matrimonios).

únicamente a nivel de casación, porque pasando por los grados de primera instancia, apelación y, luego la casación prolonga el proceso de la demanda de exequátur (véase, S. ADERIOUCH, "Kayfa naqra' mouqtadayat tanfid alahqam alaynabia 'la daw' almadda 128 min Mudawwanat alusra?", *Mayallat alqasr*, enero 2006, n°. 13, p. 51).

[603] Orden s/n°, exp. urgente n°. 985/1101/2019, de 03 de octubre de 2019, (inédita). A diferencia de *decisión* que emana de los tribunales de fondo y de la CCM, la *orden* es la que emana del Presidente del Tribunal de forma urgente.

[604] Orden n°. 179, exp. n°. 191/1101/2019, de 31 de octubre de 2019, (inédita).

Y, por otro, seguir la voluntad del legislador que quiso equivaler los actos a las decisiones judiciales basados en el mutuo acuerdo. Dicha equivalencia se fundamenta en que ambos divorcios están formalizados por autoridades que realizan sus funciones revestidas de *imperium* y, por ende, son competentes. Los actos de divorcio de mutuo acuerdo son funcionalmente equivalentes a las decisiones judiciales de divorcio de mutuo acuerdo y no pueden ser discriminados (véase *infra* punto V.1.C).

Dentro del contexto del proceso de reformas que está experimentando el ámbito de reconocimiento de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio que tiende a facilitar y acelerar el procedimiento cabe citar una "*circular conjunta*"[605] relativa a la aplicación de las disposiciones del CFM a los MRE. De entre sus disposiciones relativas a la disolución del matrimonio (punto 7):

«*adoptar la situación-hecho del ṭalāq contenido en las decisiones extranjeras basadas en el ṭalāq o taṭlīq, que tienen carácter definitivo sin necesidad para los MRE de solicitar su exequátur siempre que no contengan obligaciones económicas o resulten contrarias al orden público marroquí*»[606].

Por último, de manera parecida a las regulaciones de Derecho comparado, la regulación marroquí sobre el reconocimiento de las decisiones extranjeras admite la posibilidad de homologar la parte de la decisión extranjera compatible con el orden público y rechazar la parte que le es contraria (el exequátur parcial).

En Marruecos no existe unanimidad doctrinal sobre la cuestión[607]. No obstante, a nivel jurisprudencial, el juez marroquí en el caso de las decisiones procedentes de España

[605] Circular conjunta n°. 000352, de 30 de agosto de 2016 del Ministerio de Justicia; Ministerio de Interior; Ministerio de los Asuntos Exteriores y de la Cooperación y el Ministerio cargado de los Marroquíes Residentes en el Extranjero y los Asuntos de la Inmigración.

[606] Tras realizar unas visitas a algunos tribunales y entretenernos con personas responsables nos han informado que existen reticencias por parte de los jueces en relación con la aplicación efectiva de esta disposición. Los jueces consideran que la existencia de una ley expresa exigiendo el exequátur para las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio (art. 430 CPC) impide aplicar tal disposición. Ello supone para los MRE recurrir al exequátur incluso cuando la decisión extranjera cumple todas las condiciones exigidas en el mencionado texto.

[607] Para rechazar el exequátur parcial se considera que existe un texto explícito sobre la cuestión, esto es, el art. 430 del CPC al cual remite el art. 128 del CFM. Este último dispone que el tribunal debe asegurarse de que ninguna de las disposiciones contenidas en la sentencia extranjera vulnera el orden público marroquí y, por ende, la vulneración de una de ellas es suficiente para denegar el exequátur a la sentencia extranjera en su totalidad. Salvo si existe una disposición explicita de un convenio que lo permita (véase, S. ADERYOUCH, "Kayfa naqra'…", *loc. cit*. p. 46). Otros estiman que nada impide que el juez aplique el exequátur parcial (véase, T. BERRADA, *Almuyaz fi alqanun addawli aljass al magribi*, Babel, Rabat, 1988, p. 195).

debe tener en consideración la existencia del CHM que permite en su art. 26 el reconocimiento parcial de tales decisiones[608]. La posición favorable de la jurisprudencia marroquí a este mecanismo se desprende de la sentencia del TPI de Larache, de 22 de diciembre de 2015, que homologa la decisión española en relación con la parte del pronunciamiento relativo a la disolución del matrimonio por *ṭalāq* de mutuo acuerdo[609].

2. Efectos derivados de la decisión española revestida de exequátur

A. Efectos sin necesidad de exequátur

En Marruecos, al igual que en el caso de otros ordenamientos de Derecho comparado (Francia-España) se reconoce a la decisión española algunos efectos independientemente de su homologación. En primer lugar, está el efecto probatorio que de conformidad con el art. 418. 2 del Código marroquí de las Obligaciones y Contratos (DOC) se admite la fuerza probatoria de las decisiones judiciales al considerarlas como documentos auténticos que forman prueba escrita de una obligación[610]. Según este artículo, las decisiones extranjeras pueden constituir una prueba de los hechos que recogen incluso antes de beneficiar del exequátur, esto es, la decisión extranjera considerada como medio de prueba constituye la prueba de todos los hechos, las informaciones y los documentos que la componen[611].

En lo que concierne la disolución del matrimonio, la decisión judicial puede constituir una prueba del estado civil de la parte interesada, de la presencia de las partes ante el juez para defenderse…etc. La jurisprudencia marroquí del TS resulta clara sobre esta cuestión. En efecto, la jurisprudencia del TS marroquí ha corregido, en varias ocasiones, la decisión del juez de fondo al no tener en cuenta el efecto probatorio de la decisión extranjera o bien, en su caso, ha confirmado su decisión que ha sido recurrida por alguna de las partes basándose en que la decisión extranjera no ha obtenido el reconocimiento.

---

[608] Marruecos ha suscrito convenios con otros países en el cual se admite el exequátur parcial, como es el caso del convenio suscrito con Kuwait (art. 36) de 10 de diciembre de 1996, *Dahir* n°. 166.98.1, de 10 de abril de 2001, *BORM* n°. 4956 de 29 de noviembre de 2001. Lo mismo con Siria, Bahréin...etc.

[609] Sent. sin número, exp. n°. 460/15/1614, procedente de Tarragona (inédita). En el mismo sentido, sent. s/n°, exp. n°. 440/15/1614, de 10 noviembre de 2015, TPI de Larache, procedente del JPI de Igualada-Barcelona, (inédita). Cabe citar una decisión del TS quien otorga el exequátur parcial a una decisión extranjera, reconociendo por un lado, la parte referida al pronunciamiento de divorcio y, por otro, rechazando la parte referida a la repartición de los bienes patrimoniales. Sent. n°. 333, exp. n°. 668/2/1/04, de 15 de junio de 2005, *Revue Jurisprudence de la Cour Suprême*, n°. 63.

[610] El art. 418.2 estipula: "*son igualmente auténticos: 2º. Las sentencias dictadas por los Tribunales marroquíes y extranjeros, en el sentido de que estas últimas pueden dar fe de los hechos que en ellos se constatan, incluso de haberse convertido en ejecutivas* ". Aprobado por *Dahir* de 12 de agosto de 1913, *BORM* n°. 46, de 12 de septiembre de 1913.

[611] Véase, K. BERJAOUI/M. TAGMANT, "El reconocimiento de…", *loc. cit.*, p. 200.

Así pues, en alguna ocasión, el TS confirma la decisión del TPI que se basa en lo dispuesto en la decisión extranjera que se pronunció sobre la disolución del matrimonio y los derechos de la esposa y de los hijos como prueba para determinar dichos derechos[612]. En este ámbito se ha planteado la cuestión de saber si la decisión extranjera con la que se requiere probar los hechos no debe ser contraria al orden público marroquí. Para M. ABOUD, el orden público no debe impedir el uso de un derecho adquirido en el extranjero, aunque no permite obtenerlo en el foro[613].

De otro lado, está el efecto declarativo que puede surtir la decisión extranjera a través del cual la persona solicitante del reconocimiento pueda recuperar la capacidad nupcial o el estado civil de soltera/o. En consecuencia, la decisión extranjera podrá acceder al RC marroquí en la medida en que reúne las condiciones exigidas para su reconocimiento. Ello no significa que dichas decisiones no se someten a ningún control ya que se les aplica el mismo control del exequátur con la diferencia de que no se les reviste de la formula ejecutiva[614].

No obstante, esta afirmación debe ser matizada debido a la exigencia puesta por el art. 128 del CFM cuando pone como condición *sine qua none* para el reconocimiento de las decisiones extranjeras sobre disolución del matrimonio y los actos concluidos en el extranjero el exequátur de conformidad con las disposiciones del CPC salvo si existiera un convenio que prevé otra cosa[615].

Ahora bien, ante la ausencia de un texto expreso existe una divergencia doctrinal. Mientras que algunos exigen el procedimiento de exequátur para que una decisión extranjera sobre estado civil y capacidad de las personas pueda desplegar cualquier efecto

---

[612] Sent. n°. 233, exp. n°. 174/2/1/2013, de 25 de marzo de 2014. En *nachrat Qararat mahkamat annaqd*, 2014, n°. 16, p. 116 y siguientes. Otras sentencias van en el mismo sentido: sent. n°. 250, exp. n°. 628/2/1/2013, de 25 de marzo de 2014. *Nachrat Qararat mahkamat annaqd*, n°.16, 2014, p.119 y ss. Otra decisión procedente de Estados Unidos donde ambos cónyuges marroquíes han desistido de manera bilateral mediante un acuerdo regulador de las consecuencias del divorcio de todo tipo de efectos (*nafaqa*, ayuda…etc.), el TS considera que la decisión del TPI carece de fundamento legal cuando otorgó a la mujer los derechos sobre los cuales ha desistido sin tomar en consideración el acuerdo regulador contenido en la decisión extranjera con el argumento de que dicha decisión no está homologada en Marruecos ignorando el art. 418 del DOC marroquí. Sent. n° 313, exp. n°. 256/2/1/2014, de 16 de julio de 2015. *Revue Jurisprudence de la Cour Suprême*, n°. 80, p. 187 y ss.

[613] Véase, M. ABOUD, *Alwayiz fi alqanun addawli…, op. cit.*, p. 212.

[614] Sin embargo, cuanto se trata de decisiones extranjeras que conllevan el embargo sobre los bienes queda necesario el exequátur (véase, A. OUNNIR, "La reconnaissance et…", *loc. cit.* p. 467).

[615] Véase, T. SAGHIR, *Régimen jurídico del reconocimiento…, op. cit.*, p. 382 y 383.

en Marruecos[616], otros consideran que estas decisiones deben beneficiar de efectos sin necesidad de exequátur[617].

Por último, 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, se trata del efecto de hecho. En este sentido se pronuncia el TS marroquí cuando dispone:

«*que les jugements rendus par les tribunaux fassent foi des faits qu'ils constatent même avant d'avoir être rendus exécutoires, et s'il est établit que le demandeur a produit un jugement étranger qui l'a condamné à régler à la défenderesse la pension des enfants qu'elle a eu de lui mais que le tribunal a écarté au motif qu'il n'est pas revêtu de l'exequatur alors qu'il porte la preuve des faits et des sommes alloués, ce tribunal a violé la loi*»[618].

Otra decisión procedente del TS marroquí casa la decisión del juez de fondo cuando considera que: «*es posible basarse en los hechos de una decisión extranjera para asegurarse de los hechos constitutivos de las sevicias justificando la demanda de divorcio abstracción hecha del carácter definitivo o no de dicha decisión mientras que nada permite concluir que ha sido objeto de recurso*»[619].

B. Efectos supeditados al procedimiento de exequátur

En primer lugar, está el efecto de cosa juzgada (material), esto es, la decisión extranjera al igual que en España una vez dotada del exequátur beneficia de la autoridad de cosa juzgada y, con ello, se hace imposible volver a juzgar el mismo asunto entre las mismas partes en Marruecos. Cabe mencionar una de las problemáticas que se presentan en relación con la determinación de la fecha a partir de la cual empieza a surtir efectos la decisión extranjera que su relevancia aparece cuando se trata de asuntos como la filiación, el

[616] Véase, A. MOULAY RCHID, *l'exéquatur des jugements étrangers en droit international privé marocain*, Mémoire de DES, Rabat, 1973, p. 33.
[617] Véase, A. OUNNIR, "La reconnaissance et l'exécution…", *loc. cit.*, p. 466.
[618] STS. n°. 452, exp. n°. 260/2/1/05, de 12 de julio de 2006, *Jurisprudence de la Cour Suprême*, n°. 66, p. 119 y ss.
[619] STS. n°. 922, de 04 de octubre de 2000, exp. n°. 494/99, *Bulletin d'information de la Cour Suprême*, 2005, n°. 15, p. 24.

embarazo, la revocabilidad de la disolución del matrimonio o bien el pago de la pensión alimenticia[620].

La fecha desde la cual los derechos y las obligaciones derivados de la decisión extranjera a favor de la parte beneficiaria se determina desde la fecha del pronunciamiento de la decisión extranjera en el extranjero, esta posición se encuentra establecida en el CHM en su art. 27 y confirmada por la jurisprudencia del TS[621]. En consecuencia, la cosa juzgada material solo despliega sus efectos tras el reconocimiento, si bien los derechos de las partes deben retrotraerse a la fecha de la sentencia extranjera.

Otorgar efectos a la decisión extranjera a partir de su homologación es susceptible de crear problemas en relación con la vida familiar de las personas dado el hecho del periodo de tiempo que puede transcurrir entre el pronunciamiento de la decisión extranjera y la solicitud de exequátur de la misma durante el cual la situación familiar o el estado civil de la persona interesada puede cambiar. En consecuencia, es imprescindible tener en cuenta la fecha del pronunciamiento de la disolución del matrimonio en origen para determinar sus efectos debido a la especificidad de los asuntos propios al ámbito familiar.

Otro efecto supeditado al exequátur es el ejecutivo que constituye la finalidad misma del exequátur. La decisión extranjera dotada del exequátur beneficia de la fuerza ejecutiva como si fuera pronunciada por un tribunal marroquí. Según el art. 25.2 del CHM, el procedimiento que debe seguir la autoridad marroquí es el establecido en su legislación procesal interna, verificando el cumplimiento por parte de la decisión española las condiciones del art. 23 del CHM. Así pues, la ejecución de la decisión española (extranjera) se organiza de conformidad a la ley marroquí, en concreto según las vías de ejecución contenidas en el CPC[622].

---

[620] Véase, A. ZOUIR, "Tadiel alahkam alaynabiya assadira bi inha' al'alaqa azzawjiya bi assiga attanfidia", *Mayallat* Qada' alusra, manchurat yam'iyat nachr alma'luma alqanunia wa alqada'ia, n°. 4 y 5, Ministerio de Justicia, febrero 2009, p. 99. En Derecho común, ante la ausencia de un texto legal que determine el momento a partir del cual la decisión extranjera empieza a surtir efectos, algunos consideran que la decisión extranjera homologada contiene derechos en la decisión extranjera antes de su ejecución en Marruecos, es decir que no crea derechos, por ejemplo, la decisión de otorgar el exequátur no pone fin a la relación matrimonial entre las partes, solo la homologa, en consecuencia, la decisión tiene efecto retroactivo y no inmediato (véase, S. ADERIOUCH, "Kayfa naqra'…", *loc. cit*., p. 225). Mientras que, otros ven que la decisión extranjera homologada crea derechos (véase, I. BAHMANI, "Tanfid alahkam alaynabia fi almaghrib", *Mayallat alqada' wa alqanun*, n°. 148, p. 77).

[621] Sent. n°. 515, exp. n°. 163/ 2/1/2005, de 13 de septiembre de 2006. *Mayallat qada'almaylis al-a'la*, n°. 66, pp. 131 y 134. Sent. n° 579, exp. n°. 246/2/1/2008, de 17 de 12 de 2008 (véase, I. BAHMANI, "Tanfid alahkam…", *loc. cit*., p. 269).

[622] Véase, A. OUNNIR, "La reconnaissance et l'exécution…", *loc. cit*., p. 465.

IV. Orden público

1. Interpretación con tintes religiosos

Para otorgar el exequátur a la decisión española (extranjera) se procede a un control de su regularidad internacional a través de su conformidad con el orden público. Este último ha ido progresivamente conociendo una nueva interpretación orientada a la protección de los derechos adquiridos de los MRE y la consideración de su realidad social y jurídica. Esta evolución ha generado, en gran medida, la ruptura con una tradicional interpretación con carácter religioso gracias al principio de equivalencia funcional.

De forma similar a las legislaciones de Derecho comparado, el orden público constituye la condición más conflictiva debido a la especificidad de este expediente en cuanto a sus características y alcance. Junto al CHM, esta condición se encuentra establecida por el CPC (art. 430. 2) y el CFM (art. 128).

Generalmente se entiende por orden público: «*el conjunto de las normas y principios que constituyen las bases primordiales de la sociedad, estas bases, aunque siendo sin determinar, están muy arraigadas en la conciencia social, hay un consenso sobre la necesidad de su cumplimiento porque constituyen la garantía de la integridad de la sociedad, su particularidad y su especificidad*»[623].

Otros, estiman que la decisión extranjera no debe chocar el sentimiento general en el país requerido o contradecir su política legislativa[624]. Asimismo, se considera que la naturaleza de la idea de orden público es ante todo una idea nacional[625], o un mecanismo que interviene para proteger la integridad del Estado[626]. No obstante, una de las características pertinentes del orden público y, sobre la cual la doctrina es unánime, es su carácter religioso. Para A. OUNNIR, se trata de una concepción que tiene su fundamento en los principios islámicos (derecho y moral)[627]. De su parte, considera A. MOULAY RCHID que la idea de un orden público islámico es afirmada[628].

---

[623] Véase, I. ALFAKHORI, Azzaway wa attalaq fi Mudawwanat alahwal achajssiya wifqan li ajir atta'dilat, 4 ed., Alyusur, Rabat, 1995, p. 4.

[624] Véase, A. DARMICH, "quimat alhukm alaynabi fi daw' attachriʿ wa alittifaquiat al qada'iya allati sadaqa alayha almagrib", *Mayallat Almuhamat*, 1982, n°. 20, p. 81.

[625] Véase, H. ALI SADEQ, *Durus fi alqanun addawli aljass*, Dar almatbuaʿt alyamiaʿa, Beyrouth, 1986, p.157.

[626] Véase, A. OUKACHA SALAMA, **'**Ilm qai'dat tanazu' *alqawanin*, Maktabat alyala alyadida, Almansura, 1996, p. 611.

[627] Véase, "La reconnaissance et l'exécution…", *loc. cit*., p. 455. Esta idea fue consolidada, en particular, por la sentencia del TS, de 28 de mayo de 1964, que considera: "*[…] toda violación a la*

Esta característica no ha cambiado con el tiempo y se puede definir el orden público marroquí actual tal como lo describió J. DEPREZ EN 1977:*" [l'ordre public] s'appuie bien évidemment sur certaines valeurs universelles plus ou moins reconnues et respectées par la plupart des Etats et prises en compte par leurs droits internes, il comporte aussi, et inévitablement, une composante islamique liée à l'essence même de la nation et à l'ordre juridique de l'Etat marocain"*[629].

De lo anterior, se desprende que el concepto de orden público marroquí es amplio, indefinido y tiene tintes religiosos. Pero sin duda, su característica más relevante, que es común a todos los ordenamientos jurídicos, es su aspecto relativo, cambiante y flexible. Ello permite adaptarlo e interpretarlo de conformidad con las nuevas exigencias legislativas, tanto internas (CM, CFM) como externas (los convenios internacionales de derechos humanos ratificados).

En al ámbito del reconocimiento de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio, el legislador marroquí al adoptar el art. 128 del CFM procedió a reformar el orden público optando por una interpretación que tome en consideración la realidad social y jurídica de los MRE y, por ende, la protección de sus derechos fundamentales (véase *infra*). Ello con el objetivo de soslayar las problemáticas que a nivel jurídico se suscitaban bajo la antigua regulación del CEP en relación con el reconocimiento de sus decisiones de divorcio realizadas en el extranjero.

Se trata de una etapa que se caracteriza por la evicción de las decisiones extranjeras por su contrariedad con el orden público. Este último formaba la causa principal de la denegación del exequátur[630]. Efectivamente, la problemática de la homologación de las decisiones extranjeras en el ámbito familiar bajo la regulación del CEP encuentra su origen, principalmente, en la fuerte trascendencia de la religión sobre las materias relativas al estatuto

---

religión musulmana es al mismo tiempo dirigida contra el orden público marroquí" (véase, Note P. DECROUX, *Clunet*, 1966, p. 383).

[628] Véase, "al 'alaqat alussariya addawliya wa alqanun almagribi", Silsilat *Linakssir assamt:* Machaquil almr'a almagribia ma'a al alqanun, n°. 3, en N. ALBOUDALI (coord.), Alyam'iya almagribiya li ddifa' 'an huquq almara, 2002, p. 100.

[629] Véase, J. DEPREZ, "Le droit international privé marocain à travers les libres", *Revue Juridique Politique et Economique du Maroc*, Faculté des Sciences Juridiques et Sociales de Rabat, junio 1977, n°. 2, p. 266.

[630] Véase, J. TAHIRI, "El orden público marroquí como limitación a la eficacia de las decisiones judiciales extranjeras de disolución de los matrimonios mixtos", *Revue Marocaine d'études internationales*. Le mariage dans les relations euromaghrébines, Actes du Colloque international des 13, 14 et 15 de mazo de 2002, n.° especial, octubre 2003, p. 89.

personal[631]. En este sentido, una decisión del TS constituye un buen ejemplo que ha consagrado esta posición y ha reforzado la práctica de los jueces en este sentido:

«*attendu que l'Etat marocain est une théocratique, dans laquelle le souverain, lieutenant du Prophète, et qu'il est à la fois Roi temporel et chef spirituel, non seulement du fait qu'il pratique la religion musulmane mais parce qu'il s'identifie avec le corps même de l'Islam qui forme sa raison d'être, qu'il s'ensuit qu'au Maroc, en raison de l'identification complète de la Communauté publique avec la doctrine dont elle tire sa substance , toute atteinte à la religion musulmane est en même temps porté contre l'ordre public marocain*»[632].

Esta fuerte vinculación entre religión y estatuto personal ha originado una interpretación demasiado restrictiva del concepto de orden público marroquí por parte de los jueces marroquíes. Estos últimos consideran las disposiciones del CEP como parte integrante del orden público marroquí teniendo una repercusión negativa sobre la práctica judicial a lo largo de esta época.

Por último, se destaca que a diferencia de las decisiones españolas donde se remite a un «*orden público internacional*» para evaluar la compatibilidad de la decisión extranjera con dicho orden público, en las decisiones marroquíes la referencia a un «*orden público marroquí*» es dominante. En efecto, tras el análisis de un número importante de la jurisprudencia (antigua como reciente) no hemos encontrado ninguna decisión marroquí que se pronuncia sobre el exequátur haciendo referencia al orden público en su dimensión internacional.

Esta posición podría tener sus causas en dos factores. Por un lado, en la confusión hecha por parte de los jueces marroquíes entre lo que es el orden público interno y el orden público internacional como se entiende en el ámbito del DIPr. Como apunta M. LOUKILI: «*el orden público internacional, esto es, en el sentido de derecho internacional privado, no existe en el espíritu del juez marroquí*»[633]. Esta diferenciación es relevante porque el orden público interno es más restrictivo que el orden público internacional[634]. Dicha confusión otorga al juez

[631] Parte de la doctrina considera que los principios generales del orden público marroquí tienen que tener su fundamente en la Constitución en vez de Derecho musulmán (véase, M. ABOUD, *durus fi alqanun addawali aljass*, Matba'at annayah alyadida, Casablanca, 1987, p. 193).
[632] STS marroquí, de 28 mayo de 1964 (véase, P. DECROUX, *Droit privé marocain*, T. 2, *Droit international privé*, n°. 212, La porte-Rabat, Librairie Médicis-París, 1963, p. 126).
[633] Véase, M. LOUKILI, "Droit international…", *loc. cit*., p. 147.
[634] Asimismo, se estima que lo que vulnera el orden público interno no tiene por qué vulnerar el orden público en el DIPr (véase, J. OUHIDA, *Aliyat tanazu' alqawanin fi alqanun aljass almagribi*, DES, Faculté des sciences juridiques, économique et sociales Souissi, Rabat, 2005-2006, Almaarif alyadida,

un gran poder discrecional que le permite denegar el exequátur a las decisiones extranjeras estimadas contrarias al orden público marroquí[635].

Y, por otro lado, si bien, en la actualidad, la formación de los jueces se quiere más moderna sigue influenciada por sus aspectos tradicionales que le han caracterizado durante décadas[636]. No hay que olvidar otro factor que es la mentalidad dominante en el cuerpo de la magistratura impregnada por los principios de Derecho musulmán que impide tener una postura más liberal.

No obstante, hay que apuntar que, en particular, desde la entrada en vigor del CFM, la CCM y, anteriormente el TS, tienden a establecer una jurisprudencia más bien unificada en la aplicación de las normas del CPC en materia de exequátur. Se trata de corregir las jurisdicciones de fondo cada vez que sus pronunciamientos se basan sobre fundamentos de carácter religioso en vez de observar una posición de Derecho con la existencia de textos expresos y claros[637].

La situación de inmutabilidad que caracterizo la jurisprudencia marroquí durante varias etapas tomará otro rumbo a partir de la reforma de 2004 dando lugar al retroceso de algunas de las causas de denegación del reconocimiento. Ello se debe a una nueva interpretación del orden público, orientada a la protección de los derechos adquiridos de los MRE y la consideración de su realidad social y jurídica.

2. Actuación liberal del orden público

A. Empleo de la equivalencia para valorar la decisión extranjera

Parte de la doctrina marroquí estima que si bien el orden público tiene sus fundamentos en los principios de Derecho musulmán, ello no significa que su actuación sea

---

Rabat, 2007, p. 181). Siguiendo a la autora: "*el orden público interno significa el conjunto de las normas imperativas, los individuos no pueden convenir en violarlas sino sus actos serán nulos. Aquí la voluntad de los individuos se encuentra limitada por el orden público, mientras que la función desarrollada por el orden público del DIPr es la eliminación de las leyes extranjeras o el rechazo de las decisiones extranjeras contrarias a los principios del Juez del foro-requerido- que sean principios económicos, sociales, políticos, religiosos o morales*" (*ibíd.*, p. 286).

[635] Véase, M. LOUKILI, "Droit international…", *loc. cit*., p. 147.

[636] Véase, M. LOUKILI, "La jurisprudence marocaine…", *loc. cit*., p. 70 y 71.

[637] Véase, A. OUNNIR/ C. CORSO, *La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière de statut personnel: cas du Maroc et de la France*, rapport- version août 2012, Association Marocaine d'Etudes et de Recherches sur les Migrations (AMERM)/Fondation Population, Migration et Environnement (PME), p. 15. Los argumentos de carácter religioso invocados por los jueces se deben a la naturaleza del orden público marroquí (véase *infra*).

sistemática frente a las decisiones extranjeras[638]. También, se estima que no se puede descartar la ley extranjera por ser su contenido diferente a la ley marroquí, sino que debe haber una contrariedad expresa con la política legislativa, los fundamentos políticos, sociales, religiosos y económicos comunes en la sociedad marroquí[639]. Esta tendencia es la que orienta la evolución del orden público actual hacia un orden público más favorable y liberal.

Tras la entrada en vigor del CFM y a pesar de la persistencia de ciertos motivos de denegación del exequátur que eran propios a la jurisprudencia anterior, que sea a nivel de Primera Instancia o de Apelación, esta tendencia era limitada y ha ido desapareciendo[640]. Distintas decisiones extranjeras han obtenido el exequátur, aunque no se han aplicado las disposiciones del CFM debido a que el resultado al que se ha llegado en la decisión extranjera es el mismo que si se hubiera aplicado el Derecho marroquí (véase *infra*)[641]. Este enfoque ha ido caracterizando gradualmente la práctica jurisprudencial marroquí.

Efectivamente, parece que el juez marroquí empezó a integrar el mecanismo de equivalencia entre instituciones en su modo de valorar la compatibilidad de la sentencia extranjera con el orden público. Así, procede a verificar si existe cierta equivalencia entre el contenido del pronunciamiento de la decisión extranjera y las instituciones propias del CFM. En la práctica, esta equivalencia ha permitido paralizar la actuación del orden público, en particular, para el reconocimiento de las decisiones extranjeras de divorcio basadas en el mutuo acuerdo, la discordia o bien los malos tratos.

A este respecto, se imponen dos reflexiones. Por un lado, la evolución que está experimentando la concepción del orden público marroquí desde 2004 se debe al empleo del mecanismo de equivalencia entre instituciones, sin la cual no hubiera sido posible atenuar el rigor del correctivo del orden público por la relevante influencia del factor religioso (Derecho musulmán) sobre la concepción marroquí de orden público.

Por otro lado, debido a que dicha equivalencia es propia del método comparado, su adopción de manera «fortuita» en el ámbito del reconocimiento de las decisiones, que sea

---

[638] Véase, L. MESSAOUDI, "Talaq alayanib fi alqanun aldawli aljas almagribi, ta'liq 'ala qarar 8 abril 1983 lilmayliss ala'la", *Rev. Dr. Eco*., 1986, n°. 2, p. 99; A. ZOUGARI, *Ahkam alqanun al dawli aljas fi altachri' almagribi: tanazu' alqawanin,* 1 éd., T. 2, Dar Tubqal linachr, Casablanca, 1992, p. 86.
[639] Véase, J. OUHIDA, *Nidam alahwal…, op. cit*., p. 352.
[640] Véase, M-C. FOBLETS/M. LOUKILI, "Mariages et divorces…", *loc. cit*., p. 545.
[641] Véase, A. HAWED, Tanfid alahkam alaynabiya wa atharuha a'la arrawabit alussaria, annadwa alyihawiya athaniya lilmayliss ala'la, tahta 'unwan qadaya alusra min jilal iytihadat almayliss ala'la, almun'aqida en Meknès los días 8-9 de marzo de 2007, Alumniya, Rabat, p. 237.

por parte del legislador o del juez, es una manifestación de la pertinencia de las aportaciones del método comparado, en particular el método funcional en dicho ámbito.

Del análisis de la jurisprudencia se desprende que las sentencias pronunciando la disolución del matrimonio, procedentes de los países europeos de los cuales las españolas, obtienen el exequátur cuando no contradicen de manera manifiesta las disposiciones del art. 128. Asimismo, la introducción por parte del legislador marroquí de nuevas modalidades de disolución del matrimonio como el *ṭalāq* por mutuo acuerdo y *taṭlīq por šiqāq* ha reducido de manera muy significativa la denegación del reconocimiento.

A día de hoy, la tendencia dominante es que los jueces marroquíes traten con cierta flexibilidad el tema de la homologación de las decisiones extranjeras. Se procede a calificar la causa de divorcio recogida en la decisión extranjera de conformidad con lo establecido en el CFM (art. 128), esto es, buscando su equivalente funcional en Derecho interno.

Así, se desprende de un conjunto de sentencias extranjeras que han sido reconocidas, la calificación como causas de discordia *«la desintegración continua de la relación matrimonial»*[642], *«la imposibilidad de continuar la vida matrimonial»*[643]. Y, como causas que justifican en la legislación marroquí el *taṭlīq «la no estabilidad de la vida conyugal»*[644].

Asimismo, se ha considerado que no vulneran el orden público marroquí algunos motivos invocados en las decisiones extranjeras como *«la alteración de la relación matrimonial»*[645], *«el desacuerdo conyugal convirtiendo la vida en común imposible»*[646] y *«la incapacidad de los cónyuges de continuar juntos»*[647].

Esta manera de proceder, es compatible tanto con las disposiciones y objetivos del CHM (art. 23) como del CPC (art. 430.2) y del CFM (art. 128). En ellos se descarta cualquier revisión de fondo o control de ley aplicada. Precisamente, el principio de equivalencia, en general, y, de equivalencia funcional, en particular, es incompatible con cualquier control de ley aplicada por el juez extranjero.

---

[642] Sent. n°. 103, exp. n°. 51/06, de 21 de junio de 2006, TPI de Nador, (inédita), *ibid*.
[643] Sent. n°. 333, exp. n°. 688/2004, de 15 de junio de 2005, *Revue Jurisprudence de la Cour Suprême*, n°. 63, p. 126 y ss.
[644] Sent. n°. 1606, exp. n°. 1241/08, de 19 de diciembre de 2005, TPI de Nador, (inédita).
[645] Sent. s/n°, exp. n°. 127/16/1614, de 21 de abril de 2016, TPI de Larache, procedente de Inglaterra, (inédita).
[646] Sent. n°. 333, exp. n°. 668/04, de 15 de junio de 2005, *Revue Jurisprudencia Jurisprudence de la Cour Suprême*, n°. 63.
[647] Sent. n°. 189, exp. n°. 111/2012, de 03 de mayo de 2012, TPI de Nador, (inédita).

En primer lugar, con la supresión por el legislador marroquí del sistema de revisión a favor del sistema de control se deja entender que no hay lugar de efectuar cualquier revisión sobre las decisiones extranjeras[648]. Asimismo, el art. 430 del CPC estableciendo las condiciones para la homologación de las decisiones extranjeras no menciona la revisión de fondo, lo que significa que a través del sistema de control, el juez no puede conocer el fondo del asunto ya resuelto por el tribunal extranjero, sino que se limita a verificar el cumplimiento por parte de la decisión extranjera de las condiciones imprescindibles para su reconocimiento por la autoridad marroquí[649].

En segundo lugar, tratándose del control de ley aplicada por el juez extranjero, hay que destacar que, tradicionalmente, con el objetivo de obligar a las autoridades extranjeras a aplicar la ley marroquí de estatuto personal, los jueces denegaban el exequátur a las decisiones extranjeras que no cumplían este requisito en los asuntos que vinculan a dos marroquíes musulmanes[650]. De tal modo, la mayoría de las sentencias europeas de disolución del matrimonio donde se han aplicado causas distintas a las del CEP no eran reconocidas. No obstante, en muchas ocasiones el TS casaba las sentencias del juez de fondo donde se ha efectuado un control de ley aplicable[651].

Como ejemplos del control de la inaplicación de la normativa marroquí y, por ende, la denegación del reconocimiento, está por un lado, la consideración de que el *ṭalāq* es un derecho propio del marido pudiendo ejercitarlo sin acudir al tribunal mientras que en el extranjero tiene carácter judicial. En este sentido, se pronuncia la sentencia de la CA de Nador:

---

[648] La revisión de fondo de la decisión extranjera fue eliminada a partir de 1957 con la creación de TS, *Dahir* de 27 de septiembre de 1957. Este último en su art. 13.1 menciona entre los motivos de casación "*la violación de la ley extranjera relativa al estatuto personal*". Sin embargo, posteriormente, con la reforma del CPC en 1974 se reduce el respeto casi absoluto de las leyes extranjeras del estatuto personal. Este último en su nuevo art. 359 no enumera "*la violación de la ley extranjera relativa al estatuto personal*" como causa de casación (véase, K. ZAHER, *Conflit de civilisations…, op. cit*., pp. 307 y 308). Para un estudio detallado sobre la cuestión véase, T. SAGHIR, *Régimen jurídico…, op. cit,* p. 316 y ss.

[649] Véase, M. ELHASSANI ELOUAZZANI, Da'wa assigha attanfidia lilahqam al ajnabia fi majal arrawabit al-ayilia, Tesis doctoral, Univ. Mohammed V, Rabat, 2006-2007, pp. 37 y 38.

[650] Véase, M. LOUKILI, "Régimen jurídico…", *loc. cit*., pp. 293 y 294.

[651] Sent. de 15 de octubre de 2003, *Revue de la Cour Suprême*, 2003, n°. 61, p. 134 y ss. En ciertas ocasiones, es el TS quien denegaba el reconocimiento. Como ej. una sentencia francesa de divorcio por causa de perjuicio invocando la diferencia de religión y costumbres y, que las partes son musulmanes y marroquíes, para determinar que el concepto de perjuicio en Francia no coincide con aquel en Derecho marroquí además de ser indivisible, con lo cual resulta contraria al orden público marroquí, sent. n°. 452, exp. n°. 257/2002, de 15 de octubre 2003, *Jurisprudence de la Cour Suprême*, n°. 61, p. 69.

«*el marido interpone una demanda de divorcio ante la justicia belga, sin embargo, resulta que este modo de disolución del matrimonio es un derecho propio al marido en Derecho marroquí. En consecuencia, la decisión del tribunal belga pronunciando la disolución del matrimonio es contraria a las disposiciones del CEP que es parte integrante del orden público*»[652]. Y, por otro lado, que el divorcio *taṭlīq* es un derecho de la mujer que debe basarse en las causas estipuladas limitativamente en el CEP y, el juez español debe conformarse a estas causas. En caso contrario, dicha decisión viola el orden público marroquí[653].

Ahora bien, la evolución hacia una recepción más favorable de las decisiones extranjeras en materia de disolución del matrimonio se logro con la entrada en vigor del CFM, concretamente, su art. 128 dispone:

«*las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros sobre la disolución del matrimonio por ṭalāq, taṭlīq, disolución por compensación o anulación del matrimonio serán susceptibles de ejecución si fueron pronunciadas por un Tribunal competente y se basaron en causas que no fuesen incompatibles con lo establecido por este Código para la finalización de la relación conyugal*»[654].

Con la incorporación de este precepto, el legislador pretendió, por un lado, agilizar el reconocimiento en Marruecos de las demandas de exequátur de los MRE en materia de disolución del matrimonio y, por otro, afirmar los principios adoptados en los convenios firmados por Marruecos con otros países en materia de cooperación judicial en el ámbito de reconocimiento de las decisiones extranjeras sin que haya lugar de comprobar la aplicación por el juez extranjero de la ley marroquí o bien la revisión de fondo[655]. A ello se añade la ventaja de limitar la actuación del orden público marroquí en relación con las decisiones

[652] Sent. n° 1085, exp. n°. 547/03, de 13 de octubre de 2003, (inédita).
[653] Véase, J. TAHIRI, "Mura'at al'iqama bi aljariy ka muhaddid li addabt fi Mudawwanat alusra, Mudawwanat alusra: a'm mina attatbiq (Alhasila wa alafaq)", Trabajos del Seminario nacional en la facultad de derecho de Uxda, los días 17 y 18 de febrero de 2005, *Manchurat majmu'at al baht fi qanun alusra silsilat annadawat*, n°. 1, Bouregreg, Rabat, p. 46.
[654] El art. 128 establece dos condiciones para el exequátur de las sentencias extranjeras. Una de fondo que quiere que las causas de disolución del matrimonio sobre las que se basa la decisión extranjera no deban ser incompatibles con las del CFM. y, otra condición de forma, relativa a la competencia del tribunal que dicto la decisión extranjera.
[655] Véase, M. LOUKILI, "Régimen jurídico del reconocimiento…", *loc. cit.*, p. 296.

extranjeras en la materia rompiendo con la tendencia tradicional de denegar de forma casi sistemática el reconocimiento de dichas decisiones[656].

Efectivamente, es una condición novedosa en relación con las condiciones estipuladas en el CPC. El art. 128 cuando enumera las causas de disolución del vínculo matrimonial no pretende que sean idénticas a las recogidas en la decisión extranjera sino que no deben ser incompatibles o contrarias a las del art. 128[657]. Esta compatibilidad o contrariedad se puede verificar mediante la comparación. No cabe duda que esta manera de entender dicho precepto constituye, por un lado, una evolución destacable en la forma de interpretar las causas de divorcio contenidas en las decisiones extranjeras y, por otro, dicha interpretación se hará cada vez más efectiva si se hace uso del método comparado (método funcional y equivalencia funcional) para destacar las eventuales similitudes existentes en las regulaciones española (extranjera) y marroquí de divorcio (véase Cap. I).

En este caso, la interpretación se hará tomando en cuenta toda la realidad de la situación jurídica en presencia, los intereses y derechos fundamentales de las personas concernidas y, la actuación sistemática e inmediata del orden público estará presidida por la realización de estos derechos. Por tanto, cuando el juez marroquí se enfrenta a una decisión extranjera debería hacer el esfuerzo de buscar cierta equivalencia funcional entre la causa contenida en dicha decisión y las causas vigentes en su regulación interna. Ello permite en gran medida evitar la actuación negativa del orden público.

Así pues, se puede afirmar que el legislador marroquí al adoptar el art. 128 del CFM, exigiendo cierta compatibilidad entre la causa invocada en la decisión extranjera con las causas existentes en el CFM, abrió la puerta a los jueces marroquíes, aunque de manera intencional o quizás inspirado por el principio de equivalencia, para emplearlo en el reconocimiento cada vez que las circunstancias del caso lo permitan.

El recurso a la técnica de equivalencia sería factible porque si bien, el CFM enumere las causas de disolución del matrimonio, su ámbito es de difícil delimitación. Esto es, sería

---

[656] Considera M. LOUKILI que: "*la finalidad principal que persigue el legislador a través del art. 128 del CF es llamar la atención de los jueces ante los que se presentan las demandas de exequátur de sentencias extranjeras relativas a la anulación del matrimonio o a su disolución , acerca de la necesidad de concederles el mismo trato que a las demás en relación con su reconocimiento y ejecución en Marruecos, sin supeditar dicho reconocimiento a que las autoridades que las dictaron son musulmanes o comprobar si el juez aplico las disposiciones de la nueva Mudawwana*" (*ibid*, p. 296).

[657] Véase, N. CHAWQUI, "Alahqam alqanuniya almutaʿalliqa bi tanfid alhuqm alaynabi wifqa qawaʿid Mudawwanat alusra", *Mayallat Risalat addifaʿ*, diciembre 2004, n°. 5, pp. 28 y 29.

difícil encontrar una causa de disolución del matrimonio que no cabe en su lista de causas. A modo de ejemplo podemos citar el divorcio por perjuicio y el *šiqāq* que se caracterizan por su ámbito muy amplio recogiendo distintos tipos y supuestos (véase Cap. I).

Actualmente, se estima que el uso de la equivalencia por el juez marroquí es cada vez mayor y va reduciendo cualquier control de ley aplicada en origen de la decisión. Ello se desprende de las sentencias marroquíes otorgando el exequátur a las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio, cuando los jueces usan expresiones como: « […] *la decisión extranjera es equivalente a* […]» o bien « […] *la causa sobre la cual se basa el divorcio es equivalente a* […] *aunque se ha aplicado una regulación distinta a la regulación marroquí*».

Se trata de un avance relevante en materia de reconocimiento de las decisiones extranjeras porque favorece la continuidad en el espacio de dichas decisiones. Su relevancia se debe, por un lado, a que el principio de equivalencia es incompatible con el control de ley aplicada en origen. Y, por otro, cuando mayor es el uso de la equivalencia menos interés tiene el orden público, esto es, la equivalencia permite superar las reticencias derivadas de una concepción religiosa del orden público. Desde este enfoque, dicho principio se convierte en un mecanismo para la interpretación de la acción del orden público haciendo que su actuación resulte, en ocasiones, paralizada (véase *infra*).

El principio de equivalencia consagrado por el art. 128 permite realizar una interpretación de la noción de orden público que es distinta de su tradicional interpretación basada en un orden público islámico. Así, la denegación del reconocimiento tendrá lugar, únicamente, cuando la decisión extranjera viole de manera manifiesta el orden público, esto es, cuando se encuentra vulnerado un derecho fundamental como puede ser la indefensión de una de las partes.

Para M. LOUKILI: «*la única condición exigida consiste en que el motivo invocado para pronunciar el divorcio no sea contrario a lo contenido en el CFM, aunque dicho motivo ha sido calificado de forma diferente por el juez extranjero*»[658]. Dicha contrariedad, gracias al principio de equivalencia se manifiesta en la actualidad en supuestos bien determinados (véase *infra*).

[658] Véase, M. LOUKILI, "L'ordre public en droit international privé marocain de la famille", en B. MAUGIRON/B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit…, op. cit.,* p. 141.

Ahora bien, si el tribunal marroquí no tiene competencia para controlar el derecho aplicado por el tribunal extranjero, la sentencia española debe tener una exposición de los motivos y de los hechos que justifiquen la decisión para que el juez marroquí pueda evaluar la causa de disolución y su conformidad con el orden público. No se trata de controlar el Derecho aplicado por el juez español, sino que se requiere que haya una equivalencia entre la norma marroquí y la española[659].

Lo anterior significa que la sentencia extranjera no tiene que basarse sobre causas idénticas a las del art. 128 sino que el juez marroquí debe concluir de los hechos y los motivos de la decisión extranjera que esta no es incompatible con lo establecido en la legislación marroquí. Esta manera de entender la finalidad del art. 128 CFM se desprende con claridad del comentario del mismo artículo contenido en el Guía Práctico del CFM que deja bien trazado el ámbito de actuación del juez marroquí de exequátur así como los límites de dicha actuación cuando establece:

«*el tribunal no tiene competencia para conocer otros casos como la calificación de los hechos, la pertinencia y la sinceridad de las motivaciones, los medios de prueba o la ausencia de referencia a las disposiciones de Derecho marroquí relativo a la disolución de la unión conyugal. Asimismo, las decisiones judiciales procedentes de las jurisdicciones extranjeras no tienen que citar las causas del divorcio usando los mismos términos utilizados por Derecho marroquí tales como el perjuicio, la discordia y les vicios redhibitorios. Sin embargo, es suficiente que dichas decisiones no estén incompatibles con las causas previstas por el Código en materia de disolución del matrimonio*»[660].

Ahora bien, parte de la doctrina ha estimado en su momento que la redacción del art. 128 al disponer: « *[…] las causas sean incompatibles con lo establecido por el Código de Familia*» puede dar lugar a una interpretación por parte de los jueces marroquíes que quiere que la sentencia extranjera tiene que basarse en causas idénticas a las establecidas en el CFM[661]. Entonces, cabe verificar el trato dado a este precepto a nivel jurisprudencial sobre todo en relación con la actuación del orden público.

[659] Véase, M. LOUKILI, "Régimen jurídico del…", *loc. cit*., p. 298.
[660] *Guide Pratique du Code de la Famille*, Publications du Ministère de la Justice, Matba'at Fadala, 2006, p. 86.
[661] Véase, M. LOUKILI, "Régimen jurídico…", *loc. cit*., p. 298.

B. Mutuo acuerdo, discordia y violencia de género: tres ejemplos de equivalencia funcional

La equivalencia funcional se muestra con claridad cuando se trata de reconocer una decisión extranjera basada en un divorcio de mutuo acuerdo. Así pues, del examen de la jurisprudencia resulta que las decisiones basadas en este tipo de disolución del vínculo matrimonial procedentes de Europa y, en particular, de España obtienen sin ningún problema el exequátur por parte de los tribunales marroquíes[662]. En efecto, cabe el reconocimiento, al existir en la regulación marroquí una figura equivalente que desarrolla la misma función (poner fin al vínculo matrimonial de manera consensual), la existencia de un acuerdo predeterminado entre cónyuges y un procedimiento similar.

En este sentido, se pronuncia la sentencia del TPI de Salé que otorga el exequátur a una decisión procedente del TPI de Fuengirola. El tribunal marroquí señala:

«al examinar la decisión para su exequátur, se desprende que procede de un Tribunal competente, se pronunció de común acuerdo de los cónyuges (divorcio de común acuerdo), y no contiene ninguna disposición incompatible con el CFM y con el orden público marroquí, con lo cual la sentencia es ajustada a derecho»[663]. Distintas sentencias se pronuncian en este sentido[664].

Por otro lado, algunas decisiones marroquíes pronunciadas sobre el reconocimiento se refieren a los divorcios contenciosos presentados para su exequátur en Marruecos. se deduce de la jurisprudencia que su reconocimiento no presenta problemas porque en la regulación marroquí existe este tipo de disolución del matrimonio[665]. Asimismo, dicho reconocimiento está supeditado a que la causa sobre la cual se basa el divorcio no viole el

[662] Sent. s/n°, exp. n°. 397/15/1614, de 10 de noviembre de 2015, TPI de Larache, procedente del TPI de Aviñón-Francia, (inédita); sent. s/n°, exp. n°. 46/16/1614, de 03 de marzo de 2016, TPI de Larache, procedente del TPI de Ámsterdam-Holanda, (inédita); sent. s/n°, exp. n°. 213/16/1614, de 23 de junio de 2016, TPI de Larache, procedente del TPI de Bruselas-Bélgica, (inédita).
[663] Sent. n°. 834, exp. n°. 843/1101/2019, de 23 de octubre de 2019, procedente de Madrid, (inédita).
[664] Sent. s/n°, exp. n°. 1911/18/1614, de 11 de octubre de 2018, TPI de Salé (inédita); sent. s/n°, exp. n°. 542/15/1614, de 26 de enero de 2016, TPI de Larache, (inédita); sent. s/n°, exp. n°. 318/16/1614, de 1 de septiembre de 2016, TPI de Larache, (inédita), procedente de Martorel; sent. s/n°, exp. n°. 284/15/1614, de 15 de septiembre de 2015, TPI de Larache, (inédita) procedente de Valencia; sent. s/n°, exp. n°. 51/16/1614, de 03 de marzo de 2016, TPI de Larache, (inédita), procedente de Barcelona; sent. s/n°, exp. n°. 262/16/1614, de 04 de agosto de 2016, TPI de Larache, (inédita), procedente de Vales; sent. s/n°, exp. n°. 504/14/1614, 06 de enero de 2015, (inédita).
[665] Sent. s/n°, exp. n°. 51/16/1614, de 03de marzo 2016, TPI de Larache, procedente del JPI de Mataró-Barcelona, (inédita); sent. s/n°, exp. n°. 440/15/1614, de 10 noviembre de 2015, TPI de Larache, procedente del JPI de Igualada-Barcelona, (inédita); sent. s/n°, exp. n°. 01/16/1614, de 25 de febrero de 2016, TPI de Larache, procedente del JPI de Tarragona-España, (inédita).

orden público en la medida en que no sea compatible con las disposiciones del CFM en materia de divorcio.

Cabe mencionar que el divorcio extranjero basado en la discordia (*šiqāq*) como *pentium* de la demanda en la decisión extranjera favorece el reconocimiento. Como prueba de ello las decisiones procedentes de Inglaterra y España[666]. En estos supuestos el tribunal marroquí considera que dicho divorcio es equivalente al *ṭalāq šiqāq* como esta entendido en el art. 97 del CFM constituyendo una causa legal para poner fin al matrimonio.

Efectivamente, el divorcio *šiqāq* es una de las novedades más señalada de la reforma de 2004. La introducción de este tipo de divorcio, caracterizado por su amplio contenido que incluye todas aquellas causas basadas en la discordia, ha permitido al juez marroquí equivaler muchas de las causas contenidas en las decisiones extranjeras a las causas que entran en la categoría del divorcio *šiqāq*.

Por último, cuando se trata de decisiones extranjeras relativas a la violencia de género resulta que su reconocimiento no presenta problemas por la existencia de la misma causa en el ordenamiento español y de otros países europeos. En efecto, las decisiones españolas de disolución del matrimonio que se basan en el perjuicio (malos tratos o sevicias) obtienen el reconocimiento en Marruecos sin ningún tipo de problema, porque la existencia de un perjuicio constituye una de las causas para solicitar el *taṭlīq.*

Cabe mencionar que incluso con anterioridad a la entrada en vigor del CFM, la jurisprudencia marroquí ha sido favorable al reconocimiento de los divorcios basados en la causa del perjuicio[667].

---

[666] Las decisiones judiciales extranjeras en las que se decide la disolución del matrimonio a causa de la existencia de discordia o de desavenencias son reconocidas en Marruecos: sent. s/n°, exp. n°. 130/15/1614, de 05 de mayo de 2015, TPI de Larache, procedente de Inglaterra, (inédita); sent. n°. 420, exp. n°. 268/1614/2019, de 19 de febrero de 2019, TPI de Salé, procedente de Estados Unidos (inédita). También, sent. procedente del JPI de Martorel-España, sent. s/n°, exp. n°. 411/15/1614, de 03 de noviembre 2015, (inédita). Sent. del JPI de Barcelona-España, s/n°, exp. n°. 367/14/1614, de 16 de septiembre 2014, (inédita). Sent. del JPI de Coslada-España, s/n°, exp. n°. 41/15/1614, de 21 de abril 2015, (inédita). Sent. del JPI de Benidorm-España, s/n°, exp. n°. 161/15/1614, de 2 de junio de 2015, (inédita). Sent. del Tribunal de La Haya, s/n°, exp. n°. 202/15/1614, de 2 de junio de 2015, (inédita). Sent. del TPI de Mulhouse-Francia, s/n°, exp. n°. 86/15/1614, de 28 de mayo de 2015, (inédita). Sent. del TPI de Ámsterdam, orden n°. 923, exp. n°. 850/1101/2019, de 13 de noviembre de 2019, TPI de Salé (inédita).

[667] Sent. n°. 452, de 15 de octubre de 2003, exp. n°. 257/2/1/2002. Merece apuntar que en este caso el TS marroquí casó la decisión de primer grado al considerar que su decisión carece de fundamento legal y de motivación debido a que en la decisión francesa la expresión "*los hechos hacen insoportable la continuidad de la relación matrimonial*" equivale a la empleada en el art. 56 del CEP para el divorcio por perjuicio. Además considera el TS que la apreciación hecha por parte del TPI

Pueden citarse varios ejemplos recientes, entre ellos, la sentencia del TPI de Larache, de 07 de julio de 2015, que homologa la decisión del Tribunal -Jurisdicción de la violencia contra la mujer de Madrid[668], que pronuncio un divorcio contencioso:

«*después de haber verificado la decisión para su exequátur se desprende que emana de un Tribunal competente, a solicitud de la esposa, mediante un divorcio contencioso, no contiene disposiciones contrarias a lo dispuesto en la Mudawwana de familia ni al orden público marroquí, lo que hace que la decisión tenga una base legal y conlleva su homologación*»[669]. Distintas decisiones van en el mismo sentido[670].

Es de gran interés citar otra sentencia marroquí de 15 de mayo 2018 que partiendo del principio de la equivalencia otorga el exequátur a una decisión española procedente del Tribunal de la violencia contra la mujer de Madrid disponiendo[671]:

«*después de consultar la decisión extranjera, resulta que se basa en la falta común de ambos cónyuges, lo que equivale al procedimiento de divorcio šiqāq (art.94) CFM constituyendo una causa legal para disolver el matrimonio en la regulación marroquí*».

Conviene indicar que el TS marroquí ha dejado claro en su jurisprudencia que en la regulación marroquí no tiene cabida la clasificación de los malos tratos atendiendo a su carácter admisible o no[672].

Por otro lado, es preciso tener en cuenta la amplia interpretación del concepto de perjuicio como motivo de *taṭlīq* en la regulación marroquí (arts. 99 a 101). Esta aproximación del concepto de perjuicio favorece el reconocimiento de las decisiones extranjeras al permitir englobar todo tipo de hechos que pueden constituir un perjuicio.

---

considerando el concepto de perjuicio en Francia distinto al aquel propio a la regulación marroquí por las diferencias de religión y tradiciones es correcta (véase, I. BAHMANI, *Tadiel alahkam wa al'uqud alaynabiya bi assiga attanfidiya*, *Al'amal alqada'i fi qada' alusra, murtaqazatuh wa mustayaddatuh fi Mudawwanat alahwal achajssiya wa Mudawwanat alusra*, T. 2, Dar asalam, Rabat, 2009, p. 129.)

[668] Exp. n°. 17/2011, de 26 de abril de 2012, Jurisdicción n°. 2 de Madrid de violencia contra la mujer.

[669] Sent. s/n°, exp. n°. 258/15/1614 (inédita).

[670] Orden n°. 881, exp. n°. 862/1101/2019, de 30 de octubre de 2019, TPI de Larache, (inédita); sent. s/n°, exp. n°. 299/16/1614, de 04 de agosto de 2016, TPI de Larache, (inédita); sent. s/n°, exp. n°. 262/16/1614, de 04 de agosto de 2016, TPI de Larache, (inédita); sent. s/n°, exp. n°. 398/14/1614, de 14 de octubre de 2016, TPI de Larache, (inédita); sent. s/n°, exp. n°. 258/15/1614, de 07 de julio de 2015, TPI de Larache, (inédita).

[671] Sent. s/n°, exp. n°. 1058/18/1614, TPI de Salé, (inédita).

[672] STS n°. 88, exp. n°. 497/2/1/2001, de 24 de enero de 2001, citada por A. TAWFIK, *Jurisprudence de la Cour Suprême en matière de Statut personnel y de Derecho inmobiliario, de 1957 a 2002*, Annajah alyadida, Casablanca, 2002, p. 403.

En efecto, se trata de un concepto formado por un abanico muy amplio de causas de divorcio y, no tiene definición concreta en el CFM con lo cual permite una aproximación extendida pudiendo englobar: los malos tratos; las sevicias; el perjuicio material o moral; toda conducta infamante o contraria a la moral; el incumplimiento de alguna estipulación del contrato matrimonial. Todas las causas mencionadas tendrán necesariamente su equivalente funcional en la regulación extranjera de divorcio permitiendo el reconocimiento de las decisiones.

De lo anterior queda claro que el juez marroquí entendió la voluntad del legislador marroquí cuando dictó como una de las condiciones para la homologación de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio que estas no deben basarse sobre causas que sean incompatibles con las del CFM, es decir que, no se trata de exigir una identidad de las instituciones en presencia, sino un grado de equivalencia funcional suficiente para salvaguardar los derechos fundamentales e intereses socio-jurídicos de las personas solicitantes del reconocimiento.

La búsqueda de una identidad entre instituciones pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos es la manifestación de una concepción de un «*derecho absoluto y universal*» contraria a la finalidad del DIPr, que es la interoperabilidad e interacción entre dichos ordenamientos que son «*yuxtapuestos, evolutivos, coexistentes o sucediéndose, sin que podamos hablar de una evolución unilineal*»[673].

De acuerdo con lo anterior, el juez marroquí debe limitarse a verificar que la decisión extranjera se basa en una causa compatible con los objetivos del CFM sin exigir una identidad de formas y motivos de la disolución del matrimonio en ambas regulaciones. Un enfoque sostenido sobre un juicio de equivalencia funcional permitiría un acercamiento entre ellas y, a su vez, la continuidad en el espacio de la relación jurídico-privada.

La existencia de equivalencia funcional de las formas de disolución del matrimonio propias de la regulación española y marroquí (el mutuo acuerdo, el *šiqāq*, el perjuicio) favorece la continuidad en el espacio (en Marruecos) de la relación privada de los MRE. La posición actual de la jurisprudencia marroquí sostenida sobre dicho mecanismo permite una interpretación del DIPr marroquí orientada a la protección de los derechos adquiridos de los

[673] En la medida en que no existe (*un derecho libre de toda contingencia histórica, no puede haber un derecho absoluto, abstracto y generalmente valido*) (véase, L-J. CONSTANTINESCO, *Traité de…*, T. 1, *op. cit*., p. 204).

MRE y, en consecuencia, lograr un sistema operativo e interactivo con los sistemas europeos.

No obstante, el legislador marroquí en su intento de facilitar el reconocimiento de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio, optando por un espíritu más liberal y abierto, no ha logrado adoptar la misma posición en relación con ciertas instituciones. En efecto, existen supuestos a los cuales se sigue denegando el exequátur por considerar que algunas causas o instituciones extranjeras violan el orden público marroquí. Concretamente, estos supuestos son el divorcio sin causa; la separación de cuerpos y la falta del intento de conciliación entre los cónyuges.

3. Incompatibilidad manifiesta con el orden público

A. Ineficacia de un divorcio sin causa

En Derecho español el respeto al libre desarrollo de la personalidad consagrado por el art. 10.1 de la CE hace que se puede dictar sentencias de divorcio sin que sea preciso argumentar ni demostrar causa alguna. Ello tiene relevante trascendencia sobre el reconocimiento de la decisión española en Marruecos.

En efecto, la falta de motivación de la decisión española de divorcio por el juez español es susceptible de generar la denegación del reconocimiento. El problema surge concretamente cuando la mujer marroquí residente en España obtenga el divorcio a su única petición y sin alegar causa de ningún tipo de conformidad con la regulación española (Ley 15/2005). La cuestión es distinta cuando es el hombre quien solicita el exequátur de una decisión de divorcio sin causa pronunciado por un tribunal extranjero. En tal supuesto, su divorcio no tendrá problema para ser reconocido en Marruecos debido al hecho de que en la regulación marroquí el hombre beneficia del *ṭalāq* que es equivalente al divorcio sin causa existiendo en la regulación española.

En consecuencia, cuando se plantea un caso de divorcio a petición de la esposa marroquí ante un tribunal español, se estima que el juez debería tener en cuenta la importancia de motivar su sentencia invocando la existencia de discordia para que esta decisión pueda, ulteriormente, ser fácilmente reconocida en Marruecos[674].

[674] Cabe recordar que además la discordia en Derecho marroquí engloba todas las causas que pueden dar lugar a la disolución del matrimonio. Ha de indicarse que parte de la doctrina española y europea aboga por esta manera de proceder: A. QUIÑONES ESCAMEZ, G. ESTEBAN DE LA ROSA.

En caso contrario, se supone que una decisión que carezca de motivación relativa a la disolución del vínculo matrimonial no sería reconocida en Marruecos[675]. Ello se puede deducir de una decisión, que deniega el reconocimiento solicitado por el marido, por carecer de toda motivación sobre las causas del divorcio, la comparecencia y notificación de las partes[676]. Otra decisión se fundamenta en que la sentencia extranjera no contiene ninguna referencia a los hechos, causas del divorcio y, la duda acerca de si ha tenido lugar el intento de conciliación de las partes así que su presencia en dicho intento[677].

En principio, como se ha visto *supra*, si bien el juez marroquí ya no tiene competencia para verificar el Derecho aplicado por su homólogo español, la decisión de este último debe ser motivada y contener una exposición de los hechos para permitir al juez marroquí evaluar la conformidad de la decisión extranjera con el orden público.

Ahora bien, supeditar el reconocimiento de la decisión extranjera a que esta especifique necesariamente las causas sobre las cuales se ha basada el divorcio para poder valorarlas y, por ende, verificar que no violen el orden público marroquí, resulta criticable y merece dos consideraciones.

En primer lugar, en la medida en que la decisión extranjera cumple las condiciones exigidas para su reconocimiento (el respeto de los derechos de defensa de ambos cónyuges, la firmeza de la decisión extranjera, la decisión procede de un tribunal competente y no vulnera de manera expresa el orden público marroquí) hace que la falta de especificación de las causas y los hechos concretos que han generado el divorcio no debería impedir su reconocimiento. La existencia de una decisión poniendo fin al vínculo matrimonial además de cumplir todas las condiciones exigidas constituye una situación de hecho que debe ser efectiva también en Marruecos.

En materia de reconocimiento, el juez marroquí debería proceder de manera objetiva y pragmática, esto es, debe ponderar el cumplimiento de las exigencias mínimas para otorgar el exequátur y las consecuencias negativas de su denegación que es la creación de

[675] De entre el número considerable de las decisiones inéditas y recientes que se ha podido conseguir, no se ha encontrado ninguna sentencia marroquí que deniegue el exequátur únicamente por la falta de motivación acerca de las circunstancias y causas del divorcio. Esto es, las que se basan sobre este argumento, invocan otros argumentos como la violación del derecho de defensa o la falta del intento de conciliación.

[676] Sent. s/n°, exp. n°. 183/16/1614, de 26 mayo de 2016, TPI de Larache, procedente de Wandsworth, (inédita).

[677] Sent. s/n°, exp. n°. 70/16/1614, de 14 de abril de 2016, TPI de Larache, procedente del TPI de Estocolmo, (inédita).

una situación claudicante y, la negación de sus derechos fundamentales. Además, si se toma en cuenta que en la regulación marroquí existen modos de disolución del matrimonio que son discrecionales abiertos a la mujer (*ṭalāq tamlīk y jul'),* junto al *šiqāq* se puede equivaler el divorcio sin causa en la regulación española a dichos modos con el objetivo de evitar mantener a la mujer en una situación de inseguridad en cuanto a su estado civil en su país de origen.

La equivalencia funcional existente entre el divorcio sin causa de la regulación española y la disolución del matrimonio por *tamlīk* o *jul'* impide que se deniegue el reconocimiento en Marruecos de una decisión extranjera basada en un divorcio sin causa en la medida en que las figuras citadas tienen como finalidad poner fin al vínculo matrimonial además de presentar las mismas características que son la unilateralidad y la discrecionalidad.

En segundo lugar, para remediar esta problemática, los tribunales del país de origen de la decisión deben por su parte considerarla a la hora de pronunciarse sobre los casos de divorcio de parejas marroquíes. Así pues, el juez extranjero (español) debería dictar una sentencia motivada, con un resultado funcionalmente equivalente al recogido en la regulación marroquí. Ello está supeditado en gran medida a un buen conocimiento del Derecho marroquí y del uso del método comparado por parte del juez extranjero (español).

Esta manera de proceder salvaguarda los derechos adquiridos de la parte solicitante del reconocimiento en Marruecos y, no vulneraria de ningún modo los principios fundamentales del Estado de origen de la decisión.

B. Ineficacia de una decisión de separación de cuerpos

Los tribunales españoles en aplicación del Derecho español a los cónyuges marroquíes, en algunas ocasiones, han dictado separaciones de cuerpos [678]. En efecto, equiparando el periodo de revocabilidad (*'idda*) de las modalidades de divorcio revocable (arts. 122 y 123 CFM) a la separación matrimonial existente en Derecho español, se han pronunciado decisiones basadas en la separación matrimonial sin tener en cuenta que tal

[678] En ocasiones los tribunales españoles han dictado la separación de cuerpos a demandas de divorcio solicitadas por mujeres marroquíes en los casos relativos a la violencia de género como medida provisional y urgente para proteger a la solicitante (véase, N. MARCHAL ESCALONA, "Nulidad, separación…", *loc.cit*, p. 240. No obstante, algunos jueces españoles tomando en consideración las consecuencias negativas de la aplicación de la regulación española a los marroquíes han denegado pronunciar la separación de cuerpos: véase, ARANZADI WESTLAW, AP de Madrid, de 21 de febrero de 2000 (AC 2000/11); AP de Barcelona, de 6 de abril de 2000 (AC 2000/1088).

figura está considerada como ajena al sistema marroquí de disolución del matrimonio y, por ende, contraria al orden público.

Si bien una pajera marroquí residente en España puede optar por la separación matrimonial, tal elección carecerá de todo efecto en Marruecos y dará lugar a una situación claudicante. Al analizar la jurisprudencia marroquí, se desprende que el juez marroquí cuando deniega el reconocimiento a las decisiones extranjeras basadas en la separación de cuerpos se basa principalmente en que se trata de una figura ajena al sistema marroquí de disolución del matrimonio, esto es, es una causa no incluida en los supuestos enumerados en el art. 128 del CFM que constituye la vía de acceso al reconocimiento en Marruecos de toda decisión extranjera de disolución del matrimonio.

En este sentido se pronuncia el TS en una sentencia de 05/12/2007 contra la decisión de la CA que otorgó el exequátur a la decisión española de separación de cuerpos que fue rechazada por el TPI. En su motivación el TS dispone:

«*la decisión procedente del TPI de Basbal Lamborda para su exequátur pronunciando la separación de cuerpos entre las partes vulnera el orden público marroquí, que la causa de separación de cuerpos es ajena a las disposiciones del CFM que enumera de manera limitativa los modos para la disolución del matrimonio, que no se pueden extender o añadirles otros por analogía. Cuando el Tribunal español procedió a calificar la separación de cuerpos como separación de mutuo acuerdo (art. 114 del CFM), aunque la separación de cuerpos no genera la disolución de la relación matrimonial porque solo produce la ruptura de la convivencia, su decisión carece de base legal y el Tribunal de Apelación no ha aplicado correctamente la ley*»[679].

También cabe citar otra sentencia del TPI de *Larache* disponiendo que: «*la decisión extranjera decretando la separación matrimonial de los cónyuges vulnera el orden público marroquí, al considerar que no se trata ni de ṭalāq, taṭlīq, jul' o fasj, además de ser incompatible con las causas establecidas en el CFM marroquí para disolver la relación matrimonial, lo que conduce a desestimar la demanda […]*»[680].

[679] STS, n°. 618, exp. n°. 194/2/1/2007, de 05de diciembre de 2007, *Mayallat alqada' wa alqanun*, n°. 157, p. 149. En el mismo sentido, se pronuncia la sent. de 15 de octubre de 2003 disponiendo: "*que la decisión extranjera decretando la separación de cuerpos entre esposos de confesión musulmana es contraria al orden público marroquí*", STS. n°. 451. *Revue Jurisprudence de la Cour suprême*, n°. 61, p. 134 y ss.

[680] Sent. n°. 502, exp. n°. 339/08/5, de 11 de noviembre de 2008, (inédita), M. ABD ELMOUHSIN ELBAKKALI ELHASANI, *Qada' anniyaba al'ama fi ta'ilal ahkam mudawwanat alusra*,

No obstante, de ambas decisiones resulta que la separación de cuerpos es contraria al orden público porque no genera la disolución de la relación matrimonial debido a que solo produce la ruptura de la convivencia, ello no corresponde a ninguna de las causas determinadas en el art. 128 del CFM.

Cabe afirmar que la separación de cuerpos, al no ser incluida en las causas relativas a la disolución del matrimonio que se encuentran tasadas en el art. 128 no puede significar que es una figura extraña o ajena al ordenamiento jurídico marroquí en materia de disolución del matrimonio. En efecto, del análisis comparado resulta que la separación de cuerpos es una figura similar a la *'idda* presentando algunos aspectos equivalentes, específicamente, la función desarrollada por ambas figuras.

En consecuencia, la denegación de su reconocimiento por parte de los tribunales marroquíes no puede basarse sobre el hecho de que se trate de una figura ajena al sistema marroquí de disolución del matrimonio. Y, partiendo del estudio comparado realizado, la contrariedad podría residir más bien, como lo destaca el TS en la decisión citada *supra* en que la separación de cuerpos no genera la disolución efectiva del matrimonio, sino una relajación temporal. No obstante, este aspecto en sí mismo no es suficiente para decidir sobre su contrariedad con el orden público marroquí debido a que es propio de la *'idda* que es una separación entre cónyuges con una duración de tres meses.

Ahora bien, si la *'idda* dura tres meses, la posible prolongación en el tiempo de la separación de cuerpos generaría una inseguridad sobre el estado civil de la persona e una inseguridad en relación con los hijos/as nacidos/as durante este periodo. Parece que son estas últimas características que realmente podrían impedir su reconocimiento por parte de los jueces marroquíes por constituir una contrariedad manifiesta con los preceptos de Derecho musulmán y, por ende, con el orden público.

Es importante subrayar la aproximación hecha por parte del TS en su apreciación de la figura de separación de cuerpos en la medida en que no la rechaza por el mero hecho de ser una figura incompatible con las causas establecidas en el CFM marroquí para disolver la relación matrimonial, sino porque además «*no genera la disolución de la relación matrimonial porque solo produce la ruptura de la convivencia*».

---

http://adala.justice.gov.ma/production/Etudes_Ouvrages/ar/Etudes/famille, p. 139. También, sent. s/n°, exp. n°. 1423/06, de 27 de noviembre de 2006, TPI de Tetuán, procedente del TPI de Harlem, (inédita).

Cabe mencionar que su prolongación en el tiempo es problemático para su reconocimiento, en particular si se toma en cuenta que, en la regulación marroquí, la ausencia o abandono del domicilio conyugal (art.112 CFM) de cuatro meses esta reprimido tanto por el Derecho musulmán como por el Derecho positivo (CFM).

En el momento actual, debido a la ineficacia en Marruecos de la figura de la separación de cuerpos y, con el ánimo de evitar situaciones claudicantes, los tribunales españoles a la hora de dictar sentencias de divorcio entre parejas marroquíes deberían tener en cuenta la especificidad que presenta la regulación marroquí en esta materia. Así pues, en vez de pronunciar separaciones de cuerpos de conformidad con la ley española, aunque solicitadas por las partes, sería adecuado pronunciar un divorcio motivado compatible con una de las distintas causas tasadas en el art.128 del CFM con el objetivo de que la decisión española este reconocida ulteriormente en Marruecos.

C. Falta de conciliación entre cónyuges

A diferencia de la regulación española de divorcio donde la conciliación de los cónyuges reviste un carácter voluntario y extrajudicial, en la regulación marroquí, la fase de conciliación constituye una parte integrante del procedimiento de divorcio. Es una condición de orden público y su cumplimiento es condición *sine qua none* para el desarrollo de dicho procedimiento. Esta exigencia es susceptible de constituir un obstáculo para el reconocimiento de las decisiones de disolución del matrimonio procedentes de los tribunales españoles y europeos cuando carecen de cualquier mención en relación con la fase de conciliación de los cónyuges[681].

Para soslayar dicho obstáculo, las autoridades marroquíes deberían proceder a considerar la mediación propia a la regulación española como una forma equivalente a la conciliación realizada ante los tribunales marroquíes. En efecto, la particular situación de los MRE y la exigencia de salvaguardar sus derechos imponen al legislador marroquí la búsqueda de respuestas efectivas y soluciones creativas que permiten lograr dicho objetivo. En este caso,

[681] Debido a que en las decisiones marroquíes otorgando el reconocimiento no aparece expresamente la referencia al intento de reconciliación (al poner que: *la decisión no contiene ninguna disposición que viola el orden público marroquî*) y, debido también al hecho de que no hemos podido conseguir alguna decisión que base la denegación del reconocimiento en la falta del intento de reconciliación, cabe destacar que las decisiones originales que hemos podido conseguir, concretamente, las procedentes de Francia y de Canadá, figura en ellas de manera expresa la mención: "*no existe ninguna posibilidad de reconciliación*". Sent. nº. 500 12 318177 130, de 28 de abril de 2014, Cour Supérieur, Chambre de la famille, Province du Québec, Montréal, (inédita).

esta la alternativa de estudiar la posible equivalencia entre conciliación y mediación que, en principio, ofrece una solución a la problemática mencionada.

Se ha señalado en el Cap. I que la figura de la mediación y la conciliación son funcionalmente equivalentes. Ambas presentan aspectos equivalentes debido a que su función y sus objetivos son iguales, esto es, intentar de aproximar las opiniones y hacer que disminuye la tensión permitiendo ver con más claridad los intereses de cada cónyuge y de sus hijos/as. Desde esta perspectiva, la presencia de ambos cónyuges ante el servicio de mediación, sitúa en un segundo plano el carácter extrajudicial y facultativo de la mediación en relación con la conciliación[682].

En la medida en que ambas figuras tienen como función realizar un intento de entendimiento, acercamiento y mantener la comunicación entre cónyuges; preservar el interés superior del menor y presentan características similares, a saber, igualdad, equilibrio entre las partes, imparcialidad y neutralidad de la persona que la lleva a cabo (mediador o juez), la confidencialidad así que la eventual reconciliación de los cónyuges, todos estos criterios relevantes constituyen un fondo común que aboga por la equiparación de la conciliación a la mediación.

Aparte, a nivel interno, varios argumentos abogan por contemplar la propuesta de delegar la fase de conciliación a profesionales acreditados por el Estado (la carga de trabajo que pesa sobre los jueces marroquíes debido al relevante número de los casos de disolución del matrimonio; los recursos insuficientes sobre todo los de carácter humano y la falta de tiempo en las secciones de familia en los TPI). Dicha tarea puede llevarse a cabo con todas las garantías de la imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, y sobre todo, en su caso la preservación de los derechos de los hijos/as, asignando en un informe el desarrollo de la conciliación para entregarlo al juez que lleva el procedimiento de disolución del matrimonio.

De otro lado, en la medida en que el legislador marroquí, con la finalidad de facilitar el procedimiento de divorcio a los MRE, les ha ofrecido la posibilidad de llevar a cabo el acto de conciliación ante el consulado marroquí en el país de su residencia cuando se trate de un *ṭalāq bi-al-ittifāq,* se deberá por tanto extender dicha posibilidad a los demás tipos de disolución del vínculo matrimonial con la diferencia de delegar el acto de conciliación en los demás supuestos (a falta del mutuo acuerdo) a los servicios de mediación.

[682] La mediación familiar se desarrolla a través de los servicios de mediación creados por las comunidades autónomas.

De todo lo anterior, se desprende que el orden público marroquí en materia de disolución del matrimonio ha experimentado una evolución orientada a la protección de los derechos de las personas y la continuidad de su relación jurídico-privada en su país de origen. Queda claro que el legislador marroquí se dio cuenta de los peligros y las consecuencias negativas que pueda provocar una interpretación muy tradicional y restrictiva de dicho expediente.

La evolución positiva de la actuación del orden público en materia de disolución del matrimonio se debe a la extensa interpretación hecha por parte del juez de las causas de divorcio sobre las cuales se basa la decisión extranjera, que a su vez, es debida a la ampliación de las causas de disolución del matrimonio al divorcio *šiqāq* y *bi-al-ittifāq*. Ello ha permitido incluir en la categoría de disolución del matrimonio toda causa extranjera de divorcio que pueda constituir un equivalente funcional a las causas propias al CFM y facilitar sin duda, tal como atesta la práctica jurisprudencial marroquí, la homologación de muchas decisiones extranjeras.

No obstante, haciendo uso de la técnica de la equivalencia funcional no se ha podido reconocer ciertas figuras. La relevante influencia de los preceptos de Derecho musulmán sobre la institución del divorcio en el ordenamiento jurídico marroquí impide su reconocimiento cuando se suscitan ante los tribunales marroquíes. Esta resistencia, a pesar de la importante reforma legislativa de 2004, se debe exclusivamente a la fuerte vinculación entre estatuto personal y Derecho musulmán. Una relación que incide sobre las soluciones jurisprudenciales en materia de reconocimiento, aunque de manera muy limitada en comparación con el periodo anterior a la reforma de 2004.

En consecuencia, se puede afirmar que, en la actualidad, sigue vigente un orden público marroquí ambivalente[683] que tiende a actuar con cierta apertura y moderación, pero sin perder de vista los principios fundamentales de origen religioso en relación con ciertas cuestiones en materia familiar.

[683] Con este término describe A. MOULAY RCHID el orden público marroquí cuando subraya la doble pertenencia de este a la comunidad internacional y a la comunidad musulmana (véase, A. MOULAY RCHID, "Les grandes lignes…", *loc. cit*., p. 21).

V. Otras condiciones para el reconocimiento

1. Consideraciones sobre la competencia del tribunal extranjero

A. Fin del privilegio de la religión

De manera similar al reconocimiento de las decisiones marroquíes de disolución del matrimonio en España, la equivalencia funcional favorece una nueva interpretación de las demás condiciones para el reconocimiento en Marruecos de las decisiones españolas en la materia. Una interpretación presidida por la protección de los derechos adquiridos (fundamentales) de las personas concernidas y su continuidad en el espacio.

De las condiciones exigidas está la comprobación de que la decisión extranjera (española) emane de una autoridad judicial competente. Esta condición, junto al art. 23 del CHM, deriva de varios textos internos[684]. El CHM al disponer: «*la resolución emana de un órgano jurisdiccional competente según las normas aplicables en el país en que hubiera sido dictada*» deja claro que la competencia del tribunal español debe apreciarse de conformidad con las normas de DIPr español, es decir, que el tribunal español que dictó la decisión es competente en su territorio y según sus normas de competencia.

Sin embargo, ninguno de los textos mencionados (arts. 23 del CHM, 430 del CPC y el art. 128 del CFM) ofrece una respuesta clara sobre la cuestión, esto es, si se refieren a la competencia interna o internacional del tribunal extranjero. Tratándose de la competencia internacional del tribunal extranjero, la doctrina y la jurisprudencia marroquíes son unánimes que dicha competencia debe ser apreciada de conformidad con las reglas de conflicto de jurisdicciones del Estado requerido (Marruecos)[685]. Aquí, surge la problemática de que en Derecho marroquí existe un vacío legal en la determinación de la competencia internacional de los tribunales marroquíes.

En consecuencia, para remediar a este vacío en la materia se aplican algunas reglas internas de competencia en la determinación de la competencia del tribunal extranjero (27 a

---

[684] A nivel interno, se trata de una exigencia contenida en el art. 430 del CPC que estipula: *"el Tribunal debe asegurarse de la regularidad de la decisión extranjera y verificar la competencia del Tribunal de donde emana […]"*. También está contenida el art. 128.2 del CFM que estipula: *"las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros sobre disolución del matrimonio por talāq, tatliq, disolución por compensación o anulación del matrimonio serán susceptibles de ejecución si fueron pronunciadas por un Tribunal competente […]*".

[685] Véase, A. OUNNIR, "La reconnaissance et l'execution des jugements etrangers au Maroc", en G. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), *Inmigración e integración…*, *op. cit*., p. 455; F. SARHANE-N. LAHLOU-RACHDI, "Maroc: conflits de lois, conflits de juridictions", *Juris-Classeur de droit comparé,* Fasc. 4, n°. 158, 2002, Maroc, *Dalloz*, París, p. 22.

30 CPC)[686]. Por otro lado, la formación específica de los jueces marroquíes y la falta de tiempo para comprobar la competencia de los tribunales españoles según sus normas internas hace que la comprobación de dicha competencia constituye una problemática para los jueces marroquíes[687].

En cuanto al control de la competencia interna del tribunal extranjero que conduce a la comprobación de la competencia objetiva y territorial por parte del juez marroquí, supone una dificultad mayor para el tribunal marroquí que debe proceder a este control al no poder aplicar sus normas internas en este caso.

En Derecho comparado, la doctrina tiende a considerar que la competencia en materia de homologación de las decisiones extranjeras se refiere a la competencia internacional, estableciendo que la competencia interna no se somete a ninguna condición, por su parte la jurisprudencia no resulta clara[688]. La tendencia moderna estima que el tribunal requerido no deniegue la solicitud de reconocimiento, aunque tenga lugar el incumplimiento de alguna norma relativa a su competencia interna.

Ello se explica por el hecho de que se trate de un asunto que debe ser resuelto por parte del ordenamiento del país de origen de la decisión, en este caso, lo que resulta relevante es que dicha decisión tenga existencia jurídica en su país[689]. Ahora bien, ¿Qué trato ha otorgado el juez marroquí a esta condición?

Tradicionalmente, en la práctica jurisprudencial, la competencia de los jueces extranjeros (españoles) se ha visto rechazada por sus homólogos marroquíes cuando se ha tratado de otorgar el exequátur a decisiones que versan sobre cuestiones que forman parte del ámbito del Derecho de familia. Estas decisiones al ser dictadas por jueces no musulmanes se

---

[686] Véase, M. ABOUD, *Alwajize fi alqanoune addawli aljasse almaghribi, Almarqaz al arabi attakafi*, Casablanca, 1994, p. 329. Concretamente en lo que se refiere al divorcio, el art. 79 del CFM recoge unas reglas de competencia relativas al divorcio bajo control judicial que va en el siguiente orden: el domicilio conyugal; el domicilio de la esposa; la residencia de la esposa; o el lugar de celebración del matrimonio.

[687] Véase, H. KRINI, *Guía del procedimiento judicial en el ámbito del Derecho de familia*, Annajah alyadida, Casablanca, 2007, p. 98.

[688] Véase, K. BERJAOUI/M. TAGMANT, "El reconocimiento de los matrimonios y los divorcios de los marroquíes residentes en España y en marruecos", en QUIÑONES ESCAMEZ, A/RODRÍGUEZ BENOT / K. BERJAOUI/ M. TAGMANT, *Matrimonio y divorcio…, op. cit.,* p. 189.

[689] Véase, T. SAGHIR, G. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), *Régimen jurídico del reconocimiento en Marruecos de los matrimonios celebrados en el extranjero y de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio*, tesis doctoral, Univ. de Jaén, 2013, p. 325.

las denegaba el exequátur al considerar que carecen de competencia en relación con el estatuto personal de los musulmanes[690].

Esta posición que era dominante hasta la entrada en vigor del CFM se debía a la relevante influencia del factor religioso sobre las cuestiones comprendidas en materia de estatuto personal y su fuerte vinculación con el orden público. En consecuencia, se denegaba el exequátur a las sentencias procedentes de los tribunales europeas y españoles en materia de disolución del matrimonio por ser pronunciadas por a un juez no musulmán[691]. No obstante, considerando las consecuencias negativas que puede generar esta posición en el ámbito del reconocimiento de las decisiones extranjeras, el TS marroquí ha casado en varias ocasiones las sentencias del juez de fondo[692]. Desde luego, su posición (TS) es correcta porque la postura de los jueces de fondo además de presentar un carácter de rigidez no tiene fundamento legal y es incompatible con la función actual del DIPr que es la promoción y la protección de los derechos fundamentales.

A este respecto apunta J. OUHIDA que, la creencia religiosa del juez extranjero no forma parte de las condiciones exigidas en relación con la competencia judicial internacional contenidas en el CPC o en los convenios de cooperación firmados entre Marruecos y los demás países. Tampoco constituye una condición exigida por el art. 128 del CFM para la homologación de las decisiones extranjeras[693]. Además, resulta muy difícil verificar la confesión del juez extranjero que pronuncia la sentencia, incluso cuando pertenezca a un país musulmán o cuya religión oficial sea el Islam[694].

B. *Talāq* acordado por una autoridad religiosa islámica o consular

De forma similar a la regulación española, este tipo de divorcio no podrá ser homologado por los tribunales marroquíes y carecerá de todo efecto en Marruecos. En efecto,

---

[690] Véase, M. LOUKILI, "Régimen jurídico del reconocimiento en Marruecos de las sentencias españolas relativas al estatuto personal y familiar", en G. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), *Inmigración e integración…*, *op. cit.*, p. 291.

[691] Sent. n°. 90, exp. 212/2/1/2000, de 24 de enero de 2001, *Jurisprudence de Cour Suprême*, n°. 59-60, pp. 182 y 183.

[692] Así, en una sentencia, el TS se pronuncia en este sentido: "*no existe texto legal exceptuando del exequátur a las decisiones procedentes de los tribunales extranjeros en materia de estatuto personal siempre que se cumplen las condiciones exigidas legalmente. El tribunal cuando denegó el exequátur a la decisión basada en el taṭlīq únicamente por ser pronunciada por jueces no musulmanes sin verificar el cumplimiento de las demás condiciones hace que carezca de base legal*". Sent. n°. 180, exp. n°. 99/277, de 24 de abril de 2003, *Jurisprudence de la Cour Suprême*, n°. 63, pp. 52 y 53.

[693] Véase, J. OUHIDA, *Nidam alahwal achajssiya li alyalia almagribia bi Hulanda: waqui' wa afaq,* Dar abi raqraq, Rabat, 2012, pp. 182 y 183.

[694] Véase, M. LOUKILI, "Régimen jurídico…", *loc. cit.*, p. 293.

la decisión extranjera (española) debe emanar de un tribunal competente del país de su procedencia. En España, si bien el *Acuerdo entre el Gobierno español y la Comisión Islámica de España* de 1992 otorga efectos civiles a los matrimonios celebrados según la forma religiosa islámica, no tienen competencia para pronunciar la disolución de la relación matrimonial[695]. De modo igual, no serán reconocidos en Marruecos los divorcios realizados ante un cónsul marroquí en España[696].

En la actualidad, mientras que en Marruecos todos los tipos de divorcio se llevan a cabo obligatoriamente mediante un procedimiento judicial, en España existe junto al divorcio judicial el divorcio extrajudicial que se realiza ante notario (de mutuo acuerdo). Así pues, a la luz del CHM que exige expresamente para otorgar efecto a la decisión procedente de uno de los Estados en el otro que esta deba proceder de un órgano jurisdiccional competente, cabe verificar el trato otorgado a este tipo de divorcio por parte de los tribunales marroquíes.

C. Divorcios de jurisdicción voluntaria

Actualmente en algunos países europeos como España, Francia e Italia los divorcios de mutuo acuerdo se pueden realizar de forma extrajudicial y, por ende, presentan un carácter privado al formalizarse ante un notario o el Secretario Judicial. Por lo tanto, es importante verificar la práctica judicial marroquí en relación con estos divorcios.

Si la decisión extranjera de un divorcio por mutuo acuerdo procedente de un tribunal extranjero competente se le concede el exequátur sin problemas, siempre que cumple las condiciones exigidas para ello, parece que existe una divergencia jurisprudencial cuando este divorcio esta formalizado por notarios en forma de actos o bien por los Secretarios Judiciales. En efecto, estos divorcios se enfrentan en algunas ocasiones a las reticencias y la denegación de su reconocimiento por parte de los jueces marroquíes[697].

Por un lado, encontramos una posición favorable a estos divorcios que otorga el exequátur a un «acto» de divorcio español ante notario de 17 de mayo de 2018[698]. En el supuesto de hecho, se trata de una pareja mixta (la mujer es marroquí y el esposo es español)

---

[695] *Acuerdo entre el Gobierno español y la Comisión Islámica de España* Aprobado por Ley 26/1992, de 10 de noviembre, *BOE* n°. 272, de 12 de noviembre de 1992 (véase, R. RUEDA VALDIVIA, "Las decisiones de divorcio…", *loc. cit.*, p. 723).

[696] Ni el Convenio de Viena ni el *Dahir* n°. 421.66, de 20 de octubre de 1969, relativo a las atribuciones de los agentes diplomáticos y los cónsules marroquíes en el extranjero, confieren a los cónsules de este país la competencia para pronunciar divorcios entre sus nacionales.

[697] En cierto modo, esta situación recuerda la posición de los tribunales europeos en relación con las actas de *talaq* formalizadas por los adules bajo la regulación antigua.

[698] Sent. s/n°, exp. n°. 941/18/1614, TPI de Salé, (inédita).

que han puesto fin a su vínculo matrimonial por divorcio de mutuo acuerdo realizado ante notario. Asimismo, se ha adjuntado a la decisión de divorcio el convenio regulador. El tribunal marroquí considera que:

«*el Tribunal tras consultar el acto de divorcio extranjero junto con el acuerdo convenido entre las partes, realiza que se basa sobre la demanda conjunta de los cónyuges que es equivalente al ṭalāq bi-l-ittifāq en el sentido del art. 114 que constituye una de las causas legales para poner fin al matrimonio en Derecho interno*»[699].

Frente a esta posición liberal que parte del objetivo de facilitar el reconocimiento a los MRE, lo que constituye en sí mismo una de las finalidades de la reforma de 2004 (CFM), algunos jueces han tomado una posición más bien rigorista.

En el caso concreto, se trata de un divorcio de mutuo acuerdo realizado por el Oficial del RC italiano, se trata de la sentencia de 2 de febrero de 2017[700]. En sus argumentos, el tribunal invoca, por un lado, el carácter extrajudicial de la autoridad que formalizó el divorcio y, por otro, el documento aportado por las partes carece de toda mención relativa al intento de conciliación de los cónyuges (art. 113 del CFM) que es parte integrante del orden público marroquí.

Se considera que la sentencia que otorga el exequátur al divorcio de mutuo acuerdo ante notario cumple con los objetivos de las reformas en la materia. El empleo de la equivalencia funcional en este caso para otorgar eficacia a un acto de divorcio por mutuo acuerdo formalizado por notario responde a dichos objetivos. En efecto, el tribunal se basa en la función y finalidad de ambas figuras (*ṭalāq bi-l-ittifāq* y divorcio de mutuo acuerdo), esto es, que ambas se sostienen sobre una demanda conjunta de los cónyuges y ponen fin al matrimonio.

Ahora bien, el segundo caso refleja una tradicional formación y mala información de los jueces. Estos últimos junto a una interpretación muy restrictiva de los artículos del CPC (art. 430) ignorando tanto el art. 432 del mismo cuerpo que incluye los actos en el procedimiento de exequátur como el art. 128 del CFM que aboga por el empleo de la equivalencia y incluye también de forma expresa los actos extranjeros en materia de divorcio

[699] En el mismo sentido la sent. n°. 1308, de 04 de junio de 2019, exp. n°. 1179/19/1614, TPI de Salé, procedente de Madrid, (inédita).

[700] Citada en M. ZERROUQI (Juez de enlace en la embajada marroquí en Roma), "attalāq bi al ittifāq al mubram dajila Italia wa huyiatuh amam qadi alusra almagribi, *Mayallat Magrib al qanun*, 21 de abril de 2019, consultado en maroclaw.com

en el ámbito del exequátur[701]. Aparte, si bien se trata de un divorcio que no proceda de un tribunal italiano, la ley italiana otorga competencia a los Oficiales del RC italiano para formalizar este tipo de divorcio[702].

Ahora bien, que se trate de un acto formalizado por un notario o un oficial del RC, hay que verificar que se trate de una autoridad que está revestida de *imperium* en la normativa de origen (España), que sus competencias, poderes presentan las garantías y resultados que derivan de una sentencia judicial de divorcio de mutuo acuerdo. De otro lado, la equivalencia revierte aquí un interés esencialmente funcional, esto es, a pesar de que el acto está formalizado ante una autoridad extranjera distinta de aquella del foro (juez) debe ser reconocido siempre que las garantías, resultados y objetivos buscados por la legislación del foro (Marruecos) estén logrados[703].

En lo que se refiere la falta de intento de conciliación entre cónyuges. A excepción de los demás tipos de disolución del matrimonio, el acto de conciliación no es obligatorio para los MRE siempre que se trate de un divorcio de mutuo acuerdo. En consecuencia, supeditar el reconocimiento de la disolución del matrimonio a un acto de conciliación del cual la ley marroquí y la práctica judicial hacen excepción en alguna ocasión con el objetivo facilitar dicho reconocimiento a los MRE[704], no corresponde ni al espíritu del CFM en materia de exequátur ni a la interacción positiva entre sistemas jurídicos imprescindible para la continuidad del estatus de las personas más allá de las fronteras y la realización de sus derechos fundamentales[705].

---

[701] El art. 128 dispone: « *[…] las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros sobre la disolución del matrimonio por ṭalāq, taṭlīq, disolución por compensación o anulación del matrimonio serán susceptibles de ejecución […] asimismo los actos concluidos en el extranjero ante los oficiales y los funcionarios públicos competentes[…]*». El art. 432 dispone: "*los actos concluidos en el extranjero ante los oficiales y funcionarios públicos competentes son susceptibles de ejecución en Marruecos tras beneficiar del exequátur de conformidad con las condiciones contenidas en los anteriores artículos*".

[702] Extremo que se puede comprobar a través del sistema de cooperación entre autoridades marroquíes e italianas. A parte, cuando surgen dudas sobre la regulación extranjera por parte del juez de exequátur, sería posible por ejemplo recurrir a los jueces de enlace para tener información segura y actualizada sobre la regulación extranjera.

[703] Véase sobre esta cuestión, P. GANNAGE, Rapporteur E. JAYME, 1ére Commission sur "La substitution et le principe…", *loc. cit*., p. 25 y ss.

[704] Publicación del Ministro de Justicia n°. 13 س 2, de 13 de abril 2004, dirigido a los jueces vinculados a las embajadas de Marruecos en el extranjero.

[705] Sent. n°. 24/06/63, de 01de junio de 2006, *Al muntaqa min 'amal al qada fi tatbiq Mudawanat al usra*, Manchurat jam'iyat nnachr al ma'luma al qanunia wa al qadaiya, Silsilat Achuruh wa addalail, n°. 10, febrero 2009, p. 108. En el caso concreto, la esposa, al carecer de los documentos de residencia en Inglaterra, solicitó al tribunal marroquí dispensarle y su cónyuge de comparecer ante dicho tribunal

Sentado lo anterior, una posición uniforme de los jueces en relación con el reconocimiento del divorcio de mutuo acuerdo ante notario o Secretario Judicial es imprescindible para evitar la disparidad jurisprudencial y la inseguridad judicial. Ello es susceptible de eliminarse mediante el empleo de la técnica de la equivalencia funcional que, a su vez, paralizaría la actuación de la excepción de orden público en relación con este tipo de divorcio.

2. Firmeza de la decisión española

De manera similar a la regulación española en el ámbito del reconocimiento, la decisión extranjera no puede ser ejecutada en Marruecos salvo si se han agotado todos los recursos. Se trata del efecto de cosa juzgada que debe obtener la decisión extranjera por parte del tribunal de donde procede para que pueda posteriormente ser reconocida y ejecutiva en Marruecos.

Además del CHM (art. 23), esta condición está recogida en el CPC (art. 431. 3) que exige adjuntar: «*una certificación del Secretario del Tribunal en el cual consta que la decisión no fue objeto de recurso o de apelación*».

Entonces, para prevalecer de este carácter (la firmeza), a la demanda de ejecución de la decisión española se debe adjuntar una *Certificación del Secretario del Tribunal* en el cual consta que la decisión no fue objeto de recurso o de apelación, lo que permite al juez marroquí comprobar que la decisión es definitiva y beneficia del efecto de la cosa juzgada.

El objetivo es garantizar la estabilidad de las relaciones privadas-internacionales y el respeto de los derechos de defensa[706]. Y, por ende, evitar que sea interpuesto un recurso ante un tribunal superior que pueda crear un conflicto jurídico ante una eventual ejecución de aquella sentencia en Marruecos[707]. En la actualidad, esta condición no debería, en principio, presentar problemas en la medida en que en ambos ordenamientos (español y marroquí) la disolución del matrimonio tiene carácter definitivo y no es susceptible de ningún recurso. No obstante, en Marruecos esta condición es objeto de divergencia doctrinal y jurisprudencial.

---

para realizar el intento de conciliación. Así, se otorgó al Cónsul General en Londres competencia para llevar a cabo dicho intento.

[706] Véase, A. BELEHSAINI, *Al-moujaz fi al-qanoun addouali al-khas,* Al-jousour, Uxda, 2006, p. 165.

[707] Véase, M. MUQRINI, "*Tanfid alahkam alaynabiyya bi inha' al 'alaqa azzawyiyya wifqan li mudawwanat alusra almagribiyya*", *Mayallat Almilaf*, 2007, n°. 11, p. 47.

A. Posición doctrinal y jurisprudencial

La legislación marroquí al igual que la doctrina mayoritaria tiende a una aplicación restrictiva de esta norma y rechazan la aplicación de decisiones con carácter provisional en cuanto a su ejecución[708]. Para A. OUNNIR, es una de las mayores problemáticas en materia de exequátur, el rechazo de la homologación de una sentencia española por la falta de aportación de la *Certificación del Secretario del Tribunal* refleja una disfunción en el sistema de reconocimiento de las decisiones extranjeras.

Esta disfunción se debe una mala información y gestión por las autoridades consulares que otorgan a los interesados un documento estipulando que a la otra parte se le notificó la decisión y que esta última ya es definitiva. Tal documento carece de todo valor jurídico en Marruecos y genera la denegación de un gran número de demandas de exequátur presentadas ante los tribunales en Marruecos[709]. Asimismo, parte de la doctrina ve en la exigencia de aportar la *Certificación del Secretario del Tribunal* extranjero un obstáculo para el procedimiento de exequátur de las decisiones extranjeras sobre todo cuando la decisión no vulnera el orden público marroquí[710]. Se considera más bien como una restricción de orden legislativo que judicial, esto es, no se aplica el texto de la ley a la letra.

Así pues, en algunas ocasiones, se otorga el exequátur sin exigir la entrega de dicha certificación aceptando en su lugar el documento que acredite la inscripción del divorcio en el RC del Estado extranjero[711]. Esta flexibilidad por parte de las secciones de familia en el seno del TPI se justifica por el hecho de que la decisión extranjera en su redacción contiene en el cuerpo de texto lo que indica que la decisión es definitiva[712].

La posición de los tribunales que han aceptado la inscripción de la decisión en el RC del Estado de donde emana la decisión extranjera como prueba de su carácter definitivo fue afirmada por el TS marroquí[713]. Este último, en ocasiones, ha casado la decisión del juez de

---

[708] Véase, K. BERJAOUI /M. TAGMANT: "El reconocimiento de…", *loc. cit*. p. 192.
[709] Véase, "Les justiciables dans…", *loc. cit*., p 113.
[710] Véase, S. ADERYOUCH, "Kayfa naqra' …", *loc. cit*., p. 47.
[711] STS n°. 188, exp. n°. 622/2/1/2004, de 30 de marzo de 2005, *Jurisprudence de la Cour Suprême*, n°. 63, Oumnia, Rabat, 2007, p. 112 y ss.
[712] Sent. s/n°, exp. n°. 127/16/1614, de 21 abril de 2016, TPI de Larache, procedente de Inglaterra, (inédita). Orden n°. 1081, exp. n°. 1080/1101/2019, de 18 diciembre de 2019, TPI de Salé, procedente de New Jersey-EE.UU, (inédita). Orden n°. 1080, exp. n°. 1092/1101/2019, de 18 diciembre de 2019, TPI de Salé, procedente de Virginia-EE.UU, (inédita).
[713] Sent. n°. 163, exp. n°. 254/2003/10, de 11 de octubre de 2004 del CA de Rabat que denegó la sentencia del TPI de Rabat n°. 796, exp. n°. 1142/02/12, de 23 de mayo de 2003 (inédita) (véase, F. Z. BOUKAISSI**,** "Du déroulement des audiences a la Section de la Justice de la famille prés les Tribunaux

fondo al no tener en cuenta este elemento de hecho (la inscripción en el RC) junto a la deducción del carácter definitivo de la misma decisión.

Como buen ejemplo de ello la decisión del TS de 10 de enero de 2007 al disponer:

«*si el art. 431 del CPC condiciona la homologación de la decisión extranjera con la presentación de la Certificación del Secretario del Tribunal extranjero por la parte demandante acreditando que la decisión es definitiva [….], la decisión extranjera se pronunció en presencia de las partes[….] y se ha inscrito en el RC del interesado, y el Tribunal cuando reconoció el asunto sin tener en cuenta estos elementos de hecho, así que la posibilidad de deducir de ello la firmeza de la decisión extranjera hizo que la decisión carece de motivación y es susceptible de casación*»[714].

Otra decisión más reciente de 23 de octubre de 2019 apoya esta posición al disponer: «*se desprende del contenido de la decisión procedente que es definitiva y tiene fuerza de cosa juzgada, con lo cual la finalidad que se logra mediante la aportación de la Certificación que atesta que no cabe recurso ninguno se ha realizado*»[715].

No obstante, parece que no se trata de una jurisprudencia constante y uniforme. Así, el TPI de Larache en una decisión de 11 de febrero 2016 denegó el exequátur a una decisión procedente de Holanda basada en el *taṭlīq* porque el tribunal estimó que los demandantes (ex esposos): «*no han aportado la certificación que atesta que la decisión no es susceptible de recurso, o cualquier documento que atesta la firmeza de dicha decisión*»[716].

Concretamente, esta problemática surge en los casos de divorcio por mutuo acuerdo porque estando un divorcio de ejecución inmediata al inscribirse en el RC no se procede a la entrega de la *Certificación del Secretario del Tribunal extranjero*[717].

De otro lado, algún autor estima que esta condición debe ser entendida a la luz de lo dispuesto en el CFM, esto es, cuando el juez marroquí proceda a la homologación de la

---

de première instance de Rabat", *Le Code de la famille: perceptions et pratiques judiciaires*, Friedrich Ebert Stiftung, ImprimElite, Casablanca, Fès, Maroc, 2007, p. 264).

[714] Sent. exp. n°. 18, citada en *Mayallat Al'ichaa*, 2007, n°. 32, p. 252.

[715] Sent. n°. 834, exp. n°. 843/1101/2019, de 23 de octubre de 2019, procedente de Madrid, (inédita). También Orden n°. 129, exp. n°. 150/1101/2019, de 04 de diciembre de 2019, TPI de Midelt, Procedente de Alemania, (inédita).

[716] Sent. s/n°, exp. n°. 30/16/1614, procedente de Holanda, (inédita).

[717] Véase, M. EL KHADRAOUI, "Tadiel alahkam bi assiga attanfidiya", *Mayallat Muhakama*, 2006, n°. 1, p. 114.

decisión extranjera tiene que proceder de conformidad con lo dispuesto en el CFM que agiliza el procedimiento (su art. 128 no exige esta condición)[718].

En efecto, las disposiciones del CPC deben armonizarse con las del CFM dado el hecho de que la exigencia del original de la decisión extranjera junto con la *Certificación del Secretario judicial* constituye un obstáculo para la homologación. En consecuencia, es preciso que haya más flexibilidad por parte del juez al tratar dicha cuestión con el objetivo de favorecer al máximo el reconocimiento de la disolución del vínculo matrimonial en el país de origen.

En alguna ocasión se ha denegado el reconocimiento a una decisión española de divorcio de 25 de octubre 2018 por estimar que existe contrariedad en el cuerpo de texto en cuanto a la firmeza de la decisión. Así pues, por un lado, la decisión dispone que la disolución es "*definitiva y beneficia del efecto de cosa juzgada*" y, por otro lado, que «*es posible presentar por escrito una demanda de apelación ante el Tribunal local de Barcelona en un plazo de 20 días naturales tras la notificación*»[719].

Cabe preguntarse aquí si se trata de una efectiva contrariedad en la decisión española o bien un fallo en la traducción de la decisión que ha generado un mal entendimiento por parte de los jueces marroquíes del procedimiento español en materia de divorcio.

Se puede concluir que la firmeza de la disolución del vínculo matrimonial como condición para reconocer la decisión española en Marruecos no constituye una problemática en la medida que en España la disolución del matrimonio es definitiva. La complicación deriva más bien de la posición de los tribunales marroquíes cuando proceden con cierto rigor en la interpretación o aplicación de esta condición.

3. Respeto de los derechos de defensa

A. Norma de orden público

Esta condición de carácter procedimental se ha convertido en una norma de orden público tras la reforma de la regulación interna de la disolución del matrimonio en 2004, en particular en relación con el *ṭalāq*. Hoy en día, los derechos de ambos cónyuges a un proceso justo que garantiza sus derechos de defensa (la notificación, la presencia en el proceso) constituye una norma de orden público en los litigios a nivel interno e

[718] Véase, S. ADERYOUCH, "Kayfa naqra'…", *loc. cit.*, p. 47. Disposición aplicable también a nivel de las sentencias marroquíes internas.
[719] Sent. s/n°, exp. n°. 2379/18/1614 (inédita).

internacional. De manera especial, la obligatoriedad de la notificación y la presencia de la esposa en el procedimiento de *ṭalāq* es una condición de carácter imperativo.

Según las normas de DIPr, la decisión debe haber sido dictada conforme a las normas de procedimiento del país de origen de la decisión que se pretende reconocer. Para cumplir con esta condición, junto al CHM el art. 430.2 del CPC exige el respeto de las normas de procedimiento, esto es, que el demandado debe haber sido convocado legalmente ante el tribunal extranjero y haberse beneficiado de todos los derechos que integran el derecho de defensa[720].

Con el objetivo de facilitar el exequátur de las decisiones extranjeras, el CPC muestra cierta flexibilidad cuando exige en su art. 431. 2 la presentación del documento acreditativo de la notificación o cualquier otro documento que cumpla la misma función. Este precepto deja entender que a falta del documento acreditativo de la notificación, la inclusión en el texto de la decisión extranjera de disposiciones que acrediten de que la parte demandada en el proceso de divorcio ha sido legalmente notificada es suficiente para reconocer dicha decisión en la medida en que están cumplidas las demás condiciones exigidas para su reconocimiento.

Los tribunales marroquíes tratan con rigor el cumplimiento de esta condición al verificar minuciosamente que ambos cónyuges fueron presentados, notificados legalmente o bien han sido declarados en rebeldía ante el juez extranjero[721].

B. Práctica jurisprudencial

A nivel jurisprudencial, esta condición se puede ilustrar a través de la sentencia del TPI de *Larache* que deniega la demanda de exequátur presentada por parte del esposo al disponer:

«*tras la verificación de la decisión extranjera para su exequátur se desprende que se basa en una decisión introductora anterior con fecha de 13/04/2012 […], ni atesta de la presencia de la parte demandada a las audiencias y su notificación, así que carece de distintas informaciones que debe contener la decisión extranjera, la no presentación de la*

[720] Véase, K. BERJAOUI/M. TAGMANT, "El reconocimiento de los…", *loc. cit.*, p. 192.
[721] Véase, A. MOULAY RCHID, "al 'alaqat alussariya…", *loc. cit.*, p. 99.

decisión introductora impide verificar la compatibilidad o no de la presente decisión con el orden público marroquí»[722].

Otra decisión procedente del TS marroquí y, que coincide con la reforma del CEP, considera que la decisión apelada viola los textos legislativos cuando otorgó el exequátur a una decisión extranjera pronunciada por el Juez de asuntos urgentes sin la presencia de la otra parte o su notificación, resultando por ello contraria al art. 127 del CFM[723].

En estos supuestos, la decisión extranjera no tiene ninguna eficacia en Marruecos dando lugar a situaciones claudicantes y anormales que generan consecuencias en la esfera personal como patrimonial de las partes. Así pues, el esposo o la esposa quien no fue notificado/a guardará todos sus derechos derivados del matrimonio con el otro cónyuge demandante incluso en caso de fallecimiento de este último, el cónyuge demandado tendrá derecho a la herencia, así como los demás derechos derivados del matrimonio. Cabe mencionar que si la esposa demandante contrae nuevo matrimonio en el país de su residencia dónde se ha divorciado, al fallecer, su ex marido tiene acceso a su herencia[724].

De otro lado, con el ánimo de facilitar el reconocimiento de las decisiones extranjeras, el tribunal marroquí ha otorgado el exequátur a una decisión extranjera de disolución del matrimonio considerando como prueba de la notificación de la parte demandada la aportación por el solicitante del exequátur la certificación del carácter definitivo de la decisión de divorcio y su inscripción en el RC[725].

De todo lo que se ha expuesto resalta que, por un lado, la regulación marroquí vigente recoge un procedimiento relativo a la disolución del matrimonio equivalente a la regulación europea (española) en la materia. Por otro, del análisis de la jurisprudencia resulta que los derechos de defensa de ambos cónyuges en el proceso de origen se aprecian con mucho rigor por los jueces marroquíes y, sin su cumplimiento la decisión extranjera carecerá de todo efecto en el ordenamiento jurídico marroquí.

---

[722] Sent. s/n°, exp. n°183/16/1614, de 16 de mayo de 2016 (inédita), procedente de Holanda. También sent. n°. 202, exp. n°. 714/2/1/2013, de 28 de abril de 2015, procedente del TPI de París. *Revue Jurisprudence de la Cour Suprême*, 2015, n°. 22, p. 53 y ss.

[723] Sent. n°. 606, exp. n°. 673/2/1/2003, de 22 de diciembre de 2004 TS, *Qararat almayliss ala'la*, vol. 3, p. 196.

[724] Véase, I. BAHMANI, *Tadiel alahkam wa…*, *op. cit*., p. 176 y 177.

[725] Sent. n°. 226, exp. n° 180. 2006, de 09 de mayo de 2006, (inédita).

VI. Reconocimiento de los efectos post-divorcio relativos a la mujer

Una vez que se han tratado el marco normativo, el procedimiento y las condiciones para el reconocimiento, se procede a analizar la recepción en el ordenamiento marroquí de los derechos propios de la mujer que puede recoger la decisión española: *nafaqa* y pensión compensatoria. El reconocimiento de estas últimas se verifica a la luz de las consideraciones realizadas en el capítulo primero acerca de la equivalencia funcional.

De conformidad con la regulación marroquí (art. 84 CFM) los derechos de la mujer tras la disolución del matrimonio se forman de la parte aplazada del *mahr*, la *nafaqa* relativa al periodo de *'idda* o pensión de mantenimiento y la dote de consuelo *mut'a*. Estos derechos tendrán lugar en el supuesto de que la disolución del matrimonio entre marroquíes se ha pronunciado aplicando el Derecho marroquí por parte del juez extranjero.

Cuando se trata de una decisión extranjera donde se ha aplicado la regulación extranjera por ser la del país de residencia habitual de los marroquíes o bien porque las partes ostentan la nacionalidad de dicho país, los tribunales marroquíes se enfrentan a figuras distintas a las de su Derecho interno. Así pues, en el caso de la aplicación de la ley española relativa al divorcio tendrá lugar como derecho post-divorcio de la mujer marroquí la pensión compensatoria.

Ahora bien, al igual que la disolución del vínculo matrimonial y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico marroquí, los efectos post-divorcio relativos a la mujer deben pasar por el filtro del orden público para verificar su compatibilidad con los principios del foro, en particular los fundamentos de Derecho musulmán sobre los cuales se basan dichos derechos.

De las demandas extranjeras para su exequátur se destaca que raras son las veces en las cuales la mujer marroquí invoca su derecho a la *nafaqa* ante los tribunales europeos[726]. Asimismo, tras la consulta de un número importante de decisiones extranjeras para su exequátur ante los tribunales marroquíes la totalidad de ellas se refieren únicamente a la parte relativa a la disolución del vínculo matrimonial[727]. Partiendo de estas premisas, se puede deducir que las consecuencias económicas relativas a la mujer no presentan dificultades para su reconocimiento en Marruecos.

[726] Véase, J. ELMEHOTE, "Alhuquq almaliya liazzawya wa alatfal almuqimin bi al jariy bayna alqada' al urupi wa alqada' al magribi ", *Code de la famille et la réalité d'application à l'étranger*, Colloque international, 9-10 de abril de 2010, organizado por le Laboratoire de Recherche en Droit de la Famille et de la Migration, Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de Oujda, I. ELFAKHORI (Elaboration et coordination), Silsilat annadawat, n°. 4, 2011, p. 423.

[727] En algunas ocasiones tratan también de los derechos de los hijos/as (personales como económicos).

Es importante señalar que las decisiones españolas pronunciando el divorcio de una pareja marroquí y aplicando la regulación marroquí contemplan los derechos económicos post-divorcio de la mujer en su totalidad, así pues, la *nafaqa* forma parte de dichos derechos. En principio, como se ha mencionado, su reconocimiento no debe presentar problemas salvo si la decisión extranjera contiene ciertos pronunciamientos que pueden activar la excepción de orden público.

La doctrina estima que una decisión extranjera pronunciando una obligación de ayuda a la ex-mujer tras el divorcio o bien que no respeta los criterios del CFM relativos a la evaluación del montante de la pensión será descartada a nombre del orden público[728]. Así, el exequátur será denegado cuando el montante de la pensión otorgada a la mujer es muy alto en relación con lo que normalmente se decreta en Marruecos. En este supuesto, se estima que la actuación del orden público no está justificada porque no es posible igualar el nivel de vida en el país de residencia con aquel de origen. En este último, es muy inferior y, en consecuencia, existe gran disparidad entre las sumas que se pronuncian a favor de la mujer en cada país.

De la misma manera, una decisión extranjera que otorga la *nafaqa* a la mujer marroquí como consecuencia de un *ṭalāq* irrevocable será rechazada por su contrariedad con el orden público debido a que la relación matrimonial ya no existe[729].

Ahora bien, cuando el juez extranjero aplica su derecho nacional a los MRE, otros aspectos pueden ser objeto de la activación del orden público. Es el caso de la pensión compensatoria como efecto económico derivado del divorcio en la regulación española y que presenta ciertas particularidades que pueden impedir su reconocimiento en Marruecos.

En concreto, la problemática sería el reconocimiento de una pensión compensatoria a duración indeterminada. El juez marroquí denegaría el reconocimiento a dicha modalidad por su vulneración del orden público ya que la duración de la *nafaqa* debida a la mujer durante la *ʿidda* tras el divorcio está determinada en el CFM y no puede superar los tres meses según las disposiciones de Derecho musulmán.

Así pues, en el supuesto de acordar a la mujer marroquí una prestación compensatoria mensual, la parte de la decisión relativa a este extremo será rechazada por su contrariedad

[728] Véase, M. LOUKILI, "Droit international…", *loc. cit*., p. 158.
[729] A diferencia de la disolución del matrimonio de carácter revocable donde la esposa tiene derecho a la *nafaqa* a razón de la vigencia de la relación matrimonial durante el periodo de la *ʿidda*. Sent. s/n°, exp. n°. 2110/05, de 14 de noviembre de 2005, (inédita).

con el orden público. En efecto, una pensión compensatoria que dura en el tiempo debiendo el ex-marido pagarla mensualmente nunca será reconocida en Marruecos. Esta modalidad de prestación no existe en la regulación marroquí y, en su lugar, debe pronunciarse un único pago de la totalidad de la prestación que resultaría más acorde con las características de la *nafaqa*.

En este sentido se pronuncia la sentencia del TPI de Casablanca que deniega el exequátur a una decisión extranjera porque esta última otorga a la mujer una pensión mensual a duración indeterminada a partir de la fecha de la inscripción del *ṭalāq* en el RC. En su motivación, el TPI considera que la esposa solo tiene derecho a la pensión durante la vigencia del vínculo matrimonial (periodo de la *'idda*) con lo cual la decisión extranjera resulta contraria al orden público marroquí[730].

Efectivamente, para favorecer el reconocimiento en Marruecos de este tipo de prestación post-divorcio sería conveniente que el juez español, al otorgar una prestación compensatoria a la mujer marroquí, la fija en forma de un pago único en la medida que existe esta opción en Derecho español. Esta solución sería más compatible con la regulación contenida en el CFM y evitaría la denegación de su reconocimiento.

Esta solución es posible y efectiva, porque las dos figuras (*nafaqa* y pensión compensatoria) presentar aspectos equivalentes que favorecen su reconocimiento en ambos ordenamientos. Si se toman en cuenta dichos aspectos por parte del juez español (origen de la decisión) y el juez marroquí, la pensión compensatoria podría ser reconocida y será considerada como un equivalente funcional de la *nafaqa*.

Cuando se presenta en forma de pago único destinado a cubrir algunas necesidades de la mujer que pueden ser vitales o no tras el divorcio, es este resultado que el juez debe tener en cuenta empleando la técnica de la equivalencia funcional. La función que desarrollan ambas figuras y los resultados logrados a través de su función son equivalentes, en ambos ordenamientos el objetivo del legislador es facilitar a la mujer una pensión (o una cantidad de dinero) a la hora de divorciarse, los demás aspectos segundarios no deben constituir un obstáculo para su reconocimiento.

Así pues, aunque el juez extranjero usa términos distintos a los del Derecho marroquí para designar la pensión debida a la esposa, mientras que la institución extranjera sea

[730] Sent. n°. 840, de 07 de junio de 2004, *Revue Jurisprudence de la Cour de Cassation*, 2007, n°. 66, p. 139 y ss.

funcionalmente equivalente a la del foro y no sea contraria a los principios de Derecho musulmán en la materia, su reconocimiento sería posible[731]. En este sentido, se puede citar una decisión francesa donde el juez ha utilizado el término «*contribución financiera debida a la esposa*»[732]. Por tanto, la equivalencia funcional es un mecanismo que permite al juez, dentro del margen de interpretación que sostiene, soslayar el carácter religioso de una figura de Derecho interno.

Otro aspecto que podría activar la excepción de orden público marroquí en relación con la prestación compensatoria es el montante que puede ser muy alto comparado con la *nafaqa*[733]. Para responder a esta problemática, el juez marroquí debería considerar la pensión otorgada a la mujer por parte del juez extranjero a la luz de los diversos derechos otorgados a la mujer en el CFM (la dote aplazada, la *mut'a*, la indemnización y la *nafaqa*). Se trata de una solución basada en un análisis comparado que permite conectar dichas figuras entre sí.

Cabe mencionar que, en algunas ocasiones la mujer marroquí a pesar de beneficiar de la *nafaqa* otorgada por parte de los tribunales extranjeros presenta una nueva demanda ante los tribunales de su país de origen. La práctica jurisprudencial muestra que, en estos supuestos, el tribunal marroquí tras verificar la decisión extranjera rechaza la demanda cuando se asegure que la mujer ha beneficiado de sus derechos. En este sentido se pronuncia la Corte de Casación al disponer:

«*en la medida en que la esposa ha elegido recurrir al tribunal extranjero y ha obtenido de todos sus derechos derivados del ṭalāq de conformidad con la ley de dicho país sin invocar durante el proceso la aplicación de la norma de reenvió que remite a la aplicación del derecho de su país por ostentar la nacionalidad marroquí, no puede recurrir de nuevo a los tribunales marroquíes para que se prenuncien sobre las consecuencias del ṭalāq*»[734].

---

[731] Véase, M. LOUKILI, "Droit international privé…", *loc. cit.*, p. 158.
[732] STS. n°. 326, exp. 350/1/98, de 25 de abril de 2002, (inédita).
[733] Aquí podemos citar una sentencia del TPI que deniega el exequátur a una decisión francesa considerando que el hecho de otorgar la liquidación de los bienes patrimoniales a un notario podría dar lugar a un "enriquecimiento sin causa" de la esposa en detrimento del esposo. Sent. n°. 744/02, exp. n°. 571/02, de 28 de octubre 2002, en *Mayallat al'ichaa*, n°. 27, p. 313 y ss.
[734] Sent. n°. 454, exp. n° 36/2/1/2010, de 06 de septiembre de 2011, *Revue Jurisprudence de la Cour de Cassation*, n°. 74, 2012, p. 159 y ss. Sent. sin número, exp. n°. 07/285, de 25/02/2008, TPI de Tarudant, *almuntaqa min 'amal alqada' fi tatbiq Mudawwanat alusra, Manchurat yam'iyat nachr alma'luma alqanunia*, febrero 2009, n°. 17, p. 214. Sent. n°. 677, exp. n° 840/2/1/212, de 17/09/2013,

De otro lado, en el supuesto de que el marido se niega a cumplir con el pago de la pensión, la mujer marroquí al solicitar el exequátur de la decisión extranjera referente a la disolución del vínculo matrimonial puede interponer una nueva demanda para solicitar la prestación de alimentos[735]. Por último, cabe verificar si existe la posibilidad de reconocer una decisión extranjera en Marruecos en la cual los cónyuges renuncian mutualmente a sus derechos relativos a la pensión post-divorcio.

De la jurisprudencia resulta que este tipo de renuncia mutua no viola el orden público marroquí. Así se desprende de una decisión del TS de Montreal (Canadá) en la cual se reconoce en Marruecos la disolución del vínculo matrimonial y las consecuencias derivadas de ello. La sentencia extranjera dispone que las partes reconozcan mediante el acuerdo: «*no tener ningún derecho a una pensión alimenticia debida a cada uno de ellos, que cada uno puede subvenir a sus propias necesidades financieras y reconoce que es capaz de subvenir a sus necesidades en el presente y el futuro y, en consecuencia, cada parte renuncia de forma irrevocable a reclamar al otro los alimentos para el pasado, el presente y el futuro*»[736].

De igual modo se puede citar una decisión marroquí reconociendo un divorcio de mutuo acuerdo por notario procedente de España en el cual las partes a través del convenio regulador acuerdan, entre otras cosas, renunciar a la pensión compensatoria. En el mismo sentido, se otorgó el exequátur a una decisión judicial procedente del TPI de Fuengirola (España) pronunciando el divorcio por mutuo acuerdo, aunque no ha otorgado la pensión compensatoria a la mujer (ni al hombre), la sentencia estipula: «*pensión compensatoria. No procede su fijación, por no existir desequilibrio económico entre los cónyuges a causa del divorcio*»[737].

De estas decisiones se puede concluir que, el carácter indisponible e irrenunciable de la pensión alimenticia o la pensión compensatoria entre cónyuges se relativiza en la medida en que exista la posibilidad de renunciar a dicho derecho cuando se trata de un divorcio de mutuo acuerdo.

Corte de Casación. Sent. n°. 452, exp. n°. 260/2/1/2005, de 12 de julio de 2006, *Revue Jurisprudence de la Cour de Cassation*, n°. 66, 2007, p. 159 y ss.

[735] Véase, M. LOUKILI, "Régimen jurídico del…", *loc. cit*, p. 303.

[736] Orden. n°. 839, exp. n°. 857/1101/2019, de 23 de octubre de 2019, TPI de Salé, (inédita).

[737] Orden n°. 834, exp. n°. 843/1101/2019, de 23 de octubre de 2019, TPI de Salé (inédita).

Conclusion générale

I. Conclusions générales

La présente recherche, basée sur la méthode comparative, la méthode fonctionnelle et le principe d'équivalence fonctionnelle, appliquée dans le domaine du Droit comparé à l'institution de la dissolution du mariage et à certains de ses effets dans les systèmes juridiques espagnol et marocain, a abouti aux conclusions suivantes:

1. La méthode comparative, en tant qu'instrument épistémologique, a permis d'atteindre les objectifs proposés dans le cadre de la présente recherche. Concrètement, il s'agit de détecter, déterminer et évaluer les similitudes et les différences qui marquent l'institution de la dissolution du mariage et certains de ses effets; mettre en évidence leurs particularités; rendre visible la réalité sociale que cachent lesdites institutions, leur raison d'être, leurs causes et leurs restrictions, tout en tenant compte des aspects qui les façonnent (historiques, socio-économiques, religieux, idéologiques, politiques...etc.).

2. L'utilisation de la méthode fonctionnelle en tant qu'approche et l'équivalence fonctionnelle comme technique a permis d'établir que, même si les différentes formes de rupture du lien matrimonial en Droits espagnol et marocain se réalisent différemment, suivant une conception dogmatique et conceptuelle spécifique et, malgré leurs distinctes dénominations (*ṭalāq*, *tatliq*, divorce), elles remplissent une fonction similaire, ont les mêmes finalités et objectifs (dissoudre le lien matrimonial et permettre la récupération de la capacité matrimonial). Par conséquent, les solutions adoptées dans chaque système sont fonctionnellement convergentes.

3. La construction juridique et les caractéristiques formelles de la dissolution du mariage dans les ordres juridiques en présence dissimulent certains aspects équivalents. L'analyse comparative a révélé que la formation dogmatique n'affecte pas leur substance dés lors qu'elles remplissent la même fonction, leurs buts et les solutions adoptées sont équivalents. En outre, la méthodologie comparative a mis en évidence leurs finalités sociales.

Par conséquent, leurs fonctions et les solutions qui sont convergentes doivent prévaloir sur la manière dont cette fonction a été remplie. Cela signifie que la structure dogmatique passe au second plan laissant le terrain libre à une approche comparative détaillée des caractéristiques essentielles des institutions en présence. C'est-à-dire qu'il faut se détacher des règles juridiques abstraites et insuffisantes pour vérifier et analyser d'autres éléments

pertinents (la fonction et les objectifs visés par l'institution étrangère ainsi que les solutions adoptées).

4. Le point de départ est donc de vérifier si l'institution de la dissolution du mariage remplit la même fonction dans les deux systèmes. A cet égard, parmi les questions pertinentes qui se sont posées est celle de savoir si les époux ont la capacité de mettre fin à leur mariage de manière réelle et effective sans que l'un d'eux ne soit lésé dans ses droits ou ne se voie imposer des conditions contraignantes.

A cet égard, l'analyse des différentes formes de dissolution du mariage contenues dans la législation marocaine telles qu'elles sont articulées aujourd'hui, leur évaluation au-delà de leur conception structurelle traditionnelle, en considérant leurs fonctions et leurs finalités, révèlent qu'elles sont fonctionnellement équivalentes aux formes de dissolution du mariage en vigueur dans la législation espagnole.

En ce sens, les mêmes caractéristiques essentielles, qu'elles soient de forme ou de fond, sont présentes. La rupture du lien matrimonial revêt la forme unilatérale, ou par consentement mutuel, et peut être discrétionnaire. L'accès au divorce est libéralisé dans les deux systèmes, il est effectif pour chaque conjoint et, malgré l'unité qui caractérise la procédure de divorce et ses voies d'accès en Droit espagnol et la pluralité de voies en Droit marocain, les conjoints ont le même pouvoir pour introduire une demande auprès du tribunal compétent et, donc, de bénéficier de la liberté d'exprimer leur volonté de se séparer et d'obtenir le divorce. Dans les deux systèmes, la procédure de divorce est exclusivement judiciaire (à l'exception du divorce effectué devant notaire dans la réglementation espagnole).

Quant aux droits de la défense, ils sont garantis autant pour la femme que pour l'homme sur un même pied d'égalité afin qu'ils puissent introduire leurs demandes et défendre leurs prétentions et droits économiques.

Enfin, n'est susceptible d'aucun recours la partie de la décision relative à la rupture du lien matrimonial.

Par conséquent, la divergence conceptuelle positiviste qui marque les deux réglementations n'empêche pas l'accès au divorce surtout pour les femmes marocaines par rapport aux hommes, et ne leurs impose pas de conditions draconiennes pour l'obtenir.

5. Qu'il s'agisse de la législation espagnole ou marocaine, les différentes formes de rupture du lien matrimonial se caractérisent par le fait que la cause réelle du divorce est susceptible d'être dissimulée (*julʿ*, *tamlīk*, *šiqāq*, *ṭalāq* marital, *bi-al-ittifāq* au Maroc; divorce unilatéral et par consentement mutuel en Espagne). En effet, la cause réelle est la cessation de *l'affectio maritalis*.

D'autre part, concernant le divorce pour cause en vigueur dans la réglementation marocaine, il a été établi l'existence de son équivalent fonctionnel en Droit espagnol bien qu'à titre exceptionnel. En fait, le divorce pour cause n'est pas étranger ou inexistant dans la législation espagnole car il est toujours en vigueur et se manifeste à travers la cause de violence conjugale qui est parfaitement assimilable aux causes invoquées par la femme, ou l'homme, dans la réglementation marocaine. Dans les ordres juridiques en présence, l'objectif est de préserver la dignité de la personne demanderesse du divorce en promouvant l'accès au divorce qu'elle que soit sa forme. Sa finalité en Droit marocain est surtout d'offrir aux conjoints une option de plus pour sortir de la crise conjugale.

6. L'autonomie de la volonté et la liberté conjugale sont des principes fondamentaux dans les systèmes espagnol et marocain. En ce qui concerne la liberté des époux de dissoudre leur mariage, aucun des époux n'est obligé de rester dans une relation conjugale contre sa volonté. La simple volonté de l'un ou l'autre de mettre fin au lien conjugal exprimée devant le juge constitue la cause principale de l'action en divorce.

Cette volonté peut être exprimée de manière unilatérale ou consensuelle, dans les deux cas ni le juge ni l'autre époux ne peuvent s'opposer à la volonté de l'époux qui souhaite dissoudre le mariage. Cependant, il a été constaté que contrairement à la réglementation espagnole où les principes de liberté matrimoniale et d'autonomie de la volonté sont reconnus sans aucune restriction (divorce unilatérale sans aucune cause), leur appréciation dans la réglementation marocaine doit se faire en considérant la validité de deux contextes différents (espagnol et marocain) imprégnés de facteurs différents et déterminants (sociaux, idéologiques, politiques, économiques, historiques, religieux).

Toutefois, la liberté des femmes marocaines de dissoudre leur mariage est garantie par le CFM et ce, malgré la pluralité des formes de dissolution contenues dans ce code. Aujourd'hui, les femmes marocaines, de manière similaire aux hommes, ont la pleine liberté de demander le divorce et de l'obtenir, leur volonté de ne pas rester dans une relation insupportable ou indésirable est garantie (libre épanouissement de la personnalité et dignité).

7. Une autre question qui revêt une grande importance est celle de la procédure de conciliation des conjoints. Dans le CFM, il s'agit d'une phase obligatoire, qui se déroule devant le Juge de la famille et qui est d'ordre public, tandis que dans le CC espagnol, elle est privée, c'est-à-dire, qu'elle s'effectue en dehors de toute supervision judiciaire (médiation). Néanmoins, la méthode comparative a permis d'établir que les deux figures (conciliation/médiation) sont fonctionnellement équivalentes car elles remplissent la même fonction et ont le même objectif qui consiste à tenter de rapprocher les opinions, de diminuer la tension et de voir avec plus de clarté les intérêts de chaque partie, de préserver l'intérêt supérieur des enfants, outre l'éventuelle réconciliation des conjoints.

8. La pertinence de la méthode fonctionnelle et de l'équivalence fonctionnelle par rapport aux figures de la ʿʿ*idda'* et de la séparation conjugale a permis de mettre en évidence deux aspects. D'une part, établir que l'intérêt social et le rôle développé par ces figures conduisent à déterminer l'existence d'un degré élevé d'équivalence fonctionnelle. Ces derniers remplissent la même fonction; il s'agit d'un mécanisme de réflexion qui peut conduire à une éventuelle réconciliation.

Ainsi que d'autres fonctions correspondant à chaque système juridique (préservation de la filiation en Droit marocain et la possibilité de maintenir le lien du mariage pour ceux qui croient en son indissolubilité). Dans les deux cas (ʿʿ*idda* ou séparation conjugale) il y a lieu une crise conjugale à laquelle on cherche une solution satisfaisante qui prend en considération les besoins et les intérêts du couple et de ses enfants.

Cependant, il existe certaines différences notables. Ces dernières sont principalement dues à l'origine religieuse de la ʿʿ*idda* et à sa régulation qui doit observer les limites fixées par les préceptes religieux. Donc, lesdites divergences sont essentiellement d'ordre moral plutôt que juridique.

9. L'approche comparative réalisée présente un autre avantage qui est celui de révéler la réalité des institutions étudiées. Cette réalité qui se cache derrière les différentes dénominations qui peuvent dans certaines occasions être péjoratives et conduisent au rejet systématique des institutions en question. Il s'agit particulièrement du concept« *ṭalāq jul*ʿ» qui, à travers une compréhension adéquate et une analyse détaillée, s'avère être l'équivalent fonctionnel des modes de dissolution du mariage existants aussi bien dans la réglementation espagnole que marocaine.

En ce sens, si en Droit espagnol, l'un des conjoints doit verser à l'autre les droits qui lui correspondent (pension compensatoire), en Droit marocain, l'homme ou la femme, en fonction du mode de dissolution du mariage doivent verser chacun à l'autre une somme d'argent en tant que concept de droits pécuniaires. Une procédure qui est soumise au contrôle judicaire (dans le cadre du *ṭalāq* marital, la femme reçoit le montant qui couvre les droits que la loi lui accorde; dans le cas du *ṭalāq julʿ*, l'homme reçoit également le montant que le tribunal détermine; quant au *šiqāq*, l'un ou l'autre peut recevoir l'indemnité correspondante). L'analyse comparée a démontré que le *ṭalāq jul'* présente les mêmes caractéristiques que le divorce dans la réglementation espagnole et celles du *ṭalāq* marital.

10. D'autre part, les dénominations des institutions marocaines et leur traduction ne doivent pas guider leur compréhension et analyse comparative car, dans certaines occasions, la traduction des concepts en langue espagnole ne reflète pas le contenu exact, réel et actuel des institutions. Ainsi, la traduction de concepts tels que *mutʿa*, *talāq* ou *nafaqa* résulte imparfaite ou erronée.

A titre d'exemple, à l'heure actuelle, le *talāq* ne peut pas être traduit par «répudiation». De même, la traduction de *mutʿa* par «don de consolation» ne semble pas appropriée car elle lui confère une connotation péjorative. En réalité, il s'agit d'une compensation et son montant est variable pouvant être faible, moyen ou élevé en fonction de la situation (économique, familiale, professionnelle...etc.) de chaque couple.

De ce qui précède, il résulte nécessaire de se dissocier des conceptions traditionnelles et des idées prédéterminées des institutions marocaines (islamiques) perçues en Occident. Ces dernières ont connu une importante évolution qui a eu un impact sur leur substance. Ne pas tenir compte de leur contenu actuel engendre leur rejet et donc toute tentative de rapprochement avec les institutions étrangères. Par conséquent, une approche basée sur l'analyse des fonctions plutôt que des concepts est pertinente et, constitue l'un des avantages de la méthodologie comparative.

11. La méthodologie comparative a permis de démontrer que l'analyse détaillée révèle certains aspects invisibles présents dans chacune des règlementations. Il s'agit des exceptions à la norme générale qui, de prime abord, ne se manifestent pas, mais qui sont pertinentes dans la mesure où elles favorisent le rapprochement et la convergence des institutions en présence.

A titre d'exemple, la limitation de trois mois pour pouvoir introduire la demande de divorce dans l'ordre juridique espagnole. Une particularité qui rappelle la période de «*idda*» en Droit marocain. Cette disposition est susceptible d'être considérée comme une limitation à la liberté matrimoniale et à l'autonomie de la volonté en matière de divorce ou bien comme une spécificité culturelle ou législative.

Une autre particularité est le cas de la validité du divorce causal qui est toujours en vigueur et opérationnelle dans le CC espagnol bien que de manière exceptionnelle et dans des cas spécifiques telle que le *tatliq* pour cause dans la réglementation marocaine. Enfin, une autre particularité récente est le divorce par consentement mutuel devant notaire, qui rappelle dans une large mesure le *talāq* extrajudiciaire effectués exclusivement devant les *adouls* et qui a été éliminé de la réglementation marocaine.

12. L'utilisation de l'équivalence fonctionnelle et de la méthode fonctionnelle comme mécanismes d'analyse des droits économiques post-divorce dans les ordres juridiques espagnole et marocain (la *nafaqa* et la pension compensatoire) a conclu à l'existence d'un fond commun remarquable concernant leurs principales caractéristiques.

Ainsi, malgré les divergences apparentes, les deux figures présentent des caractéristiques similaires. Tant la jurisprudence que la doctrine espagnoles soulignent la nature hybride de la pension compensatoire qui la rapproche de la *nafaqa*, elles développent une fonction similaire qui est celle d'octroyer ,suite à la rupture du lien conjugal, une somme d'argent à l'autre conjoint dans le but de subvenir à ses besoins vitaux (nourriture, vêtements, médicaments, logement...etc.), à l'exception des cas où le montant de la pension compensatoire ou de la *nafaqa* est élevé et permet l'inclusion d'autres éléments. En fait, la doctrine et la jurisprudence espagnoles ont révélé le caractère contestable de la pension compensatoire, en soulignant qu'outre le déséquilibre économique qu'elle prétend corriger, elle couvre aussi les besoins essentiels de la vie.

Aussi, les deux figures sont révocables, n'ont pas un caractère indemnitaire, la temporalité est une caractéristique commune et elles peuvent être accordées pour une période limitée et versées sous forme de paiement unique, sont transmissibles *mortis causa* et se convertissent en une obligation à la charge des héritiers du débiteur, elles s'éteignent avec la cessation de la cause qui les a engendrées. En définitive, sont nombreux les points de convergence qui les rendent fonctionnellement équivalents.

II. Conclusions spécifiques

1. Aujourd'hui, dans le secteur de la reconnaissance des décisions étrangères en matière du Droit de la famille, une approche comparative consciente et structurée s'avère nécessaire et ne peut être réalisée que par la méthode comparative, indispensable pour le traitement des relations privées objet du DIPr. Ce dernier, en tant que discipline scientifique liée à sa méthode de rationalisation et, influencé, actuellement, par la normative des droits de l'homme, sa fonction première doit être présidée par le respect, la promotion et la pleine effectivité desdits droits.

Pour atteindre cet objectif, l'interprétation du DIPr doit être fondée sur la méthode comparative (méthode fonctionnelle et, en particulier, l'équivalence fonctionnelle). Une approche basée sur la fonction que remplissent les institutions analysées, leurs objectifs et les solutions adoptées. Cette approche a permis, dans le cadre de cette recherche, d'une part, se dissocier aussi bien du traitement classique des situations privées internationales que des solutions insuffisantes adoptées dans le domaine de la reconnaissance comme conséquence de la prise en considération, de façon exclusive, des structures conceptuelles des institutions en question qui sont statiques (règles abstraites, générales, rigides) plutôt que dynamiques.

Et d'autre part, que le traitement desdites situations soit focalisé sur la protection des droits humains et fondamentaux des personnes concernées.

Bien que la comparaison et, donc, l'équivalence aient été utilisées, auparavant, dans un moment historique particulier dans le domaine du DIPr, au cours duquel sa fonction était encore la coordination ou l'harmonisation des systèmes juridiques, dans le cadre de cette étude, l'utilisation de la comparaison et, spécifiquement, la technique de l'équivalence fonctionnelle, tend à fournir une nouvelle interprétation du système du DIPr en accord avec sa nouvelle fonction qui est la promotion, la protection et la pleine effectivité des droits humains et fondamentaux des personnes concernées.

En effet, dans le cadre de ce travail, on considère que la fonction actuelle de l'ensemble du système du DIPr n'est plus la coordination ou l'harmonisation des systèmes juridiques, mais la protection, la réalisation et la satisfaction des droits humains et fondamentaux des personnes immigrantes. Cette fonction peut être exercée, dans le domaine de la reconnaissance des décisions étrangères, à travers l'utilisation de la technique de l'équivalence fonctionnelle. Cette dernière, dans le cadre de la nouvelle fonction du système

du DIPr (réalisation maximale des droits de l'homme et des droits fondamentaux) constitue la ligne directrice pour l'interprétation des mécanismes les plus classiques du DIPr.

Sa pertinence se manifeste dans une nouvelle interprétation des conditions de la reconnaissance des décisions étrangères, en particulier, l'ordre public comme obstacle majeur à la reconnaissance de ces décisions.

Une nouvelle interprétation qui prend en considération, comme éléments essentiels, la réalité socio-juridique de la situation privée internationale, les besoins et intérêts sociaux des individus et l'exigence qu'une personne n'ait pas un statut personnel ou familial différent au-delà des frontières. Toutes ces considérations constituent des présupposés essentiels pour la pleine satisfaction des droits fondamentaux découlant des décisions étrangères.

Tel que démontré, l'emploi de la technique de l'équivalence fonctionnelle permet d'atteindre un degré de convergence et d'interopérabilité entre des systèmes qui sont, *a priori*, différents. Cette technique s'avère pertinente parce qu'elle se focalise exclusivement sur les situations internationales privées dans leurs aspects imprégnés de facteurs significatifs et déterminants (socio-économiques, culturels, religieux, politiques...etc.) et, les questions qui se posent à travers ces relations.

2. L'équivalence fonctionnelle comme ligne directrice pour l'interprétation des mécanismes classiques propres au DIPr, en particulier, l'ordre public, permet de surmonter les obstacles et les réticences qui découlent d'une conception traditionnelle dudit mécanisme (une conception laïque et une autre religieuse). Son interprétation orientée vers la protection des droits humains et fondamentaux, chaque fois que les conditions du cas concret le permettent (l'existence d'une équivalence fonctionnelle suffisante et effective entre les institutions en présence), favorise la continuité de la décision étrangère dans l'espace. Par conséquent, la dignité de la personne humaine exige qu'une personne ne puisse se trouver avec un statut personnel différent au-delà des frontières.

3. En outre, l'équivalence fonctionnelle permet d'éviter une application immédiate et abstraite de l'exception de l'ordre public. Cela signifie qu'une constante comparaison est indispensable en raison de la nature changeante et évolutive de la société et, par conséquent, du Droit qui est le reflet des institutions. Cette technique, dans le cadre de la reconnaissance des décisions étrangères, constitue une étape préalable à l'action de l'ordre public en relation avec la décision étrangère. Une étape au cours de laquelle le Droit étranger est consulté,

vérifié, évalué et une analyse comparative des institutions en question est effectuée afin de déterminer s'il existe une équivalence fonctionnelle suffisante qui favorise la reconnaissance et permet d'éviter de prononcer des décisions inutiles et inefficaces car elles sont boiteuses.

Dans ce contexte, l'équivalence fonctionnelle aide à déterminer l'étendue et la portée de la théorie de l'ordre public international. En conséquence, son interprétation est moins restrictive car elle est focalisée sur la réalité socio-juridique de la relation privée en question évitant tout jugement superflu ou subjectif de la part du juge. A traves cette démarche l'exception d'ordre public présente moins d'intérêt.

4. L'application en aval de la technique d'équivalence fonctionnelle par le juge d'exéquatur signifie que l'opération de qualification est fondée sur un critère fonctionnel au lieu de se baser sur la structure des institutions en question. Ainsi, la comparaison est effectuée selon un jugement d'équivalence fonctionnel afin de vérifier si lesdites institutions sont fonctionnellement équivalentes.

Le juge identifie la fonction exercée par l'institution étrangère, recherche son équivalent fonctionnel dans sa législation nationale, vérifie si les deux institutions remplissent une fonction similaire et poursuivent les mêmes objectifs et finalités. Ensuite, il procède à la qualification de l'institution étrangère, qui répond aux exigences susmentionnées, comme équivalent fonctionnel de l'institution nationale. Cette démarche élimine toute approche *lege fori* de la part du juge car la technique de l'équivalence fonctionnelle le libère de toute approche purement formelle et dogmatique.

5. Parmi les interprétations classiques de l'ordre public, il ya l'ordre public atténué, un mécanisme souvent utilisée dans le secteur de la reconnaissance des décisions étrangères avec pour objectif de donner des réponses satisfaisantes aux situations internationales de DIPr. Cependant, si l'on part d'une approche basée sur l'équivalence fonctionnelle, ce mécanisme classique sera éliminé pour son inadéquation, à l'heure actuelle, à certaines situations privées internationales.

En effet, dans le cadre de l'étude réalisée, il s'avère que l'ordre public atténué n'est pas adaptée à la reconnaissance de certaines formes de dissolution du mariage telles qu'elles sont actuellement réglementées dans le CFM (*ṭalāq jul'*, *ṭalāq tamlīk* et *taṭlīq* pour cause). Ces dernières présentent, à l'heure actuelle, les mêmes caractéristiques principales que le divorce unilatéral et par consentement mutuel propres à la réglementation espagnole. Concrètement,

les caractéristiques de fond, essentielles pour leur reconnaissance en Espagne, sont présentes (contrôle judiciaire, droits de la défense, droits pécuniaires, unilatéralité, caractère discrétionnaire, accord mutuel, accès au divorce et son obtention de manière réelle et effective sans conditions contraignantes pour l'une des parties, la pleine liberté de l'homme comme de la femme d'opter pour l'une ou l'autre forme en fonction de leurs intérêts).

6. D'autre part, il a été démontré que l'action de l'ordre public est susceptible d'être paralysée face au *ṭalāq* marital. Tout d'abord, grâce au degré pertinent d''équivalence fonctionnelle existante entre cette forme et le divorce unilatéral propre au CC espagnole. Aujourd'hui, les deux modes sont fonctionnellement équivalents. Ainsi, dès lors que les précautions sont prises (une procédure judiciaire, des garanties procédurales et économiques à faveur de la femme) de façon à ce que le noyau dur des droits fondamentaux soit respecté, le *ṭalāq* marital devrait être reconnu dans le for.

Ensuite, il faut prendre en considération, qu'aujourd'hui la femme marocaine dispose de différents modes pour mettre fin à son mariage (*šiqāq*, accord mutuel, *jul'*, *tatliq* pour causes et *ṭalāq tamlik*) auxquels elle peut opter de façon libre, conformément à ses intérêts et sa situation et, qui ne comportent pas de conditions ou d'exigences plus lourdes que celles à disposition de l'homme.

7. L'un des problèmes qui constitue actuellement le plus grand obstacle à la reconnaissance des décisions marocaines consiste en la différente appréciation du principe d'égalité propre à chacun des deux systèmes juridiques. L'interprétation espagnole (européenne) affecte directement le refus de reconnaissance des décisions marocaines fondées sur le *ṭalāq* marital, la dissolution révocable et, partiellement, sur les autres figures (en raison de l'intervention de l'ordre public atténué).

A l'heure actuelle, le principe d'égalité entre époux est au centre du débat doctrinal et jurisprudentiel et le refus de la reconnaissance du *ṭalāq* marital se fonde sur ce principe pour justifier les solutions adoptées (art. 14 et 32 du CE ; art. 5 du Protocole n°. 7 de la CEDH de 1950). L'égalité entre époux constitue donc la problématique centrale et la principale divergence en la matière.

Dans le cadre de la reconnaissance des décisions étrangères, une approche fondée sur la méthode comparative conduit à remettre en cause une interprétation générale et abstraite

très véhiculée d'un principe européen d'égalité à tendance universelle, notamment en relation avec la législation marocaine en matière de dissolution du mariage.

La fonction du DIPr, présidée par la promotion et la maximale effectivité des droits fondamentaux, résulte incompatible avec le refus de la reconnaissance des droits acquis des personnes concernées en raison de l'exigence d'une conception identique des relations familiales. Il est également nécessaire de tenir en compte les restrictions des divers ordres (notamment, religieux, social et politique) auxquelles est confronté le législateur marocain et qui empêchent actuellement la consécration de la parité dans la sphère familiale marocaine.

A cela s'ajoute l'importance d'une approche globale de la réglementation marocaine, qui consiste à considérer les formes de dissolution du mariage dans leur ensemble, les droits et les prérogatives attribués à chaque époux, avant de se prononcer sur leur compatibilité avec l'ordre public du for. Le contraire conduirait à une approche fragmentaire et, en conséquence, à la propagation de "*divorces géographiquement limités*".

D'autre part, la sauvegarde du principe d'égalité en tant que droit fondamental tient compte de l'existence d'autres droits et principes. En premier lieu, le droit à l'identité culturelle. Dans cette perspective, il s'agit de concilier le respect des droits de l'autre et les droits fondamentaux du for. Dans ce sens, l'équivalence fonctionnelle permet de faire ressortir les particularités culturelles et de les preserver au maximum en demontrant leur compatibilité avec les principes du for. Deuxièmement, elle doit être liée au principe de liberté et de dignité. A cet égard, la femme marocaine se trouve totalement libre de dissoudre son mariage et de choisir la forme de dissolution du mariage compatible avec ses intérêts et sa situation, elle obtient le divorce de façon effective et réelle, elle en a accès et dispose du même droit que l'homme d'introduire une demande de divorce auprès du tribunal compétent, et donc la liberté d'exprimer sa volonté de divorcer et d'obtenir un divorce sans conditions contraignantes.

L'utilisation de la technique de l'équivalence fonctionnelle a montré que la vision européenne de l'égalité/parité ne peut justifier l'exception d'ordre public pour refuser la reconnaissance des formes de rupture du lien matrimonial propres à la réglementation marocaine dans la mesure où cette dernière de façon similaire à la législation espagnole accordent aux époux, unilatéralement ou par accord mutuel, l'accès au divorce, défendre leurs prétentions et leurs droits et d'obtenir le divorce.

Ainsi, dès lors que les conditions de fond et les garanties essentielles sont réunies, une décision espagnole (européenne) qui fait prévaloir l'égalité/parité pour refuser la reconnaissance des formes de dissolution du mariage, notamment vis-à-vis du *ṭalāq* marital, est considérée comme une décision divorcée tant de la réalité personnelle et sociale de la situation privée internationale que de la réglementation marocaine actuelle en la matière.

L'exigence de sauvegarder les intérêts et les droits fondamentaux de la personne dans la relation juridique-privée internationale consolidée nécessite une redéfinition des intérêts réels ou fondamentaux, d'un côté, ceux qui satisfassent les besoins de la vie de la personne concerné (droit de divorcer, récupérer la capacité matrimoniale et de se remarier) et, d'un autre, les intérêts conceptuels (égalité-parité identique entre époux), surtout, si l'on prend en considération la réglementation marocaine actuelle en matière de dissolution du mariage. En outre, il ne faut pas oublier que si la CEDH prône l'égalité des époux et la liberté conjugale, elle préconise également dans son art. 12 le "droit au remariage".

De ce fait, le juge doit considérer, en premier lieu, "la rupture du lien matrimonial" comme un fait établi ou effectif, c'est-à-dire, comme une réalité sociale et juridique déterminante dans le cas concret. Deuxièmement, faire prévaloir "le droit au divorce et au remariage" comme droits fondamentaux sur d'autres considérations conceptuelles (l'égalité qui est largement réalisée dans la réglementation marocaine mais sous une forme différente). Troisièmement, prendre en compte le fait que les personnes concernées puissent bénéficier de ces droits et libertés implique la protection d'un autre droit humain fondamental qui est la dignité humaine.

Il convient de souligner que l'ordre public égalitaire dans les pays européens se caractérise par une évolution continue et rapide qui transcende les tentatives de réformes réalisées par les pays d'origine des personnes immigrantes. Cette réalité doit être considéréepar les juges européens. De même, lorsqu'ils sont confrontés à des réglementations propres aux pays musulmans, ils doivent tenir en compte qu'il s'agit de sociétés différentes où les gens sont très attachés à des principes et à des valeurs enracinés dans leur histoire et leur mentalité, sans oublier les implications politiques et idéologiques qui orientes et conditionnent les réformes en la matière.

Enfin, une conception universelle des droits fondamentaux en matière de reconnaissance des décisions judiciaires étrangères ne doit pas générer une uniformisation des normes et leur configuration comme condition de ladite reconnaissance, mais plutôt une

convergence suffisante à travers la recherche d'équivalents fonctionnels des institutions en question. Ce procédé permet d'éviter la négation des particularités de la société d'origine et de favoriser la reconnaissance des institutions étrangères tant qu'elles ne violent pas de façon radical les principes du for.

Outre l'ordre public, l'équivalence fonctionnelle permet une interprétation des autres conditions de reconnaissance qui repose sur la protection des droits acquis des personnes concernées et leur continuité dans l'espace, et par conséquent, l'effectivité et la réalisation de leurs droits fondamentaux. Ainsi, il a été constaté que, dans le processus d'origine (au Maroc), intervient une autorité judiciaire aux fonctions équivalentes à celle de l'Espagne, avec une autre investie *d'imperium* (*adules*). Cela exclut tout caractère privé de la dissolution du mariage par *ṭalāq* en vue de sa reconnaissance en Espagne.

De son côté, le juge marocain lorsqu'il doit se prononcer sur la reconnaissance d'un acte formalisé par notaire ou un fonctionnaire du RC, il doit vérifier qu'il s'agit d'une autorité investie d'imperium conformément à la législation d'origine (Espagne), que ses compétences et ses pouvoirs présentent les garanties et les résultats qui découlent d'une sentence judiciaire de divorce par consentement mutuel. Il est à préciser que l'équivalence présente ici un intérêt essentiellement fonctionnel, c'est-à-dire, bien que l'acte soit formalisé devant une autorité étrangère(un juge) autre que celle du for, l'acte doit être reconnu dès lors que les garanties, les résultats et les objectifs recherchés par la législation du for (Maroc) sont atteints.

En ce qui concerne les droits de la défense (notification, comparution, un débat contradictoire pour pouvoir se défendre, faire prévaloir ses prétentions et droits), l'application de l'équivalence fonctionnelle à cette question a permis de déterminer de manière concrète la solution actuellement prévue en Droit marocain lors de la vérification du respect de cette condition par le juge.

Ainsi, dans les deux systèmes juridiques, la rupture du lien matrimonial s'effectue selon des procédures équivalentes avec des garanties analogues. En particulier, le caractère obligatoire de la notification et la présence de l'épouse dans la procédure de *ṭalāq* est une condition impérative.

De façon similaire à la réglementation espagnole, la décision étrangère ne peut être exécutée au Maroc que si toutes les voies de recours ont été épuisées. Toutefois, cette condition pose une particularité par rapport à la reconnaissance de la décision marocaine de

dissolution du mariage en Espagne. Il s'agit de la forme révocable du *ṭalāq* ou *tatliq*. Ainsi, la méthode comparative, en particulier, l'équivalence fonctionnelle, a permis d'éviter certaines confusions résultant de l'incompréhension de cette modalité par les opérateurs juridiques (juges et avocats/es) et les conséquences négatives qu'elle peut engendrer au niveau de sa reconnaissance.

Ainsi, son rejet ne peut pas avoir lieu de manière automatique et systématique carl'équivalence fonctionnelle existante entre la révocabilité etla séparation matrimoniale (même fonction, finalités et objectifs) éviterait le refus de sa reconnaissance et la création de situations boiteuses tant que le délai de trois mois ait finalisé et que la partie demandresse de l'exequatur a récupéré son état civil de célibataire. Un autre avantage de la méthode comparative par rapport à cette modalité est d'établir que son assimilation à la séparation conjugale par les juges espagnols lorsqu'ils traitent les cas de divorce de couple marocain génère un résultat opposé, à savoir, la création de situations boiteusesdu fait que la décision espagnole basée sur une séparation matrimoniale ne peut être reconnue au Maroc.

9. La reconnaissance de la pension compensatoire et de la *nafaqa* par les juges espagnols et marocains est, dans une large mesure, possible et effective. En effet, l'existence d'équivalence fonctionnelle notable et l'absence d'incompatibilité radicale qui pourrait affecter la fonction essentielle des deux figures, conduisent à affirmer que l'action de l'ordre public à l'égard de leur reconnaissance résulte démuniede toute justification.

Cependant, en relation avec la *nafaqa*, l'action d'ordre public doit être limitée lorsqu'il existe un déséquilibre ou un écart notable entre la somme finale de tous les droits correspondants à la femme (don de consolation, compensation, arriéré de la dote, répartition des biens acquis pendant le mariage qui donne à l'épouse la possibilité de bénéficier d'une partie de l'économie familiale) et le niveau de vie et de revenu du mari en Espagne. En d'autres termes, une approche globale et non fragmentaire, de la part du juge espagnol est essentielle. Cette même approche globale doit être considérée par le juge marocain lorsque le montant de la pension compensatoire figurant dans la décision espagnole est très élevé.

Par conséquent, dans la mesure où il existe une équivalence fonctionnelle suffisante entre la *nafaqa* et la pension compensatoire au regard de leurs fonctions et finalités qui sont convergentes (indemniser l'un des époux ; couvrir certains de ses besoins après le divorce) et de leurs caractéristiques (notamment leur caractère hybride, le versement unique), il conviendrait de remédier à l'insuffisance du montant de la *nafaqa* par sa modification par le

juge d'exequatur afin de l'adapter au niveau de vie des époux dans leur pays de résidence.Cette équivalence fonctionnelle plaide aussi pour la reconnaissance de la pension compensatoire au Maroc.

10. L'équivalence fonctionnelle dans le domaine de la reconnaissance des décisions étrangères présente un intérêt particulier car elle est incompatible avec tout examen ou contrôle de fond du droit appliqué. Cette technique permet d'éviter la problématique posée par l'application par le tribunal étranger d'un Droit différent ou d'une institution inconnue du for. Comme il est établi, il est inadmissible de refuser la reconnaissance pour la seule raison que la cause du divorce ne figure pas dans la réglementation nationale. De même, l'inexistence d'une institution juridique ou sa réglementation sous une forme différente dans l'ordre juridique du for ne justifie pas la violation de l'ordre public. Cela est en parfaite harmonie avec les dispositions et les objectifs du CHM (art. 23), le CFM (art. 128) et la LCJIMC (art. 48).

En effet, grâce à l'utilisation de la technique d'équivalence fonctionnelle, l'exequatur peut être accordé, même si le juge d'origine n'a pas appliqué la loi du pays requis. L'existence d'institutions poursuivant le même but, remplissant des fonctions équivalentes et conduisant à des solutions similaires, favorise la reconnaissance.

Ainsi, le législateur marocain en adoptant l'art. 128 du CFM, exigeant une certaine compatibilité entre la cause invoquée dans la décision étrangère et celles existant dans la CFM, invitent les juges marocains, bien qu'intentionnellement ou peut-être inspiré par le principe d'équivalence, à son emploi dans la reconnaissance des décisions de dissolution du mariage chaque fois que les circonstances du cas le permettent.

De ce fait, l'approche fondée sur un jugement d'équivalence fonctionnelle entre les formes de dissolution du mariage dans les législations espagnole et marocaine (l'accord mutuel, le *šiqāq*, le préjudice) a permis d'accorderau Maroc la reconnaissance des décisions espagnoles et de favoriser ainsi la continuité dans l'espace (au Maroc) de la relation privée des MRE.

L'utilisation par la jurisprudence marocaine de cette technique permet une nouvelle interprétation du DIPr marocain et de l'ordre public qui se détache d'une conception traditionnel à caractère religieux car elle vise à protéger les droits acquis (fondamentaux) des MRE et tient compte de leur réalité sociale et juridique. Et, par conséquent, d'établir un système opérationnel et interactif avec les systèmes européens.

De son côté, le législateur espagnol préconise l'utilisation de l'équivalence en matière de reconnaissance (LCJIMC) dans le but de faciliter au maximum l'homologation des décisions et des actes publics étrangers et de faire en sorte que les divergences entre les systèmes juridiques n'entravent pas ladite reconnaissance.

Il ressort de la jurisprudence espagnole que le *ṭalāq bi-al-ittifāq* n'est pas contraire à l'ordre public. Le concept d'équivalence fonctionnelle joue ici un rôle pertinent car le *ṭalāq bi-al-ittifāq* trouve son équivalent fonctionnel dans lalégislation espagnole. L'existence de similitudes de forme et de fond favorise sa reconnaissance (rupture du mariage par consentement ou à la demande de l'un des époux avec le consentement de l'autre, accord sur le principe de la rupture et ses conséquences, procédure identique pour les deux époux).

11. Après l'analyse effectuée de la reconnaissance au Maroc des décisions espagnoles de dissolution du mariage, se posent trois principales questions : les décisions basées sur la séparation des corps, la dissolution du mariage sans aucune cause ou motivation de la décision et les décisions espagnoles dépourvues de toute mention relative à l'accomplissement de la phase de conciliation entre conjoints.

A cet égard, il est à noter que le refus de reconnaître lesdites décisions est fondé sur les préceptes du Droit musulman et présentent des résistances lorsqu'elles sont introduites devant le juge de l'exequatur. Toutefois, ont été établi des solutions et alternatives permettant de contourner et paralyser l'action de l'ordre public et, en conséquence, d'éviter la création de situations boiteuses.

En premier lieu, concernant les décisions fondées sur la séparation des corps et le divorce sans cause ou sans aucune motivation de la décision, la solution est conditionnée, à l'heure actuelle, par le traitement que le juge espagnol réserverait à la demande de divorce déposée par un couple marocain. Dans le cas d'espèce, il conviendrait de prononcer un divorce compatible avec les formes propres au CFM (*šiqāq*, *bi-l-ittifāq*) qui ont leurs équivalents fonctionnels dans la réglementation espagnole. Ceci est à son tour conditionné par une bonne connaissance de la réglementation marocaine, ses spécificités et des implications qu'entraînerait un prononcé basé sur la séparation des corps et le divorce sans cause ou non motivé.

Pour ce qui est du refus de reconnaissance fondé sur l'absence de mention expresse relative à la phase de conciliation des époux a eu lieu, l'équivalence fonctionnelle a révélé que

la conciliation dans la réglementation marocaine et la médiation dans la réglementation espagnole sont des institutions fonctionnellement équivalentes. Leur fonction, résultats et objectifs sont équivalents malgré le fait qu'elles soient développées de manière différente et selon une procédure distincte.

La situation particulière des MRE et l'exigence de sauvegarder leurs droits fondamentaux imposent au législateur marocain et au juge de l'exequatur la recherche de réponses efficaces et de solutions créatives qui permettent d'atteindre ces objectifs, comme l'alternative d'assimiler la conciliation à la médiation qui, en principe, offre une solution adéquate au problème mentionné. D'autant plus que cette solution n'est nullement incompatible avec le Droit marocain du divorce et ne viole pas les règles de procédure en la matière.

Il ressort de ce qui précède que la détermination à l'avance des questions qui résistent à la reconnaissance dans les deux systèmes présente un nombre d'avantages. Premièrement, les juges éviteraient d'utiliser les aspects problématiques comme motifs de divorce lorsqu'ils prononcent des divorces entre couples marocains. En second lieu, elle empêcherait ces aspects de figurer dans le texte de la demande introduite par les parties sous la supervision de leurs avocats/tes, que ce soit au Maroc ou en Espagne.

Troisièmement, elle apporterait prévisibilité et sécurité aux relations privées des personnes immigrantes. Tout cela éviterait dans une large mesure le refus de reconnaissance, la création de situations boiteuses aussi bien dans l'Etat d'origine que de résidence permettant la continuité des décisions dans l'espace. Et enfin, proposer des solutions satisfaisantes comme dans le cas de la conciliation dont il a été possible de déterminer l'équivalent fonctionnel (médiation).

12. L'application de la technique d'équivalence fonctionnelle dans le domaine de la reconnaissance a démontré l'existence d'un degré remarquable de convergence et, donc, d'interopérabilité des systèmes juridiques espagnol et marocain marqués par leur disparité. Cette interopérabilité permet d'adopter des solutions satisfaisantes, adaptées à la réalité socio-juridique des personnes concernées conduisant à la réduction de la disparité existante. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'harmoniser ou de coordonner les deux systèmes mais de réaliser un rapprochement en vue de protéger les droits fondamentaux des personnes immigrés afin de garantir la continuité de leur statut dans l'espace.

Par conséquent, l'idée d'un antagonisme inévitable entre les systèmes juridiques espagnol et marocain et, donc, l'inconciliabilité de leurs institutions, en matière familiale, est aujourd'hui contestable.

13. L'utilisation par le juge de l'exequatur de la technique d'équivalence fonctionnelle permet dans une large mesure de préserver un intérêt pragmatique qui favorise la justice dans le cas concret. Ainsi, l'équivalence fonctionnelle donne naissance à un nouvel ordre public respectueux des spécificités culturelles, son action est paralysée dès lors que les exigences essentielles du "noyau dur" des droits fondamentaux qui n'accepte pas d'exceptions ou d'atténuations sont satisfaites telles que l'accès au divorce, le droit au divorce, le droit d'être notifié, les droits de la défense pour faire prévaloir ses revendications et bénéficier des droits découlant de la décision de divorce.

L'équivalence fonctionnelle offre, dans le domaine de la reconnaissance, la sécurité juridique, la prévisibilité, évite la discrimination des situations privées internationales qui sont fonctionnellement équivalentes à celles du for, préconise la promotion et la protection des droits fondamentaux des personnes immigrants, offre des réponses qui satisfassent à leurs attentes car elles sont adaptées à la réalité de leur situation privée internationale et à leurs intérêts en jeu.

14. En matière de reconnaissance des décisions étrangères, il ne s'agit pas de juger le droit étranger, mais de trouver la solution la plus équitable qui tend, d'un côté, à protéger les droits fondamentaux de la partie demanderesse de la reconnaissance et d'un autre, qui se conforme, autant que possible, aux principes fondamentaux du for.

Dans cette perspective, le juge d'exequatur doit se prononcer sur le cas concret en ayant pour objectif la satisfaction maximale des besoins de vie des personnes concernées. Il doit peser et évaluer les droits et intérêts dérivant de la situation spécifique et, son interprétation de la règle étrangère doit se baser sur les intérêts qui figurent dans ladite règle. Précisément, l'équivalence fonctionnelle favorise la prise en compte des particularités des situations privées internationales, rendant visibles et prévalant les intérêts et les besoins des individus.

À cet égard, le caractère exclusif du Droit interne doit céder, dans une certaine mesure, devant une interaction positive entre les systèmes juridiques qui peut être obtenue à travers l'équivalence fonctionnelle. Le traitement des situations privées internationales doit s'effectué

tout en tenant compte des solutions étrangères. Pour ce faire, l'équivalence fonctionnelle est une étape préliminaire à l'analyse conflictuelle, dont l'un de ses avantages est de permettre de s'écarter des conclusions établies par la jurisprudence et la doctrine qui, sont considérées comme évidentes, rationnelles et incontestables, pour se fonder sur les conclusions de l'analyse comparative.

15. La stabilité et la certitude de l'état civil des personnes immigrantes au-delà des frontières exigent de prendre en compte la réalité socio-économique qui anime la solution adoptée par le juge d'origine plutôt que de la vérifier de manière abstraite. Cela signifie que le juge de l'exequatur, au lieu de se limiter à lire la décision étrangère, doit essayer de la comprendre, connaitre la société d'origine de ladite décision et les changements qui l'ont affecté (marocaine et espagnole) dans le temps et l'espace qui ont façonné son Droit tel qu'il est configuré actuellement.

Ainsi, le juge espagnol, lorsqu'il est confronté à une décision marocaine, doit tenir compte qu'au Maroc existe une perception différente des relations familiales et que les réformes, en particulier en matière de dissolution du mariage, étaient pertinentes dans un contexte très spécifique (notamment politique et idéologique) ainsi qu'une réalité sociale complexe qui transcende les objectifs de la réforme réalisée. Cette dernière doit être et appréciée à la lumière de ses objectifs : d'un côté, favoriser de manière considérable la position des femmes en matière de dissolution du mariage (matière familiale) et, d'un autre, préserver la cohésion sociale. Quant au juge marocain, il doit tenir compte de la spécificité de la situation des MRE en adoptant une interprétation moins rigoureuse du contenu de la décision espagnole grâce à des procédés et des techniques qui favorisent cette interprétation (équivalence fonctionnelle).

16. Lorsqu'il s'agit de reconnaitre des décisions étrangères, l'exigence de règles identiques à sa propre réglementation ou l'imposition d'un modèle unique en matière familiale comme condition de reconnaissance ne peut qu'aboutir à la prolifération des situations boiteuses et, en conséquence, porter atteinte à la dignité de la personne en tant que principe et valeur suprêmes dont découlent tous les autres droits dont il sera privé.

La méthode comparative (méthode fonctionnelle et l'équivalence fonctionnelle) présente l'avantage de permettre de déterminerde façon claire et précise les institutions étrangères réellement admissible et celles qui ne le sont pas par rapport aux principes et

valeurs fondamentaux du for, c'est-à-dire, ce qui est susceptible d'être reconnu et ce qui viole l'ordre public de manière radicale.

17. D'autre part, il ne faut pas perdre de vue les grands efforts déployés par le législateur marocain qui se manifestent dans les réformes réalisées dans le domaine du Droit de la famille et qui ont eu parmi leurs buts d'adapter la législation interne à la réglementation européenne en la matière. Ces réformes se sont matérialisées dans la pratique jurisprudentielle. Ainsi, leur analyse a dévoilé que la position des juges est de plus en plus libérale et ouverte aux décisions étrangères en la matière. En effet, l'ordre public marocain actuel se limite à rejeter uniquement les décisions qui violent expressément la réglementation marocaine telle qu'elle est comprise à la lumière du Droit musulman comme limite prépondérante pour la reconnaissance de certaines institutions.

18. La jurisprudence actuelle se distingue également par le fait qu'elle est largement unifiée. Un autre changement significatif est l'absence de références religieuses qui marquaient la jurisprudence avant 2004. Toutefois, une certaine disparité jurisprudentielle a été constatée en ce qui concerne la reconnaissance des décisions fondées sur le divorce par consentement mutuel devant notaire ou « Secretario judicial ».

Il semble que les autorités marocaines aient adopté des positions divergentes face à cette nouveauté très particulière qui caractérise la réglementation européenne en raison de la suspicion quant au caractère privé qui caractérise ces divorces. Il serait souhaitable que les autorités marocaines adoptent une position unifiée sur ces divorces afin d'éviter toute incertitude quant à leur reconnaissance, en particulier ceux formalisés par« Secretario judicial ».

D'autre part, il a été établi que les problèmes traditionnels de refus de reconnaissance, tels que la compétence de l'autorité qui a émis la décision (juge musulman) ou la question de la loi applicable par le tribunal étranger, ont été clarifiées et surmontés.

19. La présente recherche a mis en évidence que l'évolution constante des lois en présence (espagnoles et marocaines), en raison des diverses mutations de différents types, a généré un fond commun très significatif qui, à son tour, favorise à travers la méthode comparative l'existence d'un degré pertinent de convergence entre les deux systèmes juridiques qui facilite dans une large mesure la reconnaissance.

L'objectif n'est pas de parvenir à une identité ou à un strict parallélisme entre les institutions en présence, mais de démontrer l'existence d'un degré de cohérence et de convergence entre la réglementation espagnole et marocaine de la dissolution du mariage. L'utilisation de l'équivalence fonctionnelle par les juges permet non seulement de générer cette cohérence mais aussi d'élargir le champ des solutions aux questions soulevées par la reconnaissance (par exemple, la conciliation/médiation).

En effet, en déterminant les cas dans lesquels l'ordre public international de chaque système doit être activé de manière exceptionnelle, a permis, d'une part, de faire ressortir les solutions jurisprudentielles uniformes dont les justiciables peuvent bénéficier et qui leur offrentla sécurité juridique par rapport à leur situation personnelle et familiale. C'est-à-dire une jurisprudence satisfaisantes et cohérentes pour toute une série de questions (divorce par consentement mutuel, divorce *šiqāq*, divorce pour causes, divorce révocable après trois mois).

Et d'autre part, démontrer que lorsque les juges marocains et espagnoles procèdent à l'évaluation du contenu de la décision et constatent une équivalence suffisante entre les institutions en question, parviennent à établir des solutions nouvelles pour des questions susceptibles d'être reconnues (*ṭalāq* marital, phase de conciliation, divorce devant notaire ou *Secretario judicial*) et d'autres qui, actuellement, sans la technique traditionnelle de l'effet atténué de l'ordre public n'obtiennent pas l'exequatur (*ṭalāq* jul', *ṭalāq tamlīk* et *taṭlīq* pour causes).

20. A l'heure actuelle, il s'avère nécessaire pour les pays d'origine et de résidence de tenir compte du nouveau contexte géopolitique marqué par l'accroissement significative du nombre d'immigrants de provenance de pays musulmans et par conséquence, l'extension des sociétés multiculturelles.

Il est donc essentiel que leurs autorités fassent un effort pour se familiariser avec le droit matériel étranger. Sa connaissance, compréhension et appréhension par les opérateurs juridiques (juges et avocats/tes) et l'emploi de la méthode comparative constitue la clé d'une reconnaissance qui a pour objectif la protection et la réalisation des droits fondamentaux des personnes concernés. A cet effet, une formation adéquate des professionnels du Droit dans le domaine du Droit comparé ainsi qu'une spécialisation dans le domaine du DIPr favoriseraient une vision différente de leur propre droit par rapport au droit étranger et aideraient à surmonter le manque de connaissance du contexte réel (socio-économique, politique…etc.)

des sociétés d'origine de la décision étrangère. Tout ce qui précède permettrait d'éliminer les solutions inadéquates ou inutiles en la matière (décisions boiteuses).

Le rôle fondamental desavocats/tes et des juges dans ce domaine est crucial. Les premiers/ères, à fournir au couple marocain qui, introduit une demande de divorce, des conseils et des informations adéquats dans le but d'obtenir une décision susceptible d'être reconnue dans le pays d'origine et de résidence. Les seconds, en recherchant et en optant pour des solutionssatisfaisantes qui permettant au demandeur de l'exequatur de bénéficier des droits acquis qui sont des droits fondamentaux : le droit de divorcer, de se remarier ou de recevoir ses droits économiques.

De façon plus particulière, les juges jouent un rôle important dans la promotion de la reconnaissance des décisions. Dans ce domaine, le juge dispose d'un grand pouvoir d'appréciation et, il a à sa disposition des mécanismes tels que l'équivalence fonctionnelle et la qualification (basée sur un jugement fonctionnelle) qui lui permettent d'adopter une position plus favorable et moins rigide par rapport aux institutions étrangères.

Il convient de souligner que la réalisation de ces objectifs dépend exclusivement de la volonté des juges et des avocats/tes. La contribution de la doctrine est également importante, à savoir, les études réalisées sur la méthode comparative qui faciliterait énormément le travail des professionnels du Droit.

21. Les lois propres à un Etat donné, notamment celles relatives à la famille, ne peuvent être modifiées de l'extérieur. Ce sont les personnes directement concernées, dans leur pays, par ces lois qui peuvent provoquer et impulser le changementde celles qui sont incompatibles avec la réalité vécue. Par conséquent, l'imposition d'une conception européenne (espagnole) pour réglementer la relation personnelle de la personne immigrée conduit nécessairement à la multiplication des situations claudicantes.

Il ne fait aucun doute que les changements législatifs sont lents alors que le phénomène migratoire prend une dimension très importante générant l'augmentation des demandes de divorce et de leur reconnaissance. Par conséquent, le juge du for doit peser les conséquences du refus de reconnaissance, la protection des droits fondamentaux des parties intéressées et l'impact de ce refus sur les valeurs et principes du for.

Dans les sociétés multiculturelles actuelles, chaque fois que les conditions le permettent, c'est-à-dire lorsque le juge de l'exequatur se trouve en présence d'institutions

apriori comparables, l'utilisation de la méthode fonctionnelle et de l'équivalence fonctionnelle éviterait de paralyser la continuité des relations privées internationales dans l'espace et, donc, la prolifération des situations boiteuses dans le trafic extérieur hispano-marocain. Cela se produit lorsque le traitement des institutions étrangères contenu dans les décisions de reconnaissance est effectué de manière abstraite et générale.

La méthode comparative, étant basée sur une approche multidisciplinaire (socio-économique, historique, politique, etc.) permet au juge (d'exequatur ou le juge qui a rendu la décision d'origine) de considérer la réalité de la société d'origine des personnes immigrantes et, en conséquence, d'opter pour la solution la plus compatible avec cette réalité.

La prise en compte des spécificités du système juridique étranger, tant qu'elles ne violent pas expressément l'ordre public international du for, est subordonnée au dépassement des réticences idéologiques, des préjugés et surtout à l'effort de connaître de très près la législation de l'autre. Il est également nécessaire d'avoir une approche moins abstraite des institutions qui font l'objet de la reconnaissance.

23. Les difficultés sont sans doute nombreuses, notamment la charge de travail des juges, le manque de temps pour consulter et comparer le Droit étranger avec celui du for. Cependant, il est temps de se pencher sur cette question, en cherchant des solutions adéquates et efficaces, notamment, la spécialisation des professionnels du Droit dans le domaine du DIPr; la promotion de la recherche scientifique en Droit comparé; l'intégration ce dernier en tant que discipline autonome dans les études universitaires ; promouvoir les études spécifiques basées sur la méthode comparative qui peuvent faciliter la tâche des juges et des avocats/tes pour une bonne compréhension et assimilation du Droit étranger.

24. Enfin, il faut souligner l'importance de la sensibilisation. Les consulats marocains devraient fournir aux MRE des informations adéquates sous la forme de brochures sur les questions relatives au Droit de la famille et les orienter vers des professionnels spécialisés en la matière. Aussi, la diffusion de l'information concerne également les juges et les avocats/es espagnols en leur fournissant des informations surles différentes formes de dissolution du mariage qui sont adaptées aux besoins et à la situation des couples marocains au regard la reconnaissance au Maroc de la décision de divorce prononcée en Espagne. De même, des échanges de formations spécifiques des professionnels du Droit de la famille seraient d'une grande utilité pour prendre conscience des problèmes posés et des solutions possibles.

Glosario de los términos árabes utilizados

En la presente investigación se ha utilizado el sistema de transcripción de caracteres árabes a latinos empleado habitualmente por los arabistas españoles normalizado por la Revista *Al-Qantara*.

-A-

***Allah**: Dios.*

***Adules**:* son notarios tradicionales que cumplen la doble función de testigos y fedatarios. En la actualidad, son auxiliares de justicia habilitados jurídicamente a formalizar todo tipo de contrato, en particular los relativos al estatuto personal.

***Al-ʿaṣr-l-ŷāhilī**:* periodo anterior al *Islam* denominado "Yahiliya" o "Periodo de Ignorancia".

***Amir al-Mu'minin**:* comandante príncipe de los creyentes.

*ʿ**Ayb***: significa defecto que impide a los cónyuges mantener relaciones sexuales de forma normal y, por tal motivo, constituye una causa de disolución del matrimonio. Suele traducirse por «vicio redhibitorio» (art. 98 CFM).

-D-

Dahir: acto real mediante el cual el Rey otorga fuerza ejecutoria a una ley o decisión. Puede tener un contenido legislativo o reglamentario.

-F-

***Fiqh**:* o Derecho musulmán, es la interpretación de las reglas de la *šarīʿa* por los jurisconsultos "fuqahā ʾ" de las distintas escuelas con el objetivo de dar repuestas a las distintas y nuevas situaciones y circunstancias de la vida en sociedad.

Fuqahā*`*: juristas especializados en Derecho Islámico.

-H-

***Hadāna*:** término que se refiere a la crianza de los hijos, que el CFM atribuye a la mujer hasta que alcanzan determinada edad, es distinta de la *wilāya* que corresponde exclusivamente al padre. Atribuye a la madre las facultades del cuidado en sentido material y físico de los/as hijos, su alimentación, vestido y todo tipo de atenciones. Es distinta del derecho de custodia o guarda en Derecho Español porque estos últimos incluyen la representación legal del hijo/a cuya custodia corresponde a uno de sus progenitores (arts. 163 y ss.).

Hanafí: la escuela *hanafí* nació en Iraq. Su fundador es Abu Hanifa (m. 150/ 767). Conocida como la escuela más liberal, se caracteriza por admitir más del Corán y la *sunna "*al qiyas*"* como fuente del Derecho. Las normas jurídicas pueden nacer del esfuerzo de reflexión, por lo

cual sus representantes son llamados "*ahl al ra'y*", es decir, la gente del razonamiento. Se desarrolló en Siria, Iraq y las regiones asiáticas musulmanas.

Hanbalī: escuela fundada por *Ahmad Ibn Hanbal* (m. 241/855). Fue rigorista**,** defensor de la tradición, su escuela corresponde a un movimiento integrista religioso que rechaza cualquier innovación. Esta escuela admite como únicas fuentes el Corán y la *sunna* y solo admite el consenso de los compañeros del profeta. La analogía solo se admite en casos de necesidad absoluta.

-I-

ʿidda: período legal de continencia, período de espera o de retirada legal, en el que la mujer no puede contraer nuevo matrimonio. Se trata de un impedimento temporal que tiene la finalidad de asegurar la filiación paterna, también sirve de periodo de reflexión antes de que el matrimonio se disuelva de forma definitiva. Tiene lugar tras la anulación o la disolución del matrimonio y el fallecimiento del marido.

Idymaʿ: o consenso de la comunidad que literalmente significa "acuerdo" consiste en la creación de una nueva norma que resulte de la confrontación de dos o más normas contradictorias. Esta nueva norma requiere el consenso de los especialistas en Derecho musulmán. Una vez logrado el acuerdo, queda prohibido el desarrollo de nuevas ideas sobre la cuestión tratada.

tihād: significa el esfuerzo intelectual racional de los *fuqahā`* en busca de soluciones a casos nuevos que no están tratados ni en el *Corán* ni en la *sunna*. Tiene siempre su base en los preceptos del Corán y la *sunna*.

-M-

Mālikī: su fundador es el *imán* de Medina y cadi *Mālik Ibnu Anas* (m.179/795), la escuela *Mālikī* se extiendo por el norte de África y fue la escuela oficial en *Al-Ándalus*. Los *Malikíes* otorgan la prioridad a la hora de completar el Corán a la práctica y a las costumbres de Medina, ciudad del Profeta, y al consenso o acuerdo de los juristas de esta ciudad. El *imán Mālik* compuso un libro llamado *Al Muwata'a*, en el cual se recoge la *sunna* y la práctica de Medina.

Moudawanah: deriva del verbo *Dawana* que significa recopilar o codificar. Es el corpus o código que contiene las normas de Derecho de familia. El término *Moudawanah* se utiliza exclusivamente para referirse al Código de familia.

Mutʿa: se trata de una indemnización que forma parte de los derechos debidos a la esposa tras la ruptura del vínculo matrimonial. Su evaluación hecha por el juez depende de varios criterios como son los años de convivencia de los cónyuges, los motivos o razones que alega el esposo para que tenga lugar la disolución del matrimonio…etc. (art. 84 CFM).

-N-

Nafaqa: término que significa "manutención" y tiene un sentido amplio que cubre los alimentos, el alojamiento, el vestido, los medicamentos. En caso de divorcio es la obligación del marido de subvenir a las necesidades de su esposa durante el periodo de *ʿidda* (arts. 187 y ss.).

-Q-

Quiwama: término que significa la capacidad que tiene el hombre de mantener económicamente a su mujer y tiene su fundamento en el Corán *(*an-nisâ'- IV, 34). Está vinculada a una época y un contexto social bien determinados, esto es, a un contexto familiar caracterizado por el patriarcado en una época en la cual la mujer se dedicaba exclusivamente al hogar y al cuidado de los hijos. Los *Fuqahā`* (de sexo masculino) lo han interpretado como la supremacía del hombre sobre la mujer.

-S-

šafeʿī: escuela fundada por el *imán* Abu Abd Allah Muhammasd Idris Al Safi'ī (m. 204/820). Es la escuela la más ligada al uso del *hadit* y la *sunna* como bases del Derecho, oponiéndose a las distintas formas de *qiyas* y rechazando las tradiciones dudosas.

šarīʿa: significa "camino a seguir", es ley islámica compuesta por el Corán y la *sunna*.

Sunna: son los dichos del profeta Mahoma denominados "hadices" reúnen, concretizan, explican y complementan el Corán.

-T-

Talāq: consiste en la disolución del matrimonio a solicitud del esposo o la esposa, es un divorcio que se realiza bajo el control judicial. Engloba distintas formas, unas abiertas a la mujer, al hombre y otras a ambos. Se efectúa bajo el control judicial.

***Talāq-al-julʿ*:** solicitado por la esposa a cambio de la entrega de una contraprestación económica al marido. La palabra "*jul"*" deriva del verbo "*jala'a*", literalmente "desvestirse" o "eliminar", la imagen tiene su origen en un verso coránico (arts. 115 y ss.).

Talāq bi-l-ittifāq: disolución del matrimonio por mutuo acuerdo. A la demanda de la disolución del matrimonio se adjunta un documento sobre su principio y efectos. Puede realizarse con condiciones o sin condiciones (art.114 CFM).

Talāq al- tamlīk: el termino *tamlīk* es la acción y efecto de otorgar capacidad para disponer o comparecer. Es un tipo de *ṭalāq* que se basa en un acuerdo entre cónyuges mediante el cual el esposo cede la facultad de disolver el matrimonio a la esposa (art. 89 CFM).

Taṭlīq: tradicionalmente abierto a la mujer, se utiliza para significar el mecanismo por el que se disuelve el matrimonio pronunciada por el juez a diferencia del *ṭalāq* que anteriormente tenía un carácter extrajudicial. En la actualidad es un procedimiento abierto a ambos cónyuges (art. 98 CFM).

Taṭlīq šiqāq: es la disolución del matrimonio por *taṭlīq*. El término *šiqāq* significa desavenencias. Las desavenencias son los problemas profundos que surgen entre cónyuges y que convierten la vida en común en imposible (arts. 94-97 CFM).

-W-

Wilāya: es la tutela o autoridad que ejerce el padre sobre los/as hijo/as menores en cuanto a los aspectos de la vida. En principio, puede equivaler en Derecho español a la patria potestad. En ausencia del padre, se puede delegar a otra persona que puede ser la madre, un familiar o cualquier otra persona (arts. 229-239 CFM).

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Abarca Junco, A-P (dir.): *Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Derecho Civil Internacional, Universidad Nacional De Educación a Distancia, Madrid, 2010.

ABD ALKARIM SALAMA, A.: 'Ilm qai'dat tanazu', Maktabat alyala' alyadida, Almansura, 1996.

ABOUD, M.: *Alwayiz fi alqanun addawli aljas almagribi,* Almarqaz alarabi attaqafi, Casablanca, 1994.

ABOUD, M.: *Durus fi alqanun addawali aljass,* Matba'at annayah alyadida, Casablanca, 1987.

ALBALADEJO, M.: *Curso de derecho civil,* T. 4, Derecho de familia, Edisofer, Madrid, 2013.

ALFAKHORI, I.: *Al'amal alqada'i alusari,* T. 2, *Attatliq lichiqaq*, Dar alafaq almagribiya, Casablanca, 2009.

ALFAKHORI, I.: *Alwadeh fi charh Mudawanat alusra inhilal mithaq azzawyia*, Matba'at annajah alyadida, Casablanca, 2015.

ALFAKHORI, I.: *Azzaway wa attalaq fi Mudawanat alahwal achajssiya wifqan li ajir atta'dilat*, 4 éd., Alyusur, Rabat, 1995.

ALI SADEQ, H.: *Durus fi alqanoun addawli aljass,* Dar almatbuaʿt alyamiaʿa, Beyrouth, 1986.

AL ZAHILI, W.: *Alfiqh alislami wa adillatuh*, 1 éd., T. 7, Dar alfikr, Damas, 1984.

ANCEL, M.: *Utilités et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Faculté de droit et de sciences économiques, Mélanges, Conférence, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971.

ANCEL, B/ LEQUETTE Y.: *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4 éd., n° 30-31, Dalloz, París, 2001.

ARMINJON, P/BORIS NOLDE, B/WOLFF, M.: *Traité de droit comparé*, T.1, LGDJ, París, 1950.

AUDIT, B.: *Droit international privé,* 3 éd., Economica, París, 2000.

BAHMANI, I.: *Tadiel alahkam wa al'uqud alaynabiya bi assiga attanfidiya*, *Al'amal alqada'i fi qada' alusra, murtaqazatuh wa mustayaddatuh fi Mudawwanat alahwal achajssiya wa Mudawwanat alusra*, T. 2, Dar asalam, Rabat, 2009.

BATIFFOL, H.: *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, París, 2002.

BELEHSAINI, A.: *Al muyaz fi alqanun addawli aljass al magribi,* Alyusur, Uxda, 2006.

BERDEJO, J-L/DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, F/LUNA SERRANO, A [y al.]: *Elementos de derecho civil*, vol. 4, Familia, Dykinson, Madrid, 2010.

BERRADA, T.: *Attanfid alyabri fi attachri' almagribi*, Babel, Rabat, 1988.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ I/ADAM MUÑOZ, M.: *Inmigración magrebí y derecho de familia*, Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación, 2005.

BOGDAN, M.: *Comparative Law*, Kluwer Law and Taxation, *Göteborg*, 1994.

BORRMANS, M.: *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jour*s, Mouton, París/La Haye, 1977.

BUCHER, A.: *Le couple en droit international privé*, LGDJ, París, 2004.

BUCHER, A.: *La dimension sociale du droit international privé*, Martinus Nijhoff, Poche, París, 2011.

BUREAU, D/MUIR WATT, H.: *Droit international privé*, T. 2, 2 éd., PUF, París, 2007.

BUREAU, D/MUIR WATT, H. : *Droit international privé*, T 1, Partie générale, París, PUF, 2014.

CALVO CARAVACA, A/CARRASCOSA GONZÁLEZ J. (dirs.): "Crisis matrimoniales", *Derecho internacional privado*, vol. 2, 17 ed., Comares, Granada, 2017.

CALVO CARAVACA, A.L/CARRASCO GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. 1, 15 ed., Comares, Granada, 2014-2015.

CALVO CARAVACA, A.L/CARRASCO GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. 2, 15 ed, Comares, Granada, 2014.

CALVO CARAVACA, A-L/CARRASCOSA GONZÁLEZ, J/RUIZ CASTELLANOS.: *Derecho internacional privado* de familia, 4 ed., Colex, Madrid, 2008.

CALVO CARAVACA. A-L.: *Derecho internacional privado*, CALVO CARAVACA. A.L/CARRASCOSA GONZÁLEZ. J (dirs), vol. 1, 17 ed., Comares, Granada, 2017.

CARBONNIER, J.: *Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Collection Droit Civil, vol. 1, Collection Quadrige, PUF, París, 2004.

CARBONNIER, J.: *Droit civil*, T. 2, La famille, PUF, París, 1998.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: Matrimonio *y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2000.

CARRASCO PERRERA, A.: *Derecho de familia, casos, reglas, argumentos*, Dilex, Madrid, 2006.

CERVILLA GARZÓN M-D/ZURITA MARTÍN, I.: *El Derecho de familia marroquí: la mudawana 2004 desde el Derecho español*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010.

CHAFEI, M.: *Azzaway wa inhilalouh fi moudawanat alusra*, Almatba'a wa alwiraqa alwataniya, Marrakech, 2005.

CHAFEI, M.: *Qanun alusra fi dual almagrib alarabi*, Almatba'a wa alwiraqa al wataniya, Marrakech, 2009.

CHAHBOUN, **A.:** *Achafi fi charh Mudawwanat alusra*, T. 1, Matba'at annayah alyadida, Casablanca, 2006.

CHARFI, **M.:** *Islam y libertad*: *el malentendido histórico*, Almed, Granada, 2001.

CHERON, L.: *Les causes de divorce et de séparation de corps en droit international privé comparé*, Dalloz, París, 1934.

CONSTANTINESCO, **L-J.:** *Traité de droit comparé*, T. 1, Introduction au droit comparé, LG DJ, París, 1972.

CORNU, G.: *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, París, 1997.

DECROUX, **P.:** *Droit international privé*, n°. 212, La porte, Librairie Médicis, París, 1963.

DEMOULIN, M. : *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels. Théorie*

critique, CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2014.

DIEZ PICAZO, L/GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de derecho civil*, vol. 4, 7.ed, Tecnos, Madrid, 1997.

EL HUSSEINI BEGDACHE, **R.:** *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, LGDJ, París, 2002.

EL HASSANI ELOUAZZANI, M.: Da'wa assigha attanfidia lilahqam al ajnabia fi majal arrawabit al-ayilia, Tesis doctoral, Univ. Mohammed V, Rabat, 2006-2007.

EL KACHBOUR, **M.:** *Alwadih fi charh mudawwanat alusra, inhilal mithaq azzawyiya,* Matb'at annajah alyadida, Casablanca, 2015.

EL KHAMLICHI, **A.:** *Atta'liq ala qanun alahwali achajssya*, T. 1, Azzaway wa attalaq, Dar nachr alma'rifa, Rabat, 1994.

EL KHAMLICHI, A.: *Wijhath nathar: abhath wa maqalat lidductur ahmad el khamlichi*, matba"at annajah alyadida, Casablanca, 1988.

EL KHAMLICHI, **A.:** *Min Mudawwanat alahwal achajssiya ila Mudawwanat alusra*, T. 2, Attalaq, Dar nachr alma'rifa, Rabat, 2018.

ESPLUGUES MOTA, **C.:** *El divorcio internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

ESPINASSOUS, V.: *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, París, 2010.

ESTEBAN DE LA ROSA, G. (dir.): *La nueva mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad* (traducción comentada del Código de Familia de 2004), Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 2009.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: *Inmigración y Derecho internacional privado*, Difusión jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2009.

ESSAID, M- J.: *Introduction à l'étude du droit*, Collection connaissances, Mohammedia, 2000.

VALLESPÍN, F/DEL ÁGUILA, R.: *La democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid, 2013.

FERNÁNDEZ ROZAS, J-C/SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, Aranzadi, 9 ed., Pamplona, 2016.

FERRAND, F./FULCHIRON, H.: *La rupture du mariage en droit comparé*, Droit comparé et européen, vol. 19, Société de Législation Comparé, París, 2015.

FOBLETS, M-C/CARLIER, J-Y.: *Le Code marocain de la famille: incidences au regard de Droit international privé en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

FOBLETS, M-C.: *Familles maghrébines et la justice en Belgique: anthropologie juridique et immigration*, Editions Karthala, París, 1994.

PECES BARBA, G.: *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

GAMBARO, A/SACCO, R/VOGEL, L.: *Traité de droit comparé: le droit d'Occident et d'ailleurs*, LGDJ, París, 2011.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Derecho internacional privado*, Civitas, Pamplona, 2014.

GLENDON, M-A/GORDON, M-W/OSAKWE, CH.: *Comparative legal traditions*, 2 ed., West publishing, St Paul, 1994.

IBN RUSHD, *Bidayat almuytahid wa nihayat almuqtasid*, 9 éd., T. 2, Dar almaʿrifa, Beyrouth, 1988.

ILLAN FERNÁNDEZ, J-M.: *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la ley de enjuiciamiento civil*, 5 ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009.

JAHEL. S.: *La place de la Chari'a dans les systèmes des pays juridiques arabes*, Panthéon-Assas, París II, París, 2012.

KRINI, H.: *Guía del procedimiento judicial en el ámbito del Derecho de familia*, Annajah alyadida, Casablanca, 2007.

LABACA ZABALA, M-L.: *La familia polígama islámica en la legislación española*, San Sebastián, M-L. Labaca, 2005.

LASARTE, C.: *Compendio de Derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2015.

LASARTE, C.: *Principios de derecho civil. Derecho de familia*, 6 ed., Marcial Pons, Madrid, 2007.

LINANT DE BELLEFONDS, Y.: *Traité de droit musulman comparé: Le mariage- la dissolution du mariage*, T. 2, Mouton&Co, París, 1965.

LOUSSOUARN, Y/BOUREL, P/DE VAREILLES SOMMIERES, P.: *Droit international privé*, 10 ed., Dalloz, París, 2013.

MALAURIE, PH/FULCHIRON, H.: *La famille*, 4 éd., Defrenois, París, 2011.

MALAURIE, PH.: *L'équivalence en droit international privé*, Dalloz, París, 1969.

MAUGIRON, B/ DUPRET E (dir.). **:** *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du nord*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

MERCIER, P.: *Conflits de civilisations et droit international privé: polygamie et répudiation*, Librairie Droz, Genève, 1972.

MEYER, P/HEUZE, V.: *Droit international privé*, LGDJ, París, 2014.

MILLIOT, L/ BLANC, F-P.: *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, París, 2001.

MOTILLA, A/ LORENZO, P.: *Derecho de familia islámico*, Colex, Madrid, 2002.

MOULAY RCHID, A.: *L'exequatur des jugements étrangers en droit international privé marocain (du protectorat à 1972)*, Mémoire de DES, Faculté de droit de Rabat, juin 1975 (inédita).

NAJI EL MEKKAOUI, R.: *La Moudawanah (Code marocain de la famille), Le référenciel et le conventionnel en harmonie*, T. 2, La dissolution du mariage, Bouregreg, Rabat, 2009.

NIBOYET, F.: *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, París, 2008.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de derecho civil: derecho de familia*, vol. 4, Edersa, Madrid, 2006.

OUHIDA, J.: *Aliyat tanazu' alqawanin fi alqanun aljass almagribi*, DES, Faculté des sciences juridiques, économique et sociales Souissi, Rabat, 2005-2006, Almaarif alyadida, Rabat, 2007.

OUHIDA, J.: *Nidam alahwal achajssiya li alyalia almagribia bi Hulanda: waqui' wa afaq,* Dar abi raqraq, Rabat, 2012.

PEARL, D/MENSKI, W.: *Muslim Family Law*, Thomson Sweet&Maxwell, London, 1996.

PEÑA PIAZUELO. I.: *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*, centros de estudios registrales, Madrid, 2000.

PONS GONZÁLEZ, M/DEL ARCO TORRES, M-A.: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico, teoría, praxis judicial y formularios*, 5ed., Comares, Granada, 2002.

QARMOUCH, A.: *Addawr alqada'i alyadid fi qanun alusra almagribi,* Manchurat alma'arif, Rabat, 2013.

QUIÑONES ESCAMEZ, A.: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación la Caixa, Barcelona, 2000.

QUIÑONES ESCAMEZ, A.: *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Atelier, Barcelona, 2007.

RAMBAUD, T.: *Introduction au droit comparé: les grandes traditions juridiques dans le monde*, Quadriges Manuels, PUF, París, 2014.

REGUEIRO GARCÍA, M. T.: *Estudio comparado de causas de divorcio en la Unión Europea-origines canónicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

RENE, D.: *Droit comparé: droits d'hier, droits de demain*, Economica, París, 1982.

RODIERE, R.: *Introduction au droit comparé*, Précis Dalloz, París, 1979.

SACCO, R.: *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, París, 1991.

SAGHIR, T.: ESTEBAN DE LA ROSA. G (dir.), *Régimen jurídico del reconocimiento en Marruecos de los matrimonios celebrados en el extranjero y de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio*, Tesis doctoral, Univ. de Jaén, Jaén, 2013.

VANDERLINDEN, J.: *Comparer les droits*, E. Story-Scientia, Belgique, 1995.

VÁZQUEZ DE MARCOS, R.: *El divorcio en Roma y en España*, Tesis doctoral, Univ. Complutense de Madrid, 1981.

VASSILAKAKIS, E.: *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, nº. 193, LGDJ, París, 1987.

ZAHER. K. *: Conflit de civilisations et droit international privé*, L'Harmattan, París, 2009.

ZOUGARI, A.: Ahkam alqanun al dawli aljas fi altachri' almagribi: tanazu' alqawanin, 1éd, T. 2, Dar Toubqal linachr, Casablanca, 1992.

Revistas, coloquios y capítulos de libros:

ABARCA JUNCO, A-P.: "La celebración del matrimonio y su nulidad", en A-P. ABARCA JUNCO (dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Derecho civil internacional, Colex, Madrid, 2004.

ABD ELMOUHSIN ELBAKKALI ELHASANI, M.: "*Qada' anniyaba al'ama fi ta'ilal ahkam mudawanat alusra".* Consultado en: http://adala.justice.gov.ma/production/Etudes_Ouvrages/ar/Etudes/famille

ABOUD, H.: "Annafaqa ala daw' mudawanat alusra: dawabit attaqdir alqada'i wa usus alhimaya alqanuniya", *Revue du Droit marocain,* 2010, nº. 9-10, Dar alafaq almagribia.

ADAM MUÑOZ, M-D.: "¿Integración versus derecho a la identidad cultural?, en S. SÁNCHEZ LORENZO (dir.), *La integración de los extranjeros: un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009.

ADERIOUCH, S.: "Kayfa naqra' muqtadayat tanfid al ahkam alaynabia ʿala daw' al madda 128 min Mudawwanat alusra", *Mudawwanat alusra ʿam min attatbik, alhassila wa alafaq*" manchurat maymuat albaht fi qanun alusra, silsilat annadawat, n°. 1, 17-18, febrero 2005.

ADERIOUCH, S.: "Kayfa naqra' muqtadayat tanfid alahqam alaynabiya ʿala daw' almadda 128 min Mudawwanat alusra?", *Mayallat alqasr*, enero 2006, n°. 13.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: "Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad", en I. GARCÍA RODRÍGUEZ (ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Univ.de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 2001.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: "ius nubendi y orden público matrimonial", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2000, año 54, n°. 1862.

AKRAM, J.: "Tanfid alahkam alaynabiya almutaʿalliqa bi alahwal achajssiya fi alqanun addawli aljass almagribi", *Mayallat almahaquim*, 2007, n°. 110.

AL DABBAGH, H.: "*Principe de la personnalité des lois et droit de la famille en Iraq: Approche Comparative des Droits Iraquien et Egyptien*", Part 2, 22 Arab L.Q. 158, 2008.

AL MIDANI, M-A.: "La famille musulmane et la sharia", en R. GANGHOFER (dir.), *Le droit de la famille en Europe: son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*. Actes des journées internationales d'histoires du Droit, Univ. de Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992.

ALEXANDRE. D, "La protection de l'épouse contre la répudiation", en F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (aut.), *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Actes des journées d'études des 3 et 4 décembre 1992, organisées par le LERADP de l'Université de Lille II, LGDJ, París, 1993.

ALRAKHORI, I.: "Haq almar'a fi inha' arrabita azzawyiya fi attachriʿat alʿarabia: Bayna waqiʿ annass wa ikrahat alwaqiʿ", *Qadaya alusra: ichqalat rahina wa muqarabat moutaʿaddida*, T. 2, Z. AMMARI (coord.), Silsilat dirasat wa abhath, n°. 6, Manchurat mayallat alqada' almadani, Rabat, 2014.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.:"Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa", *ADC*, 1993, n°. 3, vol. 46.

ANCEL, M.: "Le problème de la comparabilité et la méthode fonctionnelle en droit comparé", *Festschrift fur Imre Zajtay*, Tubingen, Mohr Siebeck, 1982.

ANTÓN JUÁREZ, I.: "Acuerdos prematrimoniales: ley aplicable y derecho comparado", *CDT*, marzo 2015, vol. 7, n°. 1

ASÍN CABRERA, A.: "*La mujer y el derecho islámico: problemas culturales de identidad e integración*", en GÓMEZ RODRÍGUEZ, A/TALLY, J (eds.), *La construcción cultural de lo femenino,* Centro de estudios de la mujer de la univ. de la laguna, Instituto canario de la mujer, 1998.

ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales internacionales: nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Universidade, Univ. de Santiago de Compostela, 2004.

ATTALEB, A.: "Anniza'at almadaniya limudawwanat alusra", *Mayallat almahaquim al-magribia*, enero-febrero 2007, nº. 106.

AUDIT, B.: "Droit international privé en quête d'universalité", *RCADI*, 2001, T. 305.

BAHMANI, I.: "Mada istihqaq almut'a aw atta'wid fi qadaya attatliq li achiqaq", *Mayallat* mahkamat al istinaf bi addar albaydaa, 2012, nº. 2

BALOGH, E.: "Le rôle du Droit comparé dans le droit international privé", *RCADI*, 1936, T. 057.

BARATTA, R.: "La reconnaissance internationales des situations juridiques personnelles et familiales", *RCADI*, 2011, T. 348.

BARATTA, R.: "Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia", *AEDIPr*, 2016, T. 16.

BATIFFOL, H.: "L'hypothèque légale de la femme mariée en France et le droit international privé", *Choix d'articles*, París, LGDJ, 1976.

BENÍTEZ DE LUGO, M-A.: La cooperación internacional como objetivo del DIPr", en F. ALDECOA LUZÁRRAGA (coord.), *La cooperación internacional*, Univ. del País Vasco/Euskal Erriko Unibertsitatea, 1993.

BEN HOUNET, Y/CHEIKH, M/ BENCHAHDA, L/ RUPERT, N.: *Le droit de la famille au Maroc et son application au sein de la section des affaires familiales du tribunal de première instance de Rabat*, Centre Jacques Berque, Fondation Friedrich Ebert, 2017.

BENRADI, M.: "Introduction", *Le Code de la famille: perceptions et pratiques judiciaires*, M. BENRADI, H. ALAMI M'CHICHI, A. OUNNIR y [y al], Friedrich Ebert Sfiftung, 2007.

BENRADI, M.: "Famille et droit: quelle évolution au Maroc? le cas de la rupture du lien conjugal". Communication au colloque international sur «famille et citoyenneté», Actes du Colloque famille et citoyenneté, Rabat, 22-23 mars 2002, Association Chaml pour la famille et la femme, Editions Chaml, Friedrich Ebert Sfiftung.

BERJAOUI, K/TAGMANT, M.: "El reconocimiento de los matrimonios y los divorcios de los marroquíes residentes en España y en Marruecos", en QUIÑONES ESCAMEZ, A/ RODRÍGUEZ BENOT. A/BERJAOUI. K/TAGMANT. M, *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquí y compilación de legislación de Derecho privado marroquí,* vols. 1-2, FIIAAP, Madrid, 2009.

P. BERGER, K.: "Harmonisation of European contract law: the influence of comparative law", *ICLQ*, 2001, vol. 50.

BERNARD-MAUGIRON, N/DUPRET, B (dirs).: *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, París, 2012.

BORRÁS, A.: "Europa entre la integración y la multiculturalidad", en M-A. DIAGO DIAGO, A. GONZÁLEZ VARAS (coord.), *Derecho islámico e interculturalidad*, Z. COMBILIA, 1 ed., Iustel, Madrid, 2011.

BORRÁS, A.: "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe", en A. BORRÁS/S. MERNISSI (ed.), *El Islam jurídico y Europa*, Icaria Editorial, Barcelona, 1998.

BOUKAISSI, F. Z.: "Du déroulement des audiences à la Section de la Justice de la famille prés les Tribunaux de Première Instance de Rabat", *Le Code de la famille. Perceptions et pratiques judiciaires,* Casablanca, Friedrich Ebert Stiftung, Fès, Maroc, ImprimElite, 2007.

BUREAU, D.:"Le mariage international pour tous a l'aune de la diversité", en L. D'AVOUT/D. BUREAU/H. MUIR WAUT, *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit, Les relations privées internationales*, LGDJ, Issy-les-Moulinaux, 2014.

BUCHER, A. "*La famille en droit international privé*", *RCADI*, 2000, T. 283.

CALVO CARAVACA, A-L/CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III", *CDT*, Marzo 2009, n°. 1, vol. 1.

CAMPUZANO DÍAZ, B.: "El matrimonio", en A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *Manual de derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 2014.

CANIVET, G.: "La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français", *RIDC,* janvier-mars 2003, nº. 1, vol. 55.

CANIVET, G.: "Préface", en B. MARKESINIS, *Juges et universitaires face au droit comparé: histoire des trente cinq dernières années*, Dalloz, París, 2006.

CANSACCHI, G.:"Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois", *RCADI*, 1953, T. 83

CARILLO POZO, L-F.: *"Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia de efectos económicos del matrimonio*", *CDT,* Marzo 2012, n°. 1, vol. 4.

Carlier, J-Y/Henricot, C.: "Belgique De l'exception d'ordre public aux accommodements réciproques?", *Cah. CeDIE*, Université Catholique de Louvain, n°. 2011/03.

CARLIER, J-Y.: "La reconnaissance des répudiations", *J T*, 1985, n°. 5326, 16 février 1985.

CARLIER, J-Y.: "Estatuto personal y sociedad multiculturalidad: el papel de la autonomía de la voluntad", en A-L CALVO CARAVACA/J-L. IRIATE ANGEL (edts.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000.

CARLIER, J-Y.: "Les contrats de mariage internationaux: aspects particulier des clauses relatives aux relations personnelles", en M. VERWILGHEN/R. DE VALKENEER (dirs.), *Relations familiales internationales*, Bruylant, Bruxelles, 2003.

CARLIER, J-Y.: "Quant l'ordre public fait désordre. Pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé: à propos de deux arrêts de cassation relatifs à la polygamie et à la répudiation", *RGDC*, 2008, n°. 9.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del TS", en A-L CALVO CARAVACA/J-L. IRIATE ANGEL (edts.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Alimentos", en A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de Familia Internacional*, 4 ed., Colex, Madrid, 2008.

CARRILLO LERMA, C.: "Divorcio en España entre cónyuges marroquíes: la sentencia de la audiencia provincial de Barcelona de 30 de diciembre 2014", *CDT*, octubre 2015, vol. 7, nº. 2.

CASHIN RITAINE, E.: "L'expérience de l'Institut suisse de droit comparé", en X. NORTH (dir.), *Traduction du droit et droit de la traduction*, Dalloz, París, 2011.

CHAWQUI, N.: "Alahqam alqanuniya almutaʿalliqa bi tanfid alhuqm alaynabi wifqa qawaʿid Mudawwanat alusra", *Mayallat Risalat addifa'*, diciembre 2004, n°. 5.

CHECA MARTÍNEZ, M.: "Reconocimiento de la poligamia y del repudio islámicos en perspectiva comparada: a propósito de la Mudawwana marroquí", en GAVIDIA SÁNCHEZ. J (coord.), *Inmigración, Familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

CHRISTIANS, L-L.: "Les références belges a l'ordre public comme standard de régulation et révélateur de conflits de valeurs dans le statut des personnes musulmanes en dehors du droit international privé: l'exemple belge", en N. BERNARD-MAUGIRON/B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit musulman de la famille, Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

COHEN, F-S. : "Transcendental nonsence and the funcional approach", 1935, 35, 6, *Colum Law Rev* 809.

CORTÉS, J.: *El sagrado Corán*-version castellana**,** Centro Cultural Islámico Fátimah Azzahra, Publicaciones Electrónicas.

COURBE, P.: "Le rejet des répudiations musulmanes", *Dalloz*, París, 2004.

COURBE, P.: "Le DIPr et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français", en P. TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ?*, Bruylant, París, 1999.

DARMICH, A.: "Quimat alhukm alaynabi fi daw' attachri' wa alittifaquiat al qada'iya allati sadaqa alayha almagrib", *Mayallat Almuhamat*, 1982, n°. 20.

DE MIGUEL ASENCIO, P-A.: "El Derecho internacional privado ante la globalización", *AEDIP*, 2001, T. 1.

DEPREZ, J.: "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)", *RCADI*, 1988, T. 211.

DEPREZ, J.: "Le droit international privé marocain à travers les libres", *Revue Juridique Politique et Economique du Maroc*, Faculté des Sciences Juridiques et Sociales de Rabat, juin 1977, n°. 2.

DEPREZ, J.: "Statut personnel et pratiques familiales des étranges musulmans en France: aspects de droit international privé", en M-C FOBLETS (dir.), *Familles-Islam-Europe: le droit confronté au changement*, L'Harmattan, París, 1996.

DIAGO DIAGO, M del P.: "Derecho internacional privado", *REDI*, julio-diciembre 2004, vol. 56.

DIAGO DIAGO, M del P.: "El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar", *REEI*, 2015, n°. 30.

DIAGO DIAGO, M del P.: "La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado Español", Derecho internacional, *Aequalitas*, 2001, n°. 6.

DIAGO DIAGO, M del P.: "La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad", en A-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (coord.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2003.

DIAGO DIAGO, M-P.: "Respeto a la identidad cultural, derecho a la vida privada y familiar: una aproximación al Derecho internacional privado", en N. FERNÁNDEZ SOLA/M. CALVO GARCÍA (coord.), *Inmigración y derecho*s, Mira Editores, Zaragoza, 2001.

DIONISI-PEYRUSSE, A.: "La conformité a l'article 8 de la CDEH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public international", *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de PATRICK COURBE*, Dalloz, París, 2012.

DOCQUIER, P-F.: "X. Thunis: la comparaison en droit: une figure omniprésente et méconnue", *RIDC*, 2006, vol. 83, n°. 3.

DROZ, G. A-L.: "Règlement des situations juridiques internationales au premier degré: éléments de droit international privé comparé positif", *RCADI*, 1991, T. 229.

DURANTE, F.: "Problèmes contemporains du divorce en DIPr", *RCADI*, 1976, T. 152.

EL KACHBOUR, M/FATHOUKH, H/AL ZOUHRI, Y.: "Attatliq bissabab achiqaq fi mudawanath alusra", *Silsilat addirasat aalqanuniya almuassira*, Matba'ath annaya'h alyadida, Casablanca, 2006.

EL KHADRAOUI, M.: "Tadiel alahkam bi assiga attanfidiya", *Mayallat Almuhakama*, 2006, n°. 1.

ELMEHOTE, J.: "Alhuquq almaliya liazzawya wa alatfal almuqimin bi al jariy bayna alqada' al urupi wa alqada' al magribi", *Code de la famille et la réalité d'application à l'étranger*, Colloque international, 9-10 abril 2010, Laboratoire de recherche en droit de la famille et de la migration, Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de Oujda, I. ELFAKHORI (Elaboration et coord.), Silsilat annadawat, n°. 4, 2011.

ENGLERT, H.: "Divorce et répudiation", en Arnaud Nuyts (coord.), *Actualités en droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 2013.

ESPLUGUES MOTA, C.: "Las crisis matrimoniales", en C. ESPLUGUES MOTA/J-L. IGLESIAS BUHIGUES/G. PALAO MORENO, *Derecho internacional privado,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

ESTEBAN DE LA ROSA, G/Ouhida, J.: "Reconocimiento en España de las decisiones marroquíes de disolución del matrimonio", en S. SÁNCHEZ LORENZO (dir.), *la Integración de los extranjeros: un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009.

ESTEBAN DE LA ROSA, G/ SAGHIR, T.: "Reconocimiento de la igualdad entre hombre y mujer en la nueva Mudawwana marroquí y su repercusión en la regulación de la disolución del matrimonio en Derecho internacional privado (español)", en M-P. GARCÍA RUBIO/M DEL R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.), *El Levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "Aplicación de la nueva Mudawwana marroquí en España (con una perspectiva de género)", en *Mujer inmigrante, desarrollo sostenible y diversidad cultural en el espacio transfronterizo del Estrecho*, Proyecto Menara, Fundación Tres Culturas, 2013.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "Cultural Diversity and European Private International Law", *J Civil Legal Sci*, 2015, 4, 149.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "Disolución del matrimonio en el Código de familia de Marruecos (2004) y derechos fundamentales de la mujer marroquí en España", en P. LORENZO COPELLO/ R. DURÁN MUÑOZ (coord.), *Diversidad cultural, Género y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "El nuevo Derecho internacional privado de la inmigración", *REDI*, enero-junio 2007, nº 1, vol. 59.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "La integración social de los inmigrantes desde la perspectiva del sistema (español) de derecho internacional privado", en J-V. GAVIDIA SÁNCHEZ (coord.), *Inmigración, familia y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

ESTEBAN DE LA ROSA, G/T. SAGHIR, G: "Reconocimiento de la igualdad entre hombre y mujer en la nueva Mudawwana marroquí y su repercusión en la regulación de la disolución del matrimonio en Derecho internacional privado (español)", en L. LÓPEZ DE LA CRUZ/M. OTERO CRESPO (coord.), *El Levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "*¿Transformación del reconocimiento de decisiones en el Espacio europeo de justicia?", REDE,* 2020, n°. 50.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "Método y función del Derecho internacional privado: hacia la más plena realización de los derechos humanos", *REEI*, diciembre 2020, n°. 40.

ESTRADA TANCK, D.: "El principio de igualdad ante la ley en el derecho internacional", *CDT*, Marzo 2019, nº. 1, vol. 11.

RIGAUX. F.: "Espace et temps en droit international privé", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1989, 1, vol. 22, Univ. Saint Louis, Bruxelles.

FADLALLAH, I. "Note Cass. Civ. 1 ère, 3 Novembre 1983", *RCDIP*, 1984.

FADLALLAH, I.: "Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?", *RCDIP*, 1981, 17.

FARGE, M.: "La gestation d'un droit fondamental au divorce en Europe? L'apport du droit privé", *RDLF*, 2012, n°. 19.

FAUVARQUE-COSSON, B.: "Droit comparé et droit international privé: la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux", *RIDC*, Octobre-décembre 2000, n°. 4, vol. 52.

FELDMAN, F.: "Méthodologie de la traduction", en X. NORTH (dir.), *Traduction du droit et droit de la traduction*, Dalloz, París, 2011.

FERNÁNDEZ CORONADO, A.: "Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los Derechos Fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2009, nº. 85.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J.: "Comentario a la sentencia de Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, de 6 de febrero de 2018", consultado en https://fernandezrozas.com

FERNÁNDEZ ROZAS, J-C.: "Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI", *Revista Mexicana de Derecho internacional privado*, 2000, nº. 9.

FERNÁNDEZ ROZAS, J-C.: "Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2009, nº. 25.

FERRAJOLI, L.: "Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo", consultado en www.juridicas.unam.mx

FOBLETS, M-C/LOUKILI, M.: "Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: Quelles implications pour les marocains en Europe?", *RCDIP*, julio-septiembre 2006, nº. 3.

FOBLETS, M-C.: "Le Code et les vies de familles en Europe", *Le Code marocain de la famille en Europe: bilan comparé de dix ans d'application. Promesses tenues ou espoirs déçus?*, La Charte, 2016.

FOBLETS, M-C.: "Les juges belges et l'application de la loi étrangère", en S. BEN ACHOUR y L. CHEDLY (dir), *Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger*, Latrach Editions, Tunis, 2015.

FOBLETS, M-C.: *Le statut personnel musulman devant les tribunaux en Europe*: une reconnaissance conditionnelle, en P. KAHN (dir.), *L'étranger et le droit de la famille*: *pluralité ethnique, pluralisme juridique*, Documentation française, París, 2001.

FONTÁN SILVA, E-J.: "El exequátur de las decisiones dictadas por los tribunales de Marruecos", *Actualidad Civil*, 1998, ref. 46, T. 4, La Ley, La Ley 1904/2001.

FORCADA MIRANDA, F. J.: "Novedades en la pensión compensatoria: la compensación por desequilibrio", *Novedades legislativas en materia matrimonial*, CGPJ, Madrid, 2008.

FULCHIRON, H.: "Ne répudiez point...: pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004", *RIDC*, 2006, n°. 1, vol. 58.

FULCHIRON, H.: "Non-reconnaissance d'un jugement de divorce assimilable à une répudiation unilatérale", *JCP*, 1 septembre 2004, n°. 36.

FULCHIRON, H.: "Vers la fin de la prohibition de la répudiation musulmane", *JCP*, 2002, 2, 100095.

GANNAGE, L.: "Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen: regards du Proche-Orient sur la reconnaissance en France des répudiations de droit musulman", *RIDC*, 2006, n°. 1, vol. 58.

GANNAGE, L.: "Les méthodes du droit international privé à l'épreuve du conflit des cultures", *RCADI*, 2011, T. 357.

GANNAGE, P.: "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *RCDIP*, 1992, Dalloz, París, 2017 (sin números).

GANNAGE, P.: "La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales", *RCADI*, 1979, 3, nº. 73.

GARCÍA-VASO PÉREZ-TEMPLADO, C.: "El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento", en A-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Constitución y Leyes, Madrid, 2003.

GAUDEMET-TALLON, H.: "La désunion du couple en droit international privé", *RCADI*, 1991, T. 226, 1.

GAUDEMET-TALLON, H.: "De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé: esprit et méthodes", *Mélanges P. LAGARDE*, Dalloz, París, 2004.

GAUDEMET-TALLON, H.: "Le divorce international depuis la communication de Patrick Courbe au Comité français de droit international privé", *Mélanges à la mémoire de PATRICK COURBE: le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, París, 2012.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J-V.: "Concepto constitucional de matrimonio Código de familia marroquí y orden público internacional español", en J. GAVIDIA SÁNCHEZ (coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

GEMAR, J-C.: "Traduire le droit. Lettre, esprit et équivalence*"*, en X. NORTH (dir.), *Traduction du droit et droit de la traduction*, Dalloz, París, 2011.

GILSON, S.: "M. Fallon: l'utilisation de la méthode comparative en droit international privé et en droit européen", *RIDC*, 2006, vol. 83, n°. 3.

GODECHOT-PATRIS, S.: "Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes", *RCDIP*, avril-juin, 2010, 99, (2).

GÓMEZ VALENZUELA, E/OUALD ALI, K.: "Códigos culturales, inserción jurídica, integración social y disolución del matrimonio de la mujer inmigrante marroquí en España", en P. LORENZO COPELLO/R. DURÁN MUÑOZ (coord.), *Diversidad cultural, género y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

GONZÁLEZ CAMPOS, J-D/FERNÁNDEZ ROZAS, J-C.: "Orden público como correctivo funcional: artículo 12, apartado 3 del Código Civil", M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART, (eds.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. 1, vol. 2, Edersa, Jaén, 1995.

GUILLARTE GUTIÉRREZ, V.: "Comentarios del nuevo artículo 81 del CC", en V. GUILLARTE GUTIÉRREZ (dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio Ley 15/2005, de 8 de julio*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

HAMMJE, P.: "Droits fondamentaux et ordre public", *RCDIP*, janvier-mars, 1997, 86, (1).

HAMMJE, P.: "Le nouveau règlement (UE° n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps", *RCDIP*, 2011, 291, (26).

HAMMJE, P.: "Rejet des répudiations musulmanes", *RCDIP*, 2004, Dalloz, París, 2017.

Hawed, A.: *Tanfid alahkam alaynabiya wa atharuha a'la arrawabit alussaria*, annadwa alyihawiya athaniya lilmayliss ala'la, tahta 'unwan qadaya alusra min jilal iytihadat almayliss ala'la, almun'akida en Meknès los días 8-9 de marzo de 2007, alumniya, Rabat.

HUNTIGNTON, S-P.: "The clash of civilisations?", Foreign Affairs, Summer 1993, 72, n°. 3.

JALUZOT, B.: "Méthodologie du droit comparé: bilan et prospective", *RIDC*, 2005, n°. 1, vol. 57.

JAYME, E.: "Droit comparé et droit international privé", *RCADI*, T. 251, 1995.

JAYME, E (éd.).: *Langue et droit*, IV Congrès International de Droit Comparé, Bristol 1998, Collection des Rapports, Bruylant, París, 1999.

JAYME, E.: "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", *RCDIP*, 2000, T. 282.

JAYME, E.: Rapporteur 1ére Commission sur "La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé", *Annuaire de l'Institut de droit international*-Session de Santiago du Chili, vol. 72-2007, Editions A. Pedone, París.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F-J.: "Una visión de la evolución del divorcio en España desde 1870", *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas del Derecho de Familia. Ponencias y Comunicaciones, Madrid 27-29 junio 2005, IDADFE, UNED y El Derecho Editores, Madrid, 2006.

JOUBERT, N.: "Une loi étrangère qui ne prévoit pas d'allocation financière suffisante après divorce est contraire à l'ordre public international", *RCDIP*, 2007, Dalloz, París, 2017.

JUÁREZ PÉREZ, H.: "Hacía un derecho internacional privado intercultural", en A. L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES, (dirs.), *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003.

JUSTO MEJÍAS QUIRÓS, J.: "Familia, inmigración y modelos de integración en inmigración", en J. GAVIDIA SÁNCHEZ (coord.), *Inmigración, Familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

KESSLLER, G.: "L'application des dispositions du nouveau code de la famille marocain relatives à la dissolution du mariage par le juge français", *Revue de la recherche juridique-Droit prospectif*, 2010, 2, Presses Universitaires d'Aix-Marseilles, n°.35, 132.

KINSCH, P. : "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", *RCADI*, 2005, T. 318.

KRUINIGER, P.: "Repudiated, by Husband and Europe? A Critical Re-assessment of the Policies of Recognition of Islamic Repudiations in Western Legal Systems", en M-C. FOBLETS/N. YASSARI (eds.), *Approches juridiques de la diversité culturelle, Legal Approaches to Cultural Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2013.

LAGARDE, P. "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", *RCADI*, 1986, T. 196.

LAGARDE, P.: "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation", *Mélanges en l'honneur* de F. RIGAUD, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, T. 22, Bruylant, Bruxelles, 1993.

LAMRABET, A.: "Entre refus de l'essentialisme et réforme radicale de la pensée musulmane", en Z. ALI, *O. ABOU-BAKR, Z. ANWAR* [y al], *Féminismes islamiques*, La Fabrique, París, 2012.

LARDEUX, G.: "L'introduction de règles de conflit de lois", *Actualité du droit international privé de la famille*, Presses Universitaires D'Aix Marseille, 2009.

LARDEUX, G.: "Ordre public et nouveau droit marocain de la famille", *Recueil Dalloz,* n°. 9, París, 2010.

LASARTE, C.: "De la pensión a la compensación: el triunfo de la temporalidad", *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas del Derecho de Familia. Ponencias y Comunicaciones, Madrid 27-29 junio 2005, IDADFE, UNED y EL Derecho Editores, Madrid, 2006.

LEGEAIS, R. : "L'utilisation du droit comparé par les tribunaux", *RIDC*, avril-juin 1994, n°. 2, vol. 46.

LEGRAND, P.: *Le droit comparé*, PUF, Paris, 1999.

LEQUETTE, J-Y.: "De l'approche fonctionnelle des conflits de nationalités dans un cas de répudiation entre époux franco-marocain", *RCDIP* 1992, (91).

LEQUETTE, J-Y.: "Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales", *RCADI*, 1994, T. 246.

LEQUETTE, J-Y.: "Le conflit de civilisation a la lumière de l'expérience franco-tunisienne", en M. ZINE/S. BOSTANJI/N. BEN AMMOU [y al], *Mouvements du Droit contemporain, Mélanges offerts au professeur S. BEN HALIMA*, Centre de publication universitaire, Tunis, 2005.

LOPEZ LOPEZ. A-M.: "Diversidad, feminismo y principio de igualdad", en M-P. GARCÍA RUBIO/M DEL R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

LOUKILI, M.: "Droit international privé marocain de la famille", en S. BEN ACHOUR/L. CHEDLY (dir.), *Actualités de droit international privé de la famille en Tunisie et à l'Etranger,* Latrach Editions, Tunis, 2015.

LOUKILI, M.: "L'ordre public en droit international privé marocain de la famille", en B. MAUGIRON/B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit musulman de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

LOUKILI, M.: "La jurisprudence marocaine relative à l'application du Code de la Famille", en M-C. FOBLETS (dir.), *Le Code marocain de la famille en Europe: bilan comparé de dix ans d'application*, La Charte, 2016.

LOUKILI. M, "Régimen jurídico del reconocimiento en Marruecos de las sentencias españolas relativas al estatuto personal y familiar", en A. KADRI/G. PRÉVOST/G. ESTEBAN DE LA ROSA (dirs.), *Inmigración e integración de los inmigrantes desde la perspectiva hispano-francesa en el contexto de las actuales políticas comunitarias sobre inmigración*, Comares, Granada, 2010.

LUHMANN, N.: *Social Systems*, traducido por J. BEDNARZ JR/D. BAECKER, Writing science, Stanford, Stanford University Press, 1995.

MALAURIE, M-PH.: "L'équivalence en droit international privé", chron. xxxvi, *Dalloz*, París, 1962.

MARCHAL ESCALONA, N.: "Nulidad, separación y divorcio de la mujer marroquí en España", en C. RUIZ SUTIL/R. RUEDA VALDIVIA (coord.), *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Instituto Andaluz de La Mujer, Sevilla, 2008.

MARKESINIS, B.: "Unité ou divergence; à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain", *RIDC*, 2001, n°. 4.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Separación y disolución del matrimonio", en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ/P. DE PABLO CONTRERAS/M-A. PÉREZ ÁLVAREZ, *Curso de derecho civil 4, Derecho de familia*, 3 ed., Colex, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.)/P. DE PABLO CONTRERAS/M-A. PÉREZ ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Civil 4, Derecho de Familia*, 3 ed., Colex, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: *Comentarios del nuevo artículo 97 del Código civil*, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: Ley 15/2005, de 8 de julio*, V. GUILLARTE GUTIÉRREZ (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2005.

MERNISSI, S.: "El estatuto de la mujer en Marruecos", A. BORRAS (ed.)/S. MERNISI (ed.), *El Islam jurídico y Europa: Derecho, religión y política*, Icaria Editorial, Barcelona, 1998.

MERON, Y.: "L'accommodation de la répudiation musulmane", *RIDC*, octobre-décembre 1995, nº. 4, vol. 47.

MESSAOUDI, L.: "*Talāq* alajanib fi alqanun aldawli aljas almaghribi, ta'liq 'ala qarar 8 abril 1983 lilmajliss ala'la", *Rev. Dr. Eco*., 1986, n°. 2.

MEZGHANI, A.: "Quelle tolérance pour les répudiations?", *RIDC*, 2006, n°. 1, vol. 58.

MICHAELS, R.: "The Functional Method of Comparative Law", *Duke Law school legal studies*, 2005, n°. 87.

MICHAELS, R.:"The Functional Method of Comparative Law", en M. REIMANN ET R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, UK, Oxford University Press, 2006.

Ministère de la Justice, *Almuntaqa min 'amal alqada' fi tatbiq mudawanat alusra*, Publications de l'association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, série relative aux explications et preuves, n°. 10, vol. 1, Matba'ath Elite, Rabat, 2009.

MONEGER, F.: "Le Code de la famille marocain de 2004 devant la Cour de Cassation", *RCDIP*, avril-juin 2004, 103, (2).

MONEGER, F.: "L'applicabilité du droit international privé de la famille", en P. KAHN (dir.), *L'étranger et le droit de la famille: pluralité ethnique, pluralisme juridique*, La documentation française, París, 2001.

MONEGER, F.: "L'application du nouveau Code de la famille marocain de 2004 par les juges français", en M-C. FOBLETS (dir.), *Le Code marocain de la famille en Europe: bilan comparé de dix ans d'application,* La Charte, 2016.

MONEGER, F.: "Religion au regard du statut personnel et familial", *RIDC*, 2014, n°. 3, vol. 66.

MONEGER, F.: "Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?", *RCDIP*, 1981, (1).

MORENO QUESADA, B.: "La disolución del matrimonio y medidas y efectos comunes", en B. MORENO QUESADA/J-M. GONZÁLEZ PORRAS/F-J. SÁNCHEZ CALERO [y al], *Derecho de familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

MOULAY RCHID, A.: "Le droit international privé du Maroc indépendant", en J-Y, Carlier (éd.), *le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992.

MOULAY RCHID, A.: "Quelles solutions pour le statut personnel des émigrés marocains en Europe?", *Cahiers des Droits Maghrébins*, 1995, vol. 1.

MOULAY RCHID, A.: "Al 'alaqat alussariya addawliya wa alqanun almagribi", en N. ALBUDALI (coord.), *Silsilat Linakssir assamt: machaquil almr'a almagribia ma'a al alqanun*, n°. 3, Alyam'iya almagribiya li ddifa' 'an huquq almara, 2002.

MOULAY RCHID, A.: "Les grandes lignes du droit international privé marocain en matière de statut personnel", *Revue de Droit et d'Economie*, Univ. Sidi Mohamed Ben Abdelah, Faculté des Sciences Economique et Sociales, Fès, 1991, n°. 7.

MOYA ESCUDERO, M.: "Recommandations issues des rencontres internationales sur les relations familiales et successorales hispano-marocaine", *Paix et Sécurité Internationales,* janvier-décembre 2014, nº. 2.

MUIR WATT, H.: "La fonction subversive du droit comparé", *RIDC,* juillet-septembre 2000, n°. 3, vol. 52.

MUQRINI, M.: "Tanfid alahkam alaynabiyya bi inha' al 'alaqa azzawyiyya wifqan li mudawwanat alusra almagribiyya", *Mayallat Almilaf*, 2007, n°. 11.

NAJM KOBEH, M-C.: "La Cour de Cassation française et la répudiation musulman: une décennie après l'entrée en vigueur des reformes du droit de la famille au Maroc et en Algérie", *JDI, Clunet,* juillet-août-septembre 2015, nº. 3, T. 142.

NIBOYET, M-L.: "L'avenir du nouveau revirement de la cour de cassation sur la reconnaissance des répudiations musulmanes", *Gaz. Pal.*, 4 sept. 2004, Spécial contentieux judiciaire, n°. 247-248.

NIBOYET, M-L.: "Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes", *RIDC,* 2006, n°. 1, vol. 58.

ORTIZ VIDAL, M-A.: "El repudio en el Código de familia de Marruecos y la aplicación del Derecho marroquí en la UE", *CDT,* Octubre 2014, nº. 2, vol. 6.

OUALD ALI, K.: "La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí", en *Inmigración, Familia y Derecho*, en GAVIDIA SÁNCHEZ. J (coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

OUHIDA, J.: "Le code de la famille: quel changement pour la situation juridique des marocains résidants à l'étranger", *Mayallat qada' mahkamat annaqd*, 2014, nº. 77.

OUNNIR, A.: "La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers au Maroc", en ESTEBAN DE LA ROSA, G (dir.), *Inmigración e integración de los inmigrantes desde la perspectiva hispano-francesa en el contexto de las actuales políticas comunitarias sobre inmigración*, Comares, Granada, 2010.

OUNNIR, A.: " Les justiciables dans le circuit judiciaire relatif au contentieux de la famille", en M. BENRADI, H. ALAMI M'CHICHI, A. OUNNIR [y al], *Le Code de la famille: perceptions et pratiques judiciaires*, Friedrich Ebert Sfiftung, 2007.

PALAO MORENO, G.: "La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural", *La Ley digital 1695/2001*, Actualidad Civil, ref. 23, T. 2.

PAREDES PÉREZ, J-I. : "Alcance y contenido de la noción de equivalencia en el derecho internacional privado", *AEDIPr,* 2012, T. 12.

PATRICK GLENN, H.: "*Quel droit comparé?*", *RDUS*, 2013, vol. 43.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I.: "La órbita de la autonomía de la voluntad en relación con el matrimonio", en M. GUZMÁN ZAPATER/C. ESPLUGUES MOTA (dir.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

PÉREZ MARTIN, A-J/PÉREZ RUFIÁN, M.: "Cuestiones prácticas en los procesos de familia con cónyuges hispano-marroquíes", *Revista de Derecho de familia,* enero-marzo 2016, nº. 70.

PEREÑA VICENTE M.: "El divorcio sin juez en el Derecho español y francés: entre el divorcio por notario y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas y prácticas", *ADC*, 2019, T. 72, 1.

PETERS, A/ SCHWENKE, H.: "Comparative law beyond post-modernism", *ICLQ,* 2000, vol. 49.

PICARD, E.: "L'état du droit comparé en France, en 1999", *RIDC,* octobre-décembre 1999, n°. 4, vol. 51.

PONTHOREAU, M-C.: "Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique", *RIDC,* 2005, n°. 1, vol. 57.

QUIÑONES ESCAMEZ, A.: "La disolución del matrimonio", en QUIÑONES ESCAMEZ/ RODRÍGUEZ BENOT. A/BERJAOUI. K/TAGMANT. M, *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquí y compilación de legislación de Derecho privado marroquí,* vols. 1-2, FIIAAP, Madrid, 2009.

QUIÑONES ESCAMEZ, A.: "La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe", *REDI,* 2004, n°. 3.

QUIÑONES ESCAMEZ, A.: "La disolución del matrimonio: *especial referencia al Islam*", *en* A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, CGPJ, Madrid, 2002.

REITZ, J-C.: "How to do Comparative Law", *AJCL,* 1 October 1998, vol. 46, 4.

REMY, V.: "La répudiation", en J-Y CARLIER/M. VERWILGHEN (eds.), *Musulmans en Belgique: un statut juridique spécifique?*, Academia-Sybidi, Louvain La Neuve, Bruxelles, 1989.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: "Derecho de alimentos de la mujer marroquí en España", en C. RUIZ SUTIL/R. RUEDA VALDIVIA (coord.), *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Instituto Andaluz de La Mujer, Sevilla, 2008.

RODRÍGUEZ BENOT, A: "El estatuto personal de los marroquíes ante el ordenamiento español", en ESCUDERO MOYA (dir.), *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RODRÍGUEZ BENOT, A: "Trafico externo, Derecho de familia y multiculturalidad", *en* A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, CGPJ, Madrid, 2002.

ROQUE, M-A.: "Famille et Famille: Aspects évolutifs en Europe du sud", en *Actes du Colloque Famille et citoyenneté*, Rabat, 22-23 mars 2002, Association Chaml pour la famille et la femme, Editions Chaml, Friedrich Ebert Sfiftung.

ROTONDI, M.: "Technique du droit, dogmatique et droit comparé", *RIDC,* janvier-mars 1968, n°. 1, vol. 20.

RUEDA VALDIVIA, R.: "Las decisiones de divorcio y separación matrimonial en el trafico jurídico entre España y Marruecos", en S. SÁNCHEZ LORENZO (dir.), La integración de los extranjeros: una análisis transversal desde Andalucía, Atelier, Barcelona, 2009.

RUEDA VALDIVIA, R.: "Modificación en España de resoluciones marroquíes sobre alimentos", en M. ESCUDERO MOYA (dir.), *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: "La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Anales de Derecho*, 2005, Univ. de Murcia, nº. 23.

SAREHANE, F.: "L'application du Code marocain de la famille: le mariage et le divorce: les innovations à l'épreuve de la pratique", en J. POUSSON-PETIT (dir.), *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français,* L'Harmattan, París, 2009.

SAREHANE, F.: "Le nouveau Code marocain de la famille", *Gaz. Du Pal.*, septembre-octobre 2004.

SARHANE. F/LAHLOU-RACHDI, N.: "Maroc: conflits de lois, conflits de juridictions", *Juris-Classeur de droit comparé*, *Dalloz*, París, 2002, Maroc, Fasc. 4, n°. 158.

SAROLEA/C. HENRICOT, "Droit international privé et droit de la famille", en S. FRANCQ/C. HENRICOT, S/SAROLEA/P. WAUTELET, *Actualités de droit international privé*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2009.

SESTA, M.: "Desarrollo de la personalidad del cónyuge y causas del divorcio: una reflexión *iuscomparatista*", F. YÁNEZ VIVERO/A. DONADO VARA/ M. FERNANDA MORETÓN SANZ (coord.) C. LASARTE ÁLVAREZ (dir. congr.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas del Derecho de Familia. Ponencias y Comunicaciones, Madrid 27-29 junio 2005, IDADFE, UNED y EL Derecho Editores, Madrid, 2006.

SILVA, F.: "El exequátur de las decisiones dictadas por los tribunales de Marruecos", *Actualidad civil*, 1998, 4.

STAATH, C.: "La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico", *AEDIPr*, 2010, T. 10.

STANZIONE, P.: "Considérations sur les méthodes du droit comparé: à propos d'un livre récent", *RIDC*, octobre-décembre 1973, n°. 4, vol. 25.

TAHIRI, J.: "El orden público marroquí como limitación a la eficacia de las decisiones judiciales extranjeras de disolución de los matrimonios mixtos", Le mariage dans les relations euro-maghrébines, *Revue Marocaine d'études internationales*, Actes du Colloque international des 13, 14 et 15 mars 2002, numéro especial, octobre 2003.

TAHIRI, J.: "Le critère de la résidence a l'étranger dans le code de la famille", *Revue du droit marocain*, mayo 2007, n°. 11.

TAHIRI, J.: Mouraʿat aliqama bi aljariy ka muhaddid liddabt fi Mudawwanat alusra, Mudawwanat alusra: ʿam mina attatbiq (Alhassila wa alafaq), Trabajos del Seminario nacional en la facultad de derecho de Uxda, los días 17 y 18 de febrero de 2005, *Manchurat majmuʿat al baht fi qanun alusra silsilat annadawat*, n°. 1.

TAMAYO HAYA, S.: "La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del Derecho de familia", en M-P. García Rubio/M del R. Valpuesta Fernández (dirs.), *El Levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

TERRE, F.: "Universalité des droits fondamentaux et diversité", *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone,* Colloque international de l'Ile Maurice, 29 septembre-1er octobre, 1993, Aupelf-Uref, 1994.

THEVENET-MONTFROND, D.: "Refus d'exequatur du divorce sous contrôle judiciaire marocain: une approche incomplète de la Moudawana", *RLDC*, avril 2014, nº. 114.

URUBURU COLSA, J-M/BERRAD, R.: "La aplicación en Marruecos de las sentencias extranjeras sobre derecho de familia", en P. Cano Ávila/J-M Uruburu Colsa (coord.), *La realidad social y jurídica de los inmigrantes árabes en Andalucía*, Mergablum, Sevilla, 2009.

VAN HOECKE, M.: "Deep level comparative Law", *Colloque Epistemology and methodology of Comparative law,* Brussels, october 24-26, 2002.

VAN HOECKE, M/WARRINGTON, M.: "Legal Cultures, Legal Paradigms, Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law", *International Comparative Law Quarterly,* 1998, vol. 47.

VIVAS TESÓN, I.: "La mujer en el Derecho civil del siglo XXI", en F. DE PAULA BLASCO GASCÓ (coord.)/M-E CLEMENTE MEORO (coord.)/F-J. ORDUNA MORENO (coord.) [y al],*Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Pinades*, T. 2, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

WENDEL HOLMES Jr., O.:"The path of law", 1897, 10-8, *Harv Law Rev* 457.

YOUSSEF, B.: "Islam et sécularité: réformismes et enjeux géopolitique", *Les cahiers bleus- Le Cercle d'Analyse Politique,* 2012, n°. 17.

ZABALA ESCUDERO, E.: "Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al Islam", en A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam, Cuadernos de Derecho judicial*, 8-2002, Madrid, CGPJ, 2002.

ZABALO ESCUDERO, E.: "Efectos del matrimonio y sociedad multicultural", en A-L. CALVO CARAVACA/A. IRIARTE (coord.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000.

ZAHER, K.: "Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains: à propos de l'arrêt de la première chambre civile du 4 novembre 2009", *RCDIP*, avril-juin, 2010, 99, (2).

ZAHER, K.: "Quel accueil en France pour les divorces prononces au Maghreb?", *Mayallat Rihab al haquim*, avril 2010, nº. 5.

ZEIDGUY, R.: "Analyse de la jurisprudence", en M. BENRADI/H. ALAMI M'CHICHI/A. OUNNIR [y al], *Le Code de la famille: perceptions et pratiques judiciaires*, Friedrich Ebert Sfiftung, 2007.

ZERROUQI, M.: "Attalaq bi al ittifaq al mubram dajila Italia wa huyiatuh amam qadi alusra almagribi, *Mayallat Magrib al qanun*, 21 de abril 2019, consultado en maroclaw.com

ZOUGARI, A.: Almujtar min ahkam alqada' fi azzawayy wa attalaq bayna sanatay 2005-2009, en ZOUGARI, A. (coord.), *almaymu'a almunira lilqanun wa alqada' fi almagreb*, Maktabat Dar assalam, Rabat, 2009.

Zouir, **A.:** "*Tadiel alahkam alaynabiya assadira bi inha' al'alaqa azzawjiya bi assiga attanfidia*", *Mayallat Qada' alusra*, febrero 2009, n°. 4-5, Manchurat yam'iyat nachr alma'luma alqanunia wa alqada'ia, Ministerio de Justicia.

Zweigert, **K.:** "Des solutions identiques par des voies différentes: quelques observations en matière de droit comparé", *RIDC*, janvier-mars 1966, n°. 1, vol. 18.