

Pour débat à la Commission permanente – Voir article 15 du Règlement

Doc 11177
6 février 2007

Respect du principe d'égalité des sexes en droit civil

Rapport
Commission sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes
Rapporteuse : M^{me} Svetlana Smirnova, Russie, Groupe démocrate européen

Résumé

Bien que l'Assemblée se félicite des récents développements intervenus dans plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe, garantissant un meilleur respect du principe d'égalité des sexes en droit civil, elle reste néanmoins préoccupée par le fait que dans certains domaines du droit et certaines juridictions – même en Europe – les femmes continuent d'être victimes de discrimination.

Cette discrimination est particulièrement fréquente en matière de statut personnel des femmes et de droit de la famille, tant dans les relations privées de droit interne que dans les relations privées internationales.

L'Assemblée est convaincue que seul un nouveau protocole à la Convention européenne des Droits de l'Homme, consacrant l'égalité entre femme et homme comme l'un des droits de l'homme, peut garantir l'élimination définitive des discriminations qui subsistent à l'égard des femmes dans le droit civil, tant dans la législation nationale des Etats membres du Conseil de l'Europe que dans le droit privé international.

Elle recommande donc au Comité des Ministres d'élaborer un nouveau protocole à la Convention européenne des Droits de l'Homme inscrivant l'égalité entre femme et homme comme un droit fondamental primant sur toute disposition issue ou applicable en vertu d'un accord ou d'une convention de droit privé international. Entre-temps, elle invite les Etats membres, à garantir l'égalité des sexes dans tous les domaines du droit civil.

A. Projet de recommandation

1. L'Assemblée se félicite des récents développements intervenus dans plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe, garantissant un meilleur respect du principe d'égalité des sexes en droit civil. Elle reste néanmoins préoccupée par le fait que dans certains domaines du droit et certaines juridictions – même en Europe – les femmes continuent d'être victimes de discrimination.
2. Deux études portant sur les systèmes juridiques européens, commanditées par la Commission sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes de l'Assemblée, ont montré que cette discrimination était particulièrement fréquente en matière de statut personnel des femmes et de droit de la famille, tant dans la législation nationale qu'internationale. En pratique, dans certains cas, les hommes aussi peuvent subir des discriminations, en particulier concernant l'exercice des droits parentaux.
3. S'agissant des discriminations au détriment des femmes dans les relations privées de droit interne, il convient de noter une certaine inégalité au sein du couple (inégalité dans le mariage et face au divorce), ainsi que des discriminations envers les mères de famille concernant l'établissement et les conséquences juridiques du lien de filiation (notamment la transmission du nom de famille de la mère à ses enfants). S'agissant du principe d'égalité des sexes dans les relations privées internationales, les règles de droit international privé prévoyant le rattachement à la législation nationale de l'époux ou du père sont particulièrement inquiétantes, de même que l'inégalité résultant de l'application de règles discriminatoires du droit étranger.
4. L'Assemblée rappelle ses Recommandations 1271 (1995) et 1362 (1998) relatives aux discriminations entre les femmes et les hommes pour le choix du nom de famille et la transmission du nom des parents aux enfants. Si dans l'intervalle la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe ont légalisé la conservation par la femme mariée de son nom de jeune fille, rares sont ceux qui autorisent la transmission du nom de famille de la mère à ses enfants. L'obligation faite à une femme de porter le nom de son époux peut être perçue comme une forme de « dépersonnalisation ». Elle la réduit en effet au rang de « partie » de la famille du mari et porte atteinte à son droit à la vie privée en révélant son statut marital, voire, parfois, ses déboires conjugaux, à des personnes totalement étrangères. De même, l'interdiction faite aux femmes dans de nombreuses juridictions de transmettre leur nom de famille – et de ce fait, une partie de leur identité – à leurs enfants peut s'apparenter à une forme de discrimination contre les femmes. Il est plus que temps que l'ensemble des Etats membres du Conseil de l'Europe modifient sans tarder leur législation sur ces points, conformément aux recommandations de l'Assemblée.
5. Les discriminations envers les femmes apparaissent également dans le domaine des relations privées internationales. Ainsi en est-il lorsqu'une règle de conflit prévoit un rattachement à la loi nationale ou au domicile du mari ou du père. Il en va de même lorsqu'une règle de conflit désigne une disposition étrangère discriminatoire. L'exemple typique est celui des législations s'inspirant des principes classiques du droit musulman qui confèrent à la femme un statut fondamentalement inégalitaire. Confrontés à de semblables dispositions, les juridictions des Etats européens ont en général recours à l'exception d'ordre public international qui leur permet d'exclure l'application d'une règle de droit étrangère incompatible avec le principe d'égalité.
6. Mais les difficultés liées à l'accueil de ces lois étrangères sont accrues lorsque leur désignation résulte de conventions internationales auxquelles les Etats membres du Conseil de l'Europe sont parties, car la Convention européenne des Droits de l'homme ne bénéficie pas automatiquement de la primauté sur tout autre instrument international ou disposition étrangère désignée par une convention internationale.
7. L'Assemblée est convaincue que seul un nouveau protocole à la Convention européenne des Droits de l'Homme, consacrant l'égalité entre femme et homme comme l'un des droits de l'homme, peut garantir l'élimination définitive des discriminations qui subsistent à l'égard des femmes dans le droit civil, tant dans la législation nationale des Etats membres du Conseil de l'Europe que dans le droit privé international.
8. Cette solution – allant au-delà des règles existantes de non-discrimination inscrites dans l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et le Protocole n° 12 à la Convention – présenterait l'avantage d'assurer la sécurité juridique en inscrivant expressément la primauté du principe d'égalité entre femme et homme sur toute disposition issue ou applicable en vertu d'un accord international ou d'une convention. Cette primauté resterait toutefois soumise à la nécessité d'une appréciation concrète de l'égalité dans l'affaire concernée.

9. De ce fait, l'Assemblée parlementaire recommande au Comité des Ministres :

9.1. d'élaborer un nouveau protocole à la Convention européenne des Droits de l'Homme inscrivant l'égalité entre femme et homme comme un droit fondamental primant sur toute disposition issue ou applicable en vertu d'un accord ou d'une convention de droit privé international ;

9.2. d'inviter les États membres, dans l'intervalle, à garantir l'égalité des sexes en droit civil, en :

9.2.1. révisant et, au besoin, modifiant leur propre législation nationale, notamment le droit de la famille (y compris le statut personnel des femmes, la législation sur le mariage et le divorce, ainsi que les règles régissant la transmission du nom de famille de la mère à ses enfants),

9.2.2. révisant et, au besoin, renégociant ou rejetant toute disposition des traités bilatéraux ou multilatéraux susceptibles de mener à l'acceptation ou à l'application de règles discriminatoires du droit étranger.

B. Exposé des motifs par la Rapporteuse, Mme Smirnova

I. La préparation du rapport

1. A la demande de la rapporteuse, deux expertes ont été successivement désignées par la Commission sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes (la Commission) dans le cadre de l'élaboration de ce rapport. Les expertes ont déposé les résultats de leur recherche. Il s'agit du document d'expert révisé préparé par Mme Stéphanie Billaud (France)¹ ainsi que de la note d'expert préparée par Mme Svetlana Polenina (Russie)², sur la base d'un questionnaire envoyé à toutes les délégations nationales auprès de l'Assemblée³. Les documents d'experts sont disponibles au secrétariat de la Commission.

2. Après que leur rapport a été déposé, ces expertes ont été successivement auditionnées par la Commission le 9 mars 2006 et le 15 janvier 2007.

3. La rapporteuse se dit entièrement satisfaite de ces rapports et, s'y référant expressément, fait siennes la plupart des analyses et propositions qui y sont contenues. S'agissant d'un sujet dont la problématique relève singulièrement de la technique juridique, la rapporteuse souligne la pertinence des explications présentées par les expertes et prévient du caractère technique de l'exposé des motifs qui suit.

4. En outre, la Commission a organisé un séminaire parlementaire « sur le respect du principe d'égalité entre les femmes et les hommes dans la loi civile, y compris dans les codes de la famille », en partenariat avec le Centre Nord-Sud du Conseil de l'Europe, le 20 octobre 2006. Ont été invités à y participer des parlementaires d'Algérie, du Maroc et de la Tunisie ainsi que les membres de la Commission. Ce séminaire fut fort intéressant, notamment en ce qu'il permit des échanges sur les avancées législatives dans les pays d'Europe et les pays du Maghreb ainsi que sur les lacunes subsistantes en matière d'égalité entre les sexes dans les législations.

II. Les principales sources d'inégalité dans la loi civile au détriment des femmes

5. Si Mme Polenina a pu relever certaines inégalités résiduelles au détriment de l'homme, tel que l'octroi de la garde des enfants en cas de séparation des parents le plus souvent à la mère, la rapporteuse constate que les législations civiles contiennent principalement des inégalités de droit au détriment des femmes. Elle propose d'examiner les causes et l'existence de ces inégalités tant dans les législations européennes qu'au niveau des législations étrangères qui peuvent s'appliquer à des ressortissants européens par le biais du droit international privé. Vu le champ très large des inégalités relevées par les deux expertes, la rapporteuse s'en tiendra à mettre l'accent sur les inégalités les plus souvent mentionnées.

i. L'inégalité résultant des législations internes des Etats membres du Conseil de l'Europe

6. La rapporteuse constate qu'il ressort des documents d'experts de Mesdames Billaud et Polenina qu'il subsiste dans les législations civiles des Etats membres du Conseil de l'Europe des règles discriminatoires en matière de statut personnel. Elle insiste sur la nécessité de les éliminer.

7. Différentes institutions sont marquées par des règles discriminatoires. Elle touchent tant les relations de couple que la filiation vis-à-vis de la mère.

a. Les inégalités devant le mariage

8. Les expertes constatent des inégalités quant à l'âge minimal pour contracter mariage. Sur ce point, la rapporteuse renvoie à la Résolution 1468 (2005) de l'Assemblée sur les *mariages forcés et les mariages d'enfants* dans laquelle elle demande aux parlements nationaux des Etats membres du Conseil de l'Europe « à fixer ou à relever l'âge minimal légal du mariage pour les femmes et les hommes à 18 ans ».

9. En outre, la femme se voit parfois également imposer des règles discriminatoires en matière d'effets du mariage.

¹ Voir document AS/Ega (2006) 1 rev.

² Voir document AS/Ega (2007) 2.

³ Voir document AS/Ega (2006) 24 rev.

10. S'agissant des effets personnels, il arrive que la femme porte encore fréquemment le nom de son mari. Certains droits prévoient pour la femme le port unique du nom de son mari, en application d'un simple usage, ou d'un texte, de façon automatique ou à défaut de volonté contraire des époux. D'autres législations autorisent la femme à conserver l'usage de son nom, mais assortissent cette possibilité de l'obligation d'y associer le nom du mari. Si d'autres enfin accordent à l'épouse la liberté de choisir le nom qu'elle portera durant l'union, il n'en demeure pas moins que son mari n'a pas, lui, à s'interroger sur la modification éventuelle de son nom du seul fait du mariage.

11. Le port du nom du mari par l'épouse a un avantage pratique évident, celui de permettre à la mère de porter le même nom que ses enfants. Mais la rapporteuse considère que c'est au prix d'une véritable dépersonnalisation de l'épouse qui devient avant tout une partie de la famille du mari. Ce port du nom du mari s'avère en outre très préjudiciable en cas de divorce, si la femme doit changer de nom. Ce changement de nom révèle les déboires conjugaux de la femme à des relations professionnelles ou à des tiers quelconques, quand cette atteinte à la vie privée n'existe pas pour les hommes qui peuvent divorcer et se remarier sans que leurs relations en soient averties. De plus, la rapporteuse estime que la solution consistant à conserver l'usage du nom du mari, systématiquement ou en vertu du choix de l'épouse qui peut être tenue d'en faire la demande, n'emporte guère la conviction puisqu'elle impose à la femme de vivre sous l'identité de quelqu'un qui ne lui est plus rien.

12. S'agissant des effets patrimoniaux du mariage, certains Etats connaissent des règles d'organisation des biens des époux discriminatoires. La rapporteuse se réfère sur ce point aux exemples donnés par Mme Billaud : l'Autriche connaît le régime conventionnel de la dot, constituée de biens que la femme ou un tiers remet ou garantit au mari afin de faciliter les dépenses liées à la société conjugale. Or, le mari a la jouissance des fruits de la dot et de ce dont elle s'accroît. Au Royaume-Uni, le Married Women's Property Act de 1964 prévoit que lorsque le mari verse de l'argent à son épouse pour les dépenses du ménage, l'argent restant ou les biens acquis avec sont réputés appartenir aux époux à égalité. Or, cette règle ne s'applique pas lorsque c'est la femme qui verse de l'argent à son mari, de sorte que l'on peut en conclure que dans cette hypothèse, le mari en gardera la propriété. Enfin, en matière d'obligation alimentaire, le droit monégasque prévoit que les gendres et belles-filles doivent des aliments à leurs beau-père et belle-mère dans le besoin mais que cette obligation cesse lorsque la belle-mère s'est remariée.

b. L'inégalité face au divorce

13. La rapporteuse note que certains Etats connaissent, à propos des causes de divorce, un traitement différencié de la femme et de l'homme face au divorce, les deux époux ne pouvant agir dans les mêmes conditions. Ce déséquilibre est d'ailleurs révélateur, non seulement d'un déséquilibre dans les droits des époux à l'égard du divorce, mais également d'une distorsion au détriment de l'épouse dans les droits et obligations découlant du mariage.

14. Par exemple, à Chypre, les causes de divorce sont distinctes selon que le mari ou son épouse demandent le divorce. Ainsi le lien matrimonial sera-t-il considéré comme rompu lorsque la femme passe une nuit dans une maison qui n'est pas celle d'un parent sans donner de raison à son mari alors qu'existent par ailleurs des soupçons rompant la confiance au sein du couple.

15. Dans le domaine des effets patrimoniaux du divorce également, il arrive encore que la femme subisse un traitement inégalitaire. L'on retiendra ici l'exemple britannique de la règle du « *one third ratio* », c'est-à-dire le paiement par le mari à son épouse d'un montant équivalent au tiers des avoirs totaux des époux. L'épouse aura même droit à moins du tiers si le patrimoine du mari est élevé, si elle s'est comportée de façon choquante et si les biens disponibles du mari sont limités.

c. Les règles discriminatoires quant à l'établissement et aux effets de la filiation vis-à-vis de la mère de l'enfant

16. La rapporteuse note par exemple que dans certains Etats, la mère ne peut contester la paternité légitime de son mari, l'action en désaveu de paternité n'appartenant qu'à l'époux de la mère. La conséquence de l'impossibilité pour la mère d'agir en désaveu est bien souvent l'irrecevabilité de toute action en recherche de paternité naturelle, aux fins de faire établir que l'enfant est né d'un autre homme. S'agissant des effets de la filiation, la rapporteuse regrette qu'il subsiste des règles discriminatoires. Bien souvent la mère ne peut pas transmettre son nom à ses enfants.

17. Les enfants légitimes portent en effet fréquemment le nom de leur père, soit sans dérogation possible comme au Luxembourg, en Lituanie, aux Pays-Bas ou en Belgique, ou alors à défaut de décision contraire des époux en Pologne, en Autriche, en Italie, en Hongrie ou en Suisse.

18. C'est le cas également de certains enfants naturels, sans exception au Luxembourg ou en Autriche, ou lorsque la filiation est établie simultanément à l'égard du père et de la mère à Monaco, aux Pays-Bas ou en Italie, ou encore parfois à défaut de convention contraire des parents comme en Pologne.

19. La règle espagnole quant à elle, si elle impose le port des noms des deux parents à l'enfant, n'en assure pas moins la prévalence au père puisque le nom de ce dernier doit toujours apparaître en premier.

20. La rapporteuse suggère alors, pour que soit respecté le principe d'égalité entre les sexes en matière de nom, d'attribuer aux parents la faculté de choisir le nom de famille que portera leur enfant, et que ce nom puisse être celui de l'un ou de l'autre, ou composé des deux. Elle rappelle les Recommandations de l'Assemblée 1271 (1995) et 1362 (1998) relatives aux *discriminations entre les hommes et les femmes pour le choix du nom de famille et la transmission du nom des parents aux enfants* et, dix ans après leur adoption, demande fermement aux Etats de les appliquer.

21. Dès lors, soulignant que l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme n'a pas d'existence indépendante et que l'article 5 de son Protocole n°7 ne résout que partiellement la difficulté puisqu'il ne garantit l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil qu'entre époux et à l'égard de leurs enfants, la rapporteuse estime utile de prévoir le principe positif d'égalité entre les femmes et les hommes grâce à une disposition d'un Protocole additionnel à ladite Convention (voir explications ci-après paragraphes 42 à 48).

ii. L'inégalité résultant de l'application d'une loi étrangère discriminatoire dans le cadre des relations privées internationales

22. Sur ce point, la rapporteuse estime que la deuxième partie du document d'expert de Mme Billaud sur l'application des règles de droit international privé est convaincante et s'y rapporte pour de plus amples détails, en particulier s'agissant de l'application des Codes de la famille. Deux situations peuvent se présenter. Une première situation dans laquelle interviendront éventuellement les règles des Codes de la famille où des législations étrangères sont reconnues compétentes pour gouverner une situation juridique en Europe. Tel est le cas, par exemple lorsqu'un juge européen doit se prononcer sur la validité d'un mariage polygamique. La seconde situation est celle où une décision de justice a été rendue à l'étranger et qu'il s'agit de lui faire produire des effets en Europe. Cette hypothèse se rencontre, par exemple, lorsqu'un juge étranger prononce la dissolution d'une union matrimoniale et que se pose la question de savoir si cette décision doit être reconnue, voire exécutée en Europe. Ces deux situations correspondent aux deux aspects du droit international privé que sont d'une part les conflits de lois et d'autre part les conflits de juridictions.

23. Or, les règles de conflit de lois peuvent désigner les Codes de la famille comme compétents, et donc, éventuellement, des règles de droit discriminatoires au détriment des femmes. Les règles de conflit de juridictions peuvent conduire à reconnaître les effets, en Europe, de décisions étrangères rendues en application des Codes de la famille, en particulier de dispositions consacrant une inégalité entre les sexes.

24. La rapporteuse précise que les principes de droit international privé français auxquels se réfère l'experte peuvent s'appliquer dans les divers ordres juridiques des Etats européens puisqu'ils partagent les mêmes méthodes de droit international privé que sont les règles de conflits de lois et de juridictions.

a. Les règles de conflits de lois régissant l'application des codes de la famille

25. La règle de conflit de lois permet de désigner la législation nationale qui sera apte à répondre à la question posée.

26. C'est à partir d'un critère de rattachement que la règle de conflit désigne le droit applicable. Ce critère peut être par exemple la nationalité, le lieu de résidence ou de domicile ou le lieu de situation d'un bien. Dans certains cas aussi, il est possible aux intéressés de choisir la loi applicable à leur situation juridique.

27. En Europe, deux critères sont, par préférence, utilisés pour désigner le droit applicable aux relations de famille : la nationalité et la résidence ou le domicile. Ainsi par exemple, le droit international

privé français fait régir, de manière prioritaire, les relations familiales par la loi nationale des intéressés. Au Royaume-Uni, ces relations sont plutôt régies par la loi du domicile.

28. En France, par exemple, les conditions de fond du mariage, comme l'âge requis pour se marier, sont gouvernées par la loi nationale des futurs époux. Les effets du mariage sont également soumis en France à la loi nationale des époux, plus exactement à la loi nationale commune des époux. Mais ce rattachement se double d'un autre, puisque à défaut de nationalité commune, les effets du mariage sont soumis à la loi du domicile commun des époux.

29. Une nuance doit être rappelée, enfin, dans la mesure où certaines règles de droit interne dites lois de police ou lois d'application immédiate sont applicables directement sans désignation d'une règle de conflit. Par exemple, en droit français, les articles 212 et suivants du Code civil sont des lois de police et s'appliquent à tous les gens mariés quelle que soit leur nationalité. Ces articles prévoient notamment un droit égal de chaque époux sur le logement familial, une contribution égale aux charges du mariage, un droit pour chaque époux à l'autonomie bancaire ou la direction morale et matérielle de la famille par les deux époux. Dès lors, ces dispositions feront échec à des textes prévoyant par exemple que la puissance maritale est détenue par le mari.

30. Si les relations familiales sont susceptibles d'être régies par des règles de droit étrangères, survient inévitablement la difficulté d'admettre le jeu d'une règle de droit discriminatoire au détriment de la femme. L'institution de la polygamie posera alors problème. L'on notera également la pratique administrative relative au regroupement familial excluant les épouses polygamiques de ce regroupement. Le mécanisme utilisé alors pour faire échec à certaines dispositions étrangères jugées discriminatoires est l'exception d'ordre public international. L'exception d'ordre public international est un procédé d'éviction d'une loi étrangère reconnue compétente par la règle de conflit applicable, en raison de son contenu fondamentalement contraire aux valeurs en vigueur dans l'ordre juridique de l'Etat requis : si la loi étrangère désignée par la règle de conflit consacre une solution choquante au regard de l'Etat où elle devrait s'appliquer, le juge doit refuser de l'appliquer. L'un des intérêts du mécanisme de l'exception d'ordre public international est en premier lieu sa souplesse. Par exemple, le problème posé par la polygamie est de savoir quel sera le sort, en Europe, des épouses d'un polygame, lorsque les mariages ont été célébrés régulièrement à l'étranger.

31. La rapporteuse ajoute deux remarques tenant compte de la réalité des situations.

32. Tout d'abord, s'il est incontestable que la polygamie est discriminatoire, lui refuser tout effet en Europe crée des situations « boiteuses » : valables au-delà de l'Europe, mais inexistantes en Europe. Par exemple, en cas de mariage polygamique, la seconde union sera valable, et les intéressés bel et bien mariés au-delà de l'Europe ; au contraire, ils ne seront que des concubins dès les frontières européennes franchies. A cela peut s'ajouter la création d'une nouvelle inégalité, entre un époux demeuré hors d'Europe, et dont l'union sera valable, et l'autre dont le mariage n'est pas reconnu.

33. Ce constat se double de celui que ces situations ont parfois déjà déployé leurs effets à l'étranger, et que leur refuser toute validité en Europe porte atteinte aux prévisions des intéressés et à la sécurité juridique, autre grand impératif du droit international privé. Le principe de sécurité juridique exige que la situation juridique des particuliers ne soit pas –dans la mesure du possible– remise en cause du seul fait d'un passage de frontière. Cette exigence est particulièrement forte dans les relations familiales.

34. L'on rappellera que certaines législations étrangères ne connaissent pas la filiation naturelle. En conséquence, remettre en cause la validité d'un mariage implique la remise en cause d'un lien de filiation.

35. Ensuite, la rapporteuse souligne que l'hostilité manifestée à l'égard de la polygamie n'a de sens qu'en ce qu'elle a pour finalité de protéger les femmes et leurs intérêts concrets.

36. A ce titre, la première épouse comme les épouses subséquentes ont un intérêt légitime égal à une certaine protection juridique.

37. Or, ce souci de protection ne va pas forcément de pair avec une condamnation sans réserve et au nom d'une égalité entendue de façon purement abstraite d'une institution inégalitaire. Refuser de reconnaître une union polygamique, c'est en effet refuser à l'épouse concernée la protection des règles relatives au mariage, telles qu'un droit égal à celui de son conjoint sur le domicile familial ou un droit de secours.

38. Il est donc opportun de faire produire certains effets aux unions polygamiques dans les Etats européens. La méthode généralement suivie est celle de l'effet atténué de l'ordre public international, qui ne s'oppose pas à ce que l'on respecte les droits acquis à l'étranger sans fraude et en application d'une loi étrangère même contraire à des valeurs fondamentales dans l'Etat d'accueil.

39. Ainsi une institution étrangère sera plus ou moins tolérée selon que la situation juridique considérée entretiendra des liens, forts ou ténus, avec l'ordre juridique du juge requis.

40. L'atténuation des effets de l'ordre public international ne résout pas pour autant toutes les difficultés : l'avantage de la malléabilité de l'exception d'ordre public emporte en effet un inconvénient majeur : celui d'une égalité à géométrie variable, qui diffèrera selon l'Etat européen dans lequel la situation est appréhendée, puisque chaque pays a sa propre conception de l'ordre public international et selon les liens de la situation avec le pays du juge saisi, et non un autre Etat européen.

41. Or cette conception variable de l'égalité réintroduit des discriminations.

42. Pour pallier ces problèmes, la rapporteuse propose une définition européenne de l'égalité des sexes, intégrée à l'ordre public, qui n'interviendrait pas uniquement en fonction des liens de la situation avec l'Etat du juge saisi, mais avec l'espace européen.

43. En effet, en l'état actuel des textes, le droit à l'égalité entre femme et homme n'est pas totalement consacré au sein du Conseil de l'Europe. L'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme prohibe certes déjà les discriminations à raison du sexe ; mais il n'est pas autonome par rapport aux autres articles de la Convention, de sorte qu'une discrimination ne peut être condamnée que si elle porte atteinte à un autre droit ou à une autre liberté garantis par la Convention.

44. Or, cette absence d'autonomie est génératrice d'incertitudes aussi bien que de lacunes dans la protection contre les discriminations.

45. Ainsi en effet est-il permis d'hésiter lorsqu'une règle relative à la capacité successorale prévoit des droits réduits au détriment des filles : s'agit-il d'une question se rattachant au droit de propriété ou au droit au respect de la vie privée et familiale ?

46. En matière de nom, si l'impossibilité pour une femme mariée de conserver son nom de jeune fille a été condamnée en application de l'article 8 de la Convention, il n'est pas certain que le droit pour une femme de transmettre son nom à ses enfants soit protégé.

47. L'article 5 du Protocole additionnel n°7 à la Convention ne résout que partiellement la difficulté puisque, garantissant l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil des époux entre eux et à l'égard de leurs enfants, il ne concerne que les couples mariés.

48. En conséquence, la rapporteuse insiste sur l'opportunité d'imposer le principe d'égalité entre les femmes et les hommes comme un droit fondamental de la personne, autonome par rapport aux autres droits et libertés que garantit la Convention, qui interviendrait, par le biais de l'exception d'ordre public international, dès lors que serait caractérisé un lien de la situation avec l'espace européen.

b. Les règles de conflit de juridictions régissant l'intervention des codes de la famille

49. La question des effets à reconnaître aux jugements étrangers fait intervenir deux séries de considérations qui doivent être conciliées. Il est nécessaire de reconnaître les décisions étrangères tout en contrôlant leurs effets. Il n'est donc pas question de rouvrir le procès, mais simplement de vérifier que la décision a été rendue dans des conditions acceptables, et qu'elle consacre une solution acceptable, bien qu'éventuellement différente de celle qu'aurait rendue un juge européen saisi directement du litige. Le juge saisi en Europe vérifiera que la décision étrangère a été rendue par une juridiction compétente, que la procédure suivie a été régulière, quelle loi a été appliquée, l'absence de fraude et la conformité à l'ordre public international.

50. La rapporteuse cite ici l'exemple de la répudiation, institution qui heurte de front le principe d'égalité entre la femme et l'homme, essentiellement en ce qu'elle est un mode de dissolution du mariage laissé à la seule discrétion du mari. Le problème de la répudiation se pose lorsqu'il s'agit de savoir si une telle décision prononcée hors d'un Etat membre du Conseil de l'Europe peut y être reconnue. Ce problème a été résolu en France par une condamnation sans réserve au nom de l'ordre public international dans 5 arrêts rendus par la Cour de cassation le 17 février 2004 fondés sur l'article 5 du

protocole additionnel n°7 à la Convention européenne des Droits de l'Homme, intégré à l'ordre public international. Une répudiation prononcée à l'étranger est donc privée de tout effet en France.

51. La rapporteuse remarque que l'intervention de l'ordre public international en matière d'effets des jugements étrangers pose cependant exactement les mêmes difficultés qu'à propos des conflits de lois. En outre, elle observe qu'une lecture trop rigide du droit fondamental à l'égalité, alors même que le lien conjugal est irrémédiablement rompu, oblige en fait l'épouse « protégée » à intenter une action en divorce ou en contribution aux charges du mariage, en prenant le risque de se voir opposer les conditions d'action en vigueur dans l'Etat du juge saisi, tandis que son époux peut librement refaire sa vie dans un pays où la répudiation est pleinement valable.

52. Or, le souci de préserver l'égalité des époux ne doit pas pénaliser l'épouse résidant dans un Etat membre du Conseil de l'Europe et il semble qu'elle serait parfois mieux protégée si la rupture du lien conjugal était acceptée dans son principe, quitte à ce que soit réservée la possibilité d'agir en vue de l'octroi des effets de la dissolution du mariage conformément à un droit égalitaire.

53. Mais une telle solution n'est pas permise par le droit positif français dans la mesure où la règle en matière d'effets des jugements étrangers est celle du « tout ou rien » : soit la décision est reconnue dans son intégralité, soit elle ne l'est pas du tout. Il est par conséquent impossible de la scinder pour ne lui faire produire que certains de ces effets.

54. Le problème de l'accueil, par les Etats européens, de décisions étrangères mettant éventuellement en œuvre des règles discriminatoires est enfin accru en présence de conventions internationales – bilatérales ou multilatérales – conclues par les Etats membres du Conseil de l'Europe, et dont l'objet est d'assouplir les conditions de reconnaissance des décisions étrangères, voire d'imposer cette reconnaissance. Par exemple l'article 13 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 permet d'imposer l'accueil en France de répudiations prononcées au Maroc, même lorsque les époux sont domiciliés au Maroc. De même, la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, a autorisé, par le passé, la reconnaissance en France de répudiations.

55. Se pose alors le problème du conflit, non plus des lois ou des juridictions, mais des conventions conclues par les Etats membres du Conseil de l'Europe avec la Convention européenne des Droits de l'Homme et ses protocoles. Lequel de ces instruments faire prévaloir ?

56. Un consensus apparaît en faveur de l'affirmation de la primauté de la Convention européenne des Droits de l'Homme sur les conventions bilatérales ou multilatérales conclues par ailleurs par les Etats membres. Mais une telle pétition de principe ne résout qu'en partie la difficulté dans la mesure où cette primauté ne peut être garantie que si elle s'appuie sur un fondement incontesté qui, en l'occurrence, fait défaut. En effet, les directives gouvernant les conflits de conventions ne permettent pas d'assurer la priorité à la Convention européenne des Droits de l'Homme. En conséquence, un Etat ne satisfaisant pas ses engagements bilatéraux risque de voir sa responsabilité engagée au niveau international, alors même qu'il n'a exclu l'application d'un traité que pour se conformer aux prescriptions de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

57. Cependant, certaines conventions internationales contiennent des clauses d'ordre public prévoyant l'éviction de règles de droit particulièrement choquantes.

58. Par exemple, la Convention franco-algérienne du 27 août 1964 comprend une telle clause en son article 1^{er} selon lequel les décisions gracieuses ou contentieuses rendues par les juridictions siégeant en Algérie ont, de plein droit, l'autorité de chose jugée, si elles ne contiennent rien de contraire à l'ordre public.

59. Cette disposition a permis à la Cour de cassation française, dans un arrêt du 10 mai 2006, de faire valoir l'égalité de droit et de responsabilités des époux dans la dissolution du mariage telle qu'elle résulte de l'article 5 du Protocole n°7 à la Convention européenne des Droits de l'Homme.

60. Si de telles clauses étaient insérées de manière systématique, par les Etats européens, dans les accords conclus à l'extérieur du Conseil de l'Europe, elles permettraient de faire prévaloir le principe d'égalité entre les sexes pour les couples mariés, tel qu'il est garanti par la Convention européenne des Droits de l'homme.

61. L'on trouve en outre, au cœur d'instruments bilatéraux récents des clauses dites « de compatibilité », prévoyant la primauté de leurs dispositions sur toutes autres conventions.

62. Or la Convention européenne des Droits de l'Homme ne proclame nullement la supériorité de ses dispositions sur les autres traités, non plus qu'elle ne prévoit explicitement de mode de règlement d'éventuels conflits avec d'autres conventions. Par ailleurs, le Protocole n°12 prévoyant l'interdiction générale de discrimination ne s'applique que pour autant qu'un droit soit reconnu et ensuite que la discrimination soit prouvée. La rapporteuse est donc favorable à l'instauration d'un principe positif d'égalité entre les femmes et les hommes. A cet égard, elle s'en rapporte à l'exemple de la Constitution allemande qui, dès 1949, prévoit en son article 3, outre le principe de non-discrimination en raison du sexe, qu'« hommes et femmes sont égaux en droit. L'Etat promeut la réalisation effective de l'égalité en droits des femmes et des hommes et agit en vue de l'élimination des désavantages existants ». Elle rappelle en outre l'avis n°216 (2000) sur le projet de Protocole n°12 à la Convention européenne des Droits de l'Homme dans lequel l'Assemblée demandait d'inclure le principe de l'égalité des droits de la femme et de l'homme comme un droit fondamental de la personne humaine. Elle déplore que cet avis n'ait pas été suivi d'effet et réitère avec vigueur cette demande qui s'avère toujours aussi pertinente.

63. En conclusion, la rapporteuse propose de prévoir expressément la primauté du principe d'égalité entre femme et homme sur toute disposition issue ou applicable en vertu d'un accord ou d'une convention de droit privé international, avec toutefois cette réserve de la nécessité d'une appréciation concrète de l'égalité, dans le cadre d'un nouveau protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme. Elle propose de soumettre au vote de l'Assemblée, le projet de recommandation joint ci-devant.

* * *

Commission chargée du rapport: Commission sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes

Renvoi en commission : Doc N°10344, renvoi N°3026 du 23 novembre 2004 , prolongation jusqu'au 26 janvier 2007

Projet de recommandation adopté par la commission le 25 janvier 2007 par 5 votes pour, 1 contre et 4 abstentions

Membres de la commission: Mme Gülsün **Bilgehan** (Présidente), Mme Anna **Čurdová** (1^{ère} Vice-Présidente), Mme Svetlana **Smirnova** (2^{ème} Vice-Présidente), M. José **Mendes Bota** (3^{ème} Vice-Président), Mme Elmira Akhundova, Mme Željka Antunović, Mme Aneliya Atanassova, M. John Austin, M. Denis Badré, Mme Marieluise Beck, Mme Oksana Bilozir (suppléante : Mme Olha **Herasym'yuk**) , Mme Raisa Bohatyryova (suppléant : M. Ivan **Popescu**), Mme Olena **Bondarenko**, Mme Mimount Bousakla, M. Paul Bradford, Ms Sanja Čeković, Mme Ingrida **Circene**, M. James Clappison, Mme Minodora Cliveti, M. Cosidó Gutiérrez, Mme Diana Çuli, Mr Ivica Dačić, M. Marcello Dell'utri, M. José Luiz Del Roio, Mme Lydie Err, Mme Catherine **Fautrier**, Mme Maria Emelina Fernández Soriano, Mme Sonia Fertuzinhos, Mme Margrét Frímannsdóttir, M. Piotr Gadzinowski, M. Pierre Goldberg, Mme Claude Greff, M. Attila Gruber, Mme Carina **Hägg**, M. Poul Henrik Hedeboe, M. Ilie **Ilașcu**, Mme Halide Incekara, Mme Eleonora Katseli, M. Marek Kawa, Mme Angela Leahu, Mme Minna Lintonen (suppléante : Mme Kaarina **Dromberg**), M. Dariusz Lipinski, Mme Assunta Meloni, Mme Danguté Mikutienė, Mme Ilinka Mitreva, M. Burkhardt Müller-Sönksen, Mme Christine Muttonen, Mme Hermine Naghdalyan, M. Kent **Olsson**, Mme Vera **Oskina**, M. Ibrahim Özal, Mme Elsa Papadimitriou, M. Jaroslav **Paška**, Mme Fatma Pehlivan, Mme Maria Agostina Pellegatta, Mme Antigoni Pericleous-Papadopoulos, M. Leo Platvoet, Mme Majda Potrata, M. Jeffrey Pullicino Orlando, Mme Marlene Rupprecht, Mme Klára Sándor, M. Giannicola Sinisi, Mme Rodica-Mihaela **Stănoiu**, Mme Darinka Stantcheva, Mme Ruth-Gaby **Vermot-Mangold**, Mme Betty Williams, Mme Jenny Willott, M. Gert Winkelmeier, Mme Karin S. **Woldseth**, Mme Gisela **Wurm**, Mme Rosmarie **Zapfl-Helbling**.

N.B. Les noms des membres qui ont pris part à la réunion sont imprimés en gras

Secrétariat de la commission: Mme Kleinsorge, Mme Affholder, Mme Devaux