

Lettre de la présidente sur les conséquences du droit international privé sur l'égalité femmes hommes

1. Dans le cadre de l'élaboration du projet de loi-cadre sur les droits des femmes présenté le 3 juillet 2013 en Conseil des ministres, la ministre déléguée au droit des femmes a demandé à la CNCDH de « *faire une évaluation approfondie des conséquences de l'application du droit international privé sur le droit des femmes et de lui proposer les évolutions juridiques qui lui paraissent nécessaires* ». La feuille de route indique quatre questions plus cruciales que d'autres: les répudiations, les mariages non consentis, les mariages polygamiques et les successions inégalitaires.

Bilan de jurisprudence : un ordre public protecteur de l'égalité entre les hommes et les femmes

2. **Mariage non consenti** - En matière de mariage, la loi applicable aux conditions de forme est la loi du lieu de célébration du mariage; en revanche, en ce qui concerne les conditions de fond du mariage, et au premier chef l'âge ou le consentement des futurs époux, c'est la loi nationale dite personnelle de chacun d'eux qui s'applique¹. Ainsi, s'agissant des mariages précoces, le juge français a pu considérer qu'était contraire à l'ordre public une loi étrangère autorisant le mariage avec une mineure de moins de 16 ans. Ou encore, s'agissant des mariages par tuteur matrimonial interposé², le juge national a pu annuler les mariages dans lesquels le consentement du tuteur ou d'un mandataire se substituait à celui des épouses³.
3. **Polygamie** - Légale dans un certain nombre de pays, la polygamie est proscrite en France. Le code pénal français érige en délit puni d'un an d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende le fait de contracter mariage avant la dissolution du précédent et l'officier d'état civil encourt les mêmes peines que le bigame ou le polygame. De même, depuis une loi de 1993, cette situation fait obstacle à l'obtention d'un titre de séjour par les étrangers. L'ordre public fait également obstacle à la reconnaissance de ce type d'union sur le territoire français.
4. Cependant, une prohibition complète et absolue des effets de ces unions, au nom du respect de l'ordre public, pourrait avoir des effets pervers pour les droits des femmes. C'est pourquoi, au nom de l'ordre public atténué, la jurisprudence admet que, à certaines conditions⁴, ces unions puissent produire certains effets: par exemple, si la première épouse est française, le deuxième mariage ne produira aucun effet, alors que, si la première épouse est étrangère, les mariages ultérieurs ne privent pas de tout droit la ou les nouvelles épouses. Elles peuvent ainsi solliciter

¹ Article 3 alinéa 3 du code civil: « *Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger* »

² Cette situation ne doit pas être confondue avec celle du mariage par procuration, ouvert par certaines législations aux deux époux, et qui leur permet de ne pas être présents lors de la célébration de leur mariage et de s'y faire représenter.

³ Depuis la réforme de 2004 du code marocain, la femme décide librement de consentir elle-même ou de déléguer son consentement. Article 24 : « La tutelle matrimoniale est un droit qui appartient à la femme. La femme majeure exerce son droit selon son choix et son intérêt. » Article 25 : « La femme majeure peut contracter elle-même son mariage ou déléguer à cet effet son père ou l'un de ses proches. »

⁴ Les conditions qui doivent être réunies afin de faire produire sur le sol français des effets à un mariage polygamique prononcé à l'étranger sont les suivantes : 1) les époux ne doivent pas avoir la nationalité française ou être binationaux ; 2) la loi personnelle des deux époux doit permettre ce type de mariage ; 3) le mariage polygamique doit avoir été célébré dans le pays d'origine conformément aux lois locales en vigueur.

le versement d'une contribution aux charges du mariage ou une prestation compensatoire en cas de divorce; ou bien, en cas d'accident ou de décès du mari dû à la faute d'un tiers, les coépouses peuvent obtenir des dommages et intérêts en réparation de leurs préjudices; enfin, elles peuvent également prétendre aux droits reconnus au conjoint survivant par la loi successorale et bénéficier de l'assurance maladie et de vieillesse de l'époux en qualité d'ayant-droit de ce dernier.

5. **Répudiation** - Par 5 arrêts du 17 février 2004⁵ consolidant la jurisprudence antérieure, la Cour de cassation a approuvé des cours d'appel d'avoir refusé l'exequatur à des répudiations prononcées par des juridictions étrangères. La Cour de cassation a jugé que ces décisions étaient contraires à l'ordre public international, et en particulier au principe d'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage, garanti par l'article 5 du protocole additionnel n°7 à la Convention européenne des droits de l'homme⁶. Pour ce faire, la Cour de cassation a fait jouer ce qu'on appelle l'ordre public de proximité qui suppose que la situation présente un lien de proximité avec le territoire français (soit que les époux soient domiciliés en France, soit que la femme soit de nationalité française ou que, bien qu'étrangère, elle ait sa résidence en France). On observera que cette jurisprudence a été maintenue postérieurement aux réformes de 2004 survenues au Maroc et en Algérie, ce qui a provoqué des critiques, notamment au Maroc où le terme « répudiation » s'est vu substituer, dans la version française, celui de « divorce judiciaire ».
6. En revanche, au nom de l'ordre public atténué, la jurisprudence admet que certains effets liés à la répudiation soient reconnus au bénéfice de la femme répudiée (par ex. des garanties pécuniaires).
7. **Succession** : En matière de meuble, la loi applicable est celle du lieu du dernier domicile du défunt ; en matière d'immeuble, il s'agit de la loi du lieu de situation de l'immeuble. Celle-ci peut effectivement conduire à des inégalités entre homme et femme concernant l'immeuble (partage, vente, location), mais la plupart du temps, les juridictions saisies sont celles du lieu de l'immeuble. Il est donc difficile de faire autrement.
8. Il faut signaler qu'un règlement européen du 7 juin 2012 relatif aux successions transfrontalières va entrer en vigueur en 2015. En principe, sauf renonciation d'un époux qui opte pour sa loi personnelle, la loi applicable aux successions sera la loi du lieu de la dernière résidence habituelle du *de cuius*⁷. Avec une nouveauté simplificatrice : plus de distinction entre les biens mobiliers ou immobiliers au sens de la succession. Par conséquent, en cas de décès du mari, ce règlement va protéger les femmes qui résident habituellement avec leur conjoint sur le territoire français et ce même si leur loi nationale leur est défavorable en matière de succession. En effet, il convient d'observer qu'à la défaveur actuelle de la situation de la femme lorsque la succession est essentiellement immobilière s'ajoute celle liée au régime matrimonial légal de séparation de biens, qui lui préjudicie lorsqu'elle ne travaille pas ou apporte un simple salaire d'appoint.
9. Néanmoins, il faut avoir présent à l'esprit que, malgré cette réforme, si certains immeubles sont situés en Algérie ou au Maroc et que le juge français applique la loi française en tant que

⁵ Voir les arrêts en [ligne](#)

⁶ Cette jurisprudence estime que cette décision algérienne « constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial était contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu à l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n° 7, Additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international réservé par l'article 1 alinéa d de la Convention franco-algérienne, des lors que, comme en l'espèce, les deux époux étaient domiciliés sur le territoire français ».

⁷ <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2012/03/pe-succession-internationale/index.html>

loi de la résidence habituelle du de cujus, le jugement français connaîtra des difficultés d'exécution dans ces pays.

Une inégalité de fait pour les femmes étrangères résidant en France

10. Pour autant, les différentes auditions ont conduit à un premier constat de fait important: malgré cette jurisprudence protectrice de leurs droits, le droit français ne parvient pas de facto, aujourd'hui, à garantir aux femmes étrangères le droit à l'égalité entre les hommes et les femmes. Tout simplement parce que les femmes, peu au fait de leurs droits, ne saisissent pas les juridictions pour les faire reconnaître. Ce constat renvoie à la question plus générale, récurrente et cruciale de l'accès au droit, préalable à l'accès au juge.
11. Second constat, juridique : il faut se garder d'une approche de l'ordre public international trop "objective" et trop dogmatique qui ne prendrait pas suffisamment en compte l'intérêt effectif des femmes victimes. (cf supra, ce qu'on a dit de la polygamie, situation où il peut être plus protecteur de faire produire certains effets au mariage polygamique dans l'intérêt de la seconde épouse ou des autres épouses).

Recommandations :

- Domaine conventionnel :

Constat Certains époux profitent d'un séjour, même bref, à l'étranger pour demander la répudiation de leur épouse, alors que, dans le même temps, celle-ci demande le divorce en France.

Recommandation 1	Tenter de renégocier les conventions, et notamment la convention franco-algérienne et la convention franco-marocaine relatives à l'exéquat⁸ pour qu'il ne soit plus possible d'aller à l'étranger quelques jours pour demander un divorce, une répudiation ou une annulation de mariage.
Ex de rédaction	<i>La compétence de l'autorité judiciaire de l'Etat dans lequel la décision a été rendue est fondée en cas d'action de divorce ou en annulation de mariage, lorsque le demandeur avait la nationalité de l'Etat où la décision a été rendue et résidait habituellement depuis au moins un an sur le territoire de cet Etat à la date de l'acte introductif d'instance⁹</i>

Constat L'article 13 de la convention franco-marocaine du 10 août 1981 stipule que « *Les actes constatant la dissolution du lien conjugal homologués par un juge au Maroc entre conjoints de nationalité marocaine dans les formes prévues par leur loi nationale produisent effet en France dans les mêmes conditions que les jugements de divorce prononcés à l'étranger* ». Si l'exception d'ordre public permet d'écarter l'application de cet article, il peut néanmoins induire en erreur.

⁸ [Convention entre la République française et le royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire signée à Rabat le 10 août 1981](#) et [Convention entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et la République française relative à l'exequatur et à l'extradition, signée à Paris le 29 Août 1964.](#)

⁹ Voir la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale et à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires du 28 juin 1972

Recommandation 2 Tenter de renégocier la convention franco-marocaine du 10 août 1981 afin de modifier son article 13.

- Domaine législatif :

- Droit international privé

Constat : Le droit international privé est excessivement complexe, et difficilement compréhensible pour les non-spécialistes.

Recommandation 3 Insérer à la fin de l'article 3 du code civil, une reconnaissance de l'ordre public international¹⁰

Ex de rédaction : *"L'application de la loi étrangère doit être écartée si elle est manifestement incompatible avec les principes essentiels du droit français. »*

Constat : Dans certains droits étrangers un simple consentement formel au mariage suffit. Il n'est pas nécessaire de prouver l'intention matrimoniale. En outre, il importe de rappeler que le consentement au mariage ne doit pas avoir été obtenu sous la violence, la contrainte ou l'empire de la crainte révérencielle portée à un membre de la famille.

Recommandation 4 Insérer dans le code civil (par ex. en ajoutant un alinéa 3 à l'actuel article 202-1) une règle matérielle qui exigerait que l'intention matrimoniale soit une condition de validité du mariage.

Ex de rédaction : *Quelle que soit la loi applicable, le mariage requiert le consentement des époux, qui doit être libre et éclairé, ainsi que l'intention matrimoniale.*

Constat : Si la jurisprudence de la Cour de cassation concernant la répudiation est claire depuis les arrêts du 17 février 2004, il pourrait être intéressant de l'inscrire dans le code civil.

Recommandation 5 Insérer une clause d'ordre public prohibant explicitement la répudiation dans le code civil.

Ex de rédaction : Code de droit international privé belge :
*« Un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal ne peut être reconnu en Belgique.
Toutefois, un tel acte peut être reconnu en Belgique après vérification des conditions cumulatives suivantes :
1° l'acte a été homologué par une juridiction de l'Etat où il a été établi;
2° lors de l'homologation, aucun époux n'avait la nationalité d'un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage;*

¹⁰ Pour des exemples de rédaction de telles clauses :

Article 12 du 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 : Article 12 : Ordre public :

« L'application d'une disposition de la loi désignée en vertu du présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for. »

Article 21 du Code droit international privé belge

« L'application d'une disposition du droit étranger par la présente loi est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public. Cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger. Lorsqu'une disposition du droit étranger n'est pas appliqué en raison de cette incompatibilité, une autre disposition pertinente de ce droit ou, au besoin, du droit belge, est appliquée. »

3° lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage;
4° la femme a accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage;
5° aucun motif de refus visé à l'article 25 ne s'oppose à la reconnaissance ».

Constat : L'article 311-14 du code civil dispose que : « *La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant* ». Cette disposition peut s'avérer problématique. En effet, certaines lois étrangères peuvent empêcher l'établissement de la filiation naturelle, et donc des actions en recherche de paternité. Cependant, lorsqu'elles sont saisies, les juridictions françaises écartent cette disposition par le biais de l'exception de l'ordre public. La complexité des procédures peut aboutir à une méconnaissance des droits de l'enfant.

Recommandation 6 Réécriture de l'article 311-14 du code civil comme suit « *l'établissement de la filiation est possible si elle est admise selon la loi personnelle de la mère ou selon la loi personnelle du père ou selon la loi personnelle de l'enfant* ».

- Droit pénal

Recommandation 7 Créer une incrimination qui permette de sanctionner les parents qui résident en France et qui envoient leur fille dans l'Etat d'origine afin qu'elle se marie. [Cette proposition figure d'ores et déjà dans le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France dont l'objet est, entre autres, d'incorporer au droit interne les dispositions de la convention d'Istanbul (Conseil de l'Europe), en cours de ratification]

- Recommandations générales

Constat : Mariages forcés : une étude récente¹¹ a permis de faire une évaluation du nombre de mariages non consentis, c'est-à-dire les « *mariages non souhaités, initiés par le conjoint ou la famille mais acceptés du fait de pressions d'ordre psychologique, social ou physique* » dont seraient victimes les femmes étrangères. Cette étude permet d'arriver à deux constats : d'une part, les personnes d'origines étrangères sont plus exposées aux mariages non consentis que les autres ; d'autre part, les mariages non consentis parmi les personnes d'origine étrangère sont en recul. Les personnes les plus exposées aux mariages forcés sont celles « *originaires des pays où le célibat est réprouvé et la sexualité prémaritale prohibée, comme la Turquie, le Maghreb et l'Afrique sahélienne* ».

Recommandation 8 Mettre en place des actions préventives afin de détecter et rendre nul les mariages forcés. Il conviendrait notamment de sensibiliser, par voie de circulaire les magistrats sur la possibilité d'utiliser le dispositif de

¹¹ [Christelle Hamel, Immigrées et filles d'immigrés : le recul des mariages forcés, juin 2011](#)

l'ordonnance de protection¹² pour empêcher de sortir du territoire une personne qui craindrait d'être mariée de force à l'étranger.

Recommandation 9 S'assurer que les auditions des futurs époux, devant les autorités consulaires, soient séparées lors de leur demande de certificat de capacité à mariage (CCAM). Une révision de l'Instruction générale de l'état civil¹³ sur ce point pourrait être intéressante.

Constat : Si la jurisprudence est globalement satisfaisante, les victimes ne saisissent que rarement les juridictions, soit par méconnaissance de leurs droits, soit par impossibilité pratique de saisir les juridictions.

Recommandation 10 La CNCDH recommande de délivrer de plein droit aux femmes étrangères qui engagent ou participent à une procédure judiciaire en tant que victime de répudiation, de mariage forcé ou d'enlèvement d'enfant un titre de séjour jusqu'à l'aboutissement de la procédure concernée¹⁴.

Recommandation 11 Permettre le retour en France des femmes étrangères qui ont leur résidence habituelle en France et qui ont été victimes de mariage forcé dans leur pays d'origine en délivrant des visas de retour.

Recommandation 12 Renforcer l'accès au droit sur l'ensemble du territoire national. Mettre en place des formations à l'égard des avocats et magistrats afin de mieux faire connaître le droit international privé et l'exception d'ordre public.

Recommandation 13 Lors de la transcription sur les registres d'état civil d'un divorce, accompagner le questionnaire type relatif au consentement au divorce d'une note explicative comprenant des informations sur les conséquences de l'acquiescement au divorce et sur les droits des épouses. La CNCDH recommande également que soit vérifiée la véracité du consentement au divorce en exigeant la comparution personnelle des époux, soit devant un membre du ministère public soit devant l'agent consulaire de leurs résidences respectives.

Constat : Les autorités judiciaires manquent d'outils pour détecter les mariages forcés et les répudiations

Recommandation 14 Réfléchir à la création d'un fichier national afin de centraliser toutes les demandes de mariage suspectes afin d'évincer la pratique des mariages forcés

Recommandation 15 Réfléchir à la mise en place d'un fichier national qui permettrait de centraliser les requêtes en divorce devant le juge français afin de déceler les demandes de répudiation

¹² [Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants \(1\)](#) – Voir le [rapport d'information de l'Assemblée nationale sur la mise en application de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants](#) – 17/01/2012

¹³ [Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999](#)

¹⁴ A cet égard, voir les recommandations 45, 46 et 47 de l'[avis sur la traite et l'exploitation des êtres humains en France](#)