



INITIATIVE FOR STRATEGIC
LITIGATION IN AFRICA

Manuels ISLA

NUMÉRO
2

**MANUEL DE CONTENTIEUX
SUR L'ARTICLE 7 DU
PROTOCOLE A LA CHARTE
AFRICAINNE DES DROITS DE
L'HOMME ET DES PEUPLES
RELATIF AUX DROITS DES
FEMMES EN AFRIQUE**



MANUEL DE CONTENTIEUX SUR L'ARTICLE 7 DU PROTOCOLE
A LA CHARTE AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES
PEUPLES RELATIF AUX DROITS DES FEMMES EN AFRIQUE

Juillet 2022

Manuels ISLA

© Initiative for Strategic Litigation in Africa (ISLA)

ISBN 978-1-7764086-7-2 (imprimé)

ISBN 978-1-7764086-8-9 (livre électronique)

Johannesburg, Afrique du Sud

'Certains droits sont réservés. Sauf à des fins commerciales, une partie ou l'ensemble de cette publication peut être transmise sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique ou mécanique, photocopie, enregistrement ou autre sans demander l'autorisation préalable de l'éditeur. Toutefois, les droits d'auteur restent la propriété de l'ISLA.'

Table des matières

Remerciements	5
Acronymes et abréviations	6
Avant-propos	7
1. Introduction	9
1.1. Objectif du manuel	10
2. Cadre conceptuel et normatif des droits de l'homme sur les droits des femmes en cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage	12
2.1. Introduction	12
2.2. Instruments pertinents	14
3. Article 7 du protocole de Maputo : Séparation, divorce et annulation du mariage	18
4. Article 7(a) : La séparation de corps, le divorce et l'annulation du mariage soient prononcés par voie judiciaire	20
4.1. Signification et champ d'application	20
4.2. Violations de l'article 7(a) du protocole de Maputo	21
4.2.1. Lois et pratiques discriminatoires en matière de mariage	21
4.2.2. Accès inefficace aux systèmes judiciaires	27
5. Article 7(b) : Les femmes et les hommes ont les mêmes droits de demander la séparation, le divorce ou l'annulation du mariage	33
5.1. Signification et champ d'application	33
5.2. Violations de l'article 7(b) du protocole de Maputo	34
5.2.1. Lois et pratiques discriminatoires en matière de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage	34
5.2.2. Restrictions en matière de divorce	37
6. Article 7(c) : En cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage, la femme et l'homme ont des droits et des responsabilités réciproques envers leurs enfants. Dans tous les cas, l'intérêt des enfants doit être une considération primordiale.	42
6.1. Signification et champ d'application	42
6.2. Violations de l'article 7(c) du protocole de Maputo	43
6.1.1. Lois et pratiques discriminatoires sur les droits et responsabilités réciproques envers les enfants	43

7. Article 7(d) : En cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage, la femme et l'homme ont droit à un partage équitable des biens communs issus du mariage.	46
7.1. Signification et champ d'application	46
7.2. Violations de l'article 7(d) du protocole de Maputo	47
7.2.1. Lois et pratiques discriminatoires sur le droit à la propriété en cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage	47
7.2.2. Non-reconnaissance de la contribution non financière à l'acquisition des biens matrimoniaux	54
8. Élaboration et mise en œuvre de la stratégie de litige	57
9. Conclusion	60

Remerciements

Nos remerciements les plus sincères et les plus profonds vont à tous ceux qui ont rendu ce travail possible. Ruth Nekura et Sibongile Ndashe pour leurs conseils sur la conceptualisation et leurs précieux commentaires, Nobukhosi Zulu et Lesego Nchunga qui ont guidé l'élaboration de la publication, Amorlett Zitsenga et Thokozile Skosana qui ont soutenu l'équipe tout au long du projet.

Nous remercions l'auteur, Jacqueline Ingutiah, dont l'expertise en matière de litiges a été essentielle à l'élaboration du rapport, et nous apprécions les commentaires réfléchis et perspicaces d'Irene Ndegwa en sa qualité de réviseuse de la publication. Sa générosité et son point de vue unique ont permis d'améliorer cette publication de manière inestimable.

Nous souhaitons également remercier nos bailleurs de fonds, Wellsprings, sans le soutien financier desquels ce travail n'aurait pas été possible.

La conception finale de la publication est l'œuvre créative de John Agutu et la langue et le format de la publication ont énormément bénéficié des services d'édition académique de Rachel Fleetwood.

'Certains droits réservés. Sauf à des fins commerciales, une partie ou la totalité de cette publication peut être transmise sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique, mécanique, photocopie, enregistrement ou autre, sans demander l'autorisation préalable de l'éditeur. Toutefois, les droits d'auteur restent la propriété de l'ISLA.'

Acronymes et abréviations _____.

CADHP	Commission africaine des droits de l'homme et des peuples
CEDAW	Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes
CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
Charte de Banjul	Charte africaine des droits de l'homme et des peuples
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
Protocole de Maputo	Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique

Avant-propos

Parmi les types de litiges qui sont sans doute les plus litigieux et les plus émotifs, le litige en droit de la famille se classe au tout premier rang. Bien qu'il existe de nombreux arguments plausibles pour expliquer pourquoi la pratique du droit de la famille est souvent très combative et aboutit rarement à un compromis à l'amiable, j'ai, après avoir passé de nombreuses années à traiter des dossiers de séparation, de divorce, de pension alimentaire et de garde d'enfants, ainsi que de partage des biens matrimoniaux, abouti à une prise de conscience silencieuse.

Le problème ne réside pas dans les parties impliquées dans le litige, mais dans les structures normatives et institutionnelles du droit de la famille. Le patriarcat a influencé à la fois les lois sur le mariage en vigueur à tout moment et en tout lieu, ainsi que les normes sociales et les faits sociologiques qui les accompagnent. Ce n'est pas un hasard si la formation d'une famille n'est encouragée que dans le cadre de la structure de l'institution appelée mariage qui, à son tour, est reconnue et protégée par l'adhésion à certaines règles et réglementations.

Les féministes ont soutenu de manière convaincante que la loi a pour effet de maintenir, de perpétuer et d'imposer la dépendance des femmes dans la sphère du mariage et de la vie familiale. Un examen critique des décisions judiciaires sur le droit de la famille dans différentes juridictions révèle que les lois applicables sont loin d'être égalitaires. Que ce soit à l'entrée, pendant ou à la sortie d'une union matrimoniale, l'institution elle-même, telle qu'elle est créée d'un point de vue patriarcal, exploitera les vulnérabilités des femmes.

Il n'est donc pas surprenant que l'ISLA soit en première ligne pour s'attaquer à ces échecs systémiques et à ces injustices profondément ancrées au plus haut niveau possible. L'ISLA met son expertise, son soutien et ses ressources au service des acteurs de la justice et des plaideurs du continent africain pour changer la donne. Je peux l'affirmer avec autorité puisque j'ai bénéficié du soutien gracieux de l'ISLA lorsqu'elle s'est jointe en tant qu'*amicus curiae* à un litige d'intérêt public dans lequel nous cherchions à contester l'interprétation d'une loi kenyane sur la division des biens matrimoniaux après un divorce. L'ISLA a tracé une voie que très peu d'acteurs de la société civile sont prêts à emprunter : nourrir et former une équipe dynamique de juristes féministes, faire partie intégrante du processus judiciaire et aller jusqu'au bout, quel que soit le temps nécessaire. L'ISLA a la peau du jeu.

L'élaboration de ce manuel est une nouvelle preuve de l'engagement de l'ISLA. Le manuel a soigneusement choisi l'article 7 du Protocole de Maputo comme thème central, et ce pour de bonnes raisons. Signé par 49 États et ratifié par 42 États parties à l'Union africaine (UA), le protocole de Maputo est un instrument juridiquement contraignant qui jouit d'une large reconnaissance sur le continent. Les modifications du droit de la famille

en faveur de l'égalité des sexes sont des victoires durement gagnées, en particulier en Afrique. S'il n'y a pas d'efforts concertés et soutenus pour remettre en question et modifier les lois, les pratiques et les institutions qui discriminent et violent les femmes dans la sphère de la vie familiale, nous resterons coincés dans un cycle sans fin de litiges viciés en matière de droit de la famille, avec pour résultat final des femmes privées de leurs droits.

Le manuel est une ressource merveilleuse pour tout avocat stratégique ou acteur de la justice sur le continent, sur la façon de plaider efficacement pour contester les lois et les institutions qui entravent ou violent l'égalité des droits pour les femmes dans le droit de la famille. Il a été brillamment conçu et s'avérera indispensable en raison de sa facilité de référence, de son analyse critique et approfondie des quatre dispositions de l'article 7, de la collation de la jurisprudence très pertinente et des suggestions pratiques sur la manière de développer et de mettre en œuvre une stratégie de litige. Il alerte également le lecteur sur la manière d'identifier d'éventuelles violations du Protocole. Ce manuel ne se contente pas d'articuler l'article 7 du Protocole de Maputo, il fournit également au lecteur des dispositions comparatives issues d'autres instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme, tels que la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

En 2022, l'UA a eu 20 ans et le manuel n'aurait pas pu être élaboré à un moment plus propice. Alors que l'UA est dotée de certains des cadres juridiques et politiques les plus progressistes au monde et que ses gouvernements ont fait de nombreuses proclamations pour atteindre l'égalité des sexes par le biais d'engagements régionaux, africains et mondiaux, il y a encore un grand écart entre les engagements et la réalité. L'UA a lancé la campagne "#WhatAfricanWomenWantCampaign", dont l'un des objectifs est de "supprimer la contradiction entre les dispositions statutaires et les pratiques qui sapent l'égalité des sexes et les droits des femmes". Le double système juridique de la plupart des pays a pour conséquence que les droits sont accordés d'une main et retirés de l'autre". C'est précisément l'un des objectifs du manuel : donner au lecteur les moyens d'y parvenir.

J'ose affirmer, en toute confiance, que tout acteur de la justice, partie prenante ou avocat impliqué dans un litige stratégique en faveur des droits des femmes dans la vie familiale aura une grande dette à l'égard de ce manuel, qu'il considérera comme sa principale ressource. Il s'agit d'un guide indispensable qui éclairera les chemins sombres qui s'ouvrent devant nous.

Irene Ndegwa

Juin 2022

1. Introduction

La réalisation du droit à la non-discrimination et à l'égalité garantit que tous les êtres humains, quels que soient leur sexe, leur statut, leur âge, leur race, leur opinion, leur langue ou leur naissance, ont un accès égal au pouvoir, aux ressources et aux opportunités et sont traités avec dignité, respect et équité. En raison de leur importance, ces droits occupent une place centrale dans les principaux traités internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme et dans les constitutions nationales. Cependant, la discrimination à l'égard des femmes persiste dans le monde entier. Malheureusement, la discrimination et les inégalités commencent au sein de la famille où les femmes sont souvent sous-estimées, subissent des pratiques culturelles néfastes et l'oppression patriarcale.¹

Le protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (protocole de Maputo), adopté en 2003 et entré en vigueur en 2005, jette des bases solides pour le cadre juridique des droits de la femme sur le continent africain.² Il vise à garantir des droits complets aux femmes en Afrique et comporte un certain nombre d'articles qui recoupent les cadres mondiaux des droits de l'homme, tels que la non-discrimination, le droit à la dignité, l'élimination des pratiques culturelles néfastes, le droit à la paix, le droit à l'éducation et à la formation, le droit à la propriété, l'accès à la justice et l'égalité de protection devant la loi. Le protocole de Maputo a été appliqué différemment par les États membres, la majorité d'entre eux ayant adopté des lois, des politiques et des programmes concrets en matière d'égalité entre les hommes et les femmes. Néanmoins, les relations de pouvoir inégalent entre les hommes et les femmes au niveau familial, la diversité des régimes matrimoniaux, les lois et coutumes discriminatoires, la complexité des systèmes juridiques et la discordance des décisions judiciaires dans les affaires personnelles continuent d'entraver la pleine réalisation des droits des femmes en Afrique. En outre, très peu d'États membres ayant ratifié le protocole de Maputo soumettent des rapports de mise en œuvre, ce qui rend difficile le suivi des progrès réalisés en matière d'engagements.³

L'article 7 du protocole de Maputo exige des États qu'ils adoptent une législation appropriée pour garantir que les femmes et les hommes jouissent de droits égaux en cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage. En respectant leur engagement au titre du protocole de Maputo, de nombreux pays ont abrogé les lois discriminatoires

¹ Conseil des droits de l'homme des Nations unies, "Rapport du groupe de travail sur la question de la discrimination à l'égard des femmes en droit et en pratique" (2018), UN Doc A/HRC/38/46.

² Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (adopté le 1er juillet 2003, entré en vigueur le 25 novembre 2005) (Protocole de Maputo).

³ Union africaine "Liste des pays qui ont signé, ratifié ou adhéré au protocole" (16 octobre 2019) < <https://au.int/sites/default/files/treaties/37077-sl-PROTOCOL%20TO%20THE%20AFRICAN%20CHARTER%20ON%20HUMAN%20AND%20PEOPLE%27S%20RIGHTS%20ON%20THE%20RIGHTS%20OF%20WOMEN%20IN%20AFRICA.pdf> >.

régissant le mariage, mais la culture et la religion continuent d'influencer la mise en œuvre des lois. D'autres pays, dans le but d'affaiblir leurs obligations en matière de droits de l'homme, autorisent l'application de lois coutumières ou religieuses discriminatoires dans les affaires familiales sous prétexte de protéger la vie familiale en émettant des réserves sur les dispositions des traités⁴ ou en autorisant l'application de lois coutumières ou religieuses dans les affaires personnelles. L'écart entre les dispositions du protocole de Maputo, leur transposition au niveau national et la réalisation effective de ces droits par les femmes ne perpétue pas seulement l'inégalité et la discrimination au sein du mariage, mais étend cette inégalité et cette discrimination à la participation sociale, politique et économique des femmes.⁵ Par conséquent, si l'on ne s'attaque pas à la discrimination et aux inégalités au sein du mariage, la réalisation des droits des femmes restera un mirage en Afrique. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) a adopté en mars 2020 l'Observation générale n° 6 pour fournir des orientations interprétatives sur l'article 7(d), ce qui illustre bien la manière dont les États africains ont cherché à renforcer la mise en œuvre de l'article 7 du Protocole de Maputo.⁶ L'Observation générale prend le caractère d'un document vivant en fournissant une interprétation complète de l'article 7(d) et des orientations générales sur l'obligation de l'État de mettre en œuvre l'article. Elle renforce et renouvelle la validité du protocole de Maputo.

1.1. Objectif du manuel

Ce manuel constitue un guide pratique pour les avocats et les acteurs des mouvements sociaux en Afrique et dans le monde qui souhaitent promouvoir la réalisation des droits des femmes lors de la séparation, du divorce ou de l'annulation du mariage, tels que protégés par l'article 7 du Protocole de Maputo. Il fournit à l'utilisateur les informations nécessaires sur :

- les normes pertinentes en matière de droits de l'homme concernant les droits des femmes en cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage ;
- l'application des normes en matière de droits de l'homme dans les systèmes juridiques nationaux ;
- la portée de ces droits, la manifestation des violations ; et
- les domaines potentiels de litige ou de plaidoyer.

⁴ Ibid.

⁵ MA Fineman "Why Marriage ?" (2001) 9 *Virginia J of Social Policy & the Law* 239, 248-249.

⁶ CADHP (2020) 'Observation générale n° 6 sur le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (Protocole de Maputo) : Le droit à la propriété pendant la séparation, le divorce ou l'annulation du mariage (article 7(D))' (adoptée lors de la 27^e session extraordinaire de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, tenue du 19 février au 4 mars 2020 à Banjul, Gambie) < <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=75> >.

Le contentieux stratégique est considéré comme un outil important pour la défense des droits des femmes et leur autonomisation juridique.⁷ Il améliore l'environnement juridique en se concentrant sur une réforme plus large des politiques publiques et en garantissant des recours juridiques en cas de violation. L'engagement dans des litiges stratégiques renforce l'État de droit, contribue à la clarification des lois et jette les bases de réformes législatives dans le cadre de certains paramètres juridiques.⁸ Ce manuel vise à encourager les plaideurs à appliquer avec autorité le droit international et régional des droits de l'homme pour remettre en cause les lois, politiques et pratiques discriminatoires existantes par le biais de litiges stratégiques. Ce faisant, ils soutiendront le développement d'une jurisprudence progressiste et contraindront l'État à respecter ses obligations en matière de droits de l'homme.

Ce manuel aidera également les acteurs des mouvements sociaux à évaluer dans quelle mesure les structures normatives et institutionnelles des pays africains garantissent la protection, la promotion et le respect des droits des femmes lors de la dissolution du mariage. Une telle évaluation est non seulement utile pour comprendre le statut, mais aussi pour guider le développement de stratégies qui placeront les droits des femmes lors de la dissolution du mariage dans le contexte plus large de l'autonomisation sociale, de la justice économique et de l'égalité des droits.

Le manuel fait également référence à des instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme, à des articles et à des lois nationales de certains pays ainsi qu'à des décisions judiciaires qui permettent de mieux comprendre l'article 7 du Protocole de Maputo. L'évaluation de la situation des droits des femmes lors de la dissolution du mariage étant complexe et multiforme, les utilisateurs de ce manuel sont encouragés à contextualiser leurs stratégies et à reconnaître que les femmes ne sont pas homogènes. Il est important de comprendre que les femmes ont des identités stratifiées dérivées des relations sociales, des systèmes juridiques et des interactions avec les structures de pouvoir, et que le fait de ne pas s'attaquer aux formes de discrimination qui se croisent perpétue souvent les violations des droits humains des femmes et de leur droit à vivre sans discrimination.⁹

⁷ PS Malla 'Upholding Women's Right through Litigation' Document présenté lors de la 45ème session de la Commission des Nations Unies sur le statut des femmes (2010) < https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing15/interactive_panel_III/Sapana%20Pradhan%20Malla%20paper.pdf >.

⁸ A Coomber "Strategically litigating equality-reflections on a changing jurisprudence" (2012) 15 European Anti-Discrimination LR 11-21.

⁹ Par exemple, le statut social, le type de régime matrimonial, le statut économique, l'origine ethnique et la nationalité sont des formes de discrimination qui se recoupent et qui devraient être prises en compte dans le cadre de la discrimination générale à l'égard des femmes après la séparation, le divorce ou l'annulation du mariage.

2. Cadre conceptuel et normatif des droits de l'homme sur les droits des femmes en cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage _____.

2.1. Introduction

Les droits des femmes en cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage font partie des droits généraux garantis aux femmes par divers instruments internationaux et régionaux fondamentaux en matière de droits de l'homme. Outre ces instruments fondamentaux, il existe des protocoles, des observations générales et des cadres de suivi visant à renforcer la réalisation de ces droits. Ce chapitre se concentre sur les principaux instruments relatifs aux droits de l'homme qui jettent les bases des droits des femmes lors de la séparation, du divorce ou de l'annulation du mariage et de leur application dans les procédures devant les tribunaux nationaux.

Une série de conventions et de traités relatifs aux droits de l'homme ont été adoptés aux niveaux international et régional, conférant une forme juridique aux droits de l'homme inhérents. Les lois internationales sur les droits de l'homme établissent des obligations que les États sont tenus de respecter. L'adoption d'instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme reflète les préoccupations particulières de la région en matière de droits de l'homme et fournit des mécanismes de protection spécifiques.¹⁰ Selon le type de système juridique, les traités ratifiés peuvent être appliqués directement pour les pays monistes ou par le biais d'une adoption législative pour les pays dualistes. Quel que soit le système juridique, les États sont tenus de respecter, de protéger et de remplir les obligations qui leur incombent en vertu des instruments.¹¹

Définitions de travail

Adhésion : Acte par lequel un État accepte l'offre de devenir partie à un traité déjà signé par d'autres États. Elle a le même effet juridique que la ratification et intervient après l'entrée en vigueur du traité.

¹⁰ Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme (HCDH) "Droit international des droits de l'homme" < <https://www.ohchr.org/fr/instruments-and-mechanisms/international-human-rights-law> >.

¹¹ Ibid. Les États ont l'obligation de respecter, de protéger et de mettre en œuvre les droits de l'homme. L'obligation de respecter les droits de l'homme exige des États qu'ils s'abstiennent d'entraver ou de limiter la jouissance de ces droits ; l'obligation de protéger les droits de l'homme exige des États qu'ils protègent les individus ou les groupes contre les violations des droits de l'homme commises par d'autres personnes ou par l'État lui-même ; et l'obligation de mettre en œuvre les droits de l'homme exige des États qu'ils prennent des mesures pour faciliter la jouissance des droits garantis.

Système de droit civil : Les États de droit civil adoptent un système dans lequel le droit national et le droit international sont considérés comme une seule entité. En Afrique, la majorité des pays francophones ont des systèmes de droit civil et sont monistes. Par conséquent, une fois ratifiés, les traités relatifs aux droits de l'homme deviennent automatiquement partie intégrante du droit national et peuvent être appliqués par les tribunaux, sans qu'il soit nécessaire de promulguer une loi.¹²

Système de common law : Les États de common law n'intègrent pas automatiquement les traités dans leur droit national. Les traités sont d'abord approuvés par leurs parlements respectifs, puis des mesures législatives spécifiques sont prises pour refléter les principes et le contenu des traités dans le système juridique national. En Afrique, la majorité des pays anglophones ont des systèmes de common law et adoptent une approche dualiste de la ratification des traités par le biais d'une réforme législative effective.¹³

Ratification : Acte par lequel un Etat indique son consentement à être lié par un traité, si les parties avaient l'intention de montrer leur consentement par un tel acte.¹⁴

Réserve : Déclaration faite par un Etat qui cherche à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat. Elle permet à un Etat de notifier qu'il n'applique pas certaines dispositions du traité. Les réserves ne doivent pas être incompatibles avec l'objet et le but du traité.¹⁵

Rapport : Un rapport soumis à l'organe de traité concerné décrivant la mise en œuvre par un État partie du statut des droits de l'homme conformément au traité respectif. Ce processus permet aux organes de traités d'examiner les progrès réalisés par les États dans la mise en œuvre des traités et de formuler des recommandations appropriées en vue de progrès supplémentaires.

Signature : Authentification et volonté expresse de l'Etat de poursuivre le processus d'élaboration du traité. La signature permet à un État de procéder à la ratification et crée une obligation de s'abstenir, de bonne foi, de tout acte qui irait à l'encontre de l'objet et du but du traité.¹⁶

Observations générales/recommandations : Interprétation des dispositions des traités par les organes respectifs des traités relatifs aux droits de l'homme sur des questions thématiques. Ils aident à interpréter et à clarifier les dispositions substantielles d'un traité, non seulement pour les obligations de rapport des États parties, mais aussi pour l'identification des meilleures approches pour la mise en œuvre des dispositions du traité.¹⁷

¹² Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) (Convention de Vienne), art. 2(1)(b) et 15.

¹³ Les tribunaux de ces États ne sont pas non plus tenus d'appliquer les traités dans leurs décisions, bien qu'ils soient de plus en plus nombreux à le faire. Voir la section 2.1. de ce manuel.

¹⁴ Convention de Vienne, art. 2(1)(b), 14(1) et 16.

¹⁵ Convention de Vienne, art. 2(1)(d), 19, 20, 21, 22 et 23.

¹⁶ Convention de Vienne, art. 10, 12(2)(b) et 18.

¹⁷ HCDH 'Organes conventionnels Observations générales' < <https://www.ohchr.org/fr/treaty-bodies/human-rights-treaty-bodies-general-comments> >.

2.2. Instruments pertinents

Plusieurs instruments relatifs aux droits de l'homme garantissent l'égalité des droits des femmes dans le mariage et lors de la dissolution du mariage. La Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH),¹⁸, bien que ses déclarations ne soient pas contraignantes, est largement acceptée comme l'étalon de mesure des normes en matière de droits de l'homme.¹⁹ L'article 2 établit le principe de non-discrimination et interdit toute forme de discrimination, y compris la discrimination fondée sur le sexe, dans la jouissance des droits garantis par la DUDH. Parmi les autres droits reconnus figurent l'égalité et l'égal protection devant la loi, le droit à la propriété, à l'alimentation et à un logement adéquat.²⁰

Les autres traités internationaux et régionaux africains relatifs aux droits de l'homme sont les suivants :

- Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)²¹
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)²²
- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)²³
- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte de Banjul)²⁴
- Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (Protocole de Maputo)²⁵

Le tableau suivant présente les droits des femmes en cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage.

Droits de l'homme garantis	Source
Égalité et non-discrimination	Articles 2, 3, 16, 23 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques Articles 2 et 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

¹⁸ Déclaration universelle des droits de l'homme (adoptée le 10 décembre 1948) UNGA Res 217 A(III) (DUDH).

¹⁹ H Hannum "The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law" (1995) 25 *Georgia J of Int and Comparative Law* 287 <<https://ssrn.com/abstract=1957798>>.

²⁰ Déclaration universelle des droits de l'homme, articles 7, 17 et 25.

²¹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR).

²² Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976) 993 UNTS 3 (PIDESC).

²³ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (adoptée le 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981) 1249 UNTS 1 (CEDAW).

²⁴ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (adoptée le 27 juin 1981, entrée en vigueur le 21 octobre 1986) 21 ILM 58 (Charte de Banjul).

²⁵ Protocole de Maputo (note 2 ci-dessus).

Droits de l'homme garantis	Source
	Articles 2 et 15 de la CEDEF Articles 2, 3 et 18 de la CADHP Article 2 du protocole de Maputo
Protection et assistance à la famille et égalité dans le mariage	Article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques Article 10 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels Article 16 de la CEDEF Article 18 de la CADHP Articles 6 et 7 du protocole de Maputo
Droit à l'alimentation et à un niveau de vie suffisant	Article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels Article 14 de la CEDEF Articles 15 et 16 du protocole de Maputo
Droit au meilleur état de santé possible	Article 12 du PIDESC Article 12 de la CEDEF Article 16 de la CADHP Article 14 du protocole de Maputo
Droit à une participation égale au développement rural et au développement durable	Article 14 de la CEDEF Article 19 du protocole de Maputo
Droit de propriété	Article 14 de la CADHP Articles 6(j), 7(d), 19(c) et 21 du protocole de Maputo
Élimination des pratiques culturelles néfastes	Article 5 de la CEDEF Article 5 du protocole de Maputo
Accès à la justice	Articles 2 et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques Article 13 de la CADHP Article 8 du protocole de Maputo

La plupart des États africains ont ratifié les instruments internationaux et régionaux susmentionnés en matière de droits de l'homme. ²⁶

Outre l'articulation du contenu normatif des droits des femmes, les dispositions des instruments sont constamment contrôlées, élaborées et interprétées par des mécanismes

²⁶ OHCHR 'Status of Ratification Interactive Dashboard' <<https://indicators.ohchr.org/>>.

de droits de l'homme faisant autorité, par le biais d'observations/recommandations générales. Bien que les observations générales ne soient pas juridiquement contraignantes, elles constituent une interprétation très autorisée des obligations en matière de droits de l'homme en vertu d'un traité. L'article 45(1)(b) de la Charte de Banjul et l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités exigent que la CADHP et les organes de traités, respectivement, s'engagent continuellement dans l'interprétation contextuelle des traités.²⁷

Les recommandations générales n° 21, 25 et 29 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW),²⁸ L'observation générale n° 19 du Comité des droits de l'homme sur la protection de la famille, le droit au mariage et l'égalité des époux²⁹ et l'observation générale n° 28 sur l'égalité des droits entre hommes et femmes³⁰ sont des exemples de textes interprétatifs internationaux élaborés pour garantir le respect des droits des femmes dans le cadre d'un mariage et lors de sa dissolution. Au niveau régional, l'adoption de l'Observation générale n° 6 sur l'article 7(d) du Protocole de Maputo³¹ témoigne du rôle important que jouent les mécanismes des droits de l'homme dans la promotion des droits des femmes.

En outre, le rapporteur spécial sur les droits de la femme en Afrique est un mécanisme de procédures spéciales dont le mandat est de promouvoir les droits de la femme. Par exemple, après une mission de promotion en Gambie, le rapporteur spécial a recommandé au système judiciaire gambien d'éliminer la discrimination à l'égard des femmes au sein des tribunaux, en particulier dans les tribunaux traditionnels, dans tous les domaines, y compris la détermination des droits relatifs au mariage, à la propriété foncière, à l'héritage et à la succession.³²

Il est donc nécessaire que les utilisateurs du manuel établissent le statut de ratification des instruments relatifs aux droits de l'homme par l'État concerné, l'existence de préoccupations spécifiques au pays de la part des organes de traités, y compris les observations finales, ou toute décision prise à l'encontre de l'État par les agences de surveillance ou d'application des traités.³³

²⁷ Ibid.

²⁸ Comité CEDAW " Recommandation générale n° 21 Égalité dans le mariage et les rapports familiaux " (1994) ; Comité CEDAW " Recommandation générale n° 25 Article 4, paragraphe 1, de la Convention (mesures temporaires spéciales) " (2004) ; Comité CEDAW " Recommandation générale n° 29 Recommandation générale relative à l'article 16 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (Conséquences économiques du mariage, des rapports familiaux et de leur dissolution) " (2013) CE-DAW/C/GC/29.

²⁹ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 19, article 23 (La famille), Protection de la famille, droit au mariage et égalité des époux (1990).

³⁰ Comité des droits de l'homme, "Observation générale n° 28 : Article 3 (L'égalité des droits entre hommes et femmes)" (adoptée le 29 mars 2000) CCPR/C/21/Rev.1/Add.10.

³¹ ACHPR "Observation générale n° 6" (note 6 ci-dessus).

³² ACHPR "Rapport de la mission de promotion des droits de l'homme en République de Gambie" (2017) < https://www.achpr.org/public/Document/file/English/The%20Gambia_ACHPR%20Promotion%20Mission_ENG.pdf >.

³³ Les détails des observations finales des organes des droits de l'homme pour les pays sont accessibles. HCDH ' Région Afrique ' < <https://www.ohchr.org/fr/countries/africa-region> > pour les organes internationaux et ACH-

Liste de contrôle

- ✓ Identifiez les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par votre pays qui promeuvent les droits des femmes lors de la dissolution du mariage. Indiquez les éventuelles réserves émises et les raisons de ces réserves.
- ✓ Établir l'état d'avancement de la mise en œuvre des instruments ratifiés.
- ✓ Identifiez les questions spécifiques au pays soulevées par le suivi des organes de traités par le biais d'observations finales, de commentaires généraux, de décisions ou de résolutions qui sont applicables à l'avancement des droits de propriété des femmes lors de la dissolution du mariage dans votre pays.

PR 'Rapports nationaux et observations finales < <https://www.achpr.org/statereportsandconcludingobservations> > pour les organes régionaux.

3. Article 7 du protocole de Maputo : Séparation, divorce et annulation du mariage

L'article 7 prévoit ce qui suit :

Les États s'engagent à adopter les dispositions législatives appropriées pour que les hommes et les femmes jouissent des mêmes droits en cas de séparation de corps, de divorce et d'annulation du mariage. A cet égard, ils veillent à ce que : -

- a) la séparation de corps, le divorce et l'annulation du mariage soient prononcés par voie judiciaire ;
- b) l'homme et la femme aient le même droit de demander la séparation de corps, le divorce ou l'annulation du mariage ;
- c) en cas de divorce, d'annulation du mariage ou de séparation de corps, la femme et l'homme ont des droits et devoirs réciproques vis-à-vis de leurs enfants. Dans tous les cas, la préoccupation majeure consiste à préserver l'intérêt de l'enfant ;
- d) en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage, la femme et l'homme ont le droit au partage équitable des biens communs acquis durant le mariage

Il est impossible d'apprécier correctement l'importance de l'article 7 en l'absence de son précurseur, l'article 6. L'article 6 contient les principes généraux des droits de la femme dans le mariage. Il se concentre principalement sur la relation des femmes avec le mariage, leur entrée dans le mariage et leurs droits dans la vie familiale. L'article 6 oblige les États parties à assurer l'égalité dans le mariage en promulguant des lois nationales appropriées qui garantissent le libre et plein consentement des parties avant le mariage, l'âge minimum du mariage, la promotion de la monogamie mais aussi la protection juridique des femmes dans les mariages polygames, l'enregistrement des mariages, le libre choix du régime matrimonial et du lieu de résidence, le droit de la femme mariée de conserver son nom de jeune fille et sa nationalité, l'égalité des droits dans le choix de la nationalité des enfants, la contribution conjointe à la sauvegarde des intérêts de la famille et le droit de la femme mariée d'acquérir ses biens et de les administrer librement.³⁴

³⁴ Voir art. 6(a)-(j).

L'égalité dans le mariage décrite à l'article 6 recoupe d'autres droits, notamment la protection contre les violences telles que le mariage précoce ou forcé, l'égalité des droits parentaux, la reconnaissance du travail d'assistance et les droits de propriété.

De nombreux pays africains ont révisé leurs lois et codes de la famille afin d'aborder l'âge minimum du mariage, le plein consentement entre les parties et la criminalisation des mariages d'enfants. Par exemple, en République démocratique du Congo, le pays a révisé son code de la famille en 2016 et a révisé l'âge minimum légal du mariage pour les femmes et les hommes à 18 ans.³⁵ D'autres pays, comme le Niger, n'ont pas encore revu leur âge minimum et autorisent donc les mariages d'enfants.³⁶ La plupart des pays de common law reconnaissent les mariages civils, coutumiers et religieux et autorisent la polygamie dans le cadre des mariages religieux et coutumiers. Des pays comme le Kenya, le Malawi et l'Afrique du Sud exigent l'enregistrement de tous les mariages reconnus par la loi, mais la situation est différente dans un certain nombre de pays de droit civil où seuls les mariages civils sont reconnus par la loi.

Les articles 6 et 7 soulignent que les États parties prennent des mesures législatives et toutes autres mesures appropriées pour assurer l'égalité dans et après le mariage. Ces articles sont importants pour comprendre que les droits des femmes sont facilement violés dans le domaine familial. Il est nécessaire que les avocats comprennent le contexte de la réalisation des articles 6 et 7 et les défis auxquels les femmes sont confrontées et qui seraient relevés si les articles étaient réalisés.

La capacité à identifier les formes et les manifestations des violations de ces dispositions est essentielle pour élaborer des stratégies appropriées en matière de litige ou de défense.³⁵³⁶

³⁵ Voir la loi sur la famille 2016-008 (2016) art 352.

³⁶ Visitez le site "Girls not Brides" < <https://atlas.girlsnotbrides.org/map/> > pour connaître la situation du mariage d'enfants dans votre pays.

4. Article 7(a) : La séparation de corps, le divorce et l'annulation du mariage soient prononcés par voie judiciaire _____.

4.1. Signification et champ d'application

L'article 7(a) part du principe que les femmes sont censées jouir des mêmes droits que les hommes en matière de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage par le biais d'une procédure judiciaire compétente. Cela signifie qu'indépendamment du régime matrimonial, du statut social ou économique, les femmes doivent être en mesure d'obtenir des décisions appropriées concernant la dissolution de leur mariage par le biais d'un système judiciaire formel. Comme nous l'avons souligné précédemment, dans la plupart des pays africains, les mariages sont régis par des lois civiles, coutumières et religieuses. Si la plupart des lois font référence à la dissolution des mariages par le biais d'une procédure judiciaire, certains pays autorisent les systèmes coutumiers ou religieux à dissoudre les mariages sans intervention ou décision judiciaire.³⁷

L'obtention du divorce en vertu du droit coutumier ou religieux est excessivement discriminatoire à l'égard des femmes en raison de l'absence de codification du droit coutumier, des préjugés sexistes et de la probabilité que ces structures perpétuent la domination masculine au cours de la procédure.³⁸ Il est également impératif de noter que les systèmes de justice informels ont récemment été promus comme une forme acceptable de mécanisme de résolution des conflits, en particulier pour les femmes des communautés rurales et indigènes.³⁹ Toutefois, leur application doit être conforme aux normes des droits de l'homme, notamment en ce qui concerne l'équité, la responsabilité et la participation des femmes.

Outre l'application d'une procédure non judiciaire dans la dissolution du mariage, des obstacles structurels et procéduraux tels que les stéréotypes de genre, la discrimination

³⁷ Cette question est examinée plus en détail à la section 5.2.1.

³⁸ MO Izunwa 'A critique of certain aspects of the grounds, procedure and reliefs attaching to customary divorce law in Southern Nigeria' (2015) 7(5) J of Law and Conflict Resolution 31.

³⁹ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 33 sur l'accès des femmes à la justice" (2015) CEDAW/C/GC/33 reconnaît la flexibilité et l'accessibilité des systèmes de justice informels dans la promotion de l'accès à la justice pour les femmes. Toutefois, il met en garde contre le fait que ces systèmes peuvent conduire à de nouvelles violations des droits des femmes et favoriser l'impunité des auteurs. Il appelle les États à garantir que les systèmes de justice informels ne restreignent pas l'accès des femmes aux recours judiciaires et que ces systèmes ne conduisent pas à de nouvelles violations de leurs droits.

aggravée et les exigences et pratiques en matière de preuve dans les tribunaux officiels rendent difficile l'accès des femmes à la justice.⁴⁰ La pleine réalisation des droits des femmes à demander la séparation, le divorce ou l'annulation du mariage par voie judiciaire exige des États qu'ils s'acquittent des obligations qui leur incombent en vertu de la législation sur les droits de l'homme, ce qui ne peut se faire qu'en veillant à ce que les institutions judiciaires adoptent et mettent en œuvre une dimension sexospécifique de l'accès à la justice dans de tels cas.

L'obligation légale des États parties de protéger et de garantir l'accès à la justice pour tous est contenue dans l'article 2, paragraphe 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans l'article 7, paragraphe a, de la Charte de Banjul. Les articles 2(b) et (c) de la CEDEF contiennent des dispositions sur les obligations légales des États parties "d'adopter des mesures législatives et autres mesures appropriées, y compris des sanctions le cas échéant, interdisant toute discrimination à l'égard des femmes et d'instaurer une protection juridique des droits des femmes sur la base de l'égalité avec les hommes". Le comité CEDAW examine les obligations des États parties de veiller à ce que les femmes aient accès à la justice. Ces obligations englobent la protection des droits des femmes contre toutes les formes de discrimination, en vue de leur donner les moyens d'agir en tant qu'individus et titulaires de droits, et de promouvoir un accès effectif à la justice comme moyen d'émancipation et de transformation du potentiel de la loi. Le protocole de Maputo et l'observation générale n° 6 du CADHP exigent des États qu'ils prennent des mesures appropriées pour garantir l'accès des femmes à la justice.

4.2. Violations de l'article 7(a) du protocole de Maputo

4.2.1. Lois et pratiques discriminatoires en matière de mariage

Un mariage légalement reconnu est une condition préalable à l'accès d'une femme à un tribunal pour une séparation, un divorce ou une annulation de mariage. Une myriade de problèmes se posent à cet égard dans la plupart des pays africains.

- i) Le pluralisme juridique dans les pays africains est un terrain propice à la discrimination à l'égard des femmes dans le mariage, en particulier lorsqu'il existe des dispositions juridiques contradictoires ou lorsque la loi ne tient pas compte des réalités sociales.

Dans la plupart des pays francophones, les codes de la famille ne reconnaissent que les mariages civils qui doivent être enregistrés. Au Burkina Faso, par exemple, l'article 232 du code des personnes et de la famille dispose que "pour favoriser le plein épanouissement des époux, lutter contre les obstacles socio-économiques et les conceptions féodales, la monogamie est consacrée comme la forme de droit commun du mariage. Toutefois, la

⁴⁰ Ibid.

polygamie est autorisée sous certaines conditions".⁴¹ Afin d'éviter l'impact négatif du pluralisme juridique dans les lois sur le mariage, certains pays de common law comme le Kenya et le Malawi⁴² ont codifié les lois sur le mariage et reconnaissent les mariages civils, coutumiers et religieux spécifiques avec l'obligation de les enregistrer. Malgré la codification, les femmes restent confrontées à des difficultés liées à des pratiques discriminatoires et à des procédures administratives complexes.

Quelques points forts

La Tunisie, pays à prédominance religieuse islamique, interdit la polygamie en vertu de son code du statut personnel de 1956 et exige que tous les mariages soient enregistrés par acte notarié. La polygamie est autorisée au Maroc, à condition que l'épouse consente à un mariage ultérieur, mais les mariages tribaux non enregistrés qui relèvent du droit coutumier et les mariages urfi (temporels) ne sont pas reconnus par la loi, bien qu'ils soient pratiqués. L'Afrique du Sud ne reconnaît pas les mariages religieux, mais reconnaît les mariages civils et coutumiers. En Gambie, la loi reconnaît les mariages civils, chrétiens et musulmans, les mariages civils et chrétiens étant considérés comme monogames, mais dans l'affaire Susan Badjie contre Isatou Secka⁴³, la Cour suprême de Gambie a estimé que même si le mariage du défunt avait été célébré sous un régime monogame, son second mariage était légal puisqu'il était musulman et qu'il avait le droit inaltérable d'épouser plus d'une femme en vertu de la loi de la charia. Au Kenya et en Tanzanie, les tribunaux continuent de reconnaître les mariages polygames lorsque le mariage initial était monogame.⁴⁴

- ii) Les conditions préalables telles que l'enregistrement des mariages ou le paiement d'une dot pour les mariages coutumiers ou religieux n'affectent pas seulement le statut juridique d'un mariage dans certaines juridictions, mais aussi la décision d'une femme de demander un recours judiciaire pour dissoudre l'union. Alors que la loi peut reconnaître un mariage civil, les coutumes exigent que certains rites soient accomplis pour que l'union soit reconnue. Dans la plupart des régions du continent, il est courant que les couples se marient selon les règles coutumières avant d'être enregistrés à l'état civil, en particulier dans les communautés où les mariages coutumiers sont plus respectés que les mariages civils.

⁴¹ Bien que les cérémonies religieuses islamiques et traditionnelles représentent la majorité des mariages au Burkina Faso, l'article 233 du code interdit spécifiquement les mariages coutumiers et religieux.

⁴² Kenya : Loi sur le mariage 2013 ; Malawi : Marriage, Divorce and Family Relations Act 2015 (loi sur le mariage, le divorce et les relations familiales).

⁴³ SC 15/2012 novembre 2014.

⁴⁴ En Tanzanie, voir la division des biens matrimoniaux dans l'affaire *Limbu Ntalima v Ester Kaoande* (PC Matrimonial Appeal No. 03 of 2019) [2020] TZHC 1604. Au Kenya, dans les affaires de succession, voir *Re in the matter of Estate of Reuben Nzioka Mutua (deceased)* P&A Cause No. 843 et *In Re Estate of Late Peter Kamau Ng'ang'a (Deceased)* [2018] eKLR. Bien que les modifications apportées à la loi sur les successions en novembre 2021 prévoient que seul un conjoint reconnu en vertu de la loi sur le mariage a le droit d'hériter.

- iii) En outre, très peu de lois nationales, culturelles et religieuses reconnaissent la cohabitation comme une forme de mariage, bien qu'elle soit largement pratiquée par la jeune génération. La sécularisation, les contraintes économiques, l'incapacité à payer la dot et le fait de servir de tremplin vers le mariage sont autant d'exemples cités pour expliquer l'augmentation du nombre d'unions libres dans les pays subsahariens.⁴⁵ Le Malawi, la Tanzanie et le Liberia ont des lois qui reconnaissent cette forme de mariage après avoir rempli certaines conditions.⁴⁶ Les femmes vivant sous ce type d'union sont peu protégées et les tribunaux ont, dans un certain nombre de cas, refusé de reconnaître la validité de ces unions.

La plupart des constitutions africaines contiennent de nombreuses dispositions sur l'égalité et la non-discrimination⁴⁷. Des pays comme la Tanzanie définissent la discrimination dans leur constitution.⁴⁸ Cependant, les constitutions du Botswana⁴⁹ et de la Gambie contiennent encore des clauses de récupération qui permettent l'application du droit coutumier dans les affaires personnelles. L'article 33(1) de la Constitution de la République de Gambie⁵⁰ garantit l'égalité en droit, mais la disposition relative à l'égalité et à la non-discrimination de l'article 33(5) ne s'applique à aucune loi dans la mesure où cette loi contient des dispositions relatives à l'adoption, au mariage, au divorce, à l'enterrement, à la dévolution des biens en cas de décès ou à d'autres questions de droit personnel. Malgré les dispositions constitutionnelles sur l'égalité, certains pays ont encore des lois qui ne reconnaissent que certains types de mariages ou exigent leur enregistrement pour qu'ils soient valides. Il en résulte une discrimination à l'égard des femmes qui ont contracté des mariages non enregistrés ou non reconnus et les empêche de bénéficier d'un traitement égal devant la loi, en

⁴⁵ C Odimegwu et al 'Cohabitation in Sub-Saharan Africa' (avril 2018) 18(1) Southern African J of Demography 111.

⁴⁶ Au Malawi, l'article 13 de la loi de 2015 sur le mariage, le divorce et les relations familiales (Marriage, Divorce and Family Relations Act 2015) impose au tribunal de se prononcer sur la cohabitation en fonction de la durée de la relation (pas moins de cinq ans), du fait de la cohabitation, de l'existence d'une relation conjugale, de la propriété, de l'utilisation et de l'acquisition de biens, de la question de savoir si les parties ont mutuellement des enfants, s'en occupent ou subviennent à leurs besoins, et de la réputation des parties dans la communauté comme étant mariées et de l'affichage public d'aspects de leur relation commune.

⁴⁷ Par exemple, voir la Constitution de la République-Unie de Tanzanie (1977), art. 9(h), 12, 13 et 16(1) ; la Constitution du Malawi, art. 13, 20 et 22 ; la Constitution du Kenya (2010), art. 10, 27 et 45 ; la Constitution du Burkina Faso (1991), art. 1 et 23.

⁴⁸ Voir l'article 13, paragraphe 5 : "discriminer" signifie satisfaire les besoins, droits ou autres exigences de personnes différentes sur la base de leur nationalité, tribu, lieu d'origine, opinion politique, couleur, religion, sexe ou situation dans la vie, de telle sorte que certaines catégories de personnes sont considérées comme faibles ou inférieures et sont soumises à des restrictions ou conditions, tandis que des personnes d'autres catégories sont traitées différemment ou se voient accorder des opportunités ou des avantages en dehors des conditions spécifiées ou des qualifications nécessaires prescrites, sauf que le mot "discrimination" ne doit pas être interprété d'une manière qui interdirait au gouvernement de prendre des mesures délibérées visant à corriger les handicaps dans la société".

⁴⁹ Article 15, paragraphe 4.

⁵⁰ 1996 avec des modifications jusqu'en 2004.

particulier lorsqu'elles choisissent de demander une réparation judiciaire en cas de dissolution du mariage.

La CEDEF et le protocole de Maputo exigent des États membres qu'ils prennent toutes les mesures appropriées, y compris des mesures législatives, pour modifier ou abolir les lois, règlements, coutumes et pratiques existants qui constituent une discrimination à l'égard des femmes.⁵¹ L'article 6(c) du protocole de Maputo et la recommandation générale n° 29 du comité CEDAW⁵² encouragent les mariages monogames et l'article 6(d) du protocole de Maputo et l'article 2 de la CEDEF appellent à l'enregistrement de tous les mariages. Toutefois, le Comité CEDAW et la CADHP reconnaissent les réalités auxquelles sont confrontées les femmes et ont élaboré des textes interprétatifs pour aider à clarifier les dispositions substantielles des traités. Le tableau suivant met en évidence les différences entre les différents instruments internationaux et régionaux.

CEDAW	Protocole MAPUTO	Observation générale n° 6 de la Commission des droits de l'homme des Nations unies	Comité des droits de l'homme
Sur la polygamie : Le comité CEDAW souhaite vivement que la polygamie soit abolie, mais il est prudent quant à la manière dont cela pourrait se produire, identifiant une approche à deux volets : premièrement, en protégeant les droits des femmes dans les mariages polygames existants et, deuxièmement, en décourageant les futurs mariages polygames.⁵³ Sur les syndicats non enregistrés : La recommandation générale n° 29 demande	Sur la polygamie : L'article 6, points c) et d), du protocole de Maputo demande aux États parties de promulguer des lois et de prendre des mesures pour protéger les femmes dans le mariage, y compris celles des relations matrimoniales polygames.	Sur les syndicats non enregistrés : La pratique dans la plupart des États africains montre que seuls les mariages civils et les mariages religieux sont enregistrés, alors que la majorité des mariages en Afrique sont des mariages coutumiers qui ne sont pas enregistrés. Cela pose des problèmes de réglementation et de mise en œuvre de procédures équitables pour la	Sur les syndicats de fait : En donnant effet à la reconnaissance de la famille dans le contexte de l'article 23 du Pacte, il est important d'accepter le concept des différentes formes de famille, y compris les couples non

⁵¹ CEDEF, article 2(f) ; Protocole de Maputo, articles 2(1)(b) et 2(2).

⁵² Comité CEDAW "Recommandation générale n° 29" (note 28 ci-dessus) paragraphe 21.

⁵³ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 21" (note 28 ci-dessus), paragraphe 14 ; Comité des droits de l'homme "Observation générale n° 28 (note 30), paragraphe 24.

CEDAW	Protocole MAPUTO	Observation générale n° 6 de la Commission des droits de l'homme des Nations unies	Comité des droits de l'homme
aux États parties de protéger les femmes vivant dans des unions non enregistrées et de prévoir des moyens d'établir la preuve du mariage par d'autres moyens que l'enregistrement.⁵⁴ Sur la cohabitation : La CEDEF appelle à la reconnaissance des unions de cohabitation afin d'éviter que les femmes ne soient exposées à des risques économiques lorsqu'une relation de cohabitation prend fin. Elle prévoit que la reconnaissance des relations de cohabitation fait partie des obligations d'un État en vertu de l'article 16, paragraphe 1, de la CEDEF et invite les États parties à envisager ce type d'union dans les cas où aucune des parties n'est mariée à une autre personne.⁵⁵		répartition des biens matrimoniaux en cas de séparation, de divorce ou d'annulation".⁵⁶ Sur l'égalité réelle : Il demande aux États parties de se concentrer sur l'impact des lois et de leur application sur la vie des femmes et sur leur capacité à accéder à leurs droits humains et à en jouir sur un pied d'égalité.⁵⁷ L'Observation générale n°6 demande aux États d'appliquer les principes et les droits consacrés par le Protocole de Maputo pour transformer les lois, les pratiques et les institutions qui régissent les mariages.	mariés et leurs enfants et les parents célibataires et leurs enfants, et d'assurer l'égalité de traitement des femmes dans ces contextes.⁵⁸

⁵⁴ Ibid., paragraphes 25 et 26.

⁵⁵ CEDEF, articles 30 et 31. Voir également la recommandation générale n° 21 du comité CEDAW (note 28 ci-dessus), paragraphe 18.

⁵⁶ ACHPR "Observation générale n° 6" (note 6 ci-dessus) paragraphe 19.

⁵⁷ ACHPR "Observation générale n° 6" (note 6 ci-dessus) paragraphe 42.

⁵⁸ Comité des droits de l'homme "Recommandation générale n° 28" (note 30 ci-dessus) paragraphe 27.

CEDAW	Protocole MAPUTO	Observation générale n° 6 de la Commission des droits de l'homme des Nations unies	Comité des droits de l'homme
Sur l'égalité réelle : La recommandation générale n° 21 demande aux États parties de s'appuyer sur les dispositions relatives à l'égalité et à la non-discrimination plutôt que sur les principes de la common law, le droit religieux ou le droit coutumier.⁵⁹			

Le Comité CEDAW et la CADHP mettent également en garde contre l'utilisation de l'enregistrement comme seul moyen de prouver l'existence d'un mariage.

L'observation générale n° 6 de la CADHP reconnaît les défis auxquels les femmes sont confrontées dans les différents régimes matrimoniaux et les différentes normes accordées aux femmes dans et lors de la dissolution du mariage. Elle fait référence à des situations où des couples qui ne pratiquent pas les rites du mariage, cohabitent pendant des années et se présentent comme mari et femme ne sont pas reconnus comme mariés et ne peuvent donc pas bénéficier d'une protection juridique. En outre, il fait référence à la nature potentiellement polygame des mariages islamiques et coutumiers et à leur importance sur le continent, alors qu'ils ne sont toujours pas reconnus dans certains pays, les femmes étant affectées de manière disproportionnée par cette exclusion.⁶⁰

Les divergences entre les lois et pratiques statutaires, coutumières et religieuses devraient être traitées au-delà des constitutions et, par conséquent, les États parties sont censés garantir l'égalité entre les femmes et les hommes dans leurs constitutions et leurs lois, c'est-à-dire que les États qui disposent d'exemptions constitutionnelles concernant l'application des principes d'égalité sont tenus de les modifier afin de garantir les droits des femmes dans les relations familiales.

⁵⁹ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 21" (note 28 ci-dessus) paragraphe 17.

⁶⁰ ACHPR "Observation générale n° 6" (note 6 ci-dessus), paragraphes 15-18.

4.2.2. Accès inefficace aux systèmes judiciaires

Alors que la réalisation des droits des femmes dans le contexte du mariage, de la famille et des relations patrimoniales est garantie par le droit international, les constitutions et la législation, sans une application efficace et systématique des normes et standards en matière de droits de l'homme tout au long de la chaîne judiciaire, les femmes ne pourront pas réaliser ces droits. La manière dont les institutions judiciaires font respecter ces droits a des conséquences considérables sur la capacité des femmes à accéder à la justice pour les violations commises dans différents contextes au sein d'un pays.

L'accès à la justice est un droit fondamental qui permet aux individus d'utiliser les procédures et les systèmes juridiques pour protéger leurs droits.⁶¹ Trois mécanismes principaux de justice ont été identifiés :

- i) la justice formelle dérivée des lois, des politiques et des structures ;
- ii) la justice informelle qui émane des groupes sociaux ou de la structure de la communauté ; et
- iii) la justice transitionnelle qui découle de la responsabilité ou de la réparation des victimes lorsque la justice normale n'est pas en mesure de fournir une justice adéquate.⁶²

Par conséquent, pour que l'article 7(a) soit respecté, une attention particulière doit être accordée à l'interaction des femmes avec les systèmes de justice formels et informels.

Pour demander la séparation, le divorce ou l'annulation du mariage par voie judiciaire, les femmes doivent pouvoir accéder à un système judiciaire efficace. Selon l'indice de l'État de droit du projet 2020 World Justice, la plupart des pays africains ne disposent pas d'un accès solide aux systèmes judiciaires en raison d'un certain nombre de facteurs, notamment l'inégalité et la discrimination fondées sur le sexe et le statut économique.⁶³ Le manque de réactivité du secteur de la justice aux besoins et aux réalités des femmes, le cadre juridique discriminatoire, les mécanismes inefficaces d'application de la loi et l'exclusion et la déresponsabilisation des femmes empêchent ces dernières d'exercer leur droit à réparation par le biais des procédures judiciaires.⁶⁴

i) Systèmes judiciaires formels

Le manque de réactivité du système judiciaire a conduit les tribunaux à rendre des ordonnances contraires aux droits des femmes à l'égalité. En Gambie, l'affaire *Susan*

⁶¹ L Valesca & M Gomez 'Access to Justice : Promoting the Legal System as Human Right' in W Leal Filho et al (eds) *Peace, Justice and Strong Institutions, Encyclopedia of the UN Sustainable Development Goals* (2020) 1.

⁶² Ibid. 88.

⁶³ World Justice Project 'Rule of Law Index' (2020) < https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2020-Online_0.pdf >.

⁶⁴ Organisation internationale de droit du développement (OIDD) "Renforcer l'accès des femmes à la justice : Faire des droits une réalité pour les femmes et les filles" (2017) < <https://www.idlo.int/system/files/event-documents/IDLO%20CN%20-%20Access%20to%20Justice%20for%20Women%20and%20Girls%20NO%20CONTACTS.PDF> >.

*Badjie v Isatou Secka*⁶⁵, qui concernait un conflit de succession entre deux femmes, montre la situation complexe dans laquelle les femmes peuvent se trouver du fait de l'interprétation de la loi par les tribunaux, en particulier les tribunaux supérieurs. L'affaire concernait un conflit entre deux femmes au sujet de la succession de feu Ebrima Badjie. Susan Badjie a épousé Ebrima en 1995 dans le cadre d'un mariage civil qui, selon la loi, est monogame. En 2003, à l'insu de Susan, Ebrima a épousé Isatou Secka en vertu de la loi sur le mariage musulman. Le tribunal de première instance a jugé que le mariage du défunt avec Isatou était nul car le défunt n'avait pas la capacité de contracter un nouveau mariage alors que son mariage avec Susan était toujours en vigueur. La Cour d'appel a confirmé la décision du tribunal de première instance. Toutefois, la Cour suprême a annulé l'ordonnance et jugé que le mariage d'Isatou avec le défunt était valide :

La loi personnelle du défunt était la charia à toutes les époques concernées. Le droit des musulmans à être guidés par la charia en matière de mariage, de divorce et d'héritage est inscrit à l'article 7 de la Constitution, dans les statuts et dans d'autres lois. Il n'existe aucun statut ou loi en Gambie qui abroge un mariage musulman célébré selon la charia... Le droit de l'homme musulman d'épouser plus d'une femme selon la charia est inaltérable. L'homme musulman peut décider de ne pas exercer ce droit, mais il reste possible de l'exercer. En vertu de son droit personnel islamique, une personne peut décider de se marier et de rester mariée à une seule femme, que le mariage contracté soit ou non un mariage musulman ou un mariage contracté en vertu de la loi sur le mariage civil, mais cela ne signifie pas en soi que cette personne a "choisi" de se soustraire à son droit personnel et sa décision est irréversible tant qu'il reste marié à cette seule femme.⁶⁶

Dans une affaire concernant la répartition des biens matrimoniaux, la Cour d'appel du Ghana, dans l'affaire *Sackey v Boakye-Mensah*⁶⁷, a statué qu'un conjoint doit établir que les biens ont été acquis pendant la durée du mariage. Dans cette affaire, le couple a cohabité de 1972 à 1977, a officialisé son union en vertu du droit coutumier en 1978 et a divorcé en 1985. Le tribunal a statué comme suit :

Le droit coutumier ne reconnaît pas le concubinage. Une concubine ne peut donc pas prétendre à une part des biens de son petit ami ou de sa petite amie simplement en raison des services rendus à ce dernier ou à cette dernière pendant le concubinage ... Le juge de première instance a donc bien fait de conclure que, puisque l'aide que l'appelante prétend avoir apportée à l'intimé entre 1972 et 1977 ... a été fournie alors qu'ils étaient en concubinage, même si elle pouvait être quantifiée, elle ne pouvait pas être réclamée en vertu du droit coutumier puisque celui-ci désapprouvait et ne reconnaissait pas le concubinage.⁶⁸

La Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, dans l'affaire *Aminata Diantou Diane contre République du Mali* (⁶⁹), a estimé que le fait que le tribunal malien n'ait pas entendu et jugé sans délai une affaire opposant Aminata à sa belle-famille violait ses droits à un recours effectif et à la non-discrimination, conformément aux articles 7 et 18(3) de la Charte de Banjul et à l'article 14(2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Le mari d'Aminata a été victime

⁶⁵ SC 15/2012 novembre 2014.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ (218 de 2007) [2008] GHACA 22.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ ECW/CCJ/APP/35/17) [2018] ECOWASCJ 14.

d'un accident vasculaire cérébral et s'est retrouvé inconscient et frappé d'incapacité. Sa belle-famille l'a alors enlevé et a entamé une procédure de divorce contre elle, puis l'a agressée et a confisqué ses biens matrimoniaux.

Ces décisions confirment l'inégalité à laquelle sont confrontées les femmes dans les systèmes juridiques pluriels et la façon dont un système judiciaire peu réceptif peut perpétuer la vulnérabilité des femmes qui cherchent à obtenir justice. La réalité sert de critère pour interpréter l'application de la loi. Les juges doivent donc être sensibles aux réalités sociales.

Des textes juridiques discriminatoires continuent d'exister sur le continent. Bien que leurs constitutions contiennent des dispositions relatives à l'égalité et à la non-discrimination, les codes de la famille de Djibouti, du Gabon, de la Guinée équatoriale, du Mali et du Soudan considèrent l'homme comme le chef de famille et exigent des femmes qu'elles obéissent à leur mari, dispositions qui affectent directement la décision d'une femme de recourir à la justice. L'affaire *Ato Del Avellanal contre Pérou*⁷⁰ illustre le dilemme auquel sont confrontées les femmes qui n'ont pas droit à un accès égal à la justice.

ii) Systèmes de justice informels

Les systèmes de justice coutumiers et informels sont populaires auprès des femmes en raison de leur proximité avec la population, de leur nature non contradictoire, de leur simplicité et de l'application facile et peu coûteuse des décisions. Cependant, ils présentent également un certain nombre de défis. La discrimination et l'inégalité manifestes étant profondément ancrées dans les pratiques culturelles et religieuses, les systèmes de justice informels peuvent renforcer le patriarcat et entraîner des conséquences néfastes pour les femmes.⁷¹

L'impact des systèmes de justice informels sur les droits des femmes dépend de leur reconnaissance légale ou non. Au Botswana, les tribunaux coutumiers sont des tribunaux subordonnés au pouvoir judiciaire. Ces tribunaux sont compétents pour entendre et trancher les divorces coutumiers.⁷² Au Kenya, les systèmes religieux et traditionnels de résolution des conflits sont reconnus par la Constitution. Les tribunaux religieux

⁷⁰ Communication n° 202/1986 *G Ato del Avellanal v Pérou* (octobre 1988) Doc. GAOR.A/44/40 CCPR/C/34/D/202/1986. En dépit de la Magna Carta et de la Constitution péruvienne garantissant l'égalité des droits entre les hommes et les femmes, une femme propriétaire d'immeubles à Lima ne pouvait pas poursuivre ses locataires pour loyers impayés, car le code péruvien exigeait qu'une femme mariée le fasse par l'intermédiaire de son mari. La Cour suprême péruvienne a confirmé les dispositions du code de la famille et l'épouse a déposé une plainte auprès du Comité des droits de l'homme. Le Comité des droits de l'homme a estimé que le code de la famille péruvien violait ses droits au titre de l'article 14(1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques sur l'égalité devant la loi, de l'article 3, qui exige des États parties qu'ils assurent le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le Pacte, et de l'article 6, qui exige des États parties qu'ils veillent à ce que toutes les personnes soient égales devant la loi et aient droit sans discrimination à une égale protection de la loi, de sorte que les dispositions du code de la famille violaient la protection contre la discrimination fondée sur le sexe.

⁷¹ IDLO 'Issue Brief : Naviguer sur des chemins complexes vers la justice : Les femmes et les systèmes de justice coutumiers et informels' (2020).

⁷² Voir *Mafokate v Mafokate* 2000 (2) BLR 430 (HC) où la Haute Cour du Botswana a procédé à l'audition et à la détermination d'un divorce coutumier en vertu de sa compétence initiale, mais a mentionné que de telles affaires sont mieux traitées par le tribunal coutumier.

islamiques Kadhis⁷³ font partie des tribunaux subordonnés au pouvoir judiciaire, les chefs administratifs et les anciens des villages sont considérés comme un système tiers autonome relevant de l'exécutif et les institutions de justice alternatives autonomes fonctionnent indépendamment de l'État.⁷⁴ En vertu de la loi sur le mariage, seuls les tribunaux civils et les tribunaux Kadhis sont autorisés à trancher les litiges relatifs à la dissolution des mariages. Toutefois, les structures culturelles, en particulier dans les zones rurales, continuent d'entendre et de trancher les litiges relatifs à la séparation et au divorce.⁷⁵

Le chevauchement des compétences entre les tribunaux officiels et les systèmes de justice informels ouvre la voie à des conflits de lois, ce qui est particulièrement préjudiciable aux femmes puisque les systèmes de justice traditionnels appliquent le droit coutumier dans les litiges familiaux, même lorsque le droit coutumier appliqué est en contradiction avec le droit statutaire ou la jurisprudence des tribunaux officiels.

Il est désormais admis que l'accent mis sur l'accès à la justice va au-delà de l'amélioration de l'accès d'un individu aux tribunaux ou de la garantie d'une représentation juridique, mais inclut la capacité d'une personne à demander et à obtenir un recours par le biais d'une institution judiciaire formelle ou informelle de traitement des griefs dans le respect des normes en matière de droits de l'homme.⁷⁶

La recommandation générale n° 33 du Comité CEDAW identifie les six composantes interdépendantes et essentielles suivantes pour la réalisation de l'accès à la justice pour les femmes : justiciabilité, disponibilité, accessibilité, bonne qualité et responsabilité des systèmes judiciaires, et mise à disposition de voies de recours pour les victimes.⁷⁷

Composantes de la CEDEF relatives à l'accès à la justice

- ✓ En ce qui concerne la justiciabilité, le comité CEDAW recommande aux États parties de veiller à ce que les droits et les protections juridiques correspondantes soient reconnus et incorporés dans la loi et d'améliorer la prise en compte de la dimension de genre dans le système judiciaire ; d'améliorer l'accès sans entrave des femmes aux systèmes judiciaires et de leur donner les moyens de parvenir à l'égalité de droit et de fait ; et de veiller à ce que les professionnels des

⁷³ Reconnu par l'article 170 de la Constitution du Kenya.

⁷⁴ Judiciaire du Kenya "Alternative Justice Systems Baseline Policy and Policy Framework" (2020).

⁷⁵ Human Rights Watch & FIDA Kenya "Once You Get Out, You Lose Everything" Women and Matrimonial Property Rights in Kenya" (2020).

⁷⁶ Programme des Nations Unies pour le développement *Programmation pour la justice : Accès pour tous : A Practitioner's Guide to Human Rights-Based Approach to Access to Justice* (2005).

⁷⁷ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 33" (note 39 ci-dessus), paragraphes 13-14 : La *justiciabilité* implique la possibilité pour les femmes d'accéder sans entrave à la justice et de faire valoir leurs droits ; la *disponibilité* implique l'existence de tribunaux et d'autres organes quasi-judiciaires sur l'ensemble du territoire national, y compris dans les zones rurales et reculées ; l'*accessibilité* exige que tous les systèmes judiciaires soient sûrs, abordables, physiquement accessibles aux femmes et qu'ils soient adaptés et appropriés pour répondre aux besoins des femmes ; la *bonne qualité* comprend des éléments tels que la compétence, l'efficacité, l'indépendance, l'impartialité et la rapidité ; l'*offre de recours viables et significatifs* ; et la *responsabilité* du (des) système(s) judiciaire(s) .

systèmes judiciaires traitent les affaires en tenant compte des spécificités de chaque sexe.

- ✓ En ce qui concerne la disponibilité des systèmes judiciaires, le Comité CEDAW recommande la création, le maintien et le développement de cours, de tribunaux et d'entités supplémentaires, selon les besoins, qui garantissent le droit d'accès des femmes à la justice sans discrimination sur l'ensemble du territoire de l'État partie, y compris dans les régions éloignées, rurales et isolées.⁷⁸
- ✓ En ce qui concerne l'accessibilité des systèmes judiciaires, le Comité CEDAW recommande d'éliminer les obstacles économiques à la justice en fournissant une aide juridique, en développant des activités de sensibilisation ciblées et en diffusant des informations sur les mécanismes judiciaires disponibles.
- ✓ Les systèmes judiciaires devraient être de bonne qualité et adhérer aux normes internationales de compétence, d'efficacité, d'indépendance et d'impartialité, ainsi qu'à la jurisprudence internationale, et mettre en œuvre des mécanismes garantissant que les procédures sont impartiales et ne sont pas influencées par des stéréotypes ou des préjugés sexistes.
- ✓ En ce qui concerne les voies de recours, le comité CEDAW recommande de prévoir et d'appliquer des voies de recours appropriées et opportunes en cas de discrimination à l'égard des femmes et de veiller à ce que les femmes aient accès à toutes les voies de recours judiciaires et non judiciaires disponibles.⁷⁹

En outre, la recommandation générale n° 33 du Comité CEDAW appelle à l'harmonisation des lois par la promulgation de lois qui définissent la relation entre les systèmes de justice pluriels existants, la création de mécanismes d'examen par l'État et la reconnaissance formelle et la codification des systèmes religieux, coutumiers, indigènes, communautaires et autres.⁸⁰ Les systèmes de justice informels sont autorisés à condition qu'ils respectent les normes des droits de l'homme telles que la non-discrimination et l'équité.

Le Comité des droits de l'homme demande aux États parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques de fournir des informations dans leurs rapports sur les points suivants : s'il existe des dispositions légales empêchant les femmes d'avoir un accès direct et autonome aux tribunaux ; si les femmes peuvent témoigner dans les mêmes conditions que les hommes ; si des mesures sont prises pour garantir l'égalité d'accès à l'assistance juridique, en particulier dans les affaires familiales ; et si certaines catégories de femmes se voient refuser la jouissance de la présomption d'innocence.⁸¹

L'article 8 du protocole de Maputo exige que les États parties prennent les mesures appropriées pour assurer aux femmes un accès effectif aux services judiciaires et

⁷⁸ Ibid., paragraphes 15 et 16.

⁷⁹ Ibid. paragraphes 17, 18 et 19.

⁸⁰ Paragraphes 62 et 64.

⁸¹ Comité des droits de l'homme "Recommandation générale n° 28" (note 30 ci-dessus) paragraphe 18.

juridiques.⁸² L'article reconnaît l'importance des traditions et des coutumes, mais note que celles-ci peuvent être adaptées pour ne pas contrevenir aux droits des femmes. Le protocole de Maputo cherche à résoudre la tension entre les droits coutumiers et les droits des femmes et encourage le maintien des premiers, pour autant qu'ils ne contreviennent pas aux seconds.

L'observation générale n° 6 de la CADHP demande aux États parties de mettre en place des systèmes et d'autres procédures permettant aux femmes de demander justice en cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage. Elle demande qu'une attention particulière soit accordée aux femmes sans enfants, aux femmes handicapées et aux femmes vivant dans les zones rurales, en raison de leur vulnérabilité, et exige des États qu'ils fournissent des services d'aide juridique étendus, comprenant la représentation juridique, l'assistance juridique, les conseils juridiques, l'information juridique, les systèmes de justice alternatifs et la justice réparatrice.⁸³ Reconnaisant le rôle des fonctionnaires judiciaires et administratifs dans la prévention ou la perpétuation de la discrimination fondée sur le sexe, la CADHP exige des États parties qu'ils forment les fonctionnaires judiciaires et administratifs à l'égalité des droits des femmes dans le mariage et qu'ils garantissent des ressources et des informations adéquates pour faire progresser l'égalité entre les sexes.⁸⁴

Réclamations possibles au titre de l'article 7(a) du Protocole de Maputo

- ✓ La non-reconnaissance par l'État de certains types de mariages largement pratiqués, tels que les mariages religieux, coutumiers et de fait.
- ✓ Obligation légale d'enregistrer tous les mariages, mais les systèmes et les procédures ne sont pas accessibles à tous les citoyens.
- ✓ Textes juridiques, pratiques culturelles et religieuses qui empêchent les femmes de demander réparation devant les tribunaux officiels.
- ✓ Manque d'harmonisation des systèmes formels et informels d'accès à la justice, y compris la mise en place de mécanismes de révision ou d'appel par l'État.
- ✓ L'État ne fournit pas de services juridiques, y compris des tribunaux accessibles, des actions de sensibilisation, des services d'aide juridique et des formations.

⁸² Il s'agit notamment de l'aide juridique, de la mise en place de structures éducatives adéquates et d'autres structures appropriées accordant une attention particulière aux femmes et de la sensibilisation de tous aux droits des femmes, de l'équipement des organes chargés de l'application de la loi à tous les niveaux pour interpréter et faire respecter efficacement les droits en matière d'égalité entre les femmes et les hommes et de la réforme des lois et pratiques discriminatoires existantes afin de promouvoir et de protéger les droits des femmes.

⁸³ ACHPR "Observation générale n° 6" (note 6 ci-dessus) paragraphe 56.

⁸⁴ Ibid. paragraphe 57. La déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale des Nations unies sur l'État de droit reconnaît également la nécessité de renforcer la justice et de veiller à ce qu'elle soit accessible et réponde aux besoins et aux droits de tous les individus. Elle appelle en outre à la mise en place de services efficaces, justes, non discriminatoires et équitables pour tous ; à l'indépendance du système judiciaire, ainsi qu'à l'impartialité et à l'intégrité ; à l'égalité d'accès à la justice pour tous, y compris la sensibilisation aux droits légaux, notamment pour les membres des groupes vulnérables ; à l'intégration des principes internationaux des droits de l'homme dans les mécanismes de justice informels, et à la nécessité d'accorder une attention particulière aux femmes et aux enfants, qui sont exposés à la violence et à la discrimination.

5. Article 7(b) : Les femmes et les hommes ont les mêmes droits de demander la séparation, le divorce ou l'annulation du mariage

5.1. Signification et champ d'application

Le principe de l'égalité des femmes et des hommes est au cœur de l'émancipation des femmes. En droit, les femmes sont considérées comme égales aux hommes, mais cette égalité ne peut être réalisée en raison des structures sociales, économiques et culturelles inégales de la société. La disposition légale relative à l'égalité dans le mariage permet à une femme de contracter un mariage, d'y rester et d'en sortir sans rencontrer d'obstacles. L'article 7, point b), permet donc à la femme d'accéder à la liberté conjugale dans des conditions d'égalité.

L'utilisation de restrictions au divorce pour circonscrire le statut des femmes dans la société a été appliquée dans le monde entier pendant des années, le divorce à l'initiative de la femme étant perçu comme une menace pour l'ordre social, pour l'autorité du mari et pour la domesticité de la femme.⁸⁵ L'influence des lois coutumières, religieuses et coloniales sur les régimes matrimoniaux continue de soutenir la hiérarchie matrimoniale qui favorise les privilèges masculins et l'autorité patriarcale dans le mariage sur l'ensemble du continent. Les lois et coutumes discriminatoires semblent contrôler le statut des femmes en limitant les sorties du mariage. Le champ d'application de l'article 7(b) est donc de s'assurer que la loi et la pratique permettent aux femmes de gouverner leur propre vie et de prendre des décisions indépendantes en ce qui concerne la séparation, le divorce et l'annulation du mariage.

L'article 16 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes exige que les États parties éliminent toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes au début du mariage, pendant le mariage et lors de sa dissolution par divorce ou décès. L'État a l'obligation de protéger les droits visés à l'article 7, point b), en veillant à ce que les lois et les systèmes accordent aux hommes et aux femmes un traitement égal, notamment en engageant des procédures judiciaires. Cette obligation exige également que les États interdisent aux institutions ou aux individus de restreindre la capacité d'une femme à demander une réparation juridique.⁸⁶

⁸⁵ CK Yeref "Divorce as a Substantive Gender-Equality Right" (février 2020) 22(2) *J of Constitutional Law* 455.

⁸⁶ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 21" (note 28 ci-dessus) paragraphe 8.

Le devoir de respect exige que l'État s'abstienne d'interférer dans la jouissance des droits des femmes. Il interdit de promulguer ou de maintenir des lois ou des règlements, ou de mettre en place des programmes et des procédures administratives qui empêchent directement ou indirectement les femmes de jouir de ce droit.⁸⁷ Pour réaliser le droit prévu à l'article 7(b), l'État est tenu de prendre toutes les mesures appropriées, y compris l'adoption d'une législation antidiscriminatoire, la mise en place d'une protection juridique des droits des femmes et la modification ou l'abolition des lois et pratiques discriminatoires.⁸⁸

5.2. Violations de l'article 7(b) du protocole de Maputo

5.2.1. Lois et pratiques discriminatoires en matière de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage

La plupart des pays ont des constitutions qui contiennent des termes généraux qui imposent l'égalité des sexes ou la non-discrimination sur la base du sexe ; d'autres ont des dispositions spécifiques sur l'égalité dans le mariage. Cependant, certaines pratiques ou lois accordent aux hommes le pouvoir de diriger les ménages ou d'être les représentants légaux des ménages, leur donnant ainsi le pouvoir de prendre des décisions au nom de la famille ; ce pouvoir inclut la décision d'une femme de se séparer, de divorcer ou d'annuler un mariage.⁸⁹

À l'instar des lois sur le mariage, la séparation, le divorce ou l'annulation du mariage sont régis par différents régimes, à savoir le droit civil, le droit coutumier ou le droit religieux. Alors que la dissolution du mariage est normalement effectuée par les tribunaux judiciaires, un certain nombre de juridictions telles que le Botswana, le Nigeria et l'Ouganda autorisent la dissolution des mariages coutumiers par le biais de structures culturelles utilisant les coutumes en vigueur. Toutefois, les similitudes avec ces régimes sont que, souvent, les femmes se voient refuser les mêmes droits que les hommes lorsqu'elles demandent la séparation, le divorce ou l'annulation du mariage.

i) Lois statutaires

En Ouganda, la loi sur le divorce régit les cas de séparation et de divorce. Le mari et la femme peuvent tous deux demander le divorce au tribunal. Toutefois, les motifs de la demande sont différents pour les hommes et les femmes. Les femmes doivent prouver le changement de religion du mari et l'adultère aggravé (adultère et autres délits tels que la bigamie, l'adultère, l'inceste ou la désertion) ; pour le mari, il suffit d'un seul motif - l'adultère de la femme.⁹⁰ La procédure de demande de divorce est plus fastidieuse

⁸⁷ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 28 : Obligations fondamentales des États parties en vertu de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes" (2010) CEDAW/C/GC/28 para 9.

⁸⁸ Ibid., paragraphes 16 et 17.

⁸⁹ UN Women, UNDP, UNODC & OHCHR *Practitioner's Toolkit on Women's Access to Justice Programming* (2018) Module 2 : Marriage, Family and Property Rights.

⁹⁰ Loi sur le divorce CAP 249 s 4.

pour les femmes que pour les hommes. Par exemple, il est plus facile pour les hommes que pour les femmes de divorcer en vertu du droit musulman, car les hommes peuvent divorcer unilatéralement de leurs épouses. Bien que la Haute Cour, dans l'affaire *Uganda Association of Women Lawyers and Others v Attorney General*⁹¹, ait déclaré que ces dispositions étaient discriminatoires et donc inconstitutionnelles, aucune modification législative n'a été entreprise.

ii) Droit religieux et coutumier

Même lorsque la loi autorise les femmes à se séparer, à divorcer ou à annuler un mariage, la religion et la culture peuvent leur interdire de le faire, ce qui rend difficile la demande de divorce pour les femmes.⁹² En vertu de la charia, le divorce par talaq ne peut être prononcé que par le mari, ce qui donne à l'homme le pouvoir unilatéral et inconditionnel de divorcer de sa femme sans aucune raison et sans avoir recours à une procédure judiciaire. Les femmes, quant à elles, doivent donner des raisons pour que le divorce soit autorisé. Les trois options de divorce pour les femmes sont le khul, le mubarah ou le talaq-e-tafwaz et nécessitent une procédure judiciaire.⁹³ C'est la pratique dans la plupart des pays musulmans et des pays qui autorisent l'application de la loi islamique dans les affaires personnelles.

La plupart des lois coutumières du continent africain n'autorisent pas les femmes à divorcer. Si elle le fait, l'incident a des conséquences négatives pour elle et sa famille.⁹⁴ Au Burkina Faso, une femme divorcée est considérée par ses parents comme "un mauvais exemple" pour ses sœurs non mariées.⁹⁵ Par conséquent, pour préserver la dignité de sa famille, une femme mariée est censée persévérer même si elle est confrontée à une adversité insurmontable.⁹⁶

L'impact économique et social sur les femmes en cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage prive la femme de la possibilité pratique de divorcer de son mari. Outre les procédures judiciaires coûteuses et fastidieuses, il est peu probable que les femmes disposent de moyens de subsistance en dehors du mariage. Dans certains mariages culturels et religieux, les femmes peuvent être tenues de rembourser le prix

⁹¹ (2004) UGSC 1 (articles discriminatoires de la loi sur le divorce qui rendaient difficile pour les femmes de prouver les motifs du divorce).

⁹² Par exemple, les chrétiens citent souvent le passage de la Bible Malachi 2:16 selon lequel Dieu déteste le divorce. Pour les musulmans, le divorce est considéré comme la chose la plus détestable devant Allah.

⁹³ A Shah "Women's Human Rights in the Koran : An Interpretive Approach" (2006) 28(4) *Human Rights Quarterly* 892. Le talaq implique qu'un mari répudie sa femme en disant trois fois "tu es divorcée". Le khul est le cas où une femme achète sa libération en restituant sa dot ; le mubarah implique un consentement mutuel bien que le mari ait toujours un moyen de pression et le talaq-e-tafwaz se produit lorsque le mari délègue à sa femme le pouvoir de divorcer.

⁹⁴ J Obonye 'The practice of polygamy under the scheme of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa : a critical appraisal' (2012) *J of African Studies and Development* 147.

⁹⁵ GB Thiombiano 'Effets de la rupture conjugale sur les conditions de vie des femmes au Burkina Faso (printemps/été 2012) 39(1-2) *Canadian Studies in Population* 1.

⁹⁶ Note 91 ci-dessus.

de la fiancée lors de la dissolution du mariage.⁹⁷ Au Kenya, les tribunaux ont statué que la répartition des biens acquis au cours d'un mariage qui a été annulé par la suite ne peut être réclamée au titre des biens matrimoniaux, puisque l'annulation a tout invalidé, y compris les droits matrimoniaux.⁹⁸ Ces difficultés rendent la séparation, le divorce ou l'annulation quasiment impossibles pour les femmes. Les États parties sont tenus d'introduire des mesures visant à encourager le plein respect des dispositions de la CEDEF relatives à l'égalité devant la loi et à l'égalité dans le mariage et de veiller à ce que la religion, le droit privé ou la coutume n'entravent pas la mise en œuvre de ces articles.⁹⁹

Le Comité CEDAW prend note des conséquences financières du divorce et des différentes normes de faute pour les épouses et les maris, telles que l'exigence de la preuve d'une infidélité plus grande de la part d'un mari que de la part d'une femme comme base de divorce, et demande aux États parties de réviser les dispositions qui lient les motifs de divorce aux conséquences financières et d'éliminer les différences dans les normes de faute pour les épouses et les maris. En outre, le Comité CEDAW demande aux États parties d'éliminer toute exigence procédurale concernant le paiement d'une avance, le remboursement de la dot ou tout autre paiement qui a été un élément de la formation du mariage et qui ne s'applique pas de la même manière aux maris et aux femmes.¹⁰⁰

En Ouganda, dans l'affaire *Mifumi v Attorney General*¹⁰¹ concernant une requête visant à déclarer inconstitutionnelle la coutume et la pratique du mariage consistant à exiger le prix de la fiancée et son remboursement en cas de divorce, la Cour suprême a rejeté l'allégation selon laquelle la pratique du paiement du prix de la fiancée était inconstitutionnelle, mais a jugé que le remboursement du prix de la fiancée en cas de divorce était inconstitutionnel. La Cour a statué ainsi :

La coutume du remboursement de la dot dévalorise la valeur, le respect et la dignité d'une femme. Je n'y vois aucune caractéristique rédemptrice. Le défendeur 2nd a déclaré dans ses observations que cette coutume avait pour but d'éviter l'enrichissement injuste. Avec tout le respect que je lui dois, je n'accepte pas cet argument. Si l'expression "prix de la fiancée" est rejetée parce qu'elle dépeint à tort une femme comme un bien meuble, comment peut-on alors accepter le remboursement du prix de la fiancée ? Le prix de la fiancée est un cadeau offert aux parents de la jeune fille pour avoir pris soin d'elle jusqu'à son mariage, et comme il s'agit d'un cadeau, il ne devrait pas être remboursé. En outre, la coutume ignore complètement la contribution de la femme au mariage jusqu'à sa rupture. Dans de nombreux groupes ethniques, son travail domestique et les enfants qu'elle a éventuellement eus dans le

⁹⁷ Human Rights Watch & FIDA Kenya (note 75 ci-dessus).

⁹⁸ Voir *O K N v M P N* [2017] eKLR et *G M v D M* [2018] eKLR (incapacité des femmes à réclamer les biens matrimoniaux après l'annulation du mariage).

⁹⁹ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 21" (note 28 ci-dessus) paragraphe 48.

¹⁰⁰ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 29" (note 28 ci-dessus) paragraphes 38, 40 et 41.

¹⁰¹ [2015] UGSC 13 (paiement et remboursement de la dot).

cadre du mariage sont totalement ignorés. Je ne suis respectueusement pas d'accord avec la suggestion proposée par la 2nd partie défenderesse selon laquelle, lorsque le mariage est rompu, la contribution de la femme devrait faire l'objet d'une évaluation ... le remboursement du prix de la fiancée viole l'article 31, paragraphe 1, qui dispose que "l'homme et la femme âgés de dix-huit ans au moins ont le droit de se marier et de fonder une famille et jouissent de droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution".¹⁰²

Le Comité des droits de l'homme déclare que l'article 23(4) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques sur l'égalité des droits et des responsabilités s'étend aux dispositions relatives à la séparation légale ou à la dissolution du mariage, notant que "tout traitement discriminatoire concernant les motifs et les procédures de séparation ou de divorce, la garde des enfants, la pension alimentaire, les droits de visite ou la perte ou le recouvrement de l'autorité parentale doit être interdit".¹⁰³

L'observation générale n° 6 de la CADHP soutient la procédure judiciaire dans la dissolution du mariage. Elle souligne l'impact négatif des différents motifs et procédures de divorce sur la répartition des biens matrimoniaux au moment de la séparation, du divorce ou de l'annulation du mariage.¹⁰⁴

La CADHP appelle les États parties à adopter une législation qui permette aux femmes et aux hommes de jouir de droits égaux en cas de séparation, de divorce ou d'annulation, comme le prévoit l'article 7 du protocole de Maputo.¹⁰⁵ En outre, elle demande aux États parties de revoir leur cadre juridique national afin de s'assurer qu'il est harmonisé et qu'il donne pleinement effet à l'égalité des droits des femmes en matière de propriété conjugale, notamment en abrogeant les lois discriminatoires, en harmonisant les codes civil et de la famille avec le protocole de Maputo, en particulier en ce qui concerne les questions de mariage, de divorce, de séparation ou d'annulation du mariage, et en veillant à ce que la menace de dépossession en cas de divorce ou de séparation soit punissable par la loi.¹⁰⁶

5.2.2. Restrictions en matière de divorce

Outre les lois et pratiques discriminatoires, les restrictions en matière de divorce affectent la réalisation de l'article 7(b) du protocole de Maputo. La plupart des pays ont des dispositions basées sur la faute et des périodes d'attente obligatoires avant que le divorce puisse être entamé, décourageant ainsi les procédures formelles de divorce.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Comité des droits de l'homme "Recommandation générale n° 28" (note 30 ci-dessus) paragraphe 2.

¹⁰⁴ CADHP "Observation générale n° 6" (note 6 ci-dessus), paragraphes 14, 16 et 18.

¹⁰⁵ Ibid. paragraphe 36.

¹⁰⁶ Ibid. paragraphe 51.

i) Restrictions fondées sur les fautes

Au Burkina Faso, alors que les articles 354 et 355 du code de la famille permettent aux parties à un mariage de demander conjointement le divorce sans en donner le motif, il autorise également le divorce pour faute en vertu de l'article 367, qui permet à un conjoint de demander le divorce pour les motifs suivants : adultère, excès de sévices ou d'injures graves, lorsque la sécurité d'un membre de la famille ou des enfants est gravement compromise par une faute manifeste ou un abandon moral ou matériel, séparation depuis plus de trois ans ou impuissance ou stérilité d'origine médicale. Au Kenya, selon le type de mariage, différents motifs s'appliquent, bien que les motifs communs soient l'adultère, la cruauté, la désertion, la dépravation exceptionnelle et la rupture irrémédiable du mariage.¹⁰⁷ Toutefois, pour les mariages musulmans, c'est la loi islamique sur le divorce qui s'applique, tandis que pour les mariages coutumiers, la loi sur le mariage autorise également l'application d'un motif valable en vertu du droit coutumier du demandeur.

En Égypte, les femmes n'ont pas le droit unilatéral de demander le divorce. La loi autorise à la fois le divorce pour faute et le divorce sans faute. Pour un divorce pour faute, la femme doit prouver que le mari souffre d'une maladie, y compris d'une maladie mentale, d'une maladie vénérienne et de l'impuissance ; qu'il ne fournit pas de pension alimentaire ; qu'il est absent, emprisonné ou blessé (darar), ce qui inclut une variété de formes de dommages physiques et mentaux.

Alors que les lois susmentionnées peuvent sembler neutres du point de vue du genre, le divorce pour faute perpétue l'infériorité sociale et économique des femmes, qui vivent alors sous la souveraineté de leur mari. La charge importante que représente la fourniture de preuves dans les divorces pour faute peut empêcher les femmes de demander justice. En outre, l'adultère en tant que motif de divorce est essentiellement dirigé contre les femmes. Cela se manifeste par des peines plus sévères pour les femmes que pour les hommes dans les lois qui criminalisent le divorce. Dans certaines juridictions, les motifs de divorce ont un lien direct avec les conséquences financières d'un divorce ou la garde des enfants, par exemple le paiement d'une pension alimentaire ou la garde des enfants peuvent être refusés en fonction du rôle joué par la femme dans la dissolution du mariage. Au Kenya, l'article 83, paragraphe 3, de la loi sur les enfants permet à un tribunal de se référer aux motifs invoqués pour accorder la séparation judiciaire ou le divorce afin de prononcer des ordonnances de garde, ce qui signifie qu'un divorce pour faute peut être utilisé pour refuser à une femme le droit de garde. L'article se lit comme suit :

Dans tous les cas où un jugement de séparation judiciaire ou un jugement, soit jugement conditionnel ou irrévocable , de divorce est prononcé, et que la juridiction qui prononce le jugement, soit conditionnel soit irrévocable, estime que le parent en raison de l'inconduite duquel le jugement est rendu n'est pas apte à avoir la garde légale de l'enfant ou des enfants issus du mariage, le parent ainsi déclaré inapte n'a pas droit, à la mort de l'autre parent, à la garde légale de l'enfant, sauf avec l'autorisation de la juridiction.

¹⁰⁷ Loi sur le mariage de 2014, articles 65, 69 et 70.

Par conséquent, le divorce sans faute est un droit fondamental pour les femmes puisqu'il leur permet de jouir d'une liberté conjugale ; cette liberté conjugale est une composante essentielle de l'ordre social et de la réalisation des droits des femmes.¹⁰⁸

ii) Longs délais d'attente légaux

Outre le divorce pour faute, les restrictions concernant le moment où l'on peut demander le divorce et se remarier après la dissolution du mariage ont un impact négatif sur les femmes. Au Burkina Faso, le délai d'attente est de deux ans. Cette pratique a conduit des couples à se séparer de manière informelle plutôt que d'attendre le délai nécessaire pour entamer une procédure officielle de divorce. Au Kenya, la loi sur le mariage prévoit une période obligatoire de trois ans avant d'entamer une procédure de divorce dans le cadre d'un mariage civil. La Haute Cour du Kenya, dans l'affaire *Tukero ole Kina v Attorney General & another*, a déclaré que la période d'attente de trois ans était inconstitutionnelle.¹⁰⁹ Le juge a déclaré

En imposant une limite de trois ans, l'article contesté a eu pour effet de maintenir les parties dans une situation à laquelle elles ne souhaitaient plus participer. Ainsi, alors que l'article 66 (2) envisage la cruauté et la dépravation exceptionnelle comme motifs de dissolution du mariage, une requête ne peut être examinée tant que le délai n'est pas atteint. Il s'agit là, à mon avis, d'un cas *prima facie* d'affront à la dignité humaine d'une personne préservée par l'article 28 et je n'ai aucune hésitation à le dire.¹¹⁰

En ce qui concerne la période d'attente avant le remariage, dans des pays comme la République démocratique du Congo et le Burkina Faso, les femmes divorcées doivent attendre 300 jours avant de pouvoir se remarier. Pour les musulmans, une femme divorcée ne peut se remarier qu'après une période d'attente de trois mois (*idda*).¹¹¹

La décision de la Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud dans l'affaire *RH v DE* a statué que la demande d'indemnisation d'un mari par le partenaire intime de sa femme pour cause d'adultère n'était pas défendable dans le monde moderne.¹¹¹ La Cour a statué comme suit :

Les preuves normalement présentées dans les actions pour adultère portent gravement atteinte à la dignité et à la vie privée de la partie défenderesse et de l'époux qui est censé avoir commis l'adultère. Dans cette affaire, Mme H. a été soumise à un contre-interrogatoire embarrassant et humiliant et a subi l'indignité de voir sa vie personnelle et privée placée sous un microscope et d'être interrogée d'une manière insultante et embarrassante. L'impression qui se dégage clairement des témoignages recueillis dans cette affaire est que le plaignant était motivé par des considérations de colère à l'égard de sa femme pour la rupture de leur mariage. Il a trouvé en la défenderesse un

¹⁰⁸ Yeref (note 85 ci-dessus).

¹⁰⁹ [2019] eKLR (période d'attente de trois ans avant la demande de divorce déclarée inconstitutionnelle).

¹¹⁰ Ibid. paragraphe 122.

¹¹¹ (594/2013) [2014] ZASCA 133 ; 2014 (6) SA 436 (SCA) (demande de dommages et intérêts sur des allégations d'adultère rejetée).

bouc émissaire commode et le réceptacle de sa colère et de son désir de vengeance. Ainsi, au lieu d'être motivée par un besoin de réconfort et d'apaisement, l'action a été motivée par un désir de vengeance négatif et destructeur. Je ne doute pas que ce soit souvent le cas... À la lumière de l'évolution des *mœurs* de notre société, l'action délictuelle fondée sur l'adultère d'un conjoint innocent est devenue obsolète et ne peut plus être maintenue ; le temps de son abolition est venu... le maintien de cette action est en conflit avec nos normes constitutionnelles.¹¹²

L'article 1 de la CEDEF indique que les restrictions fondées sur le sexe ont un impact sur la réalisation de l'égalité et de la non-discrimination et invite les États membres, en vertu de l'article 2, à condamner la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, notamment en prenant des mesures qui inscriront l'égalité dans les constitutions et les lois, en mettant en place des sanctions pour interdire la discrimination et en s'abstenant de tout acte susceptible de promouvoir la discrimination à l'égard des femmes.

Le comité CEDAW note que certains systèmes juridiques établissent un lien direct entre les motifs de divorce et les conséquences financières du divorce, les régimes de divorce fondés sur la faute conditionnant les droits financiers à l'absence de faute. Il note également que les régimes fondés sur la faute peuvent inclure des normes de faute différentes pour les femmes et les maris et que les cadres économiques fondés sur la faute fonctionnent souvent au détriment de la femme, qui est généralement le conjoint financièrement dépendant. Le comité CEDAW invite les États membres à réviser les dispositions liant les motifs de divorce et les conséquences financières afin d'éliminer les possibilités pour les maris d'abuser de ces dispositions pour éviter toute obligation financière envers leur femme ; à réviser les dispositions relatives au divorce pour faute afin de prévoir une compensation pour les contributions apportées par la femme au bien-être économique de la famille pendant le mariage ; et à éliminer les normes de faute différentes pour les femmes et pour les maris, telles que l'exigence de la preuve d'une infidélité plus grande de la part d'un mari que de la part d'une femme comme base pour le divorce.¹¹³ Dans ses observations finales sur les sixième et septième rapports périodiques combinés du Mali en 2016, le Comité CEDAW a demandé à l'État malien d'abroger les dispositions du Code des personnes et de la famille, y compris l'exigence d'une période d'attente pour qu'une femme divorcée puisse se remarier, déclarant que cette disposition est discriminatoire.¹¹⁴

Le Comité des droits de l'homme exige des États parties qu'ils garantissent l'égalité en matière de dissolution du mariage, ce qui exclut la possibilité de répudiation, et que les motifs de divorce et d'annulation soient les mêmes pour les hommes et les femmes.¹¹⁵

¹¹² Ibid. paragraphe 39.

¹¹³ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 29" (note 28 ci-dessus), paragraphes 39-40.

¹¹⁴ CEDAW/C/MLI/CO/6-7.

¹¹⁵ Comité des droits de l'homme "Recommandation générale n° 28" (note 30 ci-dessus) paragraphe 26.

Le Comité des droits de l'homme a exhorté le Venezuela à modifier toutes les lois qui restent discriminatoires à l'égard des femmes, notamment celles relatives à l'adultère et à l'interdiction de se marier pendant les dix mois suivant la dissolution d'un précédent mariage, car elles violent les droits des femmes tels qu'ils sont énoncés aux articles 2, 3 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP).¹¹⁶

Les directives internationales du HCDH et du programme commun des Nations unies sur le VIH/sida concernant le VIH/sida et les droits de l'homme recommandent la révision des lois afin de garantir l'égalité des femmes en matière de propriété, de relations conjugales et d'accès à l'emploi et aux opportunités économiques, de sorte que les limitations discriminatoires soient supprimées en ce qui concerne les droits de posséder et d'hériter des biens, de conclure des contrats et de se marier, d'obtenir des crédits et des financements, d'entamer une procédure de séparation ou de divorce, de partager équitablement les biens en cas de divorce ou de séparation et de conserver la garde des enfants.¹¹⁷

L'observation générale n° 6 de la CADHP souligne que les motifs de divorce dans les mariages coutumiers peuvent varier en fonction de la coutume d'un groupe particulier et de l'impact sur la répartition des biens matrimoniaux au moment de la séparation, du divorce ou de l'annulation du mariage, et appelle à un réexamen des lois et pratiques discriminatoires.¹¹⁸

Réclamations possibles au titre de l'article 7(b) du Protocole de Maputo

- ✓ Les lois qui donnent automatiquement aux hommes le pouvoir de diriger les foyers.
- ✓ Textes juridiques, pratiques culturelles et religieuses qui empêchent les femmes de demander la séparation, le divorce ou l'annulation du mariage (y compris le remboursement de la dot, le divorce pour faute et la restriction du remariage après le divorce).
- ✓ Absence d'harmonisation des lois régissant la séparation, le divorce ou l'annulation des mariages, y compris l'absence de mécanismes de responsabilisation pour les systèmes judiciaires existants.

¹¹⁶ Comité des droits de l'homme doc GAOR A/55/38 41 para 406.

¹¹⁷ *Directives internationales de l'ONU sur le VIH/sida et les droits de l'homme* (2006).

¹¹⁸ ACHPR "Observation générale n° 6" (note 6 ci-dessus), paragraphes 18, 50 et 51 ; Protocole de Maputo, article 7(d).

6. Article 7(c) : En cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage, la femme et l'homme ont des droits et des responsabilités réciproques envers leurs enfants. Dans tous les cas, l'intérêt des enfants doit être une considération primordiale. _____.

6.1. Signification et champ d'application

La discrimination des femmes au sein de la famille affecte leur pouvoir de décision et sous-évalue leur statut dans le mariage. Les institutions sociales, les lois formelles et informelles et les pratiques culturelles et religieuses contrôlent les responsabilités domestiques et l'autorité parentale des femmes.¹¹⁹ La tutelle légale et la répartition des soins et des responsabilités à l'égard des enfants après le divorce reflètent les attentes de la société à l'égard des hommes et des femmes dans la sphère familiale. En Asie et en Afrique, les femmes de 146 pays jouiraient de l'égalité des droits et des responsabilités à l'égard de leurs enfants en cas de divorce. Toutefois, dans 34 pays, les femmes n'ont pas les mêmes droits et les mêmes obligations à l'égard de leurs enfants en cas de divorce.¹²⁰

Les questions primordiales relatives à la garde et à la responsabilité des enfants qui ont une incidence négative sur les droits à l'égalité des femmes comprennent la violence domestique, la position de négociation plus faible des femmes dans la famille et les interprétations de l'intérêt supérieur de l'enfant d'une manière biaisée en fonction du sexe.¹²¹

L'essence de l'article 7(c) du Protocole de Maputo est de garantir que les questions de genre affectant la capacité des femmes à avoir la garde et la responsabilité des enfants bénéficient d'une attention particulière. Les États parties ont l'obligation, en vertu de l'article 16 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, de garantir l'égalité des femmes dans la famille, y compris en

¹¹⁹ *Rapport mondial sur l'indice des institutions sociales et du genre* (2019).

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ F Raday 'Gender Equality and Women's Rights in the Context of Child Custody and Maintenance : An International and Comparative Analysis' UN Women Discussion Paper Series No. 30 (2019).

ce qui concerne leurs droits et responsabilités en tant que parents. En outre, en vertu de la Convention relative aux droits de l'enfant (¹²²), les États parties sont tenus de reconnaître que les deux parents ont une responsabilité commune dans l'éducation et le développement de leurs enfants. En vertu des deux conventions, l'intérêt supérieur de l'enfant est primordial.

L'obligation de protéger et de mettre en œuvre requiert des gouvernements qu'ils mettent en place des lois et adoptent des mesures interdisant toute coutume, tradition, pratique culturelle ou religieuse incompatible avec le principe de l'égalité des sexes et les droits de l'enfant.¹²³ L'obligation de respecter requiert des États qu'ils s'abstiennent d'interférer avec les droits des femmes à la tutelle et à la responsabilité envers leurs enfants en cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage. Le Comité des droits de l'enfant a estimé que le partage des responsabilités parentales est généralement dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Les tribunaux sont tenus de prendre en considération le droit de l'enfant à préserver sa relation avec ses deux parents, ainsi que les autres éléments pertinents en l'espèce.¹²⁴

6.2. Violations de l'article 7(c) du protocole de Maputo

6.1.1. Lois et pratiques discriminatoires sur les droits et responsabilités réciproques envers les enfants

Les lois coutumières, religieuses et coloniales accordent aux hommes la prérogative de la tutelle et de la garde des enfants en cas de divorce. En vertu du droit coutumier et religieux, les systèmes de lignage servent de base aux droits, privilèges et devoirs au sein de la famille, y compris les décisions relatives à la garde et à l'entretien des enfants. Par exemple, dans les pays où l'islam est reconnu comme source du droit de la famille, les principes de la charia s'appliquent dans les cas de garde et de soins aux enfants après le divorce. En vertu de la charia, les mères ont généralement droit à la garde physique des enfants jusqu'à un certain âge, bien que ce droit varie selon les différentes écoles juridiques de l'islam et qu'il soit différencié entre les garçons et les filles.¹²⁵

Au Maroc, en vertu du code de la famille (Moudawana), le père est considéré comme le tuteur légal de ses enfants ; la mère a le droit de garde des enfants de sexe masculin et féminin jusqu'à l'âge de 15 ans. En outre, une femme qui demande la garde ne peut pas se marier, sauf dans certains cas exceptionnels. En Gambie, les lois sur la tutelle et l'entretien des enfants varient en fonction du régime juridique appliqué. En droit civil, le principe directeur de la garde est l'intérêt supérieur de l'enfant. Cependant, en droit

¹²² Convention relative aux droits de l'enfant (adoptée le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990) 1577 UNTS 3 (CDE).

¹²³ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 29" (note 28 ci-dessus), paragraphes 21 et 27 ; CADHP, "Observation générale n° 6" (note 6 ci-dessus), paragraphe 13 ; Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (adoptée le 1er juillet 1990, entrée en vigueur le 29 novembre 1999), article 1(3).

¹²⁴ Comité des droits de l'enfant "Observation générale no 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale" (2013) CRC/C/GC/14.

¹²⁵ Indice des institutions sociales et du genre (note 119 ci-dessus).

coutumier et religieux, où les tribunaux Cadi et les tribunaux de district sont compétents pour les questions relatives aux enfants, y compris la garde, le droit de visite et l'entretien, l'intérêt supérieur de l'enfant peut ne pas être la considération première. Par exemple, les tribunaux Cadi, qui président les litiges familiaux musulmans, accordent la garde d'un enfant de sexe masculin âgé de sept ans et plus au père et celle d'un enfant de sexe féminin à la mère.¹²⁶ Au Botswana, où le mariage est régi par le droit coutumier, les enfants nés dans le mariage sont considérés comme appartenant à la lignée du père.¹²⁷

Outre la tutelle et la garde des enfants, l'entretien des enfants après le divorce continue de désavantager les femmes. En raison de l'impact socio-économique du divorce, les revenus des femmes diminuent généralement par rapport à ceux des hommes et, après le divorce, la plupart des femmes ne sont pas bien préparées à s'occuper des enfants en raison des rôles assignés dans le mariage, où la femme est chargée de s'occuper des enfants tandis que l'homme est le salarié. En outre, les difficultés d'accès à la justice et les obstacles à l'exécution des décisions de justice restent un énorme problème pour les femmes qui sont parfois confrontées à la violence lorsqu'elles décident de demander réparation.¹²⁸

La majorité des lois et codes nationaux en Afrique ont adopté des lois spécifiques pour traiter les cas de garde et d'entretien des enfants lors de la dissolution du mariage. Ces lois contiennent des dispositions expresses sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la détermination des questions relatives aux enfants. Cependant, les lois coutumières et religieuses continuent d'étouffer le droit des femmes à la garde et à l'entretien des enfants.

L'article 16, paragraphe 1, points d) et f), de la CEDEF exige des États parties qu'ils veillent à ce que, en vertu de leur législation, les deux parents, indépendamment de leur situation matrimoniale et du fait qu'ils vivent ou non avec leurs enfants, partagent des droits et des responsabilités égaux à l'égard de ces derniers. Le Comité CEDAW est préoccupé par le fait que, dans certains pays où l'égalité de jure existe, les femmes se voient encore attribuer des rôles et des responsabilités différents, ce qui constitue une violation du principe d'égalité énoncé dans la CEDAW. Il appelle les États parties à reconnaître la responsabilité partagée des parents en matière de soins, de protection et d'entretien de leurs enfants et à faire du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant la considération primordiale.¹²⁹ En outre, le comité CEDAW invite les États parties à prendre note de l'égalité économique des femmes au moment du divorce et de la manière dont les lois, les coutumes et les pratiques relatives à la garde et au soutien financier des enfants mineurs ont un impact économique sur la situation économique des femmes après le divorce.¹³⁰

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ EM Mokobi "Lingering inequality in inheritance law : the child born out of wedlock in Botswana" (2000) 31(2) *Perspective* 231-236.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 21" (note 28 ci-dessus), paragraphes 20 et 21.

¹³⁰ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 29" (note 28 ci-dessus) paragraphe 21.

Sur la base de l'interprétation générale du principe de l'égalité des droits et des responsabilités à l'égard des enfants après la dissolution du mariage, le Comité des droits de l'homme demande aux États parties d'étendre l'application de l'article 23, paragraphe 4, et de remédier à tout traitement discriminatoire en ce qui concerne les motifs et les procédures de garde des enfants, les pensions alimentaires, les droits de visite et d'interdire la perte ou le recouvrement de l'autorité parentale sur un enfant, en veillant à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en considération à tout moment.¹³¹ Le Comité des droits de l'homme a développé ces points de vue en soulignant que, pour remplir leurs obligations au titre de l'article 23, paragraphe 4, les États parties doivent veiller à ce que le régime matrimonial prévoit des droits et des obligations égaux pour les deux époux en ce qui concerne la garde et l'entretien des enfants, ainsi que leur éducation religieuse et morale.

La définition de la discrimination dans le cadre du protocole de Maputo englobe une variété d'actions discriminatoires possibles ayant soit l'objectif exprès, soit l'effet réel d'une discrimination à l'égard des femmes. La discrimination peut se produire par le biais de dispositions discriminatoires directes ou indirectes et les lois qui semblent neutres sur le plan du genre peuvent avoir tendance à ignorer des questions importantes qui affectent la réalisation de l'égalité entre les hommes et les femmes. Dans le cas de la garde des enfants et de la pension alimentaire en cas de séparation ou de dissolution du mariage, si la loi ne reconnaît pas le statut social et économique des droits des femmes, l'égalité ne sera pas réalisée. L'égalité matérielle est donc essentielle pour l'égalité entre les femmes et les hommes et pour lutter contre d'autres inégalités horizontales entre des groupes qui font l'objet de discriminations ou qui sont oubliés de quelque manière que ce soit.

Réclamations possibles au titre de l'article 7(c) du Protocole de Maputo

- ✓ Les lois et les pratiques qui donnent aux hommes la prérogative sur la garde des enfants sans prendre en considération le principe primordial de l'intérêt supérieur de l'enfant.
- ✓ Existence de textes juridiques et de pratiques culturelles et religieuses qui empêchent les femmes d'obtenir la garde de leurs enfants et une pension alimentaire en cas de divorce.
- ✓ Le manque d'harmonisation des systèmes de traitement des litiges relatifs à la garde des enfants et à la pension alimentaire en cas de divorce, y compris l'absence d'inculcation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans tous les systèmes et la mise en place par l'État de mécanismes de révision ou d'appel pour les systèmes judiciaires.
- ✓ L'État ne fournit pas de services juridiques, y compris des tribunaux accessibles et une sensibilisation à l'égalité des droits parentaux en cas de dissolution du mariage.

¹³¹ Comité des droits de l'homme "Recommandation générale n° 28" (note 30 ci-dessus) paragraphe 26.

7. Article 7(d) : En cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage, la femme et l'homme ont droit à un partage équitable des biens communs issus du mariage. _____.

7.1. Signification et champ d'application

Les femmes ont un accès limité aux droits de propriété et n'en jouissent pas, principalement en raison des relations de pouvoir inégalent entre les hommes et les femmes, des structures et pratiques sociales et culturelles discriminatoires et du manque d'autonomie économique. Cette situation affecte les droits de propriété des femmes tant au moment du mariage qu'au moment du divorce ou de la séparation. Pendant le mariage, elles exercent un pouvoir de décision économique limité au sein du ménage, mais les rôles domestiques et reproductifs n'ont jamais de valeur économique.¹³²

La situation est pire en ce qui concerne le contrôle des biens par les femmes au sein du mariage. Les pratiques traditionnelles et religieuses et les institutions chargées des droits de propriété ont favorisé les hommes par rapport aux femmes, un certain nombre de lois considérant les hommes comme les chefs de famille qui jouissent d'un contrôle total sur les biens familiaux. Ces facteurs augmentent la vulnérabilité des femmes en cas de rupture du mariage.¹³³

Comme nous l'avons souligné dans les sections précédentes, malgré un certain nombre de lois dans différents États garantissant le droit à l'égalité, à la non-discrimination et à la propriété, d'autres législations, normes coutumières et pratiques patriarcales consacrent l'inégalité entre les sexes à cet égard, ce qui entraîne des violations des droits de propriété lors de la séparation, du divorce ou de l'annulation du mariage en Afrique. En outre, dans de nombreuses régions du continent, des lois et des pratiques discriminatoires qui empêchent les femmes de posséder conjointement des biens, la puissance maritale accordée aux maris, les responsabilités sexospécifiques et la lourdeur des tâches ménagères, ainsi que des pratiques culturelles et religieuses négatives continuent de compromettre la contribution des femmes à l'acquisition des biens matrimoniaux.¹³⁴

¹³² ACHPR "Observation générale n° 6" (note 6 ci-dessus), paragraphes 1-2.

¹³³ Ibid. paragraphe 3.

¹³⁴ Ibid. paragraphes 4-5.

Le champ d'application de l'article 7(d) du protocole de Maputo est de veiller à ce que les lois, les textes et les structures culturels et religieux soient transformés pour garantir aux femmes des droits égaux à la propriété en cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage.

La CEDEF et le protocole de Maputo exigent des États parties qu'ils garantissent l'égalité de toutes les personnes et qu'ils éliminent toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, y compris au sein de la famille. L'obligation de protection requiert des États parties qu'ils combattent toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes par des mesures législatives, institutionnelles et autres appropriées. Afin de respecter les droits de propriété matrimoniaux des femmes, l'État est tenu de s'abstenir de violer ces droits et, pour s'acquitter de ce droit, de prendre des mesures telles que l'accès aux services de justice, la sensibilisation, le renforcement des capacités et la garantie de ressources financières adéquates pour ce mandat.¹³⁵

L'élaboration de l'Observation générale n° 6 par la CADHP clarifie les obligations légales des États d'établir une norme continentale fondée sur les principes des droits de l'homme et les mesures que les États parties devraient prendre pour donner effet au partage équitable des biens matrimoniaux lors de la séparation, du divorce et de l'annulation du mariage.

7.2. Violations de l'article 7(d) du protocole de Maputo

7.2.1. Lois et pratiques discriminatoires sur le droit à la propriété en cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage

Le droit à la propriété est protégé par la plupart des constitutions sans aucune forme de distinction fondée sur le sexe.¹³⁶ La garantie des droits fonciers des femmes est synonyme de sécurité alimentaire, de développement économique durable, de prévention de la violence domestique et leur permet de mieux participer à la prise de décision au sein du foyer et de la communauté.¹³⁷

En ce qui concerne le mariage, la majorité des lois et des codes confèrent aux époux des droits d'accès à la propriété et une protection contre l'expulsion ou l'aliénation de la propriété par un conjoint. Toutefois, des lois et des normes sociales discriminatoires, le pluralisme juridique et l'absence de mise en œuvre effective des lois existantes continuent d'entraver la réalisation des droits de propriété des femmes, notamment en ce qui concerne la division des biens matrimoniaux lors de la dissolution du mariage.¹³⁸

¹³⁵ Ibid. paragraphes 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 60 et 61.

¹³⁶ Voir l'article 11 de la Constitution de la Côte d'Ivoire, les articles 34 à 40 de la Constitution de la République démocratique du Congo, l'article 40 de la Constitution du Kenya et l'article 26 de la Constitution de l'Ouganda.

¹³⁷ E Hillenbrand & M Miruka 'Gender and Social Norms in Agriculture : A Review' in AR Quisumbing, RS Meinzen-Dick & J Njuki (eds) *2019 Annual trends and outlook : L'égalité entre les hommes et les femmes dans l'Afrique rurale : From commitments to outcomes* (2019) 16.

¹³⁸ IGAD "The IGAD Regional Women's Land Rights Agenda 2021 - 2030" (2021).

En Afrique, la possibilité pour les hommes et les femmes de posséder des biens pendant le mariage et à sa dissolution est régie par différents régimes matrimoniaux qui peuvent exister par défaut ou par contrat.

Résumé des types et définitions des régimes de propriété

Séparation des biens : Tous les biens et revenus acquis par les époux avant et pendant le mariage restent la propriété séparée de l'époux acquéreur. Au moment du divorce ou du décès de l'un des époux, chaque époux reste propriétaire de tous les biens et revenus apportés au mariage ou acquis pendant le mariage par cette personne, ainsi que de toute valeur accumulée.

La communauté partielle de biens : Les biens acquis avant le mariage sont considérés comme des biens propres de l'époux acquéreur, et les biens et revenus acquis pendant le mariage, à quelques exceptions près prévues par la loi, sont considérés comme des biens communs du couple. Ce régime s'applique également aux cas où les biens acquis avant le mariage et les biens acquis pendant le mariage sont considérés comme des biens propres de l'époux acquéreur, mais où la valeur accumulée des biens acquis par l'un des époux est considérée comme un bien commun. Au moment de la dissolution du mariage, les biens communs ou leur valeur accumulée sont divisés en parts égales entre les époux.

La pleine communauté de biens : Tous les biens et revenus, qu'ils aient été apportés au mariage ou acquis pendant le mariage, à quelques exceptions près prévues par la loi, deviennent la propriété commune du couple. Après la dissolution du mariage, les biens sont divisés à parts égales entre les époux.

La communauté de biens totale ou partielle différée : Les règles de la communauté de biens totale ou partielle s'appliquent au moment de la dissolution du mariage ; jusqu'à cette date, c'est la séparation de biens qui s'applique.

Autres : *Il s'agit d'économies où le régime de propriété par défaut ne correspond à aucune des quatre descriptions ci-dessus.*¹³⁹

Le mariage hors de la communauté de biens sans accumulation ou le mariage hors de la communauté de biens avec accumulation sont les formes de régime matrimonial en Afrique du Sud. La loi autorise également la conclusion d'un contrat pré-nuptial avant le mariage.¹⁴⁰

Au Botswana, la loi prévoit à la fois des biens en communauté et des biens hors communauté. Au Libéria, l'article 23 de la Constitution établit le régime de la séparation des biens et charge le législateur de promulguer les lois appropriées. Au Burkina Faso, l'article 252 du code des personnes et de la famille fait de la communauté de biens le régime matrimonial par défaut dans les mariages monogames, bien que les parties

¹³⁹ Groupe de la Banque mondiale, Women, Business and the Law 2016 : Getting to Equal (2015).

¹⁴⁰ Loi sud-africaine sur les biens matrimoniaux (Matrimonial Property Act) 88 de 1984, chapitres I et II.

puissent opter pour un régime de séparation de biens par le biais d'un contrat ; dans les mariages polygames, le régime de séparation de biens est le régime matrimonial automatique. Le Kenya, le Nigeria, le Botswana et l'Afrique du Sud font partie des pays qui reconnaissent légalement les accords pré-nuptiaux et post-nuptiaux. Le tribunal dispose toutefois d'un pouvoir discrétionnaire quant à l'application des accords pré-nuptiaux ou post-nuptiaux concernant la répartition des biens en cas de divorce.

Le régime matrimonial qui offre une meilleure protection aux femmes est la communauté de biens par défaut, totale ou partielle, à condition qu'elle ne soit pas annulée par d'autres lois telles que les lois coutumières ou religieuses.¹⁴¹ En effet, ce régime reconnaît le rôle des femmes dans l'accumulation des biens matrimoniaux par le biais du travail non rémunéré et de leur rôle reproductif au sein de la famille. Le pire régime pour les femmes est le régime de propriété séparée, qui renforce les disparités entre les hommes et les femmes.¹⁴²

L'application du droit religieux et du droit coutumier/personnel dans les affaires personnelles, la non-reconnaissance du travail reproductif en vue de l'acquisition des biens matrimoniaux, l'inefficacité des mécanismes d'accès à la justice et l'absence de lois de fond sur les biens matrimoniaux continuent d'affecter le principe d'égalité en ce qui concerne le partage des biens matrimoniaux.¹⁴³ En Gambie, dans l'affaire *Dawda Jawara c. Matty Faye*¹⁴⁴, un tribunal cadi a appliqué le droit musulman et a refusé à une épouse son droit aux biens matrimoniaux après le divorce et lui a demandé de quitter le domicile après l'iddah. Alors que la Cour d'appel lui a accordé une part de 50 % de la propriété, la Cour suprême a annulé l'ordonnance en invoquant le fait qu'une part équitable des biens matrimoniaux ne s'appliquait pas aux biens acquis avant le mariage et qu'elle n'avait donc droit qu'à des contributions financières effectives.

L'absence de lois globales sur le partage des biens matrimoniaux a conduit les parties, en particulier dans les pays de common law, à s'adresser aux tribunaux pour obtenir des ordonnances appropriées. Toutefois, l'imprévisibilité des tribunaux et leur incapacité à appliquer de manière cohérente le principe d'égalité matérielle mettent en péril le droit des femmes à l'égalité. Par exemple, au Ghana, il a fallu des années avant que la Cour suprême ne développe le principe du "partage équitable des biens communs" et de "l'égalité est l'équité" dans l'affaire *Mensah v Mensah*.¹⁴⁵ Cette décision a permis l'application d'un partage égal des biens matrimoniaux en cas de dissolution. Malheureusement, la situation a changé lorsque la Cour suprême du Ghana a rendu des ordonnances défavorables à une épouse dans l'affaire *Adjei v Adjei*.¹⁴⁶ Dans cette affaire, le tribunal de première instance avait accordé à l'épouse un des quatre appartements

¹⁴¹ Groupe de la Banque mondiale (note 139 ci-dessus).

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ ONU Femmes, PNUD, ONUDC et HCDH (note 89 ci-dessus).

¹⁴⁴ (non publié) SC CA 023/2016.

¹⁴⁵ [SCGLR 350 Cour suprême (reconnaissance de l'apport indirect de biens matrimoniaux en tant qu'apport et principe d'égalité dans le mariage).

¹⁴⁶ (J4/06/2021) (2021) GHASC 5 (preuve de la contribution à l'acquisition du bien matrimonial).

construits pendant la durée du mariage sur un terrain acquis avant le mariage et dans lequel l'épouse et ses enfants résidaient. Dans sa décision, la juridiction de première instance a fait référence au travail de l'épouse qui s'occupait de la famille. Toutefois, sur appel du mari, la cour d'appel a infirmé l'ordonnance du tribunal de première instance et a jugé que l'épouse ne pouvait prétendre à aucun des appartements parce que le terrain avait été acquis avant le mariage et que la doctrine de "l'égalité est l'équité" ne s'appliquait pas. La Cour suprême a confirmé la décision de la cour d'appel et a estimé que l'épouse n'avait pas prouvé que la propriété avait été acquise conjointement. Cette affaire démontre qu'en n'appliquant pas le principe de l'égalité réelle, les tribunaux exacerbent l'inégalité et la discrimination.

L'interprétation de la répartition équitable continue de poser problème dans de nombreux pays. Au Ghana, au Kenya, en Ouganda et au Nigeria, le principe d'équité a été généralement appliqué, bien que de manière inégale, pour signifier un partage 50/50. Au Malawi, l'article 74 de la loi sur le mariage, le divorce et les relations familiales (Marriage, Divorce and Family Relations Act) donne des indications sur la manière de parvenir à une répartition équitable. Les tribunaux sont censés examiner les revenus de chaque époux, les biens de chaque époux, les besoins financiers de chaque époux, les obligations de chaque époux, le niveau de vie de la famille pendant la durée du mariage, l'âge et la santé de chaque époux, ou les contributions directes et indirectes apportées par l'un ou l'autre des époux, y compris par l'accomplissement des tâches domestiques.

Le comité CEDAW souligne que l'égalité des droits des époux au regard de l'article 16, paragraphe 1, point h), de la CEDAW complète les droits prévus à l'article 15, paragraphe 2, qui oblige l'État à veiller à ce que les femmes aient un accès égal à la conclusion de contrats et au contrôle de la propriété. Elle met en évidence un certain nombre de violations affectant les biens matrimoniaux des femmes, notamment lorsque les biens appartenant à une femme sont gérés par un homme pendant le mariage ou le divorce ; lorsque, même dans un régime de communauté de biens, il n'existe aucune obligation légale de consulter la femme lors de la vente de biens appartenant aux parties pendant le mariage ou la relation de fait ; et l'absence de traitement des biens acquis au cours d'un mariage de fait. Elle appelle les États parties à abroger toutes les lois, coutumes et pratiques qui perpétuent ces violations.¹⁴⁷

Dans sa recommandation générale n° 29, le comité CEDAW souligne l'impact négatif des lois et pratiques de certains pays qui maintiennent encore des systèmes discriminatoires de gestion de la propriété pendant le mariage, qui considèrent l'homme comme le chef de famille, et l'absence de lois reconnaissant le droit des femmes à posséder une part égale de la propriété avec le mari pendant le mariage. En outre, elle indique que si d'autres pays reconnaissent ce droit, la possibilité de l'exercer en pratique peut être limitée par des précédents juridiques ou par la coutume. Elle invite les États parties à veiller à ce que les deux époux aient un accès égal aux biens matrimoniaux, avec une capacité juridique égale pour les gérer, et à veiller à ce que le droit des femmes

¹⁴⁷ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 21" (note 28 ci-dessus), paragraphes 25, 30 et 31.

de posséder, d'acquérir, de gérer, d'administrer et de jouir de biens séparés ou non matrimoniaux soit égal à celui des hommes.¹⁴⁸

Pour protéger et réaliser les droits à l'égalité lors de la dissolution des biens matrimoniaux, le Comité CEDAW demande aux États parties de veiller à ce que le principe directeur relatif aux avantages et désavantages économiques liés à la relation et à sa dissolution soit supporté de manière égale par les deux parties ; de veiller à ce que la répartition des rôles et des fonctions pendant la vie commune des époux n'entraîne pas de conséquences économiques préjudiciables pour l'une ou l'autre partie ; de prévoir, lors du divorce et/ou de la séparation, l'égalité entre les parties dans le partage de tous les biens accumulés pendant le mariage ; et de prévoir l'égalité de la capacité juridique formelle et de facto de posséder et de gérer des biens.¹⁴⁹

Pour parvenir à une égalité formelle et réelle en matière de droits de propriété lors de la dissolution du mariage, la CEDEF exige des États parties qu'ils reconnaissent les droits d'usage des femmes sur les biens liés aux moyens de subsistance ou une compensation pour le remplacement des biens liés aux moyens de subsistance ; un logement adéquat pour remplacer l'utilisation du domicile familial ; l'égalité entre les régimes de propriété disponibles pour les couples (propriété commune, propriété séparée, hybride) ; le droit de choisir le régime de propriété ; l'inclusion du calcul de la valeur actuelle de la compensation différée résultant des contributions faites pendant le mariage ; et la prise en compte des paiements au conjoint après la dissolution comme une méthode permettant d'assurer l'égalité des résultats financiers.¹⁵⁰

Le Comité des droits de l'homme exige que la loi prévoie des droits et des obligations égaux pour les deux époux en ce qui concerne la propriété et l'administration des biens, quel que soit le régime matrimonial. Il oblige en outre les États parties à reconnaître que la discrimination à l'égard des femmes est souvent liée à des motifs tels que la race, la langue et la religion, et que les États parties doivent prendre des mesures pour lutter contre la discrimination qui affecte les femmes de différentes manières.¹⁵¹

En ce qui concerne l'accès à la justice, outre les dispositions soulignées dans la section 4.2.2. ci-dessus, le Comité CEDAW demande aux États parties de réviser les règles relatives à la charge de la preuve afin de garantir l'égalité entre les parties, en particulier dans tous les domaines où les relations de pouvoir privent les femmes de la possibilité d'un traitement judiciaire équitable de leur cas.¹⁵²

L'Observation générale n° 6 du CADHP met en évidence les défis auxquels les femmes africaines sont confrontées en matière de biens matrimoniaux. Il s'agit notamment de l'inégalité des rapports de force, du pluralisme juridique, de la vulnérabilité liée à la

¹⁴⁸ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 29" (note 28 ci-dessus), paragraphes 36 et 38.

¹⁴⁹ Ibid. paragraphes 45 et 46.

¹⁵⁰ Ibid. paragraphe 47.

¹⁵¹ Comité des droits de l'homme "Recommandation générale n° 28" (note 30 ci-dessus), paragraphes 25 et 30.

¹⁵² Comité CEDAW "Recommandation générale n° 33" (note 39 ci-dessus) paragraphe 15(g).

dissolution du mariage et des lois et procédures discriminatoires.¹⁵³ Il appelle les États parties à adopter, promulguer et mettre en œuvre une législation claire, accessible, applicable et justifiable afin de relever ces défis.¹⁵⁴

La Cour suprême du Ghana, en statuant sur une affaire de partage de biens matrimoniaux, *Quartson v Quartson*,¹⁵⁵ a critiqué le Parlement pour son "inaction regrettable" et son "incapacité à sortir de sa torpeur" en ce qui concerne sa responsabilité d'adopter une loi réglementant le partage des biens communs, comme le prévoient la constitution et les traités internationaux. La Cour a déclaré :

Compte tenu de l'évolution des temps, il serait contraire au bon sens que cette Cour tente d'attendre que le Parlement se réveille de son sommeil et adopte une loi réglementant le partage des biens communs. Alors que la société évolue, le développement démocratique d'un pays et la réalisation des droits des citoyens ne peuvent être freinés par l'inaction du Parlement. Nous ne pensons pas que cette Cour usurpe le rôle du Parlement, en particulier dans les cas où l'inaction du Parlement entraîne un déni de justice et un retard dans la réalisation des droits constitutionnels.

L'observation générale n° 6 de la CADHP souligne l'importance de l'égalité et de la non-discrimination dans la réalisation des droits des femmes en matière de propriété conjugale et invite les États parties à respecter leurs obligations au titre de la CEDEF, de la Charte de Banjul et du Protocole de Maputo sur l'égalité et la non-discrimination, en mettant particulièrement l'accent sur l'appel du Protocole de Maputo en faveur de l'égalité réelle comme moyen de lutte contre les inégalités et la non-discrimination.¹⁵⁶ Il définit l'égalité réelle comme "toute forme d'égalité qui requiert l'adoption de mesures allant au-delà de l'égalité formelle et visant à corriger les désavantages existants, à supprimer les obstacles socio-économiques et socioculturels à la jouissance égale des droits, à lutter contre la stigmatisation, les préjugés et la violence, à promouvoir la participation et à réaliser un changement structurel des normes sociales, de la culture et de la législation".¹⁵⁷

Elle définit en outre la distribution équitable comme "la répartition des biens matrimoniaux dépassant la moitié des biens sur la base d'une reconnaissance matérielle de la jouissance inégale des droits de propriété que la femme a endurée pendant le mariage et de la contribution non monétaire de la femme au ménage et à la famille".¹⁵⁸

¹⁵³ ACHPR "Observation générale n° 6" (note 6 ci-dessus), paragraphes 15-25.

¹⁵⁴ Ibid. paragraphes 51-52.

¹⁵⁵ (J4 8 of 2012) [2012] GHASC 49 (31 octobre 2012) (une personne qui effectue des tâches ménagères ne devrait pas être discriminée dans la répartition des biens acquis pendant le mariage ; et le rôle des tribunaux dans le comblement des lacunes législatives).

¹⁵⁶ CAPDH "Observation générale n° 6" (note 6 ci-dessus) paragraphes 27, 28, 29, 30, 31, 32 et 33.

¹⁵⁷ Ibid. paragraphe 14.

¹⁵⁸ Ibid.

Pour réaliser la distribution équitable telle qu'envisagée à l'article 7(d) du Protocole de Maputo, la CADHP exige que la distribution équitable soit envisagée sous l'angle de l'égalité réelle. Elle explique que l'approche de l'égalité réelle nécessite des interventions qui répondent aux conditions historiques, sociales, religieuses, politiques et économiques qui affectent la jouissance des droits de propriété des femmes lors de la dissolution d'un mariage. En outre, elle exige de comprendre l'intersectionnalité des femmes en protégeant les droits des femmes dans tous les types de mariage, y compris les unions polygames et les unions de cohabitation¹⁵⁹ et appelle à l'octroi de droits et de protections supplémentaires qui aideraient à rectifier les conditions qui entravent la jouissance égale des biens matrimoniaux par les femmes.¹⁶⁰ Ce faisant, l'État s'attaquera aux causes et structures sous-jacentes de l'inégalité entre les sexes dans le partage des biens matrimoniaux, réalisant ainsi des droits de facto et de jure.

Pour déterminer l'étendue du partage équitable, la CADHP invite les États parties à tenir compte de la durée du mariage, du fait que les couples ont eu des enfants, de la cause de la séparation et de la responsabilité de chacun des conjoints. En outre, elle demande que la reconnaissance de la propriété conjointe dérivant du mariage comprenne les terres familiales héritées par les époux pendant la durée du mariage, à moins qu'elles ne soient expressément exemptées par la loi ou le contrat.¹⁶¹ La pleine communauté de biens est définie comme un régime matrimonial dans lequel tous les biens et revenus apportés dans le mariage et acquis pendant le mariage deviennent la propriété commune du couple. Les biens communs issus du mariage (biens matrimoniaux) comprennent tous les biens acquis au cours du mariage, quel que soit le détenteur du titre de propriété, et exigent que les biens communs issus du mariage soient considérés sous l'angle du régime matrimonial de la communauté de biens.¹⁶²

L'Observation générale n° 6, en se référant au paragraphe 46 de la décision de la CADHP dans l'affaire *Centre for Minority Rights Development (Kenya) et Minority Rights Group (au nom de l'Endroriois Welfare Council) c. Kenya*¹⁶³, demande aux États parties de veiller à ce que le droit à la propriété soit considéré comme allant au-delà de la propriété, mais qu'il englobe également l'accès, la disposition, l'hypothèque et le transfert. Elle considère que les biens acquis avant le mariage, ainsi que les dons, les héritages et les règlements délictuels en faveur de l'un des époux ne sont pas des biens matrimoniaux à partager lors du divorce, à moins que ces biens n'aient été traités par les époux comme des biens communs pendant la durée du mariage.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Ibid. paragraphe 49.

¹⁶⁰ Ibid., paragraphes 14 et 40.

¹⁶¹ Ibid. paragraphes 44-45.

¹⁶² Ibid. paragraphe 14.

¹⁶³ No. 276/2013 (droits des peuples autochtones sur les terres détenues traditionnellement et leur droit au développement en vertu de la Charte africaine).

¹⁶⁴ ACHPR "Observation générale n° 6" (note 6 ci-dessus) paragraphe 6.

7.2.2. Non-reconnaissance de la contribution non financière à l'acquisition des biens matrimoniaux

Les normes sociales qui favorisent la tutelle masculine affectent la répartition des biens matrimoniaux. Les normes sociales féminisent la prestation de soins et le travail de soins non rémunéré est considéré comme un domaine réservé aux femmes, tandis que l'apport de revenus est associé à la masculinité et à la virilité. Il en résulte que, dans la société, l'aide financière apportée par les hommes est plus importante que le rôle de soignant joué par les femmes.¹⁶⁵ Les relations de pouvoir inégales dans le mariage limitent l'accès des femmes aux droits de propriété et leur jouissance de ces droits, et conduisent à des structures sociales et culturelles discriminatoires qui ne reconnaissent pas la contribution des femmes au foyer par le biais d'un travail productif.

Les tribunaux, en particulier dans les pays de common law, continuent de rendre des décisions diverses concernant les contributions non monétaires à l'acquisition de biens matrimoniaux. Dans un certain nombre de décisions rendues au Botswana, au Ghana, au Kenya, au Nigeria et au Malawi, les tribunaux ont refusé de prendre en compte les contributions non monétaires lors de la répartition des biens matrimoniaux.¹⁶⁶ Des expressions telles que "manque de preuves solides" et "le simple fait d'un mariage ne devrait pas permettre de conclure à la propriété conjointe" ont été utilisées pour déprécier la contribution non monétaire des femmes à l'acquisition des biens matrimoniaux. Bien que la tendance évolue et que de plus en plus de tribunaux reconnaissent la contribution non monétaire, l'absence de lois exhaustives permet aux tribunaux d'annuler ou de renverser facilement des décisions progressistes antérieures. L'arrêt de la Cour suprême du Ghana dans l'affaire *Adjei v Adjei* et l'arrêt de la Cour d'appel du Kenya dans l'affaire *Echaria v Echaria* illustrent bien la nécessité d'une législation complète pour guider l'interprétation des tribunaux.

Il est important de noter que même dans les pays qui reconnaissent la contribution monétaire et non monétaire en droit, les tribunaux ont tendance à accorder plus d'importance à la partie qui prouve la contribution directe, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, à l'homme. Au Kenya, la décision de la Haute Cour dans l'affaire *MAA v AR* a accordé 70/30 en faveur du mari qui avait la preuve d'une contribution monétaire par rapport à la contribution non monétaire de la femme.¹⁶⁷ La Cour a déclaré qu'il était difficile de répartir les biens lorsque seule la contribution financière est connue, ce qui signifie que les tribunaux doivent encore conceptualiser et apprécier l'importance de la contribution non monétaire dans le mariage.

Le Comité CEDAW souligne que dans un certain nombre de pays, l'accent est mis, lors du partage des biens matrimoniaux, sur les contributions financières aux biens

¹⁶⁵ Hillenbrand & Miruka (note 137 ci-dessus).

¹⁶⁶ Voir *Rabantheng v Rabentheng* 1988 High Court [1988 BLR] (Botswana) ; *Quartey v Martey* [1959] GLR 377 HC 380 (Ghana) ; *Echaria v Echaria* Civil Appeal 75 of 2001 (Kenya) ; *Nyangulu v Nyangulu* High Court 10 Malawi Law Reports 435 (Malawi).

¹⁶⁷ (2018) eKLR (partage des biens où la contribution monétaire a été considérée comme plus importante que la contribution non monétaire).

acquis pendant le mariage, contributions telles que l'éducation des enfants, les soins aux parents âgés et l'accomplissement des tâches ménagères, qui ont été rejetées. Elle mentionne en outre que, souvent, les contributions de nature non financière de la femme permettent au mari de gagner un revenu et d'accroître son patrimoine. Elle demande aux États parties d'accorder la même importance aux contributions financières et non financières.¹⁶⁸

En outre, la CEDEF invite les États parties à prévoir, en cas de divorce et/ou de séparation, l'égalité entre les parties dans le partage de tous les biens accumulés pendant le mariage et à reconnaître la valeur des contributions indirectes, y compris les contributions non financières à l'acquisition des biens acquis pendant le mariage. Pour parvenir à l'égalité réelle, les États parties sont tenus de prendre en considération l'évaluation des contributions non financières aux biens matrimoniaux soumis à la division, y compris les soins au ménage et à la famille, la perte d'opportunités économiques, la contribution tangible ou intangible à l'évolution de la carrière de l'un des conjoints et à d'autres activités économiques, ainsi qu'au développement de son capital humain.¹⁶⁹

La CADHP rappelle que les contributions indirectes des femmes au bien-être économique et social de leur famille doivent être pleinement reconnues en cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage et que l'application par les États de la communauté de biens doit être alignée sur l'article 7, point d).¹⁷⁰ Les contributions non monétaires sont définies comme les contributions apportées à la subsistance du mariage par des efforts non rémunérés et des soins non rémunérés, y compris, mais sans s'y limiter, les soins aux enfants mineurs, l'entretien du foyer familial, la culture et l'amélioration des terres, ou toute autre contribution non monétisée.¹⁷¹ Les États parties sont tenus d'entreprendre des changements législatifs qui garantiront le respect de la valeur des contributions indirectes et non financières. En outre, la convention exige des États parties qu'ils accordent une attention particulière aux femmes handicapées, aux femmes âgées, aux veuves et aux autres femmes vulnérables.¹⁷²

Réclamations possibles au titre de l'article 7(d) du Protocole de Maputo

- ✓ L'État n'a pas promulgué de loi globale harmonisée qui donne pleinement effet à l'égalité des droits des femmes en matière de propriété matrimoniale (définition de la propriété matrimoniale, égalité des droits de propriété et d'administration, possibilité pour les époux de posséder des biens séparés dans le cadre du mariage, protection des femmes dans tous les systèmes de mariage, y compris les unions polygames et les unions de cohabitation).

¹⁶⁸ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 21" (note 28) paragraphe 32.

¹⁶⁹ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 29" (note 28 ci-dessus), paragraphes 43, 45, 46 et 47.

¹⁷⁰ ACHPR "Observation générale n° 6" (note 6 ci-dessus) paragraphe 47.

¹⁷¹ Ibid. paragraphe 14.

¹⁷² Ibid. paragraphe 54. Pour plus d'informations, voir ISLA 'Women's Economic Justice Programme Training Manual - Matrimonial Property and Inheritance Rights Module' (2021).

- ✓ Le droit et la pratique actuels ne prévoient pas de répartition équitable des biens matrimoniaux en cas de dissolution du mariage.
- ✓ Le droit ou la pratique en vigueur ne reconnaît pas l'apport non momentané comme une forme de contribution à l'acquisition de biens matrimoniaux.
- ✓ Absence de lois exigeant le consentement écrit, libre, préalable et éclairé du conjoint avant la vente ou le transfert de biens matrimoniaux ?
- ✓ L'État ne fournit pas de services juridiques, y compris des tribunaux accessibles, une sensibilisation à l'égalité des droits parentaux en ce qui concerne la garde des enfants et la pension alimentaire.

8. Élaboration et mise en œuvre de la stratégie de litige

Les litiges stratégiques favorisent l'utilisation du droit pour l'avancement et la protection des droits de l'homme et au profit des personnes marginalisées et défavorisées. Il s'agit d'un outil important pour s'attaquer aux obstacles structurels, améliorer l'accès à la justice et contribuer à la transformation législative et sociétale. ¹⁷³

Les lois faibles et ambiguës sont difficiles à appliquer, ce qui fait du contentieux stratégique un outil idéal pour combler le fossé.¹⁷⁴ Le contentieux stratégique contribue à la création de précédents judiciaires et à l'établissement d'une législation efficace et applicable ; à l'interprétation des lois, constitutions et traités existants pour étayer ou redéfinir les droits ; et à la contestation des lois existantes qui sont préjudiciables à la réalisation des droits reconnus et protégés. ¹⁷⁵

En raison de la nature complexe des litiges stratégiques, les avocats doivent élaborer des stratégies qui contribueront à faire progresser les droits de propriété des femmes lors de la dissolution du mariage. Même s'il est peu probable que le litige aboutisse, il est important d'aller de l'avant car l'essence du litige stratégique ne consiste pas seulement à gagner, mais aussi à soutenir l'État de droit, à fournir une base pour les litiges futurs, à sensibiliser aux questions des droits de l'homme, à documenter l'injustice, à promouvoir la responsabilité du gouvernement, à changer les attitudes du public et à donner du pouvoir aux groupes vulnérables. ¹⁷⁶

Une stratégie de litige aide à définir les objectifs du litige, à préparer et à présenter un dossier et à identifier les processus de mise en œuvre après le jugement. Elle est élaborée avant l'introduction d'une action en justice et permet de s'assurer que certaines décisions tactiques sont guidées par des considérations stratégiques. Vous trouverez ci-dessous des exemples d'éléments clés d'une stratégie de litige.

Définition des objectifs du litige stratégique

Cela implique la sélection d'une affaire et l'identification des buts, des objectifs et des méthodes de plaidoirie. Dans le contexte des droits de propriété des femmes lors de la dissolution du mariage, il est prudent de déterminer si les violations illustrent un problème structurel par rapport à l'obligation de l'État de protéger, promouvoir et

¹⁷³ Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme *Contentieux stratégique en matière de violences sexuelles et sexistes : Lessons learned Workshop report* (2019).

¹⁷⁴ Kenya National Environmental Complaints Committee *Public Interest Litigation Handbook* (2019).

¹⁷⁵ K Kitching 'Strategic Litigation and Case Selection Research Paper'.

¹⁷⁶ Coomber (note 8 ci-dessus).

réaliser l'égalité et la non-discrimination en ce qui concerne les droits de propriété lors de la dissolution du mariage. D'autres questions importantes à ce stade sont la compréhension de la perception de la communauté ou de l'hostilité publique, par exemple la remise en question du droit religieux et coutumier discriminatoire à l'égard des femmes est susceptible de susciter l'hostilité de la population.

Identification d'un client

Lors de l'identification d'un client, le type de client choisi doit être soigneusement établi, par exemple une femme en union polygame ou un concubin, et le type d'affaire, par exemple le partage équitable de biens ou une contribution non monétaire. Bien que l'objectif soit de réformer le droit, le premier devoir est toujours envers le client individuel. Veiller à la sécurité du client et s'assurer qu'il est prêt à consacrer son temps et son attention à l'affaire.¹⁷⁷ Il est nécessaire à ce stade d'identifier, de clarifier et de circonscrire les questions factuelles et juridiques sur la base des informations fournies par le client.

Choix du forum juridique et de la juridiction

Les principes juridiques, tels que la compétence et les procédures, et les considérations pratiques, telles que la distance, doivent être pris en compte avant d'entamer une action en justice. En outre, il est nécessaire d'entreprendre une analyse des lois et de la jurisprudence relatives à la même question et d'identifier s'il existe des décisions progressives ou régressives.

Cartographie stratégique des acteurs

Il s'agit de recenser les alliés potentiels, ainsi que les opposants ou les acteurs susceptibles de résister ou de s'opposer à la cause stratégique poursuivie. L'élaboration d'une matrice classant les individus et les organisations en fonction de leur niveau d'accord ou d'opposition et de leur degré d'influence facilitera le repérage des acteurs. La matrice doit également inclure les personnes influentes susceptibles d'influer sur les opinions et la conduite des autres. Lors de l'analyse des acteurs, il convient de tenir compte de leur passé et de leur position actuelle sur la question faisant l'objet du litige.¹⁷⁸

Stratégies de communication et de plaidoyer

Cette stratégie permet d'élaborer et de publier la situation, y compris les divers obstacles rencontrés par les femmes dans le contexte de la division des droits de

¹⁷⁷ Kenyans for Peace with Truth and Justice (KPTJ), Africa Centre for Open Governance (AfriCOG) & the Katiba Institute 'A guide to Public Interest Litigation in Kenya' (2015).

¹⁷⁸ Bureau du Haut Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme (note 173 ci-dessus).

propriété matrimoniale. Une bonne stratégie de communication et de publicité peut s'avérer nécessaire pour gagner le soutien du public en faveur du litige. La publicité ne doit pas porter préjudice à l'affaire ou à la requérante. Pour réduire les coûts, collaborez avec une (ou plusieurs) autre(s) institution(s) experte(s) en campagnes médiatiques pour soutenir les stratégies de communication et de plaidoyer.

Financement des litiges stratégiques

Le contentieux stratégique est un processus long et complexe qui nécessite un financement soutenu et pluriannuel et dont les résultats ne peuvent être garantis immédiatement. Le financement ne doit pas être à court terme ni soumis à des contraintes de temps, car les parties ont parfois peu de contrôle sur la procédure judiciaire. Les frais de justice, les frais de témoins, les frais d'experts, les frais juridiques et les travaux de recherche sont des exemples de besoins de financement qui doivent être pris en compte dans le plan de financement. En outre, les plans doivent tenir compte des procédures d'appel ou d'exécution.

Mise en œuvre de l'arrêt

De bons jugements sans mise en œuvre ne serviront pas le but et l'objectif du contentieux stratégique. Un changement juridique, culturel ou politique n'est possible que si les décisions finales sont mises en œuvre de manière efficace. La collaboration avec les organisations est essentielle pour garantir la mise en œuvre complète des décisions. Au stade de la planification, il est nécessaire d'établir une stratégie de suivi post-jugement qui donne une feuille de route sur ce qui se passe après le prononcé d'un jugement.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Kenyans for Peace with Truth and Justice (KPTJ), Africa Centre for Open Governance (AfriCOG) et l'Institut Katiba (note 177 ci-dessus).

9. Conclusion ---

L'objectif premier de ce manuel est de fournir un guide pratique sur les normes pertinentes en matière de droits de l'homme aux personnes impliquées dans les litiges et la défense de l'égalité des droits pour les femmes dans les cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage, conformément à l'article 7 du protocole de Maputo. Il est destiné à aider les utilisateurs à évaluer dans quelle mesure un pays a mis en œuvre ses obligations en matière de droits de l'homme pour parvenir à l'égalité et à la non-discrimination en vertu de l'article 7.

Afin d'approfondir la compréhension de la situation des droits à l'égalité des femmes lors de la séparation, du divorce ou de l'annulation du mariage en Afrique, le manuel a analysé les lois et les pratiques dans certains systèmes juridiques de droit civil, de common law et dualistes, ainsi que dans les régions subsaharienne et maghrébine. La raison d'être de cette analyse comparative est de permettre aux utilisateurs de mieux comprendre les questions transversales qui se posent sur le continent et la manière dont les informations peuvent être utilisées pour susciter des changements dans d'autres juridictions. Les domaines identifiés pour le contentieux confirment avec certitude qu'il y a une place pour le contentieux dans la promotion de l'article 7 du Protocole de Maputo. Les documents de référence et les informations fournies ne sont pas exhaustifs et les utilisateurs sont encouragés à trouver d'autres informations.

Références

- ACHPR 'Concluding Observations and Recommendations on the 8th to 11th Periodic Report of the Republic of Kenya' (2016) < <https://www.achpr.org/states/statereport?id=99> >
- ACHPR 'Rapport de la mission de promotion des droits de l'homme en République de Gambie' (2017) < https://www.achpr.org/public/Document/file/English/The%20Gambia_ACHPR%20Promotion%20Mission_ENG.pdf >
- ACHPR 'Observation générale n° 6 sur le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (Protocole de Maputo) : Le droit à la propriété pendant la séparation, le divorce ou l'annulation du mariage (article 7(D))' (adoptée lors de la 27e session extraordinaire de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, tenue du 19 février au 4 mars 2020 à Banjul, Gambie) < <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=75> >
- ACHPR 'State Reports and Concluding Observations' < <https://www.achpr.org/statereportsandconcludingobservations> >
- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (adoptée le 27 juin 1981, entrée en vigueur le 21 octobre 1986) 21 ILM 58 (Charte de Banjul)
- Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (adoptée le 1er juillet 1990, entrée en vigueur le 29 novembre 1999)
- Union africaine "Liste des pays qui ont signé, ratifié ou adhéré au protocole" (16 octobre 2019) < <https://au.int/sites/default/files/treaties/37077-sl-PROTOCOL%20TO%20THE%20AFRICAN%20CHARTER%20ON%20HUMAN%20AND%20PEOPLE%27S%20RIGHTS%20ON%20THE%20RIGHTS%20OF%20WOMEN%20IN%20AFRICA.pdf> >
- Union africaine et CADHP "État de la mise en œuvre du protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique" (2016) < <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/special-rapporteur-on-rights-of-women-in-africa-presentation-for-csw-implementation.pdf> >
- Comité CEDAW "Recommandation générale n° 21 Égalité dans le mariage et les rapports familiaux" (1994)
- Comité CEDAW 'Recommandation générale n° 25 Article 4, paragraphe 1, de la Convention (mesures temporaires spéciales)' (2004)
- Comité CEDAW 'Recommandations générales No. 28 : Obligations fondamentales des Etats parties en vertu de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes' (2010) CEDAW/C/GC/28
- Comité CEDAW 'Recommandation générale No. 29 Recommandation générale sur l'article 16 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (Conséquences économiques du mariage, des relations familiales et de leur dissolution)' (2013) CEDAW/C/GC/29
- Comité CEDAW "Recommandation générale n° 33 sur l'accès des femmes à la justice" (2015) CEDAW/C/GC/33
- Comité CEDAW 'Observations finales sur les sixième et septième rapports périodiques combinés du Mali' (2016) CEDAW/C/MLI/CO/6-7
- Comité des droits de l'enfant "Observation générale no 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale" (2013) CRC/C/GC/14

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (adoptée le 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981) 1249 UNTS 1 (CEDAW)

Convention relative aux droits de l'enfant (adoptée le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990) 1577 UNTS 3 (CRC)

Coomber A "Strategically litigating equality-reflections on a changing jurisprudence" (2012) 15 *European Anti-Discrimination LR* 11-21

Enonchong LS 'The Constitutional Council' in Enonchong LS *The Constitution and Governance in Cameroon* (2021) 167, 170

Fineman MA 'Why Marriage?' (2001) 9 *Virginia J of Social Policy & the Law* 239, 248-249

Frémont J 'Legal pluralism, customary law and Human Rights in Francophone African Countries' (2009) 40 *VUWLR* 149 <<http://www.nzlii.org/nz/journals/VUWLawRw/2009/9.pdf>>

Filles pas épouses" < <https://atlas.girlsnotbrides.org/map/> >

Hallward D, Hallward M & Hasan T *Empowering Women Legal Rights and Economic Opportunities in Africa* (2013)

Hannum H "The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law" (1995) 25 *Georgia J of Int and Comparative Law* 287 < <https://ssrn.com/abstract=1957798> >

Henry LC 'The Effective Use of Litigation for the Promotion and Realization of the Rights of Women Enshrined in the Maputo Protocol' in *Equality Now Litigating the Maputo Protocol A Compendium of Strategies and Approaches for Defending the Rights of Women and Girls in Africa* (2021)

Hillenbrand E & Miruka M 'Gender and Social Norms in Agriculture : A Review' in Quisumbing AR, Meinzen-Dick RS & Njuki J (eds) *2019 Annual trends and outlook : L'égalité des genres dans l'Afrique rurale : Des engagements aux résultats* (2019)

Comité des droits de l'homme "Observation générale n° 19 Article 23 (La famille) Protection de la famille, droit au mariage et égalité des époux" (1990)

Comité des droits de l'homme "Observation générale n° 28 : Article 3 (L'égalité des droits entre hommes et femmes)" (adoptée le 29 mars 2000) CCPR/C/21/Rev.1/Add.10

Human Rights Watch & FIDA Kenya "Once You Get Out, You Lose Everything" Women and Matrimonial Property Rights in Kenya" (2020)

ICRW "To have and to hold ; Women's Property and Inheritance Rights in the Context of HIV/AIDS in Sub-Saharan Africa" (2004).

IGAD 'The IGAD Regional Women's Land Rights Agenda 2021 - 2030' (2021)

International Development Law Organization (IDLO) 'Strengthening Women's Access to Justice: Making Rights a Reality for Women and Girls' (2017) <<https://www.idlo.int/system/files/event-documents/IDLO%20CN%20-%20Access%20to%20Justice%20for%20Women%20and%20Girls%20NO%20CONTACTS.PDF>>

IDLO 'Issue Brief: Navigating Complex Pathways to Justice: Women and Customary and Informal Justice Systems' (2020)

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR)

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976) 993 UNTS 3 (PIDESC)

ISLA 'Women's Economic Justice Programme Training Manual - Matrimonial Property and Inheritance Rights Module' (2021)

- Izunwa MO 'A critique of certain aspects of the grounds, procedure and reliefs attaching to customary divorce law in Southern Nigeria' (2015) 7(5) *J of Law and Conflict Resolution* 31
- Judiciaire du Kenya 'Alternative Justice Systems Baseline Policy and Policy Framework' (2020)
- Kabumba B 'The application of international law in the Ugandan judicial system : A critical enquiry' in Killander M (ed) *International law and domestic human rights litigation in Africa* (2010) 84, 107
- Kameri-Mbote P 'Gender Dimensions of Law, Colonialism and Inheritance in East Africa : Kenyan Women's Experiences' International Environmental Law Research Centre Working Paper (2001)
- Kenya National Environmental Complaints Committee *Public Interest Litigation Handbook* (2019)
- Kenyans for Peace with Truth and Justice (KPTJ), Africa Centre for Open Governance (AfriCOG) & the Katiba Institute 'A guide to Public Interest Litigation in Kenya' (2015)
- Kitching K 'Strategic Litigation and Case Selection Research Paper' (Document de recherche sur les litiges stratégiques et la sélection des cas)
- Malla PS 'Upholding Women's Right through Litigation' Document d'experts présenté lors de la 45e session de la Commission des Nations unies sur le statut des femmes (2010) < https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing15/interactive_panel_III/Sapana%20Pradhan%20Malla%20paper.pdf >
- Mokobi EM 'Lingering inequality in inheritance law : the child born out of wedlock in Botswana' (2000) 31(2) *Perspective* 231
- Njie SRJ 'Strategic Litigation : A Tool for Promoting and Protecting the Rights of Women and Girls in The Gambia' in Equality Now *Litigating the Maputo Protocol A Compendium of Strategies and Approaches for Defending the Rights of Women and Girls in Africa* (2021) 132,145
- HCDH "Région Afrique" < <https://www.ohchr.org/fr/countries/africa-region> >
- HCDH 'Organes conventionnels - Observations générales' < <https://www.ohchr.org/fr/treaty-bodies/human-rights-treaty-bodies-general-comments> >
- OHCHR 'Status of Ratification Interactive Dashboard' < <https://indicators.ohchr.org/> >
- Oppong FR 'Re-imagining international law : An examination of recent trends in the reception of international law into national legal systems in Africa' (2006) 30 *Fordham Int LJ* 3
- Platteau JP et al 'Traditional marriage practices as determinants of women's land rights : A review of research" (2005)
- Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (adopté le 1er juillet 2003, entré en vigueur le 25 novembre 2005)
- Raday F 'Gender Equality and Women's Rights in the Context of Child Custody and Maintenance : An International and Comparative Analysis' UN Women Discussion Paper Series No. 30 (2019)
- République du Cameroun 'Single Report comprising the 4th, 5th and 6th Periodic Reports of Cameroon relating to the African Charter on Human and Peoples' Rights and 1st Reports relating to the Maputo Protocol and the Kampala Convention' (2020) <<https://www.achpr.org/public/Document/file/English/Cameroon%204th-6th%20Periodic%20Report,%202015-2019-ENG.pdf>>
- Shah A "Women's Human Rights in the Koran : An Interpretive Approach' (2006) 28(4) *Human Rights Quarterly* 892
- Rapport mondial sur l'indice des institutions sociales et du genre* (2019)
- Thiombiano GB 'Effets de la rupture conjugale sur les conditions de vie des femmes au Burkina Faso' (Printemps/Été 2012) 39(1-2) *Études canadiennes en population* 1

- Obonye J 'The practice of polygamy under the scheme of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa : a critical appraisal' (2012) *J of African Studies and Development* 147
- Odimegwu C et al 'Cohabitation in Sub-Saharan Africa' (avril 2018) 18(1) *Southern Africa J of Demography* 111
- Omondi S, Waweru E & Srinivasan D 'Breathing Life Into The Maputo Protocol : Jurisprudence sur les droits des femmes et des filles en Afrique' (2018) < https://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/equalitynow/pages/817/attachments/original/1543482389/Breathing_Life_into_Maputo_Protocol_Case_Digest-Jurisprudence_on_the_Rights_of_Women__and_Girls_in_Africa.pdf?1543482389 >
- Directives internationales de l'ONU sur le VIH/sida et les droits de l'homme* (2006)
- United Nations Development Programme *Programming for Justice: Access for All: A Practitioner's Guide to Human Rights-Based Approach to Access to Justice* (2005)
- Conseil des droits de l'homme des Nations unies "Rapport du groupe de travail sur la question de la discrimination à l'égard des femmes en droit et en pratique" (2018) UN Doc A/HRC/38/46
- Haut Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme "Droit international des droits de l'homme" < <https://www.ohchr.org/fr/instruments-and-mechanisms/international-human-rights-law> >
- United Nations Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights *Strategic litigation for sexual and gender-based violence: Lessons learned Workshop report* (2019)
- UN Women 'Realizing Women's Rights to Land and Other Productive Resources' (2013) HR/PUB/13/04
- UN Women, UNDP, UNODC & OHCHR *Practitioner's Toolkit on Women's Access to Justice Programming* (2018) (en anglais)
- Déclaration universelle des droits de l'homme (adoptée le 10 décembre 1948) UNGA Res 217 A(III)
- Valesca L & Gomez M 'Access to Justice : Promoting the Legal System as Human Right' in Leal Filho W et al (eds) *Peace, Justice and Strong Institutions, Encyclopedia of the UN Sustainable Development Goals* (2020) 1
- Convention de Vienne sur le droit des traités (1969)
- Vienna Journal on International Constitutional Law "International Constitutional Law and Judicial Review of Domestic Human Rights Legislation" (en cours de révision) < <https://dora.dmu.ac.uk/bitstream/handle/2086/16812/International%20Constitutional%20Law%20ICL.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >
- Groupe de la Banque mondiale *Les femmes, l'entreprise et le droit 2016 : Vers l'égalité* (2015)
- Groupe de la Banque mondiale 'Gender Gaps in Property Ownership in Sub-Saharan Africa' Policy Research Working Paper 8573 (2018)
- World Justice Project 'Rule of Law Index' (2020) < https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2020-Online_0.pdf >
- Yeref CK "Divorce as a Substantive Gender-Equality Right" (février 2020) 22(2) *J of Constitutional Law* 455



ISBN: 978-1-7764012-1-5



**INITIATIVE FOR STRATEGIC
LITIGATION IN AFRICA**

5th Floor | Marble Towers
208 - 211 Rahima Moosa Street
Johannesburg | 2000 | South Africa

Courriel: info@the-isla.org

Tel: +27 11 338 9014 / 9024 / 9028
Fax: +27 11 338 9029

www.the-isla.org