



INITIATIVE FOR STRATEGIC
LITIGATION IN AFRICA

APERCUS D'ISLA

NUMÉRO
6

LES DÉFIS LIÉS À LA DÉFENSE DES DROITS FONCIERS ET DE PROPRIÉTÉ DES FEMMES

FÉVRIER 2023





LES DÉFIS LIÉS À LA DÉFENSE DES DROITS FONCIERS
ET DE PROPRIÉTÉ DES FEMMES

Février 2023

Manuels ISLA Numéro 6

Initiative for Strategic Litigation in Africa (ISLA)

ISBN 978-0-6397-2058-6 (imprimé)

ISBN 978-0-6397-2059-3 (livre électronique)

JOHANNESBURG, AFRIQUE DU SUD

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.

Table des matières

Remerciements	5
Acronymes	6
Avant-propos	7
1. Introduction	8
1.1. Aperçu du projet	8
1.2. Méthodologie et structure du document	10
2. Litiges stratégiques et droits des femmes Droits fonciers et de propriété	12
2.1. Droits fonciers et de propriété des femmes	12
2.1.1. Non-discrimination, biens matrimoniaux et intersectionnalité	12
2.1.2. Régime foncier et expulsions forcées	15
2.1.3. Droits accessoires : droit à l'alimentation et à la sécurité alimentaire	16
2.2. Contentieux stratégique et théorie ISLA du changement	17
3. Les défis de la lutte contre la discrimination fondée sur le sexe : Une vue d'ensemble	20
3.1. Contestations idéologiques et intérêts divergents	20
3.2. Normes sociales patriarcales et processus judiciaire	22
3.3. Héritages coloniaux et pluralisme juridique	25
3.4. Des portefeuilles de litiges étendus, une expertise en la matière et une gestion des clients inadéquates	27
3.5. Accès à la justice et délais démesurés	28
4. Défis spécifique au contexte : L'accès des femmes à l'héritage	30
4.1. Approches législatives, constitutionnelles et judiciaires	30
4.2. Défis en matière de litiges relatifs au WLPR et à l'héritage	31
4.2.1. Lacunes existantes dans le contenu des lois pertinentes	31
4.2.2. Défis liés à l'élaboration de stratégies juridiques efficaces ()	33
5. Cohabitation et WLPR	34
5.1. Droit à la famille : approches factuelle et juridique	34
5.2. Familles non traditionnelles : cohabitation et WLPR	35
5.3. Difficultés rencontrées dans les litiges relatifs à la cohabitation dans le cadre du WLPR	38

6.	WLPR et partage des biens matrimoniaux	40
6.1.	Théories juridiques sur le partage des biens matrimoniaux	40
6.1.1.	Mesure judiciaire de la contribution de	41
6.1.2.	Signification de l'expression "biens communs"	43
6.2.	Difficultés liées au partage des biens matrimoniaux	44
7.	WLPR et l'industrie extractive	46
7.1.	Impacts sexospécifiques de l'industrie extractive	46
7.2.	Obstacles à l'exercice du droit à la protection des droits de l'homme dans l'industrie extractive	47
8.	Recensement des recommandations et des opportunités possibles	49
8.1.	Intersectionnalité, égalité réelle et réimagination juridique féministe	49
8.2.	Harmonisation des régimes juridiques concurrents	50
8.3.	Recherche appliquée et panier de soins	50

Remerciements ---

Nous remercions chaleureusement tous ceux qui ont rendu ce travail possible.

Merci à l'équipe de l'ISLA qui a travaillé sur le projet. Lesego Nchunga et Sibongile Ndashe pour les révisions de fond. Ruth Nekura pour ses conseils généraux en matière de conceptualisation et ses précieux commentaires. Nobukhosi Zulu qui a guidé l'élaboration de la publication et les autres membres du personnel de l'ISLA qui ont soutenu l'équipe tout au long du processus.

Nous remercions les consultants qui ont travaillé sur les différentes versions de cette publication, Seodi White, Jacqueline Ingutia et Emmah Wabuke. Leurs connaissances approfondies et leur spécialisation dans le domaine des droits des femmes à la terre et à la propriété ont joué un rôle crucial dans l'élaboration de cette publication.

Nous apprécions les commentaires perspicaces de Julianna Nnoko- Mewanu en tant que réviseur externe de la publication. Sa générosité et ses perspectives uniques ont permis d'améliorer cette publication de manière inestimable.

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 Rachael Fleetwood.

Acronymes

CADHP	Commission africaine des droits de l'homme et des peuples
CDH	Comité des droits de l'homme des Nations unies
CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Charte de Banjul	Charte africaine des droits de l'homme et des peuples
CIADH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
Comité CEDAW	Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
ISLA	Initiative for Strategic Litigation in Africa
KELIN	Kenya Legal and Ethical Issues Network on HIV& AIDS (Réseau kenyan des questions juridiques et éthiques sur le VIH et le sida)
LSF	Litiges stratégiques féministes
OAA	Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDES	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
WLPR	Droits fonciers et de propriété des femmes
WLSA	Women and Law in Southern Africa Research Trust
WPI	Women's ProBono Initiative

Avant-propos

En Afrique, les femmes dépendent de la terre et d'autres ressources naturelles pour le développement économique, l'inclusion sociale et la réalisation d'autres droits de l'homme. En reconnaissant cet aspect important des droits de l'homme, de nombreux pays de la région ont mis en place des cadres constitutionnels et législatifs favorables à la promotion des droits des femmes à la terre et à la propriété. Outre les progrès réalisés au niveau national, les pays ont pris des engagements aux niveaux régional et international pour mettre fin à toutes les formes de discrimination et promouvoir la propriété, le contrôle et l'utilisation par les femmes de la terre et d'autres ressources productives.

Malgré ces progrès, les lois coutumières et religieuses discriminatoires continuent d'influencer la manière dont les femmes jouissent de leurs droits fonciers et patrimoniaux. Les sociétés attribuent de multiples rôles et identités aux femmes : épouses, mères, filles, célibataires, concubines, mariées dans une union polygame ou monogame, veuves, séparées ou divorcées. Ces rôles et identités influencent directement la manière dont les femmes exercent leurs droits fonciers et patrimoniaux.

La division des biens matrimoniaux, la succession et l'héritage, ainsi que la participation des femmes aux espaces de décision dans les investissements fonciers à grande échelle sont des espaces principalement contrôlés par des pratiques et des croyances coutumières discriminatoires. Cela se produit même dans des situations où les constitutions et les lois d'habilitation interdisent la discrimination. En tant qu'outil important susceptible de promouvoir l'égalité et de faire évoluer les normes, le droit peut être appliqué de manière stratégique pour combler les lacunes sociales, législatives, politiques et institutionnelles qui entravent la réalisation des droits des femmes à la terre et à la propriété. C'est ce qui ressort du nombre croissant de décisions de justice en Afrique qui ont affirmé ces droits.

Les litiges stratégiques et d'intérêt public aux niveaux national, sous-régional et continental ont permis de faire avancer les réformes les plus urgentes visant à protéger les droits des femmes et des filles en Afrique. Cependant, il est important de noter que les litiges qui vont à l'encontre des normes sociales ou des croyances religieuses s'accompagnent d'une myriade de défis. Si l'on ajoute à cela un accès à la justice et des procédures administratives peu réceptifs et corrompus, il est difficile pour les femmes de faire valoir leurs droits.

Nous espérons que cet APERCUS aidera les avocats à comprendre et à apprécier les défis qu'ils sont susceptibles de rencontrer lorsqu'ils plaident des affaires relatives aux droits des femmes à la terre et à la propriété, et qu'il leur permettra d'identifier les moyens de renforcer leur résilience afin d'atténuer ces défis. Ce faisant, les avocats auront le courage de plaider des affaires à fort impact et de contribuer à la prévention des violations des droits des femmes à la terre et à la propriété en Afrique.

Julianna Nnoko-Mewanu

1. Introduction

1.1. Aperçu du projet

Cet APERCUS est développé dans le cadre de l'objectif d'ISLA d'utiliser le droit, par le biais de litiges stratégiques, pour obtenir des résultats politiques et juridiques qui font progresser les droits économiques, sociaux et culturels, y compris les droits légaux des femmes aux ressources matérielles telles que la terre, le logement ou la propriété.¹

La terre occupe une place importante dans la société africaine car elle est considérée comme une mesure primaire de la richesse, une source de pouvoir politique et une preuve de statut social.² La propriété foncière joue également un rôle dans la production alimentaire, la fourniture d'un abri et l'identité culturelle.³ Cependant, la propriété et l'accès des femmes aux droits fonciers ont été entravés par divers facteurs, notamment les conceptions patrilinéaires de la propriété foncière qui soit excluent les femmes⁴, soit leur accordent des droits secondaires sur la terre en raison de leur lien avec des parents masculins, tels que les maris, les fils ou les beaux-parents.⁵

En outre, les litiges fonciers sont principalement tranchés par des institutions judiciaires patriarcales qui peuvent être discriminatoires à l'égard des droits des femmes.⁶ Cette situation peut être exacerbée lorsque les femmes sont confrontées à des vulnérabilités multiples, notamment en matière d'éducation, d'économie et de société.⁷

Ensemble, ces vulnérabilités et ces difficultés d'accès au système judiciaire et de recherche d'une solution ou d'un recours limitent l'accès des femmes à la terre et aux ressources productives et leur utilisation de celles-ci, ce qui les rend encore plus vulnérables à des taux de pauvreté plus élevés.⁸

Bien qu'il y ait eu des réformes foncières reconnaissables dans plusieurs pays d'Afrique, prévoyant notamment des dispositions relatives à l'égalité et à la non-discrimination

¹ ISLA 'Women's Socio-Economic Rights' <<https://www.the-isla.org/thematic-areas/womens-socio-economic-rights/>>.

² Pour plus d'informations, voir K Tafira "Why land evokes such deep emotions in Africa" (The Conversation, 27 mai 2015) <<https://theconversation.com/why-land-evokes-such-deep-emotions-in-africa-42125>>.

³ Ibid. Voir également Y Adarkwah Antwi "Property Rights and the African Concept of Land Ownership" (African Liberty, 23 décembre 2007) <<https://www.africanliberty.org/2007/12/23/property-rights-and-the-african-concept-of-land-ownership/>>.

⁴ ED Kuusaana, JK Kidido & E Halidu-Adam 'Customary Land Ownership and Gender Disparity : Evidence from the Wa Municipality of Ghana' (2013) 10(1-2) *Ghana J of Development Studies* 63.

⁵ Ibid.

⁶ Pour plus d'informations, voir J Jarpa Dawuni (ed) *Gender, Judging and the Courts in Africa* (2022).

⁷ JW Bruce "Evolving Land Rights, Policy and Tenure in Africa" (2000) 101 *African Affairs* 264.

⁸ C Dowuona-Hammond 'State Land Management Regime : Impact on Rights of Women and the Poor in Ghana' Attorney General and Ministry of Justice Access to Justice, Series No. 2, Ministry of Justice, Ghana and GTZ (2003).

dans les constitutions et les statuts nationaux⁹, ces réformes n'ont pas réussi à garantir un changement substantiel dans la mise en œuvre d'une gouvernance foncière équitable et des protections nécessaires des droits fonciers et de propriété des femmes (WLPR).¹⁰

La recherche a montré qu'une réforme du droit foncier neutre du point de vue du genre a en fait conduit à des disparités entre les sexes dans la mise en œuvre, aggravant encore la position désavantageuse des femmes.¹¹ Et malgré les engagements internationaux en matière de droits de l'homme visant à améliorer le statut de l'égalité des sexes et de la non-discrimination, un certain nombre de pays africains ne reconnaissent toujours pas l'égalité des droits des femmes à la terre et à la propriété.¹²

Ce numéro d'APERCUS tient compte de tous ces éléments et a pour principal objectif de mettre en évidence les obstacles juridiques, politiques et sociaux à la réalisation de l'égalité entre les hommes et les femmes en matière d'accès à la terre et d'utilisation de celle-ci, et de développer des approches stratégiques et sexospécifiques pour renforcer la protection et la réalisation du droit à la terre en Afrique.

En outre, ces APERCUS cherche à fournir une analyse plus approfondie des obstacles qui se présentent dans les litiges en examinant la théorie juridique féministe qui accompagne la sélection des cas, la prétendue théorie du changement, les lois contestées, le système judiciaire dans lequel certains des cas existent et les processus impliqués dans la recherche de ces cas, afin de développer des moyens d'améliorer les litiges en matière de RDPPF.

Il est destiné aux praticiens du droit qui aident les femmes à obtenir une réparation judiciaire ou un recours pour faire valoir leurs droits à la terre et à la propriété. Il s'adresse également aux bailleurs de fonds afin de leur fournir des conseils sur la manière d'accroître les structures de financement pour aider les femmes à surmonter divers obstacles dans leur quête d'accès à la justice, notamment les obstacles financiers, les barrières à l'accès à la justice et les normes socioculturelles patriarcales. Il sera donc utile pour les donateurs de comprendre les défis qui entourent les litiges stratégiques sur le droit à l'égalité entre les femmes et les hommes afin de mieux informer leur évaluation des propositions de subventions d'une manière plus contextuelle.

⁹ Voir, par exemple, la recommandation du Comité technique spécialisé de l'Union africaine (UA) sur l'agriculture et le développement rural, l'eau et l'environnement (2015) qui, entre autres, prévoit que les États devraient s'efforcer d'attribuer 30 % des terres aux femmes d'ici à 2025.

¹⁰ PS Malla "Upholding Women's Right through Litigation" Document 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>.

¹¹ Ibid.

¹² H Ghebru 'New challenges for women's land rights in Africa' (Institut international de recherche sur les politiques alimentaires, 11 novembre 2019) <<https://www.ifpri.org/blog/new-challenges-womens-land-rights-africa>>.

1.2. Méthodologie et structure du document

Le développement de ce projet de recherche a impliqué une combinaison de recherches documentaires intensives, d'entretiens avec des informateurs clés menés en 2021 et de collecte d'informations lors d'un séminaire approfondi sur la cohabitation qui s'est déroulé du 4 au 6 mai 2022 à Diani, au Kenya.

La recherche documentaire a été utilisée pour informer le premier objectif de la recherche, à savoir fournir un examen complet de la situation existante en ce qui concerne le WLPR en Afrique, en réalisant une cartographie critique des cadres législatifs, jurisprudentiels et socio-économiques pertinents.

Des entretiens avec des informateurs clés ont été menés avec des membres du réseau. Les membres du réseau comprenaient des organisations et des institutions pour lesquelles l'ISLA avait agi soit en tant que conseiller technique, soit en tant que représentant de l'ISLA lorsque l'ISLA est intervenue en tant qu'*amicus curiae*, ou pour lesquelles l'ISLA est intervenue en tant qu'*amicus curiae*.¹³ Tous les entretiens ont été menés via Zoom.

Des partenaires des pays suivants ont été interrogés : Kenya, Ouganda, Côte d'Ivoire, Malawi et Burkina Faso. En Ouganda, deux partenaires du réseau, FIDA-Uganda et Women's ProBono Initiative (WPI), ont été interrogés.

Au Kenya, trois partenaires ont été interrogés : FIDA-Kenya, KELIN-Kenya et CREAW. FIDA-Kenya et KELIN-Kenya sont les seules organisations non gouvernementales partenaires qui étaient en mesure de trouver des cas et, à deux reprises, de les porter devant les tribunaux. Les autres partenaires sont Voix des Femmes au Burkina Faso, GEPALEF en Côte d'Ivoire et WOLREC au Malawi.

Cette publication a également bénéficié des réflexions tirées d'un séminaire approfondi organisé par l'ISLA en mai 2022 et intitulé "Protection des différentes formes de familles et distribution des biens lors de la dissolution des relations de cohabitation, des unions de fait et des mariages coutumiers ou religieux". Le principal objectif du séminaire était de permettre aux participants de partager des informations sur leurs affaires et des connaissances sur le cadre des droits de l'homme, ce qui a permis aux avocats d'élaborer des stratégies de litige claires dans leurs affaires respectives et qui pourraient être utiles dans des litiges futurs portant sur des affaires similaires. Parmi les autres objectifs figuraient la clarification de la portée des droits pertinents dans l'élaboration de recours efficaces dans chaque cas et la détermination des meilleures pratiques lorsque le cas est une intervention d'*amicus* ou lorsque l'ISLA agit en tant que conseiller de l'avocat.

Afin de consolider efficacement toutes les données émanant de ces sources, cette publication est divisée en sept sections. La première section expose les objectifs et la vue d'ensemble du guide, ainsi que la méthodologie et l'approche utilisées dans l'élaboration de la publication. La deuxième section présente le contexte de la recherche en identifiant et en décrivant les normes juridiques pertinentes qui existent en matière de droits

¹³ *Federation of Women Lawyers (FIDA-Kenya) v Attorney General (Amicus Curiae : Initiative for Strategic Litigation) Civil Appeal Number 164B of 2018.*

économiques, sociaux et culturels en Afrique, et met en évidence le modèle de litige stratégique de l'ISLA, en général, et en ce qui concerne les droits économiques, sociaux et culturels.

La troisième section met en lumière les difficultés générales rencontrées par les avocats dans le cadre des litiges relatifs au droit à l'égalité des chances, notamment les contestations idéologiques sur la question de savoir quels droits de la femme doivent recevoir une attention prioritaire, l'engagement avec des institutions judiciaires patriarcales, les difficultés logistiques et les connotations socio-économiques et culturelles discriminatoires entourant les questions relatives au droit à l'égalité des chances.

Les sections suivantes présentent des défis plus spécifiques au contexte, liés à la résolution de problèmes particuliers sur le continent africain. La section quatre traite du droit et de l'accès des femmes à l'héritage ; la section cinq met en lumière les défis posés par les arrangements familiaux non traditionnels, tels que la cohabitation ; la section six examine le droit à l'égalité de traitement et la division des biens matrimoniaux ; et la section sept se concentre sur le droit à l'égalité de traitement dans l'industrie extractive. L'accent mis sur cette industrie est précipité par les affaires en cours et potentielles de l'ISLA dans ce domaine, notamment en Sierra Leone, en Ouganda et au Malawi. Par conséquent, cette publication contribuera à définir la réponse stratégique de l'organisation à ces questions en discutant de sa théorie du changement.

Cette publication se termine par des suggestions et des possibilités de réforme.

2. Litiges stratégiques et droits des femmes Droits fonciers et de propriété

2.1. Droits fonciers et de propriété des femmes

Situer le WLPR dans la loi nécessite une approche transversale qui inclut des dispositions dans les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme, les lois nationales, y compris la propriété et la succession, le mariage et la famille, et les normes et objectifs volontaires liés au développement et à la sécurité alimentaire. Par exemple, l'objectif de développement durable (ODD) 5¹⁴ du Programme 2030 pour le développement durable prévoit que la réalisation des droits fonciers des femmes exige des États qu'ils "entreprennent des réformes pour donner aux femmes des droits égaux aux ressources économiques, ainsi que l'accès à la propriété et au contrôle des terres et d'autres formes de propriété, aux services financiers, à l'héritage et aux ressources naturelles, conformément à la législation nationale " ¹⁵

Cet objectif englobe de nombreux thèmes qui se recoupent, dont certains sont abordés ci-dessous.

2.1.1. Non-discrimination, biens matrimoniaux et intersectionnalité

Les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme prévoient des interdictions générales de la discrimination fondée sur le sexe. L'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) énonce le principe de non-discrimination, y compris fondée sur le sexe, dans la jouissance des droits garantis par la Déclaration.¹⁶ Cet article doit être lu conjointement avec les dispositions relatives, entre autres, aux droits à la propriété, à l'alimentation, au logement et à l'éducation.¹⁷

De même, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) interdit la discrimination fondée sur le sexe¹⁸, tandis que l'article 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) exige des États parties qu'ils "s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes au bénéfice de tous

¹⁴ Assemblée générale des Nations unies "Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030" (21 octobre 2015) A/RES/70/1 <<https://www.refworld.org/docid/57b6e3e44.html>>.

¹⁵ Ibid. Objectif 5.

¹⁶ Déclaration universelle des droits de l'homme (adoptée le 10 décembre 1948) UNGA Res 217 A(III) (DUDH) art 2.

¹⁷ Ibid. art. 17.

¹⁸ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976) 999 UNTS 171 (PIDCP) art. 3.

les droits économiques, sociaux et culturels" et interdit la discrimination fondée sur le sexe.¹⁹

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) va plus loin en exigeant des gouvernements qu'ils préviennent et protègent toutes les femmes et les jeunes filles contre tous les types de discrimination. L'article 2 de la Convention interdit toute discrimination fondée sur le sexe, y compris à l'égard des femmes rurales et dans le mariage.²⁰

En outre, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (Comité CEDAW) a noté que "le droit de posséder, de gérer, de jouir et d'aliéner des biens est essentiel au droit d'une femme de jouir d'une indépendance financière et, dans de nombreux pays, sera crucial pour sa capacité à gagner sa vie et à fournir un logement et une alimentation adéquats pour elle-même et pour sa famille".²¹

En outre, le comité CEDAW a estimé que "le droit des femmes, au même titre que les hommes et indépendamment de leur statut matrimonial, de participer à la redistribution des terres devrait être soigneusement respecté" et que "souvent, les droits de succession des veuves ne reflètent pas les principes de l'égalité de propriété des biens acquis pendant le mariage. De telles dispositions sont contraires à la Convention et devraient être abolies".²²

À cette fin, le Comité CEDAW a appelé certains États parties à aligner leur législation nationale sur la CEDAW. Par exemple, en 2017, il a recommandé au Kenya de reconnaître le principe d'égalité dans tous les domaines du mariage, y compris la propriété, de rétablir l'exigence du consentement du conjoint pour toute transaction liée à la propriété maritale dans la loi de 2016 sur les lois foncières (amendement), d'abroger la loi sur la succession et de garantir l'égalité des droits entre les hommes et les femmes en matière d'héritage.²³

L'Union africaine a adopté des dispositions importantes garantissant l'égalité d'accès à la terre et à la propriété pour les femmes et les hommes. 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) charge les États parties de veiller à ce qu'en cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage, les femmes et les hommes aient droit à un partage équitable des biens communs issus du mariage, de promouvoir l'accès des femmes aux ressources productives telles que la terre et leur contrôle sur ces ressources, et de garantir leur droit à la propriété.²⁴

¹⁹ 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) art. 3.

²⁰ 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 13 (CEDEF).

²¹ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 21 Égalité dans le mariage et les rapports familiaux" (1994) paragraphe 35.

²² Ibid. paragraphe 31.

²³ Comité CEDAW 'Observations finales CEDAW : Kenya, 2017' (2017) CEDAW/C/KEN/CO/8.

²⁴ Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (adopté le 11 juillet 2003, entré en vigueur le 25 novembre 2005) (Protocole de Maputo), articles 7, 16 et 19.

Certaines dispositions relatives aux droits de l'homme ont pris note de l'intersectionnalité susceptible d'aggraver les vulnérabilités existantes fondées sur le genre et ont spécifiquement offert une protection supplémentaire à des groupes particuliers de femmes. L'article 21 du protocole de Maputo, par exemple, prévoit qu'une veuve a droit à une part équitable de l'héritage des biens détenus séparément par son mari décédé, et que les femmes et les hommes ont le droit d'hériter, en parts équitables, des biens de leurs parents.²⁵

En outre, la déclaration des Nations unies sur les droits des paysans et des autres personnes travaillant dans les zones rurales reconnaît que "les paysannes et les autres femmes travaillant dans les zones rurales jouissent sans discrimination" du droit à "l'égalité d'accès, d'utilisation et de gestion des terres et des ressources naturelles, et à un traitement égal ou prioritaire dans le cadre de la réforme agraire et foncière et des programmes de réinstallation des populations."²⁶

Cependant, c'est le Comité CEDAW qui a formulé des recommandations informatives concernant les femmes vulnérables. Dans sa recommandation générale n° 34 sur les droits des femmes rurales²⁷, le Comité a noté que les États parties ont l'obligation légale, entre autres, de

Prendre toutes les mesures nécessaires, y compris des mesures temporaires spéciales, pour parvenir à l'égalité réelle des femmes rurales en ce qui concerne les terres et les ressources naturelles, et concevoir et mettre en œuvre une stratégie globale pour lutter contre les stéréotypes, les attitudes et les pratiques discriminatoires qui entravent leurs droits à la terre et aux ressources naturelles ... accorder une attention particulière aux systèmes coutumiers, qui régissent souvent la gestion, l'administration et le transfert des terres, et veiller à ce qu'ils ne soient pas discriminatoires à l'égard des femmes rurales ... sensibiliser aux droits des femmes rurales ... veiller à ce que la législation garantisse les droits des femmes rurales à la terre, à l'eau et aux autres ressources naturelles sur la base de l'égalité avec les hommes, indépendamment de leur état civil et matrimonial ou de la présence d'un tuteur ou d'un garant masculin, et à ce que les femmes rurales jouissent d'une pleine capacité juridique.²⁸

En ce qui concerne les femmes autochtones, le comité CEDAW a déjà recommandé que ces femmes aient les mêmes droits que les hommes autochtones d'utiliser, de gérer et de contrôler les terres, l'eau, les forêts, la pêche, l'aquaculture et les autres ressources qu'elles ont traditionnellement possédées, occupées ou utilisées ou acquises d'une autre manière. Il s'agit notamment de protéger les femmes autochtones contre la discrimination et la dépossession.²⁹

En outre, le comité CEDAW a également pris note des vulnérabilités auxquelles sont confrontées les femmes veuves et a indiqué que les dispositions discriminatoires qui empêchent les veuves de jouir de l'égalité de propriété des biens acquis pendant le

²⁵ Ibid

²⁶ Déclaration des Nations unies sur les droits des paysans et des autres personnes travaillant dans les zones rurales (adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 28 septembre 2018) A/HRC/RES/39/12.

²⁷ Comité CEDAW "Recommandation générale n° 34 sur les droits des femmes rurales" (2016).

²⁸ Ibid. paragraphes 57-59.

²⁹ Ibid. paragraphe 59.

mariage sont contraires à la CEDEF et doivent être abolies³⁰. Cette fin, le Comité a demandé aux États parties, entre autres, "d'adopter des lois relatives à l'établissement de testaments qui accordent des droits égaux aux femmes et aux hommes en tant que testateurs, héritiers et bénéficiaires" et de "veiller à l'interdiction du déshéritement du conjoint survivant et à la criminalisation de la dépossession/de l'accaparement de biens"

³¹.

En outre, en 2010, le rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation a articulé les obligations des États en matière de respect, de protection et de mise en œuvre dans le contexte du droit à l'alimentation et à la terre et a noté qu'" il existe encore des lois et des coutumes sociales telles que celles qui garantissent que la terre d'un mari décédé appartient à ses fils et non à sa veuve, malgré la violation flagrante des droits des femmes qui en découle ". En conséquence, les femmes représentent toujours une minorité significative du nombre total de détenteurs de titres.³²

2.1.2. Régime foncier et expulsions forcées

L'une des menaces qui pèsent actuellement sur l'accès des femmes à la terre et à la propriété concerne la question de la propriété foncière, c'est-à-dire "la garantie raisonnable de la durée des droits fonciers, étayée par la certitude que les droits seront reconnus par les autres et protégés par des recours juridiques et sociaux en cas de contestation".³³

Le régime foncier comprend plusieurs droits³⁴, notamment l'exhaustivité de l'ensemble des droits, c'est-à-dire la mesure dans laquelle les différents droits sont détenus par un individu ou un groupe ; la durée, c'est-à-dire si les droits sont à court ou à long terme ; la solidité, c'est-à-dire si les droits sont connus des détenteurs, acceptés par la communauté et applicables ; et les droits individuels ou partagés, c'est-à-dire dans quelle mesure les droits sont détenus individuellement ou conjointement et quelles sont les relations entre les détenteurs de droits?³⁵

³⁰ Comité CEDAW, "Recommandation générale n° 21" (note 21 ci-dessus), paragraphe 35. Voir également les paragraphes 7-8, 26-29 et 30-34, ainsi que la recommandation générale n° 28 du Comité CEDAW sur les 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, paragraphes 26, 34, 47-48 et 51-53.

³¹ 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 relations familiales et de leur dissolution)' (2013) CEDAW/C/GC/29.

³² Assemblée générale des Nations unies "Le droit à l'alimentation : Note du Secrétaire général" (2010) A/65/281, paragraphes 2 et 31.

³³ Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (OAA) 'Governing Land for Women and Men: a Technical Guide to Support the Achievement of Responsible Gender-equitable Governance of Land Tenure' (Governance of Tenure Technical Guide No. 1) (2013).

³⁴ Pour plus de détails sur le chevauchement des droits, voir E Schlager & E Ostrom 'Property-Rights Regimes and Natural Resources : A Conceptual Analysis' (1992) 68(3) Land Economics 249 ; R Meinzen-Dick & E Mwangi 'Cutting the web of interests : Pitfalls of formalizing property rights' (2009) 26(1) Land Use Policy 36.

³⁵ F Place, M Roth & P Hazell 'Land tenure security and agricultural performance in Africa : overview of research methodology' in J Bruce & SE Migot-Adholla (eds) Searching for Land Tenure Security in Africa (1994) 15-39.

Les normes et principes des droits de l'homme ont également reconnu l'interconnexion entre les droits à la propriété et à un niveau de vie adéquat, la façon dont ils sont liés à la propriété foncière et aux droits des femmes, et ont fourni des protections spécifiques à cet égard. Par exemple, les Principes directeurs sur la sécurité d'occupation des pauvres en milieu urbain (2013), élaborés par le Rapporteur spécial sur le droit à un logement convenable,³⁶ qui exigent des États et des autres acteurs concernés qu'ils renforcent les diverses formes d'occupation et donnent la priorité aux régimes d'occupation des personnes les plus vulnérables et marginalisées.³⁷ Plus précisément, le principe 6 demande aux États de lutter contre la discrimination fondée sur l'occupation et de promouvoir l'égalité de fait et de droit des femmes, "quels que soient leur âge, leur situation civile, matrimoniale ou sociale et indépendamment de leur relation avec des membres masculins de leur ménage ou de leur communauté".³⁸

De même, le cadre et les lignes directrices sur la politique foncière en Afrique, adoptés par l'Union africaine en 2009, stipulent qu'"une utilisation meilleure et plus productive de la terre exige que les droits fonciers des femmes soient renforcés par le biais d'une variété de mécanismes, y compris la promulgation d'une législation qui permet aux femmes de faire valoir des revendications documentées sur la terre dans le cadre du mariage et en dehors de celui-ci".³⁹

L'expulsion forcée "constitue une violation flagrante des droits de l'homme, en particulier du droit à un logement adéquat, et a de graves répercussions sur les femmes et les enfants".⁴⁰ Les Principes de base et directives des Nations unies sur les expulsions et les déplacements liés au développement (2007)⁴¹ encouragent les États à "adopter et mettre en œuvre des mesures spéciales pour protéger les femmes contre les expulsions forcées" et à prendre en compte les effets différentiels des expulsions forcées sur les femmes lors de la réalisation d'une étude d'impact.⁴²

2.1.3. Droits accessoires : droit à l'alimentation et à la sécurité alimentaire

Les instruments internationaux et régionaux ont également reconnu des droits auxiliaires liés à la garantie de l'accès des femmes à la terre et à la propriété, tels que le droit à

³⁶ Assemblée générale des Nations unies 'Rapport du Rapporteur spécial sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant, et sur le droit à la non-discrimination dans ce contexte : Note du Secrétaire général' (2018) A/73/310/Rev.1.

³⁷ Assemblée générale des Nations unies "Rapport de la Rapporteuse spéciale sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant ainsi que sur le droit à la non-discrimination dans ce contexte, Raquel Rolnik" (2013) A/ HRC/25/54.

³⁸ Ibid 6.

³⁹ Union africaine, Banque africaine de développement et Commission économique pour l'Afrique "Cadre et lignes directrices sur la politique foncière en Afrique" (2010).

⁴⁰ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, "Observation générale n° 7 : Le droit à un logement suffisant (art. 11 (1) du Pacte) : Evictions forcées' (1997) E/1998/22.

⁴¹ Rapporteur spécial sur le logement convenable "Principes de base et directives concernant les expulsions et les déplacements liés au développement" (2007) A/HRC/4/18.

⁴² Ibid. paragraphe 43.

l'alimentation et l'accès aux ressources productives. Un rapport des Nations unies de 2012 sur les droits des femmes et le droit à l'alimentation a identifié les domaines qui requièrent l'attention la plus urgente, tels que la garantie de l'accès des femmes aux ressources productives⁴³ et a noté que "[p]our contribuer davantage à la réduction de la pauvreté et à l'autonomisation des femmes, la recherche et le développement agricoles pourraient prendre en compte les contraintes spécifiques auxquelles sont confrontées les femmes et leurs préférences".⁴⁴

2.2. Contentieux stratégique et théorie ISLA du changement

Le contentieux stratégique se définit comme une action en justice sur une affaire d'intérêt public qui aura un large impact au-delà des intérêts spécifiques des parties impliquées. Il est particulièrement bien adapté "lorsqu'il existe une situation de marginalisation sociale et qu'il est nécessaire de procéder à une planification délibérée et minutieuse visant à un changement à long terme qui améliorera la situation des groupes marginalisés".⁴⁵ Il s'agit de l'utilisation du contentieux avec d'autres méthodes juridiques et non juridiques pour rechercher un changement juridique et social.⁴⁶ Si le contentieux stratégique utilise les tribunaux comme moyen de créer un changement social de grande ampleur, l'utilité des procédures juridiques doit être comprise en relation avec d'autres processus extrajudiciaires qui, ensemble, augmentent le potentiel de création d'un impact positif à long terme.

L'approche de l'ISLA en matière de litiges intègre délibérément des analyses féministes des lois existantes. Cette approche, connue sous le nom de contentieux stratégique féministe (CSF), utilise des outils juridiques pour faire progresser la protection des femmes et centre son analyse sur les expériences des femmes afin de promouvoir la suppression systématique des structures patriarcales dans la société.⁴⁷

Les LSF exige donc intrinsèquement une approche socio-juridique, où les lois contestées sont évaluées à l'aune de leur impact sociopolitique et culturel sur les femmes dans la société concernée. Les LSF est également suspect de lois non sexistes et de leur impact sexospécifique sur les femmes, notamment en ce qui concerne l'accès à la justice et les résultats des processus judiciaires.⁴⁸

⁴³ Conseil des droits de l'homme des Nations unies, "Rapport présenté par le rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation : les droits des femmes et le droit à l'alimentation" (2012) A/HRC/22/50.

⁴⁴ Ibid. paragraphe 36.

⁴⁵ A Jjuuko 'Beyond court victories : Using strategic litigation to stimulate social change in favour of lesbian, gay and bisexual persons in Common Law Africa' thèse de doctorat non publiée, Université de Pretoria (2018) 25.

⁴⁶ CC Barber 'Tackling the evaluation challenge in human rights : assessing the impact of SL organisations' (2012) 16 The Int J of Human Rights 411 ; S Tamale & J Bennett 'Legal voice : Challenges and prospects in the documentation of African legal feminism' (2011) 15 Feminist Africa 1.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ African Feminism 'Feminist Strategic Litigation as a Tool for Confronting Gendered Exclusion and Silencing' (2021) <<https://africanfeminism.com/feminist-strategic-litigation-as-a-tool-for-confronting-%e2%80%8b%e2%80%8bgendered-exclusion-and-silencing/>>.

Les LSF utilise plusieurs approches, notamment la présentation au tribunal d'arguments fondés sur la théorie féministe, l'analyse des relations et des systèmes de pouvoir, la présentation d'une variété de voix pour aider à façonner un dossier, le centrage de l'histoire du client dans l'action en justice et le fait de la porter à l'attention du tribunal, et l'utilisation d'un large éventail de compétences et d'expériences pour aider à orienter le litige.⁴⁹

En utilisant les LSF, l'ISLA reconnaît que pour qu'un changement durable se produise, il faut tenir compte à la fois de la machinerie juridique et des facteurs environnementaux. Cette théorie du changement situe le changement juridique dans un contexte plus large qui englobe également le changement social, politique et institutionnel. À cette fin, l'ISLA définit donc ces trois objectifs primordiaux :

- Développer une jurisprudence par le biais des tribunaux afin de responsabiliser les acteurs étatiques et non étatiques.
- Créer un environnement propice aux litiges stratégiques en mettant l'accent sur le renforcement des avocates féministes, des mouvements sociaux et des institutions qui travaillent sur les litiges stratégiques ; et
- Renforcer la société civile pour qu'elle puisse répondre aux menaces et aux attaques qui affaiblissent l'espace civil et les droits de l'homme en général, et s'organiser pour maximiser le potentiel que recèlent les opportunités politiques ou sociales soudaines.

L'ISLA s'engage dans les LSF en utilisant les tribunaux nationaux, sous-régionaux et régionaux ainsi que les organismes internationaux de défense des droits de l'homme pour faire progresser les droits des femmes sur le continent africain. Ce modèle est guidé par la conviction que le litige stratégique est un outil puissant pour le changement social, car il aide à recadrer la compréhension des droits devant la loi et remet en question le discours juridique sur les droits humains des femmes.

Le modèle des LSF de l'ISLA comporte deux éléments essentiels. Premièrement, le litige est conçu pour être stratégique, c'est-à-dire que le développement de l'affaire n'est pas destiné à répondre aux besoins d'un seul client et doit avoir un impact plus large pour provoquer un changement social. Deuxièmement, le litige doit être conçu et géré d'une manière qui respecte les vraies valeurs féministes qui remettent en cause le patriarcat, les classes et les relations de pouvoir en mettant l'accent sur la voix des femmes et leur capacité d'action.⁵⁰

Sur le modèle de la FSL, l'ISLA a créé le Réseau des droits humains des femmes (WHRN). Pour guider la mise en œuvre du réseau, l'ISLA et ses partenaires ont conclu un protocole d'accord décrivant les modalités convenues du partenariat et les obligations des partenaires concernés.

⁴⁹ Ibid

⁵⁰ Le réseau des droits humains des femmes a été remodelé et s'appelle désormais le réseau de litiges féministes (FLN).

Il s'agit notamment de clauses générales décrivant les partenaires impliqués, c'est-à-dire l'ISLA et le partenaire de mise en œuvre ; l'objectif du partenariat, qui est l'objectif du WHRN décrit plus haut ; la durée des partenariats ; les obligations des partenaires impliqués ; l'engagement du personnel ; les programmes et la sélection des cas ; les plans de travail ; la collecte de fonds ; les stratégies de plaidoyer et de communication ; les rapports ; le suivi et l'évaluation ; la résiliation ; et d'autres questions générales telles que l'échange de connaissances, les litiges, les révisions, les amendements et la confidentialité.⁵¹

En tant qu'organisation d'ancrage, l'ISLA fournit une coordination et un soutien technique à la théorie des cas et à l'expertise juridique. Les avocats du WHRN, ayant bénéficié de la formation de renforcement des capacités de l'ISLA, acquerront une expertise en matière de litiges stratégiques sur les droits des femmes et constitueront ainsi une ressource précieuse pour les autres organisations de défense des droits de l'homme, les défenseurs des droits de l'homme et les activistes en matière de litiges stratégiques sur les droits des femmes. Par conséquent, dans une perspective cumulative, l'ISLA vise à constituer un groupe de plaideurs féministes sur le continent africain.

⁵¹ ISLA 'Feminist Litigation Network : Proof of Concept 2017-2019' 17

3. Les défis de la lutte contre la discrimination fondée sur le sexe : Une vue d'ensemble _____.

En raison de l'étendue du WLPR, il existe des défis spécifiques pour les femmes dans les différents domaines concernés, notamment l'héritage, les biens matrimoniaux, la cohabitation et les transactions foncières à grande échelle, comme dans l'industrie extractive. Cette section tente toutefois d'isoler les obstacles majeurs que les avocates féministes spécialisées dans les litiges peuvent rencontrer lorsqu'elles intentent des actions en justice dans le cadre du WLPR. Ces obstacles touchent toutes les phases du processus juridique et comprennent les contestations idéologiques, la gestion des clients, les systèmes juridiques patriarcaux et les normes et conventions traditionnelles et religieuses discriminatoires à l'égard des femmes, comme nous l'expliquons ci-dessous.

3.1. Contestations idéologiques et intérêts divergents

La diversité des relations entre partenaires est une caractéristique commune des familles de l'Afrique contemporaine. Ces types de partenariats varient en termes de reconnaissance juridique et de pratique réelle et incluent les unions monogames, la cohabitation, les partenariats entre personnes du même sexe et les mariages pluriels.⁵² Ces arrangements ont bénéficié d'une attention et d'une protection juridiques variables, ce qui a soulevé des contestations idéologiques sur les intérêts des femmes impliquées dans ces partenariats. Ces arrangements ont fait l'objet d'une attention et d'une protection juridiques variables, soulevant des contestations idéologiques sur les intérêts des femmes impliquées dans ces partenariats. Certaines de ces contestations idéologiques comprennent des intérêts concurrents entre le mariage en droit et le mariage en fait ; la validité normative et la reconnaissance religieuse/coutumière ; et les mariages singuliers (monogames) contre les mariages pluriels (polygames).

L'institution du mariage en Afrique subsaharienne est régie par des lois et des politiques spécifiques. La majorité de ces lois exigent que le mariage soit enregistré avant d'être reconnu. Toutefois, comme l'a noté ONU Femmes, ces mariages formels sont en déclin au profit de la cohabitation, avec des droits variables pour les femmes en termes de protection sociale, d'héritage, de garde et de pension alimentaire⁵³. La cohabitation peut se produire lorsque les deux partenaires ne sont pas mariés ou lorsque l'un d'entre eux a un mariage formel existant en dehors de la cohabitation. Cette dernière

⁵² UN Women 'Progress of The World's Women 2019–2020: Families in a Changing World' (2019) <<https://www.unwomen.org/en/digital-library/progress-of-the-worlds-women>>.

⁵³ Ibid.

configuration soulève souvent des questions idéologiques sur la question de savoir quels intérêts doivent être protégés, c'est-à-dire le conjoint dans un partenariat civil ou celui en dehors.

Dans la plupart des pays étudiés, comme au Kenya, les concubins n'ont aucun droit sur les biens acquis en cas de séparation. Cependant, l'article 3(5) de la loi sur les successions a créé un compromis difficile en matière d'héritage en stipulant, en partie, que "[n]ommé les dispositions de toute autre loi écrite, une femme mariée sous un système de loi qui autorise la polygamie est, lorsque son mari a contracté un mariage monogame antérieur ou postérieur avec une autre femme, est néanmoins une femme aux fins de la présente loi, et notamment de ses articles 29 et 40, et ses enfants sont par conséquent des enfants au sens de la présente loi.⁵⁴

Cette section a été conçue pour protéger les femmes qui étaient engagées dans des partenariats non enregistrés avec des hommes mariés. En 2021, à la suite de plaintes soutenues de la part d'épouses de partenaires civils lésées, et dans une tentative voilée de régler les différends moraux⁵⁵, le président a approuvé la loi de 2019 sur le droit des successions (amendement). L'amendement, entre autres, limite la définition de "conjoint" au mari ou à une ou plusieurs épouses reconnues en vertu de la loi sur le mariage.⁵⁶ Cela exclut effectivement les concubins de toute revendication sur les biens de leur partenaire marié en cas de décès. Toute approche contentieuse des droits des concubins en matière de protection des biens de l'état civil peut nécessiter une évaluation des contestations possibles entre les épouses liées par un partenariat civil et d'autres partenaires en dehors de ce partenariat.

Une autre contestation porte sur les intérêts contradictoires entre la validité normative et la reconnaissance coutumière/religieuse. Les mariages non enregistrés sont fréquents en Afrique pour diverses raisons, notamment l'insuffisance des lois sur l'enregistrement des mariages religieux ou coutumiers, la méconnaissance des conséquences du non-enregistrement et les exigences onéreuses, comme au Zimbabwe, où les ressortissants étrangers sont tenus de fournir un certificat de police les exonérant de toute conduite criminelle antérieure avant que le mariage ne soit enregistré⁵⁷.

En Éthiopie, bien que la polygamie soit punie par la loi, elle est encore largement pratiquée, comme le montre le rapport de l'enquête démographique et sanitaire éthiopienne de 2011, qui révèle que "onze pour cent des femmes mariées en Éthiopie sont polygames, neuf pour cent d'entre elles n'ayant qu'une seule co-épouse et deux

⁵⁴ Loi sur le droit des successions, chapitre 160, lois du Kenya.

⁵⁵ Voir, par exemple, le mémorandum des objectifs énumérés dans le projet de loi, qui vise à empêcher "les opportunistes de revendiquer avec succès une participation dans la succession d'une personne décédée, privant ainsi les héritiers légitimes de la personne décédée de leurs droits".

⁵⁶ Loi sur le mariage (2015), Lois du Kenya, article 2.

⁵⁷ Voir la Commission économique des Nations unies pour l'Afrique "Rapport sur l'état de l'enregistrement des faits d'état civil et des statistiques de l'état civil en Afrique : résultats du programme africain sur l'amélioration accélérée des systèmes d'enregistrement des faits d'état civil et des statistiques de l'état civil - cadre de suivi" (2017) <<https://repository.uneca.org/handle/10855/24047>>.

pour cent ayant deux co-épouses ou plus".⁵⁸ Cette situation est aggravée par le statut socio-économique des femmes concernées, les femmes rurales (qui sont généralement confrontées à des contraintes structurelles persistantes) étant plus susceptibles d'être impliquées dans des mariages polygames que les femmes urbaines.⁵⁹ Malgré cela, la loi est muette sur ces unions, ce qui signifie que seuls les droits de la première épouse sont reconnus, ce qui signifie que tout mariage ultérieur est illégal et ne permet pas de répartir les droits de propriété matrimoniaux.

La non-reconnaissance des mariages non enregistrés expose les femmes à la déshérence.⁶⁰

3.2. Normes sociales patriarcales et processus judiciaire

La terre est un bien et, étant donné que son accès influence positivement le statut social et le patriarcat, il n'est pas surprenant que les normes sociales discriminatoires et les relations hiérarchiques entre les sexes dans la société entraînent des difficultés à plaider en faveur du droit à la propriété.⁶¹ Il est donc nécessaire d'interroger ces normes et pratiques concernant les droits de propriété des hommes et des femmes et leur impact sur le droit à la propriété.

Les normes sociales ont un impact sur la légitimité du WLPR en déterminant si les femmes sont considérées comme culturellement capables de posséder des biens. Par conséquent, même si une femme peut légalement être autorisée à hériter de biens, elle peut être confrontée à des réactions négatives de la part de la société, y compris la stigmatisation et l'ostracisme, lorsqu'elle tente de le faire. De telles pressions découragent les femmes de faire valoir de tels droits afin de maintenir les liens familiaux.⁶² Même dans les contextes où les femmes peuvent être considérées comme culturellement capables de posséder des droits fonciers, les normes sociales peuvent exclure d'autres femmes. Par exemple, dans les systèmes patrilineaires, les épouses peuvent perdre le droit d'hériter des biens de leur village natal.⁶³

La perception de la valeur du travail des femmes au sein de la famille peut également avoir des conséquences sur les litiges en matière de droits de propriété foncière. En général, lorsque les femmes sont considérées comme des aides, des ménagères, des soignantes et des personnes à charge, il peut être plus difficile d'intenter une action en justice dans le cadre du WLPR, car ces rôles de genre façonnent les perceptions des

⁵⁸ S Gebretsion "Is there division of property in polygamous marriage ?" (The Reporter, 24 mars 2018) <<https://www.thereporterethiopia.com/4618/>>.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Centre on Housing Rights and Eviction "Shelter from the Storm : Women's Housing Rights and the Struggle against HIV/ AIDS in Sub Saharan Africa" (2009).

⁶¹ FAO (note 33 ci-dessus).

⁶² R Pradhan, R Meinzen-Dick & S Theis 'Property Rights, Intersectionality, and Women's Empowerment in Nepal' International Food Policy Research Institute (IFPRI) Discussion Paper No. 1702 (2018).

⁶³ Programme des Nations Unies pour les établissements humains (UN-Habitat) "Progress Report on Removing Discrimination Against Women in Respect of Property & Inheritance Rights", Tools on Improving Women's Secure Tenure Series 1 No. 2 (2006).

femmes en tant que non-propriétaires et la position des femmes dans les questions foncières.⁶⁴ A cela s'ajoute le fait que les voix des femmes dans les discussions sur les questions foncières peuvent être exclues en raison des normes qui considèrent que la terre est une question masculine.⁶⁵

L'accès au WLPR par le biais des systèmes formels peut également être découragé en faveur des mécanismes coutumiers de résolution des conflits qui "peuvent être considérés comme avantageux pour des groupes particuliers en raison de leur statut social, de leur richesse, de leur appartenance ethnique ou de leur sexe".⁶⁶ Les litiges concernant la succession d'une personne décédée sont considérés comme des affaires familiales et sont donc tranchés au niveau local sans tenir compte de l'équité et de l'égalité.⁶⁷ Selon Human Rights Watch, dans la plupart des pays subsahariens, dont le Malawi, le Mozambique, l'Afrique du Sud, la Tanzanie, la Zambie et le Kenya, les veuves des zones rurales ont un accès limité à la justice et les pratiques traditionnelles discriminatoires fonctionnent par défaut.⁶⁸

Les femmes rencontrent encore de nombreux obstacles lorsqu'elles choisissent d'emprunter les voies juridiques officielles en raison de la nature discriminatoire du système. Dans les situations de violations des droits de l'homme, par essence, une victime potentielle devrait être en mesure d'engager une procédure pour obtenir une réparation appropriée devant un tribunal compétent, conformément aux règles et procédures prévues par la loi.⁶⁹ En théorie, le pouvoir judiciaire vérifie et équilibre les actions des autres organismes publics et des personnes privées.⁷⁰ A son crédit, certains contextes judiciaires tels que le Kenya, l'Ouganda et le Botswana ont émis des jugements progressifs affirmant le droit à la vie privée dans, entre autres, les affaires d'héritage et de propriété matrimoniale.⁷¹

Cependant, le plus souvent, les décisions de justice ont fait preuve d'une appréciation limitée de l'impact sexospécifique nuancé du droit foncier et de la propriété, y compris de la nature intersectionnelle de la discrimination.⁷² Dans l'affaire *Masupha*

⁶⁴ A Galie, J Jiggins and PC Struik 'Women's identity as farmers : a case study from ten households in Syria' (2013) 64-65(1) NJAS : Wageningen J of Life Sciences 25.

⁶⁵ J Twyman, J Muriel & MA García 'Identifying women farmers : informal gender norms as institutional barriers to recognizing women's contributions to agriculture' (2013) 1(2) J of Gender, Agriculture and Food Security 1.

⁶⁶ R Giovarelli, A Richardson & E Scalise 'Gender & Collectively Held Land : Good Practices & Lessons Learned From Six Global Case Studies' (2016).

⁶⁷ J Nnoko-Mewanu & N Abdi 'Securing women's land rights in Kenya' (Human Rights Watch, 7 mars 2020) <<https://www.hrw.org/news/2020/03/07/securing-womens-property-rights-kenya>>.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Nations Unies 'A Human Rights-Based Approach To Women's Rights To Land And Other Productive Resources' (2013) <<https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2013/11/OHCHR-UNWomen-land-rights-handbook-WEB%20pdf.pdf>>.

⁷⁰ 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' (2014) <<http://www.katibainstitute.org/images/publications/PIL%20Guide%20In%20Kenya.pdf>>.

⁷¹ Ibid.

⁷² Nations Unies, "Une approche fondée sur les droits de l'homme" (note 70 ci-dessus).

*v The Senior Resident Magistrate for the Subordinate Court of Berea and Others*⁷³, la Cour constitutionnelle du Lesotho a confirmé une disposition de la loi sur la chefferie accordant le droit exclusif d'hériter du titre coutumier de chef au premier né de sexe masculin, refusant aux enfants de sexe féminin les mêmes droits sur la base de leur sexe⁷⁴.

Dans l'affaire *ES and SC v Republic of Tanzania*⁷⁵, le Comité CEDAW a reproché aux tribunaux nationaux de Tanzanie de ne pas avoir protégé les requérantes, deux veuves expulsées de leur domicile par la famille de leur mari. Plus précisément, le Comité a critiqué le raisonnement des tribunaux nationaux selon lequel l'application du droit de la veuve à son domicile après la mort de son mari perturberait l'ordre social dans le pays.⁷⁶

Même dans les cas où les femmes obtiennent gain de cause, elles sont souvent stigmatisées, ostracisées et désavouées par leur communauté, ce qui rend difficile l'application de toute décision de justice favorable.⁷⁷ Par exemple, dans le cas de *Thoko Mkhatswa-Dlamini*, une fille unique qui a demandé réparation au Conseil du chef pour faire valoir ses droits à l'héritage, le Conseil et la Cour d'appel traditionnelle du Swaziland se sont tous deux prononcés contre elle et le fait qu'ils n'aient pas rendu de décision écrite a entravé ses efforts pour faire appel auprès de la Cour suprême de l'Eswatini.⁷⁸

Les partenaires du FLN ont signalé que dans certains cas où un client potentiel a été identifié, ils ont subi des pressions de la part de leur famille et de leur communauté pour qu'ils retirent leurs instructions. Au Kenya, KELIN a relaté le cas d'une veuve déshéritée par sa belle-mère parce qu'elle était une concubine. Plus tard, la cliente a retiré ses instructions en invoquant le fait qu'elle n'avait aucun intérêt dans les biens de la famille décédée et qu'elle devait être autorisée à se remarier. KELIN a déclaré : "La cliente m'a informé qu'elle ne souhaitait plus poursuivre l'affaire. Elle déclare que le terrain en question est petit et que, selon elle, il ne mérite pas ses efforts. Elle a également indiqué qu'elle aimerait se remarier un jour et que l'affaire lui causerait des difficultés à cet égard, car elle serait liée à la famille de son défunt mari, ce qui rendrait difficile son mariage avec quelqu'un d'autre".⁷⁹

⁷³ Masupha v The Senior Resident Magistrate for the Subordinate Court of Berea and Others Constitutional Case No. 5/2010 [2013] LSHC 9 (03 mai 2013).

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ ES and SC v. Republic of Tanzania Communication n° 48/2023 CEDAW/C/60/D/48/2013 (2015).

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ C Doss & R Meinzen-Dick 'Land tenure security for women : Un cadre conceptuel (2020) 99 Land Use Policy 105080.

⁷⁸ Mkhatswa v The King (316 of 2018) [2019] SZHC 275 (16 janvier 2019).

⁷⁹ Discussion zoom avec l'un des avocats du réseau (identité non divulguée).

3.3. Héritages coloniaux et pluralisme juridique

Un autre défi auquel sont confrontées les femmes dans les contextes de WLPR est lié au pluralisme juridique. L'anthropologie juridique traditionnelle considère le pluralisme juridique comme un système d'ordres juridiques différents, conçus comme des entités distinctes coexistant dans le même espace politique.⁸⁰ Il consiste en différents corps de lois faisant partie du système juridique de l'État.⁸¹ Comme le notent Dow et Kidd, "[l]e droit de l'État n'est pas le seul corps de règles régissant le comportement social, et ... il existe dans une société des règles élaborées et complexes et parfois concurrentes qui régissent les actions et le comportement des gens".⁸²

Le pluralisme juridique, en particulier dans le contexte des lois sur la famille et la succession, est le résultat du colonialisme. Les colonialistes ont imposé les systèmes juridiques de leurs pays et les ont placés au-dessus des approches juridiques traditionnelles et religieuses existantes. En outre, surtout en Afrique anglophone, ces impérialistes ont codifié les lois religieuses, en autorisant également les mariages arrangés dans le cadre du christianisme ou de l'islam (selon le cas). Après l'indépendance, la plupart des États ont tenté d'harmoniser ces lois plurielles dans leurs statuts, avec plus ou moins de succès. Par exemple, en raison des vestiges de l'élévation coloniale française de son système de droit civil, nombre de ses anciennes colonies en Afrique ne reconnaissent pas légalement les mariages coutumiers ou religieux, malgré une pratique réelle où de nombreux mariages sont conclus dans le cadre de régimes islamiques ou traditionnels.⁸³

Il est important de comprendre l'interaction entre les différentes lois, y compris les lois nationales, les lois coutumières et les lois religieuses, pour concevoir des stratégies de litige concernant les droits des femmes en matière d'héritage et de propriété matrimoniale. En commentant le système juridique malawien en matière d'héritage, von Benda Beckmann a noté que :

Le droit appliqué au Malawi repose sur différents fondements de validité. Bien qu'il soit maintenant courant de parler d'un dualisme juridique, il s'agit d'une caractérisation maladroite de la coexistence de différentes lois, c'est-à-dire que la loi "anglaise" est composée de différents types de lois, il est plus approprié de parler de pluralisme juridique. Dans l'ensemble, quatre complexes peuvent être distingués : le droit statutaire local, le droit anglais, le droit coutumier des tribus malawites et le droit religieux ...⁸⁴

De même, au Nigeria, en raison du manque d'uniformité des lois sur la succession, lorsqu'une personne meurt intestat, le droit coutumier est considéré comme le principal

⁸⁰ B de Sousa Santos 'Law : A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law' (1987) 14(3) J of Law and Society 279, 293.

⁸¹ Ibid.

⁸² U Dow et P Kidd 'Women, Marriage and Inheritance Research Report' (1994) 4.

⁸³ M Kane 'The Status of Married Women Under Customary Law in Senegal' (1972) 20(4) The American J of Comparative Law 716.

⁸⁴ F von Benda Beckmann Legal Pluralism in Malawi : Développement historique 1858-1970 et questions émergentes (2007) 55 .

point de référence.⁸⁵ D'autre part, en Afrique du Sud, quatre régimes statutaires sont utilisés dans les affaires de succession et d'héritage.⁸⁶ Cette pluralité de lois a également été reconnue dans de nombreuses dispositions constitutionnelles.⁸⁷ Certaines de ces dispositions ont étendu le droit coutumier à toutes les questions personnelles, comme au Botswana⁸⁸ et en Gambie.⁸⁹ Cette extension a eu des résultats mitigés sur la capacité des femmes à accéder à leurs droits fonciers et patrimoniaux. Voir, par exemple, l'affaire *Susan Badjie v Isatou Secka*⁹⁰, une affaire gambienne concernant un litige entre deux femmes au sujet de la succession d'un homme décédé.

La question litigieuse était de savoir si un homme marié sous un régime monogame avait la capacité de contracter un mariage polygame et si, à sa mort, la nouvelle "épouse" avait droit à ses biens en tant que veuve. Les juridictions de première instance et d'appel ont jugé que l'épouse subséquente ne pouvait pas être considérée comme une épouse puisque le défunt n'avait pas la capacité de contracter un autre mariage pendant la durée d'un mariage monogame. La Cour suprême a cassé cette décision et, ce faisant, a confirmé la supériorité des lois religieuses sur toute autre loi concernant le mariage.

Au Botswana, les tribunaux se sont appuyés sur le régime international des droits de l'homme pour interpréter l'impact de l'égalité des sexes. Dans l'affaire *Mmusi et autres c. Ramantele et autres*⁹¹, la Cour d'appel et la Haute Cour ont toutes deux estimé que le droit coutumier Ngwaketse, qui refusait aux femmes le droit d'hériter de la résidence matrimoniale intestat, violait leur droit constitutionnel à l'égalité⁹². De même, au Kenya, la Cour d'appel a confirmé les droits de succession des filles,⁹³ bien que cette pratique aille à l'encontre du droit et des pratiques coutumiers⁹⁴.

Malgré ces résultats positifs, dans la plupart des cas, la reconnaissance judiciaire des différents types de mariage exacerbe la façon dont les veuves sont traitées à la mort de leur époux, malgré des réformes constitutionnelles substantielles sur la promotion de l'égalité et de la non-discrimination.⁹⁵

⁸⁵ AC Diala 'Reform of the customary law of inheritance in Nigeria : Lessons from South Africa' (2014) 14(2) African Human Rights LJ 633.

⁸⁶ Law of Succession Amendment Act 43 de 1992 ; Intestate Succession Act de 1987 ; Wills Act de 1953 ; Reform of Customary Law of Succession Act (Reform Act) de 2009.

⁸⁷ Constitution du Kenya, 2010, article 2.

⁸⁸ Constitution de la République du Botswana, article 15(4).

⁸⁹ Constitution de la République de Gambie, 1996 avec des amendements jusqu'en 2004.

⁹⁰ *Susan Badjie c. Isatou Secka* SC 15/2012 (novembre 2014).

⁹¹ *Mmusi and others v Ramantele and another* (2012) 2 BLR 590 HC (11 octobre 2012).

⁹² Ibid

⁹³ Ibid

⁹⁴ *Rono v Rono and Another* (2005) AHRLR 107.

⁹⁵ Au cours des dix dernières années, on a assisté à une évolution visant à modifier les constitutions et les législations subsidiaires afin de refléter un discours fondé sur les droits. Par exemple, le Zimbabwe et le Kenya ont de nouvelles constitutions qui reflètent une approche fondée sur les droits. Au Malawi, depuis 2006, des lois ont été adoptées pour répondre aux droits des femmes : la loi de 2006 sur la prévention de la violence domestique, la loi sur l'égalité des sexes, la loi de 2013 sur le mariage et la loi de 2019 sur l'administration des successions (testaments et héritages).

Dans la pratique, le système juridique pluriel s'appuie fortement sur le droit coutumier ou religieux pour gérer les questions familiales et, par conséquent, les femmes en tant qu'épouses, mères et filles ne peuvent jouir de leur droit d'hériter de la terre, ce qui les rend vulnérables à la dépossession, même lorsque les statuts reconnaissent leurs droits.

Dans certaines communautés, un mariage n'est valide qu'à partir du moment où le prix de la fiancée est payé, ce qui rend difficile l'égalité de traitement en matière d'héritage pour les veuves qui vivent en concubinage ou qui sont mariées civilement. Dans les pays de droit civil, bien que le droit coutumier soit interdit, il est largement pratiqué sans tenir compte des précautions nécessaires pour garantir l'égalité des sexes.⁹⁶

Le pluralisme juridique peut également avoir des effets négatifs sur l'égalité des sexes en matière de gouvernance foncière. Dans un système juridique pluriel qui s'appuie fortement sur le droit coutumier ou religieux pour gérer les questions familiales, la plupart des acteurs judiciaires peuvent promouvoir l'utilisation de lois et de pratiques coutumières patrilineaires en matière de gouvernance foncière et de distribution des biens d'une personne décédée, même lorsque des lois progressistes sont disponibles.⁹⁷

L'incapacité des plaideurs à comprendre l'impact du pluralisme juridique sur les droits de succession, l'interaction entre la loi et les expériences des femmes avec la loi et la façon dont l'intersectionnalité exacerbe les vulnérabilités des femmes peut donner lieu à des résultats défavorables dans les efforts stratégiques de contentieux.⁹⁸

3.4. Des portefeuilles de litiges étendus, une expertise en la matière et une gestion des clients inadéquates

Les litiges stratégiques présentent plusieurs avantages, notamment la possibilité d'avoir un impact sociétal plus large que les litiges ordinaires et de modifier les cadres juridiques et réglementaires. Comme le note Solvang, "[l]es projets de contentieux stratégique cherchent non seulement à gagner des affaires individuelles et à apporter réparation à des victimes individuelles, mais aussi à provoquer des changements plus importants et durables en gagnant des affaires qui ont un impact au-delà de l'affaire concernée".⁹⁹

Cependant, d'importants défis subsistent, dont l'un concerne les vastes portefeuilles de litiges avec une expertise limitée dans le domaine concerné. Comme nous l'avons vu plus haut, le WLPR interagit avec plusieurs aspects juridiques, y compris, entre autres,

⁹⁶ ISLA 'WLPR Module Comprehensive Reading List on Women's Matrimonial property and Inheritance Rights' (2021).

⁹⁷ The International Women's Human Rights Clinic Georgetown University Law Center et The Federation of Women Lawyers : Kenya 'Empowering Women With Rights to Inheritance-A Report on Amendments to the Law of Succession Act Necessary to Ensure Women's Human Rights : A Human Rights Report and Proposed Legislation' (2009) 40 Georgetown J of International Law 127 <<https://www.law.georgetown.edu/international-law-journal/wp-content/uploads/sites/21/2019/05/4-Kenya-Report-508.pdf>>.

⁹⁸ A Manji "Imaginer le "monde juridique" des femmes : Vers une théorie féministe du pluralisme juridique en Afrique" (1999) 8(4) *Études sociales et juridiques* 435.

⁹⁹ O Solvang "Chechnya and the European Court of Human Rights : The Merits of Strategic Litigation' (2008) 19(3) *Security and Human Rights* 208.

les lois sur la terre et la propriété, les lois sur le mariage et la famille, et les lois sur les compensations dans l'industrie extractive. D'autres lois peuvent inclure une appréhension de la législation sur les droits de l'homme, les conflits de lois (lorsque la propriété est située en dehors du pays de la juridiction primaire) et les lois fiscales. L'incapacité à définir l'étendue des portefeuilles de litiges stratégiques peut être préjudiciable aux litiges stratégiques potentiels.¹⁰⁰ Dans les cas où le domaine du droit et de la politique est vaste et nécessite une expertise en la matière qui n'est pas disponible à l'ISLA et chez ses partenaires, une collaboration accrue entre les parties prenantes concernées est nécessaire. Les difficultés émergentes dans la réalisation de ces collaborations incluent différentes théories du changement et des obstacles à la coordination.

Un autre défi majeur, comme dans tout litige stratégique, consiste à gérer les attentes du client. Alors que le client devrait idéalement avoir les mêmes objectifs que l'ISLA ou ses partenaires, ce n'est pas toujours le cas pour diverses raisons. Par exemple, le client peut être principalement intéressé par la résolution de son problème personnel, alors que l'organisation peut être intéressée par une réforme juridique plus large. En outre, la nature prolongée des litiges stratégiques peut être épuisante pour le client.¹⁰¹

3.5. Accès à la justice et délais démesurés

L'accès à la justice est reconnu comme un droit dans les contextes internationaux, régionaux et nationaux.¹⁰² Ce droit comprend plusieurs dimensions, notamment l'information, la dimension sociale, la géographie et le coût.¹⁰³ L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et l'Open Society Foundation étendent ces dimensions pour inclure également "la substance du droit, la disponibilité des institutions juridiques et leur qualité, la disponibilité et la qualité de l'assistance juridique, la qualité des résultats et la capacité ou l'autonomisation juridique".¹⁰⁴ La qualité des institutions juridiques comprend le temps nécessaire aux systèmes judiciaires pour statuer pleinement et entièrement sur les affaires.

Bien que certaines lois prévoient des délais spécifiques, la règle générale veut que les affaires soient conclues dans un délai raisonnable. La section 1A de la loi kenyane sur la procédure civile (Kenya Civil Procedure Act) définit l'objectif primordial de la loi, à

¹⁰⁰ L'ISLA a dû abandonner des affaires identifiées en raison de l'absence de toute orientation stratégique potentielle en matière de litiges, comme une affaire WSER renvoyée par l'Association des femmes juristes de Côte d'Ivoire (cohabitation et accès à la propriété) le 21 octobre 2021 et une affaire WSER walk-in client (propriété commune sous le régime de la séparation) le 29 octobre 2021.

¹⁰¹ B Schokman, D Creasey & P Mohen 'Short Guide -Strategic Litigation And Its Role In Promoting And Protecting Human Rights' (Advocates for International Development, 2012) <<http://www.a4id.org/wp-content/uploads/2016/04/Strategic-Litigation-Short-Guide-2.pdf>>.

¹⁰² Voir, par exemple, l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; l'article 48 de la Constitution du Kenya de 2010.

¹⁰³ A Levai Deseau & M Schmiegelow 'Access to Justice and Economic Development : Evidence from an International Panel Dataset' No 2019009, LIDAM Discussion Papers, Université catholique de Louvain, Institut de Recherches Economiques et Sociales (IRES) (2019).

¹⁰⁴ OCDE & Open Society Foundations 'Legal Needs Surveys and Access to Justice' (2019) <<https://doi.org/10.1787/g2g9a36c-en>>.

savoir "faciliter la résolution juste, rapide, proportionnée et abordable des litiges civils régis par la loi".¹⁰⁵

Les retards dans la procédure judiciaire ont plusieurs inconvénients, notamment l'augmentation disproportionnée des coûts, la lassitude des clients et la méfiance du public à l'égard du système judiciaire¹⁰⁶.

Malheureusement, malgré les dispositions relatives à l'accès à la justice et à la résolution rapide des litiges, les affaires relatives à la protection des droits des femmes sont parfois soumises à des litiges prolongés. L'ISLA a documenté plusieurs procédures de divorce retardées en République de Tanzanie, y compris l'affaire *Flora Mhule*, une procédure de divorce contestant, entre autres, la division des biens matrimoniaux.¹⁰⁷ Dans ce cas, le tribunal de première instance a mis plus d'un an à conclure la procédure. Dans ce cas, le tribunal de première instance a mis plus d'un an à conclure la procédure. L'appel interjeté par le mari a été contré par la notification d'objection préliminaire dont la décision a été rendue trois ans après son dépôt, sans qu'il soit fait référence à un délai excessif.

De même, dans l'affaire *Elizabeth Malilo*, datant de 2006, un tribunal de première instance en Tanzanie a mis deux ans à rendre un jugement sur une demande de divorce. Ce jugement a fait l'objet d'un appel et n'a été conclu qu'en août 2016. Ce retard de dix ans n'a pas été pris en compte par le tribunal.

Qu'ils soient dus à la culpabilité des parties ou à l'engorgement du système judiciaire, les retards excessifs ont des effets négatifs sur la capacité des parties à participer efficacement à la procédure et sur la confiance du public dans le système judiciaire.

¹⁰⁵ Loi sur la procédure civile, 2010, Lois du Kenya s 2A.

¹⁰⁶ J Nagtegaal & Y Jooste 'A Future of Justice Inclusion : Examining Access to Justice in South Africa through the «Ethic of Care» and «Complexity»» (2022) 14(3) African J of Legal Studies 306.

¹⁰⁷ ISLA 'Interim Report on Delays in Divorce Proceedings in Tanzania' (2022).

4. Défis spécifique au contexte: L'accès des femmes à l'héritage _____.

4.1. Approches législatives, constitutionnelles et judiciaires

Malgré de nombreuses réformes progressives en matière de droits de propriété des femmes dans de nombreux États africains, on peut encore observer un schéma d'exclusion en ce qui concerne les droits de succession. Bien que les lois foncières tanzaniennes comprennent une disposition selon laquelle toute règle de droit coutumier qui refuse aux femmes l'accès légal à la propriété, à l'occupation ou à l'utilisation de la terre est considérée comme nulle¹⁰⁸, lesdites lois foncières conservent des dispositions reconnaissant le droit coutumier et son application en matière d'héritage¹⁰⁹.

Dans l'Ouganda voisin, "[l]es questions relatives à l'héritage des terres familiales ont été maintenues à l'écart des programmes de réforme du droit "¹¹⁰ malgré les nombreuses recommandations du comité CEDAW en faveur d'une réforme substantielle.¹¹¹ De même, au Kenya, comme en Ouganda, la réforme du droit foncier qui a suivi la réforme constitutionnelle n'a pas abordé les aspects discriminatoires de la loi sur les successions de 1972.¹¹² Comme l'État l'a lui-même reconnu, "[l]e domaine dans lequel la plupart des lois coutumières désavantagent les femmes est celui des droits de propriété et de l'héritage". Selon le droit coutumier de la plupart des groupes ethniques du Kenya, une femme ne peut pas hériter d'une terre et doit y vivre en tant qu'invitée de parents masculins par le sang ou le mariage".¹¹³

Au contraire, le Rwanda a été explicite dans sa reconnaissance de l'égalité des sexes en matière d'héritage en notant à l'article 50 de la loi de 1999 sur les régimes matrimoniaux, les libéralités et les successions que "[t]ous les enfants légitimes en vertu du droit civil héritent également sans aucune discrimination entre les enfants de sexe masculin et les enfants de sexe féminin".¹¹⁴ Cette disposition a été renforcée par la loi organique sur la terre de 2005, qui interdit la discrimination fondée sur le sexe ou l'origine et consacre

¹⁰⁸ Land Acts, 1999, Lois de la République de Tanzanie s 20(2).

¹⁰⁹ H Dancer 'An Equal Right to Inherit ? Women's Land Rights, Customary Law and Constitutional Reform in Tanzania' (2017) 26(3) Social and Legal Studies 291.

¹¹⁰ Ibid 296.

¹¹¹ Comité CEDAW 'Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes' (2010) CEDAW/C/UGA/CO/7 para 14.

¹¹² Kenya Land Alliance «The National Land Policy in Kenya : Critical Gender Issues and Policy Statements' Issues paper 1/2004 (2004).

¹¹³ République du Kenya 'Combined fifth and sixth periodic reports to the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women' (2006) CEDAW/C/KEN/6 para 81 <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/39sess.htm>>.

¹¹⁴ P McAuslan Réforme du droit foncier en Afrique de l'Est : Traditional or Transformative ? (2013) 210-214.

l'égalité des droits du mari et de la femme, y compris des veuves et des veufs, en matière de terre.¹¹⁵

Le droit international des droits de l'homme donne des orientations aux États pour qu'ils progressent. Par exemple, l'article 16 de la CEDAW prévoit l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes au moment du mariage, pendant le mariage, au moment de la séparation et au moment du décès¹¹⁶. Sa recommandation générale n° 29 note que les conséquences économiques pour les femmes au moment du décès de leur conjoint sont beaucoup plus graves et substantielles que pour les hommes, et recommande aux États d'adopter des lois successorales qui prévoient l'égalité des droits entre les femmes et les hommes en matière de succession testamentaire¹¹⁷. Plus précisément, le Comité CEDAW a recommandé que les lois garantissent l'égalité de traitement entre les conjoints survivants de sexe masculin et féminin, interdisent le déshéritage d'un conjoint survivant et criminalisent la dépossession ou l'accaparement des biens d'une personne décédée¹¹⁸.

En outre, dans sa résolution 262 sur le droit des femmes à la terre et aux ressources productives, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) a demandé aux États parties de garantir le droit des veuves à l'héritage, y compris le droit d'hériter des biens meubles et immeubles acquis pendant le mariage, ainsi que leur droit, quel que soit le régime matrimonial, de posséder la maison matrimoniale¹¹⁹.

4.2. Défis en matière de litiges relatifs au WLPR et à l'héritage

En général, et comme nous l'avons vu plus haut, les lois et politiques pertinentes offrent une perspective mitigée sur les protections relatives à l'héritage des biens par les femmes. Il en résulte plusieurs défis dans les litiges relatifs à l'héritage et au droit à l'héritage, notamment les lacunes juridiques qui existent dans le contenu des lois actuelles sur l'héritage. Ces lacunes soulèvent des difficultés dans la conception et la mise en œuvre d'une stratégie juridique susceptible d'être suivie avec succès par les plaideurs potentiels.

4.2.1. Lacunes existantes dans le contenu des lois pertinentes

La première lacune est le manque d'harmonisation entre le droit coutumier et les dispositions légales en matière d'égalité. Alors que de nombreuses constitutions d'Afrique subsaharienne prévoient expressément l'égalité des genres et des sexes, la reconnaissance continue du droit coutumier, sans clauses de non-discrimination, par

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ CEDEF (note 20 ci-dessus).

¹¹⁷ Comité CEDAW, «Recommandation générale n° 29» (note 31 ci-dessus).

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ ACHPR 'Résolution 262 sur le droit des femmes à la terre et aux ressources productives' (2013) ACHPR/Res.262(LIV)2013 para 6.

exemple en matière d'héritage, laisse les femmes vulnérables aux préjugés et à des résultats injustes¹²⁰.

Le droit coutumier de plusieurs communautés suit un système patrilinéaire dans lequel "les femmes sont incapables de posséder des biens ou d'en hériter".¹²¹ En outre, les filles mariées ne sont pas considérées comme faisant partie de la lignée familiale et n'ont donc pas de droits sur les biens de leur père.¹²²

Si les femmes déshéritées peuvent tenter de recourir aux institutions officielles pour obtenir réparation et dénoncer la discrimination, ces efforts ne sont pas toujours couronnés de succès. Dans l'affaire *Thoko Mkhatswa-Dlamini*, la Cour d'appel du Swaziland a rejeté l'appel de la requérante et a favorisé une décision ouvertement discriminatoire de la part des structures judiciaires traditionnelles imprégnées de conceptions patriarcales du rôle des femmes et de leur incapacité présumée à détenir des biens.¹²³

En outre, les possibilités de succès devant les tribunaux sont limitées par le fait que la loi ne définit pas les contours du veuvage. Cette ambiguïté est souvent laissée à l'interprétation sociétale/coutumière de la signification du veuvage, ce qui pose des problèmes importants. Par exemple, dans certaines régions d'Afrique subsaharienne, le veuvage n'est pas une situation automatique qui découle du décès d'un conjoint. Au contraire, il est socialement construit et accordé à la femme par la communauté et, plus spécifiquement, validé par la famille de son mari décédé.¹²⁴

Les facteurs pris en compte pour accorder ce statut vont de la perception de la "bonne conduite" de la femme à l'égard de sa belle-famille et de son mari, à l'accomplissement des formalités du mariage, comme le paiement de la dot. En d'autres termes, certaines dispositions du droit coutumier et certaines institutions traditionnelles (conseil, anciens, familles) peuvent refuser aux femmes le droit d'hériter de leur mari parce que leur mariage n'a pas été officialisé par un officier d'état civil et qu'elles n'ont pas répondu aux exigences et aux prescriptions comportementales de leur belle-famille et de leur communauté.¹²⁵

Comme l'a souligné un représentant de FIDA-Kenya, dans l'affaire dite de *Bungoma*, une femme a été dépossédée de sa terre par sa belle-mère à la mort de son conjoint, au motif que la cohabitation entre les deux n'équivalait pas à un mariage¹²⁶.

¹²⁰ A Nzioki 'The Effects of Land Tenure on Women's Access and Control of Land in Kenya' in AA An-Na'im (ed) *Cultural Transformation and Human Rights in Africa* (2002) 214-228.

¹²¹ Georgetown International Women's Rights Clinic 'Women's Land And Property Rights In Kenya- Moving Forward Into A New Era Of Equality : A Human Rights Report And Proposed Legislation' (2009) 40 Georgetown J of International Law 1, 69.

¹²² Ibid.

¹²³ *Mkhatshwa v The King* (note 79 ci-dessus).

¹²⁴ T Kachika, D Nyakaunda Kamanga & S Venekai-Rudo *White Dispossessing The Widow : Gender Based Violence in Malawi Kachere* (2002) 60.

¹²⁵ Voir la section 5 sur la cohabitation et le WLPR pour plus de détails.

¹²⁶ Ce cas n'a pas été déposé et n'a donc pas de référence (FIDA-Kenya Online Interview (2017)).

4.2.2. Défis liés à l'élaboration de stratégies juridiques efficaces ()

L'un des principaux obstacles à l'élaboration de stratégies juridiques efficaces en matière des LSF dans ce domaine est la difficulté de trouver des clients. Les entretiens avec les partenaires du réseau ont révélé la difficulté d'intégrer et de fidéliser les clients. Comme l'a noté une personne interrogée de FIDA-Uganda, " j'ai fait des pieds et des mains pour obtenir une cliente individuelle, mais elle s'est retirée parce que les tribunaux sont considérés comme des espaces de confrontation ".¹²⁷

Même lorsqu'un client a été localisé, il est difficile de comprendre les applications spécifiques des multiples régimes juridiques, y compris le mariage, la succession et les cadres de propriété. Lors de l'élaboration d'une stratégie juridique, les avocats spécialisés dans les litiges stratégiques peuvent être enclins à présumer que les biens appartenant aux époux respectifs doivent être soumis aux processus de succession sans tenir compte des autres régimes qui se croisent afin de garantir les meilleures formes de protection pour la veuve. Il est également important de comprendre ces régimes transversaux pour concevoir des stratégies d'engagement public et d'autonomisation pour les femmes risquant d'être dépossédées de leurs biens.

¹²⁷ Discussion zoom avec Susan Baluka, conseillère en litiges stratégiques à FIDA-Uganda, 13 août 2021

5. Cohabitation et WLPR _____.

5.1. Droit à la famille : approches factuelle et juridique

Il n'existe pas de définition unique de la famille dans le droit international des droits de l'homme. La question de l'existence ou de la non-existence d'une famille est essentiellement une question de fait, qui doit être déterminée au cas par cas, nécessitant une approche flexible qui tienne compte des variations culturelles et des facteurs de dépendance économique et affective.¹²⁸ Dans son Observation générale n° 16, le Comité des droits de l'homme a affirmé que " [s]agissant du terme "famille", les objectifs du Pacte exigent qu'aux fins de l'article 17, ce terme soit interprété au sens large et comprenne tous ceux qui constituent la famille telle qu'elle est comprise dans la société de l'État partie concerné ".¹²⁹

Pour confirmer ce point, dans l'affaire *Ngambi et Nebol c. France*, dans laquelle les parties demandaient le statut de réfugié au titre du regroupement familial et affirmaient s'être mariées au Cameroun, bien que les autorités françaises aient estimé que le certificat n'était pas authentique, le Comité des droits de l'homme (CDH) a noté, en partie, que "[l]a protection de cette famille n'est pas nécessairement obérée, dans un cas particulier, par l'absence de liens formels de mariage, en particulier lorsqu'il existe une pratique locale de mariage coutumier ou de droit commun ". Le droit à la protection de la vie familiale n'est pas non plus nécessairement déplacé par la séparation géographique, l'infidélité ou l'absence de relations conjugales. Le droit à la protection de la vie familiale n'est pas non plus nécessairement écarté par la séparation géographique, l'infidélité ou l'absence de relations conjugales".¹³⁰

En outre, le CDH a noté dans son Observation générale n° 19 que :

[La notion de famille peut différer à certains égards d'un Etat à l'autre, et même d'une région à l'autre à l'intérieur d'un même Etat, et ... il n'est donc pas possible de donner à cette notion une définition standard. Toutefois, le Comité souligne que, lorsqu'un groupe de personnes est considéré comme une famille dans la législation et la pratique d'un Etat, il doit bénéficier de la protection visée à l'article 23. ... Lorsqu'il existe dans un Etat des conceptions différentes de la famille, "nucléaire" et "élargie", il convient de l'indiquer en expliquant le degré de protection accordé à chacune d'elles. Compte tenu de l'existence de diverses formes de famille, telles que les couples non mariés et leurs enfants ou les parents célibataires et leurs enfants, les États parties devraient également indiquer si

¹²⁸ F Nicholson 'The «Essential Right» to Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection in the Context of Family Reunification' Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) Document de recherche 2e édition (2018) <<https://www.refworld.org/docid/5a902a9b4.html>>.

¹²⁹ Comité des droits de l'homme des Nations unies (CDH) «Observation générale n° 16 du CCPR : Article 17 (Droit à la vie privée), Le droit au respect de la vie privée, de la famille, du domicile et de la correspondance, et à la protection de l'honneur et de la réputation» (1988) HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)

¹³⁰ Benjamin Ngambi et Marie-Louise Nébol c. France (16 juillet 2004) CCPR/C/81/D/1179/2003.

et dans quelle mesure ces types de famille et leurs membres sont reconnus et protégés par le droit et la pratique internes.¹³¹

Dans son Observation générale n° 14, le Comité des droits de l'enfant a élargi le terme "famille" pour y inclure les parents biologiques, adoptifs ou nourriciers, ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme le prévoit la coutume locale conformément à l'article 5 de la Convention.¹³²

De même, dans l'affaire *Winata v Australia*, le CDH a estimé que la relation de longue date entre les requérants, qui s'était traduite par la naissance d'un fils, constituait une relation de facto proche du mariage et étendait aux plaignants les protections habituellement réservées aux personnes mariées.¹³³

5.2. Familles non traditionnelles : cohabitation et WLPR

Les modes de cohabitation et les autres formes de vie commune sans mariage ont changé et évolué au cours des dernières décennies. La cohabitation, définie comme la co-résidence de partenaires non mariés qui vivent comme mari et femme, avec ou sans enfants, est devenue une caractéristique importante de la transition familiale en Afrique subsaharienne.¹³⁴ Une étude menée par Odimegwu, Ndagurwa, Singini et Baruwa a révélé que la cohabitation devient une caractéristique intégrale du système familial en Afrique subsaharienne.¹³⁵ Cette étude a également révélé que les chances de cohabitation étaient les plus élevées chez les jeunes adultes âgés de 20 à 24 ans. L'étude suggère également que l'impact potentiel de pratiques culturelles telles que le paiement du prix de la mariée peut entraver la formation du mariage chez les pauvres.¹³⁶

Cette situation n'est pas propre à l'Afrique. En Suède, neuf couples sur dix se mariant pour la première fois vivent déjà ensemble, tandis qu'au Danemark, plus d'un tiers des femmes âgées d'une vingtaine d'années vivent avec un partenaire sans être liées par le mariage. Selon une estimation approximative, environ un million de couples hétérosexuels vivent ensemble sans être mariés en Grande-Bretagne¹³⁷, tandis qu'en France, ce chiffre atteint deux millions et demi¹³⁸. Diverses raisons ont été avancées pour expliquer cette évolution : le choix, la migration à des fins de travail, la pauvreté et le chômage, les conditions économiques, l'évitement des obligations traditionnelles

¹³¹ Comité des droits de l'homme des Nations unies (CDH) «Observation générale n° 19 du CCPR : Article 23 (La famille) - Protection de la famille, droit au mariage et égalité des époux» (1990) <<https://www.refworld.org/docid/45139bd74.html>>.

¹³² Comité des droits de l'enfant des Nations unies (CRC) «Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)» (2013) CRC/C/GC/14 <<https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>>.

¹³³ *Hendrick Winata and So Lan Li v Australia* (2001) CCPR/C/72/D/930/2000 para 2.1.

¹³⁴ C Odimegwu, P Ndagurwa, M Singini & OJ Baruwa 'Cohabitation in Sub-Saharan Africa : A Regional Analysis' (2018) 18(1) *Southern African J of Demography* 111, 118-158.

¹³⁵ Ibid. 118.

¹³⁶ Ibid 158.

¹³⁷ J Sinclair & J Heaton *Le droit du mariage : Basé sur H. R. Hahlo Le droit sud-africain de l'époux et de l'épouse* (1996) 270.

¹³⁸ Ibid

du mariage, l'évitement des rôles traditionnels, l'incapacité à conclure des mariages et l'ignorance de la loi.¹³⁹

Traditionnellement, la loi liait le statut formel du mariage à un large éventail de droits, de devoirs, de charges et de responsabilités¹⁴⁰. Cette approche a été critiquée par certains chercheurs, qui estiment qu'elle implique une discrimination injuste fondée sur le statut matrimonial, en désapprouvant les relations non matrimoniales. A cette fin, plusieurs sociétés ont évolué vers une approche plus fonctionnelle du droit de la famille, axée sur la substance des relations et les besoins des parties à ces relations, plutôt que sur la forme de la relation ou le statut officiel.¹⁴¹

Dans l'affaire *X, Y, and Z v United Kingdom*, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) s'est penchée sur la notion de vie familiale telle que prévue à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.¹⁴² Dans cette affaire, où la Cour s'est penchée sur la question de savoir si une relation pouvait être considérée comme une "vie familiale", elle a estimé qu'"un certain nombre de facteurs peuvent être pertinents, notamment le fait que le couple vive ensemble, la durée de leur relation et le fait qu'ils aient démontré leur engagement l'un envers l'autre en ayant des enfants ensemble ou par d'autres moyens".

La Cour européenne des droits de l'homme a également établi que les mariages qui ne sont pas conformes au droit national ne constituent pas nécessairement un obstacle à la vie familiale. Dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v UK*, l'une des trois femmes concernées avait contracté un mariage religieux, non reconnu par le droit national. En donnant raison à la requérante, le tribunal a estimé que "M. et Mme Cabales avaient suivi une cérémonie de mariage... et les éléments de preuve dont dispose le tribunal confirment qu'ils se croyaient mariés et qu'ils souhaitaient sincèrement cohabiter et mener une vie de famille normale. C'est d'ailleurs ce qu'ils ont fait par la suite. Dans ces circonstances, la relation engagée ainsi établie était suffisante pour entraîner l'application de l'article 8".¹⁴³

En outre, dans l'affaire *Atala Riffo*,¹⁴⁴ la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) a déclaré que "la notion de vie familiale ne se limite pas au mariage et doit englober d'autres liens familiaux de fait dans lesquels les parties vivent ensemble en dehors du mariage".¹⁴⁵

¹³⁹ Commission sud-africaine de réforme du droit «Domestic Partnerships» Document de discussion 104, Projet 118 (2003) <<https://justice.gov.za/salrc/dpapers/dp104.pdf>>.

¹⁴⁰ D Meyerson 'Who's in and who's out ? Inclusion and exclusion in the family law jurisprudence of the Constitutional Court of South Africa' (2010) 3(1) *Constitutional Court Review* 295.

¹⁴¹ J Millbank 'The Role of «functional family» in same-sex family recognition trends' (2008) 20(2) *Child and Family Law Quarterly* 155.

¹⁴² *Marckx c. Belgique* Requête n° 6833/74 CEDH 13 juin 1979 para 31 ; *Keegan c. Irlande* Requête n° 16/1993/411/490 CEDH 19 avril 1994.

¹⁴³ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* Requête n° 9214/80 ; 9473/81 ; 9474/8 Cour européenne des droits de l'homme 28 mai 1985, paragraphe 63.

¹⁴⁴ *C Caso Atala Riffo y Niñas v Chile* IACtHR 24 February 2012.

¹⁴⁵ Ibid. paragraphe 142.

Cette position a également été confirmée par de nombreux tribunaux nationaux. Dans l'affaire *Dawood and Another v Minister of Home Affairs and Others*, la Cour constitutionnelle a observé que "[l]es familles sont de formes et de tailles diverses. La définition de la famille évolue également en fonction des pratiques sociales et des traditions. En reconnaissant l'importance de la famille, nous devons veiller à ne pas consacrer des formes particulières de famille au détriment d'autres formes".¹⁴⁶

Dans l'affaire *Keticia Bgumba v Thadeo Maguma and Anor*¹⁴⁷, la Haute Cour de Tanzanie a reconnu la contribution non monétaire d'une femme pendant les deux années de sa cohabitation dans une union consensuelle avec son mari.

À cette fin, le tribunal a estimé que, comme elle avait établi un mariage par la cohabitation et la réputation, elle pouvait revendiquer sa part dans une maison en vertu de l'article 160(2) de la loi sur le mariage¹⁴⁸.

Cette position a également été adoptée 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*)¹⁴⁹ permet au tribunal de se prononcer sur la cohabitation en se fondant sur des facteurs tels que la durée de la relation (pas moins de cinq ans), le fait de la cohabitation, l'existence d'une relation conjugale, la propriété, l'utilisation et l'acquisition de biens, le fait que les parties ont mutuellement des enfants, s'en occupent ou les soutiennent, et la réputation des parties dans la communauté comme étant mariées et l'affichage public d'aspects de leur relation commune.

Cette loi, qui définit la cohabitation comme "le fait pour un homme et une femme, non mariés l'un à l'autre conformément à la présente loi, de vivre ensemble comme, ou comme s'ils étaient, mari et femme"¹⁵⁰, reconnaît et protège également le mariage par réputation ou la cohabitation permanente. Bien que les dispositions relatives au mariage par réputation ou à la cohabitation aient été importées de la loi n° 3 sur le mariage de 1902¹⁵¹, l'amendement de 2015 a donné un sens et une clarté aux relations de cohabitation et a défini les facteurs déterminants de la cohabitation.

¹⁴⁶ *Dawood and Another v Minister of Home Affairs and Others* ; *Shalabi and Another v Minister of Home Affairs and Others* ; *Thomas and Another v Minister of Home Affairs and Others* CCT35/99 2000 (8) BCLR 837 (CC) South Africa Constitutional Court 7 June 2000 para 31 <<http://www.refworld.org/docid/58501f464.html>>. Ces trois affaires jointes concernaient les circonstances dans lesquelles les conjoints étrangers de résidents sud-africains sont autorisés à résider temporairement en Afrique du Sud dans l'attente de l'issue de leur demande de permis d'immigration.

¹⁴⁷ *Keticia Bgumba v Thadeo Maguma and Anor* 1989 High Court High Court, Mwanza, Mwalusanya J., Civil App. No. 8/89 (18 juillet 1989).

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ *Marriage, Divorce and Family Relations Act 2015* (loi sur le mariage, le divorce et les relations familiales), Lois de la République du Malawi.

¹⁵⁰ Ibid s 2.

¹⁵¹ Loi sur le mariage n° 3 (1902), Malawi.

5.3. Difficultés rencontrées dans les litiges relatifs à la cohabitation dans le cadre du WLPR

La protection de la cohabitation dans la loi est un continuum qui s'étend de la protection totale à l'exclusion complète. Au milieu de ce continuum se trouve la reconnaissance partielle par le biais de la présomption de mariage. Il est rare qu'une approche judiciaire ou législative protège pleinement la cohabitation telle quelle. Pour qu'un partenaire (le plus souvent hétérosexuel) bénéficie d'une protection juridique, il doit prouver que cette relation s'apparente à un mariage. Dans ce cas, il faut prouver par des faits et des preuves qu'il existe une présomption de mariage entre les personnes impliquées dans la relation.

L'un des premiers arrêts sur la cohabitation au Kenya est l'affaire *Hortensiah Wanjiku Yaweh v Public Trustee*¹⁵², dans laquelle la Cour a établi qu'une longue cohabitation pouvait constituer une présomption de mariage en déclarant notamment que "[l]a présomption ne dépend pas de la loi ou d'un système de mariage. La présomption est simplement une hypothèse fondée sur une très longue cohabitation et sur la réputation que les parties sont mari et femme".

Par la suite, en 2014, la Haute Cour a également jugé dans l'affaire *Joseph Gitau Githongo v Victoria Mwihaki*¹⁵³ que :

Elle [la présomption de mariage] est un concept né d'une appréciation des besoins des réalités de la vie : lorsqu'un homme et une femme cohabitent pendant une longue période sans solenniser cette union en passant par une forme reconnue de mariage, il y a présomption de mariage.

Si la femme est abandonnée par le "mari" ou si celui-ci meurt, ce qui arrive, la loi, sous réserve de la preuve requise, lui confère le statut d'"épouse" pour lui permettre de bénéficier d'une pension alimentaire ou d'une part de la succession de son "mari" décédé¹⁵⁴.

Ce besoin d'interpréter l'arrangement familial d'une personne peut involontairement créer une hiérarchie juridique des relations dans laquelle le mariage est considéré comme l'étalon-or à l'exclusion d'autres arrangements, ce qui est contraire aux recommandations bien formulées du comité CEDAW sur l'exigence nécessaire de protéger toutes les formes de familles.

Quoi qu'il en soit, la preuve de la cohabitation par l'établissement d'une présomption de mariage peut être compliquée par l'obligation d'enregistrer le mariage, telle qu'énoncée à l'article 3 de la loi sur le mariage (Kenya) qui stipule que " le mariage est l'union volontaire d'un homme et d'une femme, qu'il s'agisse d'une union monogame ou polygame, et qu'il est enregistré conformément à la présente loi ".¹⁵⁵

¹⁵² *Hortensiah Wanjiku Yaweh v Public Trustee* Civil Appeal 13 of 1976.

¹⁵³ *Joseph Gitau Githongo v Victoria Mwihaki* Civil Appeal 227 of 2005 (2014) eKLR.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Loi sur le mariage, 2015, Lois du Kenya.

À l'autre extrémité du continuum, on trouve l'exclusion totale de la cohabitation en tant qu'arrangement familial légalement protégé. En Ouganda, la législation pertinente ne reconnaît pas la cohabitation comme un mariage par réputation et n'accorde donc aucune protection juridique. Les efforts déployés pour adopter une législation prévoyant la présomption de mariage n'ont pas abouti¹⁵⁶.

Cette non-reconnaissance de la cohabitation soulève un deuxième problème pour faire valoir ces droits, à savoir le partage des biens en cas de décès ou de fin de l'accord de cohabitation. Les femmes vivant dans des juridictions où la cohabitation n'est pas reconnue (comme en Ouganda) subissent une discrimination supplémentaire du fait que leurs droits de propriété doivent être prouvés contractuellement, au lieu d'être traités selon la notion de partage équitable du droit de la famille et du Protocole de Maputo¹⁵⁷.

Comme l'a noté la Cour constitutionnelle sud-africaine dans l'affaire *Bwanya v The Master of the High Court and Others*¹⁵⁸, une juridiction chargée d'examiner s'il convient d'accorder l'accès aux biens matrimoniaux aux cohabitants non mariés ou aux personnes en union de fait doit prendre en considération le fait que les cohabitants non mariés pourraient avoir "un intérêt reconnaissable qui fonde un droit constitutionnel à l'égalité de bénéfice de la loi".¹⁵⁹ Lorsque leur intérêt ne peut en aucune manière affecter l'objet de la protection offerte par la loi aux femmes mariées, il n'y a aucune raison pour que ce droit et les protections qu'il comporte ne soient pas étendus.

¹⁵⁶ J Ddamulira Mujuzi 'Presumption of Marriage in Uganda' (2020) 34(3) *International Journal of Law, Policy and the Family* 247.

¹⁵⁷ Protocole de Maputo (note 24 ci-dessus) art 7(d)

¹⁵⁸ *Bwanya v Master of the High Court, Cape Town and Others* (CCT 241/20) [2021] ZACC 51 ; 2022 (4) BCLR 410 (CC) ; 2022 (3) SA 250 (CC) (31 décembre 2021) para 35

¹⁵⁹ Ibid. paragraphe 60.

6. WLPR et partage des biens matrimoniaux

6.1. Théories juridiques sur le partage des biens matrimoniaux

La division des biens matrimoniaux trouve ses racines historiques dans les systèmes de droit civil et de common law qui prévoyaient respectivement la communauté de biens et la séparation de biens ou la communauté partielle de biens.¹⁶⁰ Cependant, dans la plupart des juridictions de common law, les droits des femmes à posséder des biens dans le cadre du mariage ou en dehors sont interprétés selon une double approche des droits de propriété dans le mariage. Les critères juridiques applicables à cet égard comprennent l'intention (tacite ou par un comportement clair), l'équité et la contribution non monétaire, principalement de la part des femmes¹⁶¹.

Ces tests ne sont toutefois pas interprétés dans un vide social. Prenant acte de cette discrimination inhérente, les instruments internationaux ont fourni une protection plus explicite aux femmes, notamment l'observation générale de la CADHP sur l'article 7(d) du protocole de Maputo,¹⁶² dans laquelle les États parties sont invités à adopter une législation appropriée pour garantir que les femmes et les hommes jouissent des mêmes droits en cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage¹⁶³. Cet égard, les États parties sont tenus de veiller à ce que "[e]n cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage, la femme et l'homme aient droit à un partage équitable des biens communs issus du mariage".¹⁶⁴

Malgré cette déclaration, les systèmes judiciaires des juridictions africaines de common law se sont, dans l'ensemble, abstenus de mettre en œuvre ces principes¹⁶⁵. Ce n'est que dans le système de common law de droit romain néerlandais pratiqué au Botswana, en Afrique du Sud, au Lesotho et au Swaziland que les lois ont été modifiées pour refléter un régime matrimonial par défaut en matière de communauté de biens. Ces pays ont également prévu une alternative claire de régime hors communauté de biens pour ceux qui souhaitent s'en affranchir.

¹⁶⁰ Groupe de la Banque mondiale «Women, Business and the Law 2016 : Getting to Equal» (2015) <<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/women-business-and-law-2016-getting-equal>>.

¹⁶¹ Ibid

¹⁶² ISLA 'Litigation Manual Article 7 of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa' (2022) <<https://www.the-isla.org/books/>>.

¹⁶³ CADHP « 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))' (2020).

¹⁶⁴ Ibid 5.

¹⁶⁵ Dancer (note 110 ci-dessus).

Dans les systèmes judiciaires où les critères juridiques relatifs à la communauté de biens ont été utilisés, les tribunaux ont été confrontés à trois questions principales : la mesure judiciaire de la contribution, la signification du "partage équitable" et ce qui équivaut à un bien détenu en commun.

6.1.1. Mesure judiciaire de la contribution de

L'ISLA est intervenue dans certaines affaires pour apporter plus de clarté sur la manière de comprendre et de mesurer la contribution en ce qui concerne la division des biens matrimoniaux. Dans l'affaire *Federation of Women Lawyers (FIDA) Kenya v Attorney-General*, le requérant a introduit une requête auprès de la Haute Cour de Nairobi pour contester l'article 7 de la Matrimonial Property Act (loi sur les biens matrimoniaux) de 2013.¹⁶⁶ Cet article dispose que "sous réserve de l'article 6(3), la propriété des biens matrimoniaux est dévolue aux époux en fonction de la contribution de l'un ou l'autre des époux à leur acquisition et doit être divisée entre les époux s'ils divorcent ou si leur mariage est autrement dissous". Dans cette loi, les "biens matrimoniaux" sont définis comme "le ou les foyers matrimoniaux, les biens et effets ménagers dans le ou les foyers matrimoniaux, tous les autres biens immobiliers et mobiliers possédés en commun et acquis pendant la durée du mariage".¹⁶⁷

L'ISLA a demandé avec succès à être ajoutée en tant qu'*amicus curiae* et a été autorisée à soumettre des arguments écrits et à faire des présentations orales lors de l'audience de l'affaire. Cependant, le 14 mai 2018, la Haute Cour a rejeté la requête. L'appel interjeté par le requérant n'a pas non plus abouti. La décision d'appel a notamment estimé qu'en raison de l'absence de contribution monétaire à l'acquisition de la propriété, la femme n'avait droit qu'à dix pour cent de la propriété¹⁶⁸.

Le tribunal a rejeté la position correcte de l'ISLA selon laquelle, bien que l'article contesté soit neutre dans ses termes, en ce sens qu'il parle des "époux" en général, dans son application, la loi a un impact plus important sur les droits des femmes à la propriété des biens matrimoniaux.¹⁶⁹ Malgré de légers progrès et l'agitation des législatures, des tribunaux et des comités de réforme du droit à travers le continent, ces efforts ne se sont pas traduits par de meilleures lois ou initiatives qui ont abouti à des droits de propriété plus forts et exécutoires pour les femmes mariées.

Au contraire, dans l'affaire *Tewesa v Tewesa*¹⁷⁰, le tribunal malawite a estimé que lorsque l'un des époux s'était perfectionné et avait obtenu un diplôme universitaire avec le soutien de son ex-épouse, celle-ci avait un intérêt bénéficiaire dans l'impact du

¹⁶⁶ *Federation of Women Lawyers (FIDA) Kenya v Attorney-General, the Initiative for Strategic Litigation in Africa as amicus curiae* High Court of Nairobi, Constitutional and Human Rights Division, Petition 164B of 2016.

¹⁶⁷ Loi sur les biens matrimoniaux, 2013, Lois du Kenya, article 7.

¹⁶⁸ *Federation of Women Lawyers (FIDA) Kenya v Attorney-General* (note 169 ci-dessus).

¹⁶⁹ Ces observations sont tirées de l'argumentation écrite de l'ISLA telle qu'elle a été déposée devant la High Court.

¹⁷⁰ *Tewesa v Tewesa Matrimonial Cause No. 9 of 2012.*

diplôme. Cet argument met également en évidence la position de la loi sud-africaine sur les biens matrimoniaux (Matrimonial Property Act), où la répartition 50/50 est une position par défaut¹⁷¹.

Les pays dotés de lois sur les biens matrimoniaux reconnaissent le travail productif, y compris la gestion de l'entreprise familiale, et le travail reproductif, y compris la prise en charge des enfants, des parents âgés et des malades au sein du ménage, comme une contribution, et les tribunaux sont invités à prendre en compte ce type de contribution lors de la répartition des biens matrimoniaux. Par exemple, au Ghana, où il n'existe pas de législation complète sur les biens matrimoniaux, les tribunaux ont utilisé les principes de la common law pour déterminer si la contribution non monétaire devait influencer la répartition des biens matrimoniaux.

L'Observation générale n° 16 de la CADHP exige des États parties qu'ils reconnaissent le travail reproductif des femmes comme une contribution aux biens matrimoniaux. Dans la célèbre affaire ghanéenne *Mensah v Mensah*¹⁷², le tribunal a pris en compte les contributions non monétaires d'une épouse et lui a accordé 50 % des parts de la propriété. Toutefois, en 2020, les gains ont été inversés lorsque la Cour suprême, dans l'affaire *Adjei v Adeji*¹⁷³, a rejeté un appel qui stipulait que l'épouse n'avait pas prouvé qu'elle avait contribué à l'acquisition de la propriété et qu'elle n'avait donc pas droit à celle-ci.

L'absence de lois régissant les biens matrimoniaux, qui comprennent la reconnaissance des contributions non monétaires et des orientations sur la preuve et l'évaluation des contributions non financières, pose un problème de contentieux puisque le sort des affaires est laissé à l'appréciation des tribunaux. Sinon, il est évident que l'on continuera à accorder plus d'importance aux contributions monétaires qu'aux contributions non monétaires.

Étant donné que les femmes sont plus susceptibles d'avoir contribué indirectement, elles sont plus susceptibles d'être privées de leurs droits en raison du manque d'orientation dans la quantification de ces types de contribution. Au Kenya, par exemple, l'affaire *FIDA-Kenya v Attorney General* visait à affirmer les droits à l'égalité lors de la division des biens matrimoniaux. Le tribunal n'a pas correctement déduit dans son jugement les préjudices subis par les femmes pour prouver leur contribution non monétaire et indirecte à l'acquisition des biens matrimoniaux, bien que le requérant et l'amicus curiae aient présenté des arguments détaillés à ce sujet.¹⁷⁴

En outre, dans l'affaire *JOO v MBO*¹⁷⁵, le tribunal de première instance a accordé à l'épouse 30 % de la propriété principale (entre autres) et au mari 70 %, estimant que

¹⁷¹ *Federation of Women Lawyers (FIDA) Kenya v Attorney-General* (note 169 ci-dessus) (mémoire d'amicus curiae, ISLA).

¹⁷² *Mensah v Mensah* [1998-99] SCGLR 350, Cour suprême (reconnaissance de l'apport indirect de biens matrimoniaux en tant qu'apport et principe d'égalité dans le mariage).

¹⁷³ *Adjei v Adjei* (J4/06/2021) [2021] GHASC 5 (preuve de la contribution à l'acquisition du bien matrimonial).

¹⁷⁴ *Federation of Women Lawyers (FIDA) Kenya v Attorney-General* (note 169 ci-dessus).

¹⁷⁵ *JOO v MBO* Supreme Court of Kenya Petition 11 of 2020 [2023] KESC 4.

la contribution indirecte de l'épouse ne pouvait s'élever qu'à 30 %. L'épouse a fait appel et la Cour d'appel a annulé les ordonnances du tribunal de première instance et a accordé aux deux parties une part de 50 % de la propriété en litige. Agacé par cette décision, le mari s'est pourvu en cassation.¹⁷⁶ L'affaire est toujours en cours.

6.1.2. Signification de l'expression "biens communs"

Les tribunaux ont également été confrontés à la signification des biens détenus conjointement. Dans l'affaire *Sikwese v Banda*¹⁷⁷, où l'appelant et le défendeur se sont mariés en 1997 selon le droit coutumier et sont restés mariés jusqu'en 2013, le tribunal a dû déterminer si un bien particulier appartenait à l'ancien mari, car il n'y avait pas de preuve de l'intention et de la contribution de l'ancienne épouse. Après des requêtes infructueuses, l'épouse a fait appel devant la Cour suprême et a fait valoir qu'en cas de dissolution du mariage, la principale considération concernant la disposition des biens matrimoniaux détenus conjointement est l'équité et que la Constitution, étant suprême, l'emporte clairement sur tout autre critère relatif à la disposition des biens matrimoniaux qui porte atteinte au principe d'équité.

Sur la question de la signification des biens détenus en commun, la Cour a déclaré ce qui suit :

Nous ne partageons pas l'opinion selon laquelle, en lisant attentivement la section 24 de la Constitution, tous les biens, même s'ils ont été acquis indépendamment, "détenus par un mari et sa femme sont des biens communs et la femme a le droit de les partager équitablement" ; nous ne partageons pas non plus l'opinion selon laquelle ces biens peuvent "être considérés comme des biens communs, tant qu'ils ont été apportés dans le mariage" ; une telle interprétation irait à l'encontre de l'objectif principal de la section 24 de la Constitution qui est d'accorder aux femmes, et par implication nécessaire aux hommes, le droit d'acquérir et de maintenir des droits de propriété indépendamment ou en association avec d'autres personnes. Pour qu'un bien soit "détenu conjointement", il doit y avoir une intention des parties, expresse ou implicite, que le bien sera détenu conjointement, ou une contribution à l'acquisition par la partie revendiquant un intérêt bénéficiaire dans le bien¹⁷⁸.

La Cour suprême de l'Ouganda a également adopté un point de vue similaire dans l'affaire *Julius Rwabinumi v Hope Bahimbisomwe*¹⁷⁹, où la Cour a conclu, en partie :

Si je reconnais que l'article 31, paragraphe 1, point b), de la Constitution ougandaise (1995) garantit l'égalité de traitement de l'épouse ou du mari au moment du divorce, il n'exige pas, à mon avis, que tous les biens acquis individuellement ou conjointement avant ou pendant la durée d'un mariage soient dans tous les cas partagés de manière égale au moment du divorce. C'est donc à tort que la Cour d'appel a estimé que tous les biens détenus individuellement par des personnes qui contractent des mariages religieux en vertu de la loi sur le mariage deviennent des biens matrimoniaux au moment du mariage et des biens communs du couple et qu'ils doivent être partagés de manière

¹⁷⁶ *JOO v MBO* (2017) ; Civil Appeal 81 of 2017 [2018] eKLR (tribunal de première instance et Cour d'appel respectivement).

¹⁷⁷ *Sikwese v Banda* MSCA Civil Appeal No. 76 of 2015.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ *Julius Rwabinumi v Hope Bahimbisomwe* (Civil Appeal-2009/10) [2013] UGSC 5.

égale au moment du divorce en vertu de leurs vœux de mariage et de l'article 31, paragraphe 1, de la Constitution de l'Ouganda (1995). La Cour a statué ainsi, que le demandeur prouve ou non qu'il a contribué à l'acquisition dudit bien, soit par une contribution monétaire ou non monétaire directe au paiement du prix d'achat ou des versements hypothécaires ou à son développement, soit indirectement par le paiement d'autres factures ménagères et d'autres besoins familiaux, y compris la garde et l'entretien des enfants et la culture de denrées alimentaires pour nourrir la famille ¹⁸⁰.

Dans le même ordre d'idées, les tribunaux ont également été catégoriques sur le fait que tous les biens acquis au cours d'un mariage ne devaient pas être soumis à la propriété conjointe. Dans l'arrêt *Sikwese*, la Cour a estimé, en partie, que "de même, lorsqu'un homme, dans l'exercice du droit conféré par la section 24 (l) (a) (ii) de la Constitution, acquiert un bien de manière indépendante, ce bien appartient à l'homme et ce bien ne doit pas être détenu conjointement, à moins que des raisons impérieuses ne s'y opposent. Par conséquent, seuls les biens détenus en commun par les époux sont distribuables en cas de dissolution du mariage." ¹⁸¹

6.2. Difficultés liées au partage des biens matrimoniaux

Au-delà des incohérences soulevées dans la définition et l'application des concepts tels qu'élucidés ci-dessus, d'autres obstacles supplémentaires incluent des lacunes et des ambiguïtés dans les cadres juridiques et la disponibilité des clients. Comme indiqué plus haut, certains pays du continent ne disposent pas d'une méthode systématique pour garantir une répartition équitable des biens. En règle générale, le droit international des droits de l'homme tente de combler ces lacunes dans les législations nationales afin d'assurer la protection des femmes qui, autrement, pourraient être exclues des recours juridiques. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte de Banjul), par exemple, prévoit, en partie, que les États parties "adoptent une législation appropriée pour garantir que les femmes et les hommes jouissent des mêmes droits en cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage... À cet égard, ils veillent à ce que... En cas de séparation, de divorce ou d'annulation du mariage, les femmes et les hommes aient droit à un partage équitable des biens communs issus du mariage". ¹⁸²

De même, dans son Observation générale 6 sur l'article 7(d) du Protocole de Maputo, la CADHP a noté, en partie, que "la " distribution équitable " est définie 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 ". ¹⁸³

L'une des stratégies employées par l'ISLA dans son intervention d'*amicus curiae* consiste à orienter le tribunal vers des normes internationales et régionales, comme

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (adoptée le 27 juin 1981, entrée en vigueur le 21 octobre 1986) (1982) 21 ILM 58 (Charte de Banjul) <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3630.html>>

¹⁸³ CADHP «Observation générale n° 6» (note 166 ci-dessus).

dans l'affaire FIDA-Kenya où l'ISLA a présenté des observations sur le droit régional et international relatif à la répartition des biens matrimoniaux lors de la dissolution du mariage, la jurisprudence comparative sur la répartition des biens matrimoniaux lors de la dissolution du mariage et les initiatives de réforme législative pertinentes dans des juridictions comparables, et a examiné les changements législatifs proposés.

Bien qu'il s'agisse d'une stratégie globalement correcte, l'utilisation des cadres internationaux des droits de l'homme n'a pas été universellement acceptée dans ces affaires, en particulier dans l'interprétation de la signification des biens détenus en commun. Alors que l'Observation générale, par exemple, invite les États à interpréter la notion de "propriété conjointe" comme une question de droit, de nombreuses affaires nationales continuent d'interpréter cette question comme une question de fait.

Dans l'affaire *Siskwe*, par exemple, la Cour suprême du Malawi a noté que "selon nous, la question de savoir si, dans un cas particulier, un bien est détenu conjointement ou non est une question de fait et dépend des circonstances de l'affaire, y compris de la conduite et de l'intention des parties dans le cadre de l'affaire *Siskwe*".

Il ne s'agit pas d'une simple conclusion à tirer de l'existence du mariage".¹⁸⁴

Il est donc important d'examiner comment les cadres juridiques internationaux peuvent être incorporés efficacement dans l'ensemble des affaires portées devant les tribunaux.

Un autre défi concerne la sélection et l'identification des clients. Comme nous l'avons noté dans les sections précédentes, la localisation des clients est un obstacle permanent à la résolution des litiges en matière de droit du travail. Les actions en justice portant sur le partage des biens matrimoniaux ne font pas exception à la règle. Bien qu'il soit pratiquement impossible de recruter un client parfait, le recours à des clients spontanés peut empêcher l'ISLA d'accéder à une catégorie diversifiée de femmes potentielles. Certaines lignes directrices importantes incluent l'intersectionnalité des violations, le statut socio-économique et les niveaux d'éducation.

¹⁸⁴ *Sikwese v Banda* (note 180 ci-dessus).

7. WLPR et l'industrie extractive

7.1. Impacts sexospécifiques de l'industrie extractive

L'industrie extractive, en constante expansion, pose des défis spécifiques en ce qui concerne le WLPR. En général, l'expression "industrie extractive" désigne les ressources non renouvelables, telles que le pétrole, le gaz et les minéraux.¹⁸⁵ On estime que l'Afrique abrite à elle seule environ 30 % des réserves minérales mondiales, 10 % du pétrole mondial et 8 % du gaz naturel mondial.¹⁸⁶ L'industrie extractive peut contribuer de manière exponentielle à l'expansion de l'économie d'un pays, tant au niveau macroéconomique qu'au niveau microéconomique.¹⁸⁷ Toutefois, lorsqu'on l'examine sous l'angle du genre, divers aspects de la discrimination fondée sur le genre sont mis en évidence. Comme le note la Banque mondiale, "[p]our les femmes en particulier, les industries extractives peuvent offrir des opportunités pour une vie meilleure, y compris des possibilités d'emploi accrues, l'accès aux revenus et des investissements accrus dans la communauté locale".¹⁸⁸

Cependant, le plus souvent, les femmes sont marginalisées et systématiquement exclues des bénéfices de l'industrie extractive.¹⁸⁹ Certains auteurs postulent le développement émergent d'une "féminisation de l'exploitation minière" basée sur la présence croissante des femmes dans le secteur minier formel et appellent donc à une meilleure reconnaissance de l'action des femmes dans le secteur.¹⁹⁰

Malgré cela, les femmes restent à l'écart car les impacts de cette industrie sont liés au genre et sont plus susceptibles d'affecter négativement les femmes que les hommes. Voir, par exemple, le volume d'orientation 2009 de la Banque mondiale sur le genre et les industries extractives, qui indique que "[l]es hommes ont le plus accès aux bénéfices, qui consistent principalement en des emplois et des revenus, tandis que les femmes et les familles dont elles s'occupent sont plus vulnérables aux risques créés par les industries extractives, qui consistent principalement en des impacts sociaux et environnementaux néfastes".¹⁹¹

¹⁸⁵ C Macdonald 'The role of gender in the extractives industries' WIDER Working Paper 2017/52 (2017) <https://www.wider.unu.edu/sites/default/files/wp2017-52_0.pdf>.

¹⁸⁶ K Muigua 'Regulating the Extractives Industry in Kenya : Challenges and Prospects' (The Lawyer, 9 mars 2022) <<https://thelawyer.africa/2022/03/09/regulating-extractives-industry-in-kenya/>>.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Banque mondiale, 'Gender in Extractive Industries' Policy Brief (2013).

¹⁸⁹ Macdonald (note 188 ci-dessus).

¹⁹⁰ K Lahiri-Dutt & G Burke 'Gender Mainstreaming in Asian Mining : A Development Perspective' in K Lajiri-Dutt (ed) *Gendering the Field : Towards Sustainable Livelihoods for Mining Communities* (2011).

¹⁹¹ Banque mondiale, «Mainstreaming Gender into Extractive Industries Projects : Guidance Note for Task Team Leaders' World Bank Guidance Volume (2009).

Des recherches menées dans le delta du Niger, par exemple, montrent que les femmes sont plus touchées par la pollution et le brûlage de gaz à la torche parce que leurs moyens de subsistance dépendent de la terre et de l'eau ¹⁹².

7.2. Obstacles à l'exercice du droit à la protection des droits de l'homme dans l'industrie extractive

Les obstacles conceptuels à la poursuite du WLPR dans l'industrie extractive sont liés à l'indemnisation. En raison de la possibilité de dépossession des terres et d'autres aggravations, les lois régissant l'industrie extractive exigent le consentement de la communauté et une compensation. ¹⁹³

Dans l'affaire *Mohamed Hussein Haji v Issa Kuno & 4 others* ¹⁹⁴, le pétitionnaire a soutenu que la communauté avait le droit d'obtenir des informations de la part des défendeurs afin de vérifier et de confirmer si les exigences réglementaires constitutionnelles et légales avaient été respectées avant que les premier et deuxième défendeurs ne commencent leurs activités minières dans la zone d'Ali Jibril, dans la circonscription de Wabari, dans le comté de Garissa. En donnant raison au requérant, la Cour a estimé que dans le cas d'une terre communautaire qui relève du droit coutumier et qui n'est ni publique ni privée, les personnes qui utilisent habituellement cette terre doivent être consultées avant qu'un intérêt quelconque ne soit acquis par un individu.

En outre, dans l'affaire *Maledu and Others v Itereleng Bakgatla Mineral Resources (Pty) Limited and Another*, ¹⁹⁵ la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a interdit l'expulsion forcée d'une communauté car les membres n'avaient pas été consultés, n'avaient pas donné leur consentement et les mécanismes de résolution des litiges prévus par la loi sur le développement des ressources minérales et pétrolières n'étaient pas épuisés. ¹⁹⁶

De même, dans l'affaire *Baleni v Minister of Mineral Resources*, ¹⁹⁷ la Haute Cour de Pretoria a statué que les entreprises doivent d'abord demander l'autorisation des communautés locales si elles prévoient d'exploiter des mines sur leurs terres ancestrales. ¹⁹⁸ Dans cette affaire, les chefs de la communauté Umgungundlovu s'inquiétaient depuis cinq ans des impacts de l'exploitation minière de titane proposée dans la région de Xolobeni, dans la province du Cap-Oriental, et s'étaient vu refuser l'accès à la demande de droits d'exploitation minière. En donnant raison à la communauté, le tribunal a estimé qu'elle devait recevoir une copie de la demande de droits d'exploitation minière pour pouvoir être consultée de manière significative.

¹⁹² A Eftimie, K Heller & J Strongman 'Gender Dimensions of the Extractive Industries : Mining for Equity' Extractive Industries and Development Series #8 (2009).

¹⁹³ Muigua (note 189 ci-dessus).

¹⁹⁴ *Mohamed Hussein Haji v Issa Kuno & 4 others* Environment and Land Petition 1 of 2018 [2018] eKLR.

¹⁹⁵ *Maledu and Others v Itereleng Bakgatla Mineral Resources (Pty) Limited and Another* 2019 (2) SA 1 (CC) [2018] ZACC 41.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ *Baleni v Minister of Mineral Resources* 2019 2 SA 453 (GP).

¹⁹⁸ Ibid.

Bien que progressistes en apparence, ces jugements ne comprennent pas comment les dynamiques de genre dans la société peuvent avoir un impact sur l'accès des femmes à la compensation. Comme le notent Cheryl Doss et Ruth Meinzen-Dick, "[l]es relations des femmes de la communauté sont ancrées dans les communautés auxquelles elles appartiennent".¹⁹⁹

Ces communautés sont souvent patriarcales et relèguent les questions foncières, y compris la répartition des compensations, aux seuls hommes. Par conséquent, alors que les femmes peuvent être affectées de manière disproportionnée par l'impact de l'industrie extractive, elles peuvent néanmoins ne pas être en mesure de recevoir une compensation directe.

Ce dernier point a également une incidence sur l'accès des femmes à la justice, et ce pour deux raisons principales. Premièrement, les femmes touchées étant souvent exclues des structures décisionnelles, elles peuvent ne pas être au courant des voies formelles de recours juridique ou d'indemnisation.²⁰⁰ Comme l'ont fait remarquer les représentants de WPI, l'indemnisation se fait généralement au niveau de la communauté ou du ménage.

Dans ce dernier cas, lorsqu'il n'y a pas de preuve de mariage, la compensation est généralement accordée conformément aux normes sociétales de patrilinéarité.²⁰¹ Dans ce système, la femme quitte son village et réside dans le village du mari. Par conséquent, l'homme est considéré comme le propriétaire de la terre et non la femme et, dans tous les cas, le régime foncier est coutumier car la plupart des activités extractives ciblent les terres coutumières.

Les hommes émigrent après avoir obtenu de l'argent et laissent les femmes en plan. Une fois que les femmes ont déménagé, elles perdent leurs sources de revenus et, dans les nouveaux lieux, il y a un manque d'équipements sociaux. Comme indiqué ci-dessus, en Ouganda, la cohabitation n'est pas reconnue par la loi comme une forme de mariage, mais de nombreuses personnes choisissent de cohabiter pour un certain nombre de raisons, l'une d'entre elles étant d'éviter le paiement de la dot.

En tout état de cause, les normes sociales peuvent souvent décourager le recours aux structures judiciaires formelles, ce qui fait que de nombreuses femmes sont moins enclines à chercher de l'aide auprès de ces instances. Invariablement, tous ces éléments constituent un obstacle pour les organisations de contentieux stratégique qui ne sont pas en mesure de trouver des clients pertinents.

¹⁹⁹ Doss & Meinzen-Dick (note 78 ci-dessus).

²⁰⁰ MP Candido 'Understanding African Women's Access to Landed Property in Nineteenth-Century Benguela' (2020) 54(3) Canadian Journal of African Studies 395.

²⁰¹ Ibid

8. Recensement des recommandations et des opportunités possibles _____.

Tout au long de cette recherche, de nombreux défis ont été identifiés en ce qui concerne les litiges relatifs au droit à l'égalité entre les femmes et les hommes. Il s'agit de défis transversaux, tels que les contestations idéologiques et les intérêts concurrents, les normes sociales discriminatoires, la gestion des clients et les structures judiciaires patriarcales, ainsi que de défis spécifiques, tels que les insuffisances législatives en matière de cohabitation et la discordance judiciaire en matière de partage des biens matrimoniaux.

Dans cette section, nous tentons d'isoler des recommandations spécifiques comme suit.

8.1. Intersectionnalité, égalité réelle et réimagination juridique féministe

L'une des principales conclusions de ce travail de recherche a été la reconnaissance des contestations idéologiques et des intérêts concurrents pour lesquels les femmes ont besoin d'une protection primaire de la loi. Les litiges réussis sur le droit à l'égalité des chances vont au-delà des interprétations positivistes des cadres juridiques pertinents et s'étendent aux idéaux culturels patriarcaux sur le rôle des hommes et des femmes, ainsi qu'aux vulnérabilités accrues de certains types de femmes.

Par conséquent, toute stratégie juridique holistique doit tenir compte de l'impact de ces normes sociales pour assurer le succès d'une affaire de discrimination fondée sur le sexe. L'une des façons d'y parvenir est d'appliquer consciemment l'égalité matérielle dans le processus de litige. En bref, l'égalité matérielle nécessite une interrogation sur la manière dont les normes sociales entravent la pleine réalisation des droits humains des femmes.²⁰²

L'Observation générale n° 6 de la CADHP définit l'égalité matérielle comme " toute forme d'égalité qui requiert l'adoption de mesures allant au-delà de l'égalité formelle et visant à remédier aux 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 opérer un changement structurel des normes sociales, de la culture et du droit ".²⁰³

²⁰² Comité CEDAW 'Recommandation générale n° 25, relative à l'article 4, paragraphe 1, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, sur les mesures temporaires spéciales' (2004) para 14 <<https://www.refworld.org/docid/453882a7e0.html>>.

²⁰³ CADHP «Observation générale n° 6» (note 166 ci-dessus) ; Ibid. paragraphe 14.

L'égalité réelle est désormais un principe reconnu dans de nombreuses constitutions africaines, notamment l'article 27 de la constitution kenyane qui garantit à la fois l'égalité formelle et l'égalité matérielle.²⁰⁴

(L'ancrage des arguments sur l'égalité matérielle suffira à fournir une compréhension juridique de la manière dont les normes sociales peuvent être déployées pour violer l'accès des femmes à leurs droits fonciers.

Pour être efficace, le contentieux stratégique du droit à la vie privée devrait également prendre en compte les arrangements non traditionnels qui ont été marginalisés par la loi. Par conséquent, la prochaine frontière du contentieux stratégique devrait inclure les victimes qui sont de plus en plus vulnérables en raison de caractéristiques croisées, y compris le statut socio-économique, le handicap, la nationalité ou l'orientation sexuelle. Il s'agit notamment des partenaires dans des relations homosexuelles et des femmes célibataires qui peuvent être jugées incapables de détenir des droits fonciers et de propriété.

8.2. Harmonisation des régimes juridiques concurrents

Le droit à la terre englobe différents contextes juridiques, notamment le droit de la propriété, le droit de la famille et les lois sur le mariage. Chacun de ces régimes interagit de manière nuancée et complexe pour déterminer l'issue des questions relatives aux droits fonciers. Il est donc important de connaître ces cadres et de fournir des conseils aux clients dans les systèmes de common law et de droit civil.²⁰⁵

En outre, un avocat engagé dans un contentieux stratégique de la WLPR doit être familiarisé avec les interactions entre le droit coutumier et le droit formel. Une stratégie de litige efficace doit donc impliquer une prise de décision consciente sur "le forum qu'ils choisissent pour résoudre le litige" (systèmes coutumiers ou juridiques).²⁰⁶ En outre, si nécessaire, le litige stratégique doit faire appel à d'autres disciplines, telles que la connaissance historique des systèmes juridiques coutumiers, afin de s'attaquer correctement aux questions juridiques émergeant du WLPR.

8.3. Recherche appliquée et panier de soins

Ce rapport propose également l'utilisation de la recherche-action.²⁰⁷ Cette forme de recherche peut être comprise comme "une approche dans laquelle le chercheur-action et un client collaborent au diagnostic du problème et au développement d'une

²⁰⁴ Constitution du Kenya, 2010, article 27.

²⁰⁵ ISLA «Litigation Manual Article 7» (note 165 ci-dessus).

²⁰⁶ Doss & Meinzen-Dick (note 78 ci-dessus).

²⁰⁷ B Gatenby & M Humphries 'Feminist Participatory Action Research : Methodological And Ethical Issues' (2000) 23(1) Women's Studies International Forum 89.

solution basée sur le diagnostic".²⁰⁸ Elle est fondée sur la génération d'informations et l'élaboration de théories (la composante recherche) et sur l'action pratique (la composante action).²⁰⁹

Dans le premier volet, la recherche-action nécessite une exploration intensive et continue des réalités vécues par les femmes dans des contextes patriarcaux et l'établissement d'un lien avec les lacunes juridiques. Les données recueillies doivent ensuite être exploitées par le biais de litiges et d'actions en justice.

des initiatives de plaider. Par exemple, on peut s'inspirer du Women and Law in Southern Africa Research Trust (WLSA).²¹⁰ Dans sa composante recherche de ce processus, WLSA a pu documenter plusieurs études de cas qui lui ont permis non seulement d'avoir un accès direct à des clients potentiels, mais qui ont également fourni des preuves importantes pour les procès stratégiques en cours.²¹¹ En outre, les études de cas ont également contribué à fournir un contexte important pour les initiatives de plaider.²¹²

La recherche-action féministe exige la fidélité au centrage des expériences des femmes par le biais de l'épistémologie du point de vue²¹³ et l'utilisation adéquate de méthodes de recherche efficaces, tout en tenant compte des besoins éthiques lors de la sélection des participants.²¹⁴

Le contentieux stratégique est un processus de longue haleine, qui peut laisser les clients exsangues. Par conséquent, une stratégie juridique efficace devrait englober un ensemble de soins comprenant des besoins personnalisés pour le client, y compris des interventions juridiques, des initiatives politiques, la sensibilisation du public, le soutien psychosocial et l'autonomisation financière.

Les interventions spécifiques peuvent inclure une communication efficace et suffisante avec le client tout au long de la procédure judiciaire, des mises à jour continues et opportunes sur la procédure judiciaire et la gestion des attentes du client.

²⁰⁸ A Bryman & E Bell Business Research Methods 3rd edn (2011) <<https://research-methodology.net/research-methods/action-research/>>.

²⁰⁹ Gatenby & Humphries (note 210 ci-dessus).

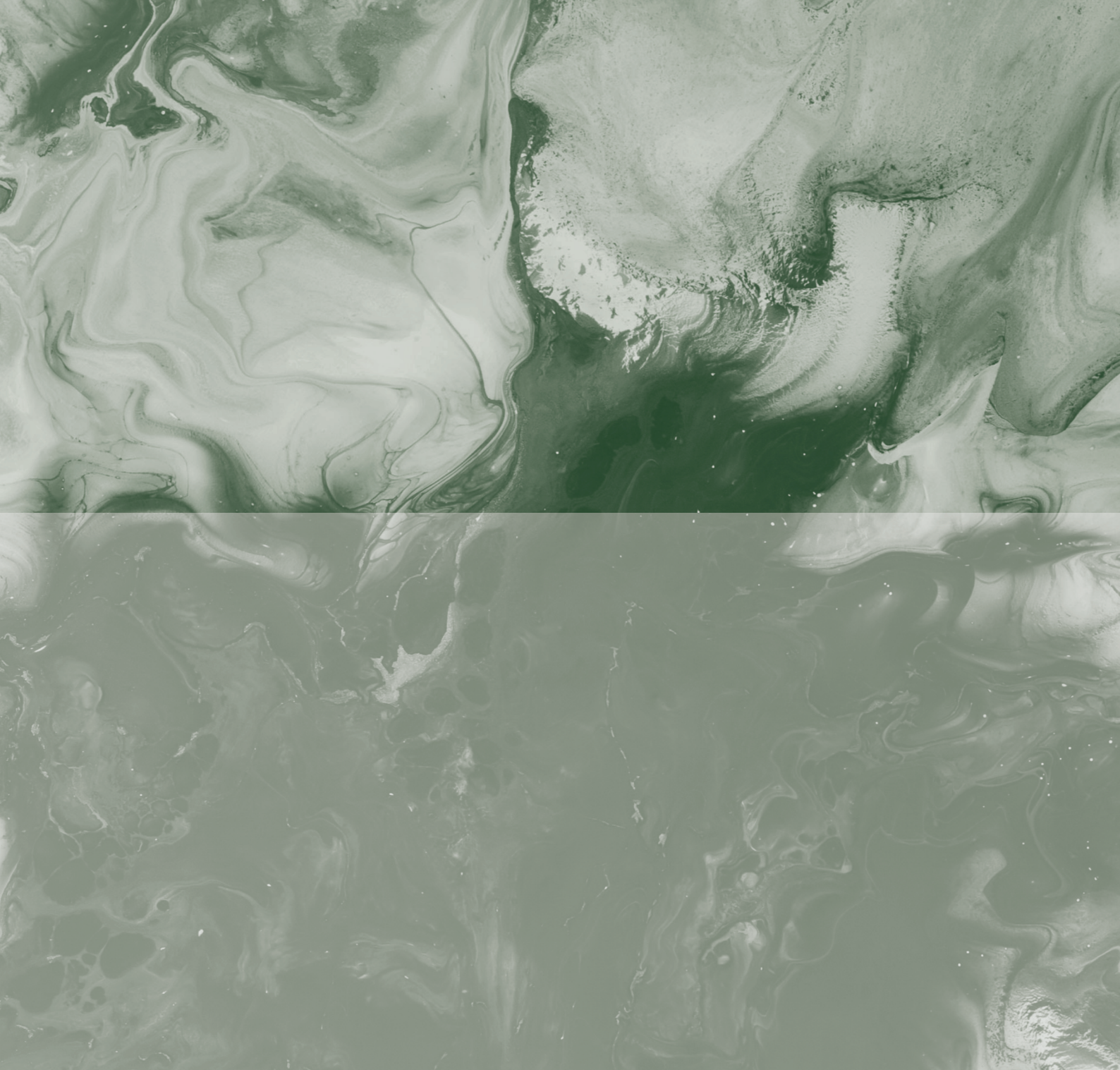
²¹⁰ Women and Law in Southern Africa Research Trust 'Who We Are' <<https://www.wlsazim.co.zw>>.

²¹¹ Ibid.

²¹² Ibid.

²¹³ Gatenby & Humphries (note 210 ci-dessus).

²¹⁴ Ibid.



ISBN 978-0-6397-2058-6



**INITIATIVE FOR STRATEGIC
LITIGATION IN AFRICA**

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

Email: info@the-isla.org

Tel: +27 11 338 9014 / 9024 / 9028

Fax: +27 11 338 9029

www.the-isla.org