

La jurisprudence de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) a donné des interprétations plus approfondies des droits de propriété des femmes dans le mariage, en particulier en cas de séparation de corps, de divorce ou de d'annulation de mariage. La Commission a adopté l'Observation générale N°6 lors de sa 27ème Session extraordinaire tenue en février 2020 à Banjul, en Gambie. Cette Observation générale fournit des orientations sur l'interprétation des droits de la femme en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage, afin de s'assurer que la femme et l'homme ont le droit au partage équitable des biens communs acquis durant le mariage, conformément à l'article 7(d) du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (Protocole de Maputo). Plus précisément, la CADHP a fourni des orientations sur la manière dont les biens matrimoniaux doivent être partagés équitablement et d'une manière compatible avec la notion d'égalité réelle entre les femmes et les hommes. Elle décrit également les obligations générales et spécifiques des États parties en vue de promouvoir la domestication et l'application effectives de l'article 7(d) du Protocole de Maputo. Le texte est également disponible dans les quatre langues officielles de l'Union africaine, sur le site web de la Commission africaine : www.achpr.org

Pretoria University Law Press
PULP

www.pulp.up.ac.za

Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples



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 A LA PROPRIÉTÉ EN CAS DE SÉPARATION DE CORPS, DE DIVORCE OU D'ANNULATION DE MARIAGE (ARTICLE 7 (D))

**Observation générale n° 6 sur l'Article 7(d) du
Protocole à la Charte africaine des droits de
l'homme et des peuples relatif aux droits de la
femme en Afrique**

**Adoptée lors de 27th Session Ordinaire de la
Commission Africaine des droits de l'homme et
des peuples, tenue du 19th Février au 4th Mars
2020 à Banjul, Gambie**

Table des matières

Préface	5
A. Introduction	7
B. Régimes matrimoniaux et régimes de droits de propriété en Afrique.....	9
I. OBJET DE L'OBSERVATION GÉNÉRALE	12
II. DÉFINITION DES TERMES ET EXPRESSIONS PERTINENTS	14
III. LE CADRE NORMATIF	16
(a) Le droit à l'égalité et à la non-discrimination	16
(b) Le droit de propriété	18
(c) Le droit à l'égalité dans le mariage	18
(d) Partage équitable	19
IV. CONTENU DU PARTAGE ÉQUITABLE DES « BIENS COMMUNS ACQUIS DURANT LE MARIAGE »	21
(a) Contribution des femmes aux biens matrimoniaux.....	21
(b) Protection des droits de la femme en cas de divorce dans les systèmes juridiques pluralistes	22
V. OBLIGATION DE L'ÉTAT	24
(a) Mesures législatives	24
(b) Accès à la justice et recours.....	25
(c) Sensibilisation	26
(d) Formation des dirigeants communautaires	26
(e) Fourniture de ressources financières suffisantes	26
(f) Respect de la soumission des Rapports périodiques par les États parties	26

Préface

La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (la Commission africaine) a le plaisir d'adopter cette Observation générale sur l'Article 7(d) du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (le Protocole de Maputo).

Le Protocole de Maputo, adopté en 2003 et entré en vigueur en 2005, complète la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (la Charte africaine) en élargissant la protection réelle des droits de la femme en Afrique. Il le fait en prévoyant explicitement **l'égalité des droits de la femme à la terre et à la propriété, ainsi que l'égalité de leurs droits dans le mariage.**

En vertu de l'Article 7(d) du Protocole de Maputo, les États parties sont invités à adopter les dispositions législatives appropriées pour que les hommes et les femmes jouissent des mêmes droits en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation du mariage. À cet égard, ils veilleront à ce que «... en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage, les femmes et les hommes aient le droit au partage équitable des biens communs acquis durant le mariage ».

Cette Observation générale fournit des orientations sur **l'interprétation des droits de la femme en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage**, afin de s'assurer que la femme et l'homme ont le droit au partage équitable des biens communs acquis durant le mariage, conformément à l'article 7(d) du Protocole de Maputo, mais elle **souligne également les obligations générales et spécifiques des États parties eu égard à la promotion de la domestication effective et de la mise en œuvre de l'Article 7(d) du Protocole de Maputo.**

La Commission africaine a mis en place différents mécanismes spéciaux pour promouvoir des questions spécifiques relatives aux droits de l'homme. L'un de ces mécanismes est celui de **Rapporteur(e) spécial(e) sur les Droits de la Femme en Afrique**. La Rapporteuse spéciale sur les droits de la femme a pris l'initiative de l'élaboration de cette Observation générale, conformément à l'adop-

tion de la **Résolution 262 sur l'accès des femmes à la propriété foncière et aux ressources productives en 2013** et de la **Résolution 401 sur l'élaboration de l'Observation générale sur l'Article 7 (d) du Protocole de Maputo**.

La Rapporteuse spéciale a donc travaillé en consultation avec les institutions gouvernementales et les autres parties prenantes concernées qui lui ont fourni des informations précieuses lors de rencontres personnelles et par le biais de contributions électroniques.

La Commission africaine voudrait exprimer sa gratitude à tous ses partenaires et autres parties prenantes qui ont apporté leurs contributions sans réserve à l'élaboration de cette Observation générale.

Commissaire Lucy Asuagbor
Rapporteuse Spéciale sur les Droits de la Femme en Afrique

A. Introduction

- (1) Les États parties à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (la Charte africaine) ont l'obligation, en vertu des articles 2 et 3, de garantir l'égalité de toutes les personnes, hommes et femmes, et de garantir une protection égale de leurs droits. L'article 18 de la Charte africaine garantit spécifiquement l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes et oblige les États parties à assurer la protection des droits de la femme.
- (2) De même, les articles 2 et 3 du Protocole de Maputo prévoient également la protection des femmes. L'Article 2 stipule que les États parties « combattent la discrimination à l'égard des femmes, sous toutes ses formes, en adoptant les mesures appropriées aux plans législatif, institutionnel et autre ». L'article 3 dispose que « toute femme a droit au respect de la dignité inhérente à l'être humain, à la reconnaissance et à la protection de ses droits humains et légaux ».
- (3) Les Articles 6, 7 et 21 du Protocole de Maputo prévoient un régime complet de droits des femmes dans le mariage, y compris les mariages polygames. La Charte africaine garantit le droit de propriété, de par son article 14, alors que dans le Protocole de Maputo, l'article 6 stipule que les États parties « veillent à ce que l'homme et la femme jouissent de droits égaux et soient considérés comme des partenaires égaux dans le mariage », et l'article 7 oblige les États parties à adopter des dispositions législatives appropriées pour que les hommes et les femmes jouissent des mêmes droits en cas de séparation de corps, de divorce et d'annulation du mariage. Il stipule en outre que les États doivent veiller à ce que :
 - «(d) en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage, la femme et l'homme ont le droit au partage équitable des biens communs acquis durant le mariage ».
- (4) Malgré ces avancées juridiques protégeant les droits de la femme, en particulier les droits pendant le mariage ou la séparation de corps, le divorce ou l'annulation du mariage, la discrimination et l'inégalité systématiques continuent de prévaloir contre les femmes, en droit et en pratique.

- (5) La dynamique de pouvoir inégale dans les relations sexuelles, et l'absence d'autonomisation économique des femmes, sont des facteurs clefs qui affectent les droits des femmes à la propriété en Afrique. Les femmes en Afrique sont les plus touchées par la discrimination et les inégalités aiguës en matière de droits de propriété après le mariage et elles subissent de manière disproportionnée les effets des lois, coutumes et traditions discriminatoires et oppressives, notamment en ce qui concerne l'accès aux biens et leur contrôle, tels que le logement et la terre. Au plan traditionnel, les institutions de droits de propriété ont privilégié les hommes par rapport aux femmes. Par ailleurs, dans de nombreux pays, les lois relatives à la propriété considèrent les hommes comme les chefs de famille qui exercent un contrôle total sur les biens de la famille.
- (6) Une préoccupation majeure sur le continent africain concerne particulièrement la prévalence de la violation des droits de propriété en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage en Afrique, et son impact sur les femmes. Bien que plusieurs législations dans différents États africains garantissent le droit à l'égalité, à la non-discrimination et à la propriété, d'autres législations et normes coutumières ainsi que des pratiques patriarcales perpétuent, quant à elles, l'inégalité des sexes à cet égard.
- (7) Dans de nombreuses régions d'Afrique, la contribution des femmes à l'acquisition de biens matrimoniaux a été constamment compromise par :
- (a) des lois et pratiques discriminatoires en matière d'enregistrement qui, en fait, dissuadent les femmes ou leur interdisent de posséder un logement, des terres et des biens communs avec leur conjoint, ou accordent la priorité à l'enregistrement d'un logement, de terres et de biens au nom de l'époux uniquement ;
 - (b) l'application du concept de « l'autorité maritale », qui confère au seul époux uniquement le pouvoir exclusif d'administrer les biens de son épouse et/ou ceux qu'ils possèdent conjointement ;
 - (c) les responsabilités réservées aux femmes et leur imposant d'utiliser leurs ressources pour l'entretien de la famille et de la maison, tandis que les hommes utilisent les leurs pour acquérir des propriétés ; et

- (d) l'application continue des lois coloniales et archaïques, des normes coutumières et des pratiques religieuses.

B. Régimes matrimoniaux et régimes de droits de propriété en Afrique

- (8) Diverses formes de mariages sont célébrées à travers toute l'Afrique. Ce sont les mariages de droit coutumier, les mariages par décret ou en vertu des Codes (civil et de la famille) et les mariages religieux, essentiellement en vertu du droit islamique. Outre ces mariages, il existe des couples qui, bien qu'aucun rite de mariage n'ait été célébré, cohabitent depuis des années et se considèrent comme mari et femme. Toutefois, certaines juridictions ne reconnaissent pas de telles unions comme un mariage et n'offrent donc aucune forme de protection eu égard aux droits de propriété y afférents, pendant et après cette union. Il existe également des procédures à suivre pour que le divorce soit reconnu légalement et formellement.
- (9) Dans la plupart des cas, en vertu du mariage par décret, les deux parties doivent, au moment du mariage, avoir la capacité de se marier. En cas de divorce, les motifs du divorce et les dispositions relatives au partage des biens doivent être conformes aux procédures légales établies. En ce qui concerne les mariages islamiques, peu importe que l'homme soit déjà marié, vu que ces mariages sont potentiellement polygames.
- (10) Dans les mariages coutumiers, les parties doivent accepter de vivre ensemble comme mari et femme, les familles des deux parties doivent consentir au mariage et le mariage doit être consommé. Les mariages coutumiers sont également potentiellement polygames. Toutefois, les mariages coutumiers peuvent être transformés en mariages par décret, transformant ainsi le mariage potentiellement polygame en mariage monogame. S'agissant du divorce, les motifs peuvent varier en fonction de la coutume dans un groupe donné.
- (11) Bien que l'article 6(d) du Protocole de Maputo reconnaisse les mariages enregistrés conformément à la législation nationale, la pratique en vigueur dans la plupart des États africains montre que ce sont surtout les mariages civils et les mariages religieux

qui sont enregistrés, mais que plus de 70% [peut-on avoir la source / citation de cette statistique] des mariages en Afrique sont des mariages coutumiers qui ne sont pas enregistrés et il est crucial de fournir des indications concernant la répartition des biens matrimoniaux pendant la séparation de corps, le divorce ou l'annulation du mariage.

- (12) Les formes de régimes de propriété en Afrique semblent généralement neutres en termes de genre (en ce sens que les deux époux peuvent posséder des biens). Toutefois, la mise en œuvre dans le contexte social et matrimonial, dans le contexte des rôles de genre et des relations au sein du foyer, tend à défavoriser davantage les femmes par rapport à leurs époux. De même, malgré la reconnaissance du droit de la femme à la propriété en son nom, elle est souvent à la charge de son mari, obligée de travailler avec ou pour son mari, et les biens acquis dans le cadre de cette assistance sont la propriété individuelle du mari. Avec l'évolution des circonstances économiques, bien que les décisions prises à l'heure actuelle ne reflètent pas, dans une large mesure, le statut du droit coutumier, elles ne protègent toujours pas les droits de propriété des femmes et, en cas de divorce, la répartition des biens matrimoniaux est laissée à la discrétion des tribunaux ou des institutions responsables de la dissolution du mariage dans le pays concerné, ce qui désavantage les femmes, dans la plupart des cas.
- (13) Les droits sur les biens matrimoniaux couvrent une multitude de droits ou d'intérêts conférés par la loi aux personnes dotées du statut de conjoint. Ils se réfèrent aux intérêts des époux sur les biens accumulés aux fins du mariage ou pendant le mariage. Par conséquent, les biens acquis, même avant le mariage, par un couple aux fins d'améliorer leurs conditions de mariage pourraient être considérés comme des biens matrimoniaux. Il en va de même pour les biens acquis pendant le mariage à l'usage et au profit de l'union. Les droits à la propriété matrimoniale et les régimes matrimoniaux sont importants au cours du mariage, mais surtout dans le contexte du divorce.
- (14) En outre, le discours sur les droits de la femme suscite beaucoup d'inquiétude parce que l'on prend de plus en plus conscience de la nécessité de considérer les activités de la femme à la maison comme une contribution monétaire. Ces derniers temps, on a

constaté que les femmes sont en mesure de gagner leur vie et de contribuer de manière substantielle à l'acquisition de biens et au bien-être de la famille. Il faut souligner que le ménage à double revenu commence à prévaloir avec les progrès de l'industrialisation. Par ailleurs, dans la mesure où les femmes ont acquis la capacité de contribuer à l'acquisition de biens, la question des biens auxquels elles ont droit au moment du divorce est devenue plus pertinente.

- (15) La violation des droits de propriété des femmes en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage peut être un précurseur de pauvreté et de dénuement pour de nombreuses femmes. Sans protection juridique adéquate et sans clarification de l'article 7(d) du Protocole de Maputo, les contributions des femmes au mariage seront continuellement rendues invisibles et leurs revendications légitimes sur les biens matrimoniaux continueront d'être compromises en raison de normes et pratiques sexistes qui favorisent les hommes dans les décisions d'attribution de propriété.
- (16) En l'absence d'une législation nationale accessible, applicable et justiciable visant à garantir la jouissance effective de l'égalité des droits de la femme en vertu de l'article 7(d) du Protocole de Maputo et conforme aux dispositions de la présente Observation générale, les États parties ne peuvent pas s'acquitter de leurs obligations régionales et internationales de respect des droits des femmes à l'égalité et à la non-discrimination. L'obligation des États parties de s'acquitter de leur mandat et de prendre des actions positives et délibérées visant à garantir qu'au moment de la séparation de corps, du divorce ou de l'annulation du mariage, les femmes jouissent de leurs droits à un partage équitable des biens communs.
- (17) La Commission observe que, conformément aux obligations de l'article 26 du Protocole de Maputo, les États parties doivent encore entreprendre les réformes législatives nécessaires pour incorporer ses dispositions pertinentes, notamment dans le domaine de l'égalité des droits des femmes dans le contexte de la séparation de corps, du divorce ou de l'annulation du mariage.

I. OBJET DE L'OBSERVATION GÉNÉRALE

- (18) La présente Observation générale clarifie diverses questions juridiques relatives aux droits de propriété des femmes et à l'égalité dans le mariage, en particulier en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage. En tant que telle, elle fournit des orientations sur l'interprétation des droits de la femme en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage, afin de s'assurer que la femme et l'homme aient droit au partage équitable des biens communs acquis durant le mariage, conformément à l'article 7(d) du Protocole de Maputo. Elle fournit des orientations dans la mesure où l'égalité des droits des femmes dans le contexte susmentionné entraîne un partage équitable des biens matrimoniaux d'une manière compatible avec la notion d'égalité réelle entre les femmes et les hommes.
- (19) En outre, l'Observation générale cherche à justifier la concordance entre les biens communs et le partage équitable. Les femmes sont souvent exclues du marché du travail et reléguées au rang de « ménagères » et d'aides familiales. En tant que tels, leur niveau de participation à la vie professionnelle n'est pas le même que celui de leurs homologues hommes. Cela ne les dispense toutefois pas de contribuer au ménage de manière non monétaire. Elles ont le même droit de revendication sur les biens acquis pendant le mariage, ce qui constitue l'essence même de la communauté de biens. La répartition des biens en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage devrait inclure l'approche « 50/50 » et tenir compte de la marginalisation historique des femmes. Le partage des biens communs doit essentiellement être influencé par ce qui est juste et équitable après un examen holistique des facteurs.
- (20) L'Observation générale fournit également des clarifications sur les obligations juridiques des États afin d'établir une norme à l'échelle continentale, fondée sur les principes des droits de l'homme, qui décrive les mesures législatives, institutionnelles et autres que les États parties devraient prendre pour garantir le partage équitable des biens matrimoniaux en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage. Les États

parties sont obligés de chercher à effectuer des changements en profondeur des structures et des relations sociales, économiques et politiques, en vue de prendre en charge, en toute efficacité, les facteurs qui favorisent la discrimination, le patriarcat et les inégalités structurelles. Cela devrait se faire par le biais d'une large interprétation des obligations des États parties de garantir aux femmes l'égalité des droits à la propriété en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage, notamment en mettant en place des cadres juridiques, administratifs et institutionnels.

II. DÉFINITION DES TERMES ET EXPRESSIONS PERTINENTS

(21) Pour les besoins de l'Observation générale, les termes et expressions ci-après désignent :

« *Annulation* » de mariage est l'invalidation d'un mariage à la date de sa formation par une ordonnance judiciaire.

« *Divorce* » est la dissolution d'un mariage par une ordonnance judiciaire en vertu des lois nationales.

« *Répartition équitable* » envisage un cas où la répartition des biens ne se limite pas à une répartition « 50/50 » mais englobe davantage de facteurs tels que la discrimination structurelle et institutionnelle des femmes et leur contribution non monétaire au ménage et à la famille.

« *Communauté de biens* » désigne un régime de biens matrimoniaux en vertu duquel tous les avoirs et revenus apportés dans le mariage et acquis au cours du mariage deviennent la propriété commune du couple.

« *Biens communs découlant du mariage* » (« biens matrimoniaux ») comprennent tous les biens acquis au cours du mariage, quel qu'en soit le détenteur. Les exemples d'actifs matrimoniaux comprennent souvent le domicile familial, les terres, les voitures, l'argent en espèces et les investissements. L'interprétation de l'expression « biens communs découlant du mariage » devrait être envisagée sous l'angle du mariage dans le régime matrimonial de la communauté de biens.

« *Mariage* » désigne les unions formelles et informelles entre hommes et femmes âgés de 18 ans et plus, reconnus par tous les systèmes de droit, coutumes, société ou religion.

« *Contributions non-monétaires* » désignent les contributions apportées au début du mariage et pendant la durée du mariage par le biais d'efforts non rémunérés et d'un travail de soins non rémunéré, y compris, mais non exclusivement, les soins aux enfants mineurs, les tâches ménagères dans la maison familiale, la culture et l'amélioration des terres, ou toute autre contribution non rémunérée.

« *Séparation* » désigne la séparation des époux sans qu'il s'agisse d'une

dissolution du mariage, mais dans laquelle certaines dispositions (par exemple, pour la pension alimentaire ou la garde des enfants) sont ordonnées par le tribunal. « *Égalité réelle* » fait référence à l'égalité qui, dans son fonctionnement, cherche à réparer un désavantage antérieur ; à lutter contre la stigmatisation, les préjugés et la violence ; à promouvoir la participation et à réaliser un changement structurel des normes sociales, de la culture et du droit.

III. LE CADRE NORMATIF

(a) Le droit à l'égalité et à la non-discrimination

- (22) Le droit à l'égalité est garanti dans la Charte africaine comme dans le Protocole de Maputo. Les Articles 3 et 18 constituent les dispositions de la Charte africaine relatives à la protection de l'égalité. L'Article 3 de la Charte africaine porte en substance sur l'égalité de forme et de fond : il dispose de l'égalité de tous devant la loi et de l'égalité de protection de la loi.
- (23) La Commission a adopté le point de vue selon lequel l'égalité de protection de la loi est garanti par l'Article 3 de la Charte africaine est le droit de toutes les personnes d'avoir le même accès à la loi et aux tribunaux et d'être traitées équitablement par la loi et les tribunaux, tant en termes de procédure qu'en termes de substance de la loi. Bien que similaire au droit à une procédure équitable, l'Article 3 s'applique particulièrement à l'égalité de traitement comme élément de justice fondamentale. Il garantit qu'il ne sera refusé à personne ou à aucune classe de personnes la même protection des lois que celle dont jouissent d'autres personnes ou classes de personnes dans des circonstances similaires de leur vie, de leur liberté et de leurs biens.¹
- (24) L'Article 18 de la Charte africaine dispose en outre de l'égalité de protection avec un accent particulier sur les droits de la femme au sein de la famille. L'Article 18(3) dispose en particulier que l'État a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant, tel que stipulé dans les déclarations et conventions internationales.
- (25) L'Article 2 (1) du Protocole de Maputo fait obligation aux États parties de « combattre la discrimination à l'égard des femmes, sous toutes ses formes, en adoptant les mesures appropriées aux plans législatif, institutionnel et autre. A cet égard, ils doivent s'engager à : (a) inscrire dans leur constitution et autres instruments législatifs, si cela n'est pas encore fait, le principe de

1. Communication 277/2003 – *Spilg and Mack & DITSHWANELO (pour le compte de Lehloholo Bernard Kobedi) c/ Botswana*.

l'égalité entre les hommes et les femmes, et à en assurer l'application effective. (b) adopter et à mettre en œuvre effectivement les mesures législatives et réglementaires appropriées, y compris celles interdisant et réprimant toutes les formes de discrimination et de pratiques néfastes (en particulier 5 pratiques) qui compromettent la santé et le bien-être général des femmes ; (c) intégrer les préoccupations des femmes dans leurs décisions politiques, législations, plans, programmes et activités de développement ainsi que dans tous les autres domaines de la vie ; (d) prendre des mesures correctives et positives dans les domaines où des discriminations de droit et de fait à l'égard des femmes continuent d'exister ».

- (26) L'Article 2(2) du Protocole de Maputo oblige également les États parties à interdire et condamner toutes les formes de pratiques néfastes ayant un effet négatif sur les droits fondamentaux des femmes en vue de parvenir à l'élimination de toutes les pratiques culturelles et traditionnelles néfastes fondées sur l'idée d'infériorité ou de supériorité de l'un ou l'autre sexe, ou sur les rôles stéréotypés de la femme et de l'homme. D'autres dispositions telles que l'Article 9 disposant d'une gouvernance participative et de la gouvernance des femmes dans les politiques nationales, l'Article 12 et l'Article 13 obligeant les États à garantir une égalité des chances dans l'éducation et l'emploi reprennent les objectifs d'égalité réelle.
- (27) Le Protocole de Maputo, en son Article 2, établit le droit à la non-discrimination et oblige les États parties à adopter les mesures visant à protéger les femmes contre toute discrimination.² La Commission a toutefois étendu la discrimination à tout acte visant à établir toute distinction, exclusion, restriction ou tout traitement différencié fondées sur un motif comme la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou autre condition et qui ont

2. Le Protocole de Maputo définit la discrimination à l'égard des femmes, dans son Article 1(e) comme « toute distinction, exclusion, restriction ou tout traitement différencié fondés sur le sexe, et qui ont pour but ou pour effet de compromettre ou d'interdire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quelle que soit leur situation matrimoniale, des droits humains et des libertés fondamentales dans tous les domaines de la vie »

pour but ou pour effet de compromettre ou d'interdire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, sur un pied d'égalité, de tous les droits et libertés ». ³

(b) Le droit de propriété

- (28) La Charte africaine garantit sans discrimination le droit de propriété en vertu des Articles 2 et 14 et charge les États parties d'éliminer toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et de protéger leurs droits. L'Article 19(c) du Protocole de Maputo, fait également obligation à tous les États parties de promouvoir l'accès et le contrôle par les femmes des ressources productives et garantir leur droit de propriété. ⁴
- (29) Le droit de propriété inclut non seulement le droit à la propriété mais aussi le droit « d'accès à ses biens et à une protection contre la violation de la jouissance de ces biens, mais aussi la libre possession, la libre utilisation et le contrôle de ces biens de la manière que le propriétaire estime adéquate ». ⁵

(c) Le droit à l'égalité dans le mariage

- (30) L'Article 6 du Protocole de Maputo impose aux États parties de veiller à ce que l'homme et la femme jouissent de droits égaux et soient considérés comme des partenaires égaux dans le mariage, en promulguant des lois appropriées pour garantir notamment

3. *Supra* note 3.

4. Le droit international en matière de droits de la personne garantit le droit des femmes d'être propriétaires de biens et d'administrer des biens sans discrimination (UDHR; Arts. 2 and 17, CEDAW, Art. 15). Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes souligne que dans le mariage, les deux conjoints ont les mêmes droits de « posséder, d'acquérir, de gérer, d'administrer, de jouir et de céder des biens ». Le paragraphe (1) de l'Article 15 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) garantit à la femme l'égalité avec l'homme devant la loi. Les droits prévus dans cet article chevauchent avec et complètent ceux garantis au paragraphe (2) de l'Article 15 où les États parties ont l'obligation de reconnaître à la femme des droits égaux en ce qui concerne la conclusion de contrats et l'administration des biens.

5. *Centre for Minority Rights Development (Kenya) et Minority Rights Group (pour le compte de Endorois Welfare Council) c. Kenya* para. 46.

que les deux époux choisissent, d'un commun accord, leur régime matrimonial (Article 6(e)) et que, pendant la durée du mariage, la femme ait le droit d'acquérir des biens propres, de les administrer et de les gérer librement (Article 6(j)).⁶

- (31) L'Article 7 du Protocole de Maputo impose aux États parties d'adopter les dispositions législatives appropriées pour que les hommes et les femmes jouissent des mêmes droits en cas de séparation de corps, de divorce et d'annulation de mariage.
- (32) La Commission africaine note que les systèmes juridiques de nombreux pays disposent des droits et des responsabilités des partenaires mariés en se fondant sur l'application de principes juridiques, sur le droit religieux ou coutumier plutôt qu'en se conformant aux principes contenus dans le Protocole de Maputo. Dans les cas où les lois nationales ne promeuvent pas l'égalité dans le mariage pour les femmes, des conséquences très diverses limitent invariablement leur droit à un statut égal et leur responsabilité au sein du mariage. Ces limitations ont souvent pour effet que le mari contrôle tous les biens et parfois se les approprie complètement, ne laissant aux femmes aucun recours juridique national pour faire droit à leur situation.

(d) Partage équitable

- (33) L'Article 7 dispose qu'en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage, la femme et l'homme ont le droit au partage équitable des biens communs acquis durant le mariage. L'Article 7(d) ne devrait pas être lu isolément mais conjointement avec sa première partie qui enjoint les États parties de garantir que les hommes et les femmes jouissent des mêmes droits en cas de séparation de corps, de divorce ou

6. Le Comité CEDAW défend l'égalité des femmes et des hommes dans la société et au sein de la famille. La Convention offre un large éventail de normes d'égalité entre l'homme et la femme dans le mariage et dans les rapports familiaux, particulièrement aux Articles 9 et 16. En 1994, Le Comité CEDAW a également réaffirmé ce droit dans sa Recommandations générale N° 21 sur l'Égalité dans le Mariage et les Rapports familiaux. Ici, le Comité CEDAW a reconnu l'importance de la culture et des traditions pour façonner la pensée et le comportement des hommes et des femmes et le rôle essentiel qu'elles jouent dans la limitation de la pleine réalisation des droits fondamentaux des femmes.

d'annulation de mariage et devrait donc être interprété en conformité avec ce principe.

- (34) Au vu de ce qui précède, la notion de « partage équitable » à l'Article 7(d) devrait être considérée sous l'optique de l'égalité réelle. La notion d'égalité réelle reconnaît que l'égalité ne peut être réalisée que si les interventions pertinentes du gouvernement répondent aux développements historiques, sociaux, religieux, politiques et économiques des communautés dans lesquelles ces programmes sont mis en œuvre. Une approche d'égalité réelle à cet égard impose aux Etats de reconnaître que les femmes sont en position d'inégalité et de mettre en œuvre des mesures spéciales provisoires visant à garantir leurs droits de propriété en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage.
- (35) La difficulté réside toutefois dans le fait que le concept d'égalité dans le mariage n'a pas été clarifié et qu'il est donc difficile d'en définir exactement l'implication et l'application. Cela rappelle les deux théories de l'égalité des droits : d'une part, l'égalité nominale « plaidant pour que les hommes et les femmes soient traités de la même manière car les sexes sont les mêmes en droit ; et, d'autre part, l'égalité réelle « axée sur la nature de l'impact de lois particulières sur la vie des femmes.
- (36) Dans le contexte africain, en raison des facteurs politiques, culturels et historiques susmentionnés, le fait de traiter de la même manière les hommes et les femmes peut ne pas nécessairement aboutir à une égalité entre les sexes, car ils ne sont pas sur un pied d'égalité. La formulation de l'égalité sous forme d'égalité réelle est l'un de ces facteurs. Il existe une grande diversité ou de nombreux modèles d'égalité réelle comme l'égalité de résultats et l'égalité des chances mais, à son niveau le plus basique, l'égalité réelle reconnaît qu'un traitement égal ne garantit pas en soi et, en effet, n'a pas garanti des résultats égaux ou une égalité des chances ; la loi devrait donc examiner les différences pertinentes qui sont au détriment d'un individu ou d'un groupe particulier. Contrairement à la forme des lois, elle porte essentiellement sur la jouissance effective d'un droit et le démasquage des facteurs faisant obstacle à l'atteinte de l'égalité dans les faits.

IV. CONTENU DU PARTAGE ÉQUITABLE DES « BIENS COMMUNS ACQUIS DURANT LE MARIAGE »

(37) Concernant l'égalité entre les sexes dans le contexte d'une séparation de corps, d'un divorce et de l'annulation de mariage, la dichotomie publique et privée, renvoyant à la division sexospécifique du droit et de la société entre la sphère masculine et la sphère féminine joue un rôle central. La sphère publique qui a trait à l'emploi payé, à la vie politique et à la vie publique en général, a été traditionnellement réservée aux hommes alors que la sphère de la famille et du foyer l'a été aux femmes, en défavorisant les femmes dans le partage des biens en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage. Les problèmes à prendre en compte devraient être la part égale des biens matrimoniaux en cas de mariage coutumier.

(a) Contribution des femmes aux biens matrimoniaux

(38) Par conséquent, pour assurer une égalité réelle, les Etats parties doivent pleinement reconnaître les nombreuses formes de contribution des femmes au bien-être économique de leur famille et veiller à ce que cette contribution soit pleinement reconnue en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage. Cela inclut la contribution des épouses au développement des terres et des biens par leur travail non rémunéré et les soins aux enfants. L'application, par les États, du régime de la communauté des biens doit être alignée pour donner effet aux exigences de l'Article 7(d).

(39) La communauté de biens acquis dans le mariage aux fins de la présente Observations générale comprend tous les biens acquis, les terres héritées de la famille des conjoints dans les liens du mariage, à moins d'une exemption expressément prévue par contrat ou par une législation nationale. L'interprétation de « biens communs acquis dans les liens du mariage » devrait être perçue sous l'optique du mariage sous le régime matrimonial de la communauté de biens. La communauté de biens impose que tous les avoirs appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints

avant le mariage et tous les avoirs acquis durant le mariage deviennent des biens communs acquis du fait du mariage.

- (40) Les biens acquis avant le mariage ainsi que les cadeaux, les héritages et le règlement des torts en faveur d'un conjoint ne peuvent pas être divisés lors d'un divorce et peuvent être considérés comme une « exemption ». Toutefois, l'augmentation relative de la valeur du bien ainsi exempté (accrue) peut parfois être également considérée comme un bien matrimonial. Cette augmentation de la valeur peut ne pas automatiquement entraîner un partage égal en cas de divorce et, sur ce point, les juridictions locales devraient pouvoir se prononcer en se laissant guider par le principe de l'égalité réelle.

(b) Protection des droits de la femme en cas de divorce dans les systèmes juridiques pluralistes

- (41) De nombreux pays d'Afrique connaissent des situations de systèmes juridiques doubles ou pluralistes, dont des systèmes juridiques statutaires et coutumiers. Les pratiques coutumières, traditionnelles et religieuses ne doivent pas être contraires à l'égalité des femmes et des hommes, en particulier l'égalité réelle dans son application aux femmes.
- (42) Les implications de systèmes de lois pluralistes sur la famille tendent à suggérer la nécessité d'une norme juridique unifiée et harmonisée, conforme aux dispositions du Protocole de Maputo concernant le régime de biens matrimoniaux et l'abolition de l'autorité maritale. Pour protéger toutes les femmes dans différentes unions, il est important que les États parties étendent les mêmes droits aux unions coutumières (notamment les mariages polygames et monogames de fait), conformément à l'Article 6(c) du Protocole de Maputo.
- (43) Conformément à l'Article 2(2) du Protocole de Maputo, les États parties « s'engagent à modifier les schémas et modèles de comportement socioculturels de la femme et de l'homme par l'éducation du public par le biais de stratégies d'information, d'éducation et de communication en vue de parvenir à l'élimination de toutes les pratiques culturelles et traditionnelles néfastes et de toutes autres pratiques fondées sur l'idée

d'infériorité ou de supériorité de l'un ou l'autre sexe, ou sur les rôles stéréotypés de la femme et de l'homme ».

V. OBLIGATION DE L'ÉTAT

(a) Mesures législatives

- (44) Les États parties doivent veiller à ce que leur cadre juridique national soit harmonisé et favorable à l'égalité des droits des femmes concernant les biens matrimoniaux, y compris par le biais d'une réforme législative, qui doit prévoir une codification claire et égalitaire des régimes de biens matrimoniaux ; l'abrogation de lois discriminatoires ; l'élimination de la coexistence de plusieurs normes de mariage ; et l'harmonisation des codes de la famille et des codes civils avec le Protocole de Maputo, en particulier en ce qui concerne le mariage, le divorce, la séparation de corps ou l'annulation de mariage. Les États doivent également veiller à ce que la menace de dépossession en cas de divorce ou de séparation soit légalement punissable.
- (45) Les États parties doivent adopter et mettre en œuvre une législation claire, accessible, applicable et justiciable afin de garantir la jouissance effective des droits des femmes énoncés à l'article 7(d), conformément aux dispositions de la présente Observation générale. Dans le cadre d'une telle législation, les États doivent également prévoir et prendre des dispositions budgétaires pour une mise en œuvre effective et une réforme juridique conforme aux dispositions de l'Observation générale.
- (46) Les États parties doivent définir les biens matrimoniaux comme des terres ou des biens personnels acquis au cours du mariage grâce aux efforts directs ou indirects de l'un des époux ou des deux. Les biens matrimoniaux doivent être divisés à parts égales entre les époux en cas de divorce, de séparation de corps ou d'annulation de mariage.
- (47) Les États parties doivent reconnaître la valeur des contributions indirectes et non financières au mariage et à l'acquisition de biens matrimoniaux, de telle sorte qu'elles donnent le droit à un conjoint de recevoir un intérêt égal sur les biens acquis au cours du mariage. Les États parties doivent veiller à ce que les femmes sans enfants, les femmes handicapées, les femmes âgées, les veuves et les autres femmes susceptibles de voir que l'on refuse ou qu'il soit fait abstraction de leurs contributions non

financières au mariage, ne fassent pas l'objet de discrimination, et puissent jouir de leur droit à un partage équitable des biens communs découlant du mariage.

- (48) Les États parties doivent veiller à ce que des conditions de consentement bien définies soient en place pour le transfert ou la vente de biens matrimoniaux, en exigeant le consentement écrit préalable, libre et éclairé des époux.

(b) *Accès à la justice et recours*

- (49) Il est demandé aux États parties de mettre en place des processus judiciaires, quasi-judiciaires, administratifs, traditionnels et autres pour permettre aux femmes d'accéder à des voies de recours et d'obtenir réparation. Les États parties doivent faciliter aux femmes un accès effectif à la justice pendant les procédures de divorce, y compris pour les femmes sans enfants, les femmes handicapées, les femmes âgées, les veuves, les femmes vivant en milieu rural et les autres femmes susceptibles d'être exposées à une moins-value de leurs contributions non financières au mariage. Une aide juridique gratuite doit être fournie aux femmes qui n'ont pas les moyens de payer les frais de justice et de s'attacher les services d'un avocat, et doit être accessible aux femmes vivant dans les zones rurales, afin de garantir qu'aucune femme ne soit obligée de renoncer à ses droits économiques pour obtenir un divorce et protéger son droit de propriété. L'aide juridique doit être comprise au sens large comme englobant la représentation juridique, l'assistance judiciaire, les conseils juridiques, l'éducation et l'information juridiques, les mécanismes alternatif de règlement de différends et les processus de justice réparatrice. À cet égard, les modes alternatifs de règlement des conflits devraient être encouragés et fournir aux femmes des informations accessibles et des conseils juridiques aux tribunaux.
- (50) Les États parties doivent également assurer la formation des agents judiciaires et administratifs aux droits de propriété matrimoniaux des femmes et à l'égalité des droits des femmes dans le cadre du mariage, du divorce, de la séparation de corps et de l'annulation du mariage. Ces institutions doivent disposer

de ressources financières, humaines, techniques et autres suffisantes pour permettre une réparation effective.

(c) *Sensibilisation*

- (51) Les États parties doivent sensibiliser et encourager activement la transformation des pratiques et coutumes discriminatoires liées au mariage, au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage, en particulier en ce qui concerne le traitement discriminatoire des femmes et leur dépossesion de biens matrimoniaux.

(d) *Formation des dirigeants communautaires*

- (52) Les États doivent également veiller à ce que les gardiens traditionnels et religieux soient formés au principe de l'égalité réelle.

(e) *Fourniture de ressources financières suffisantes*

- (53) Les États parties doivent allouer des ressources budgétaires suffisantes aux campagnes d'information sur les lois relatives aux régimes de biens matrimoniaux, notamment dans les zones rurales, mais aussi sur l'égalité des droits des femmes dans le mariage, en cas de séparation de corps, de divorce et d'annulation de mariage.

(f) *Respect de la soumission des Rapports périodiques par les États parties*

- (54) Les États parties ont l'obligation, conformément à l'article 26(1) du Protocole de Maputo, de soumettre opportunément leurs rapports périodiques sur les mesures législatives ou autres qu'ils ont prises pour la pleine réalisation des droits reconnus dans ledit instrument. Les rapports doivent tenir compte de la présente Observation générale et se conformer aux lignes directrices adoptées par la Commission africaine à cette fin.
- (55) Les États parties doivent incorporer dans leurs rapports périodiques à la Commission, des indications sur les mesures

prises pour mettre en œuvre leurs obligations en vertu de l'article 3 de la Charte africaine en vue d'assurer une protection égale aux femmes en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage. Les États parties doivent donner des informations, y compris des données qualitatives et quantitatives ventilées par âge, sexe, nationalité, handicap et autres facteurs clés, notamment sur :

- (a) La législation interne qui dispose des droits de la femme aux biens matrimoniaux, y compris les mesures d'application de cette législation.
- (b) Les mécanismes de plainte disponibles pour les femmes en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage, le nombre de plaintes reçues et leur issue ;
- (c) La protection offerte aux femmes en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage.
- (d) Les mesures prises pour mettre en œuvre les arrêts des cours et des mécanismes de défense des droits de l'homme aux niveaux national, régional ou international.