

DROIT INTERNATIONAL DES FEMMES

Gaëlle Breton-Le Goff*

La présente chronique a pour objet de présenter les dernières décisions rendues par les juridictions internationales et organes de surveillance des traités au cours de l'année en matière de droits des femmes. Exceptionnellement, la présente chronique, qui est la toute première d'une série a choisi de traiter de jugements rendus au cours des deux années précédentes**.

La présente chronique est organisée autour de thèmes qui touchent aux différents aspects de la vie des femmes. Le choix annuel des thèmes dépendra de l'activité juridictionnelle. Les thèmes choisis cette année concerne la violence domestique, l'esclavage, l'avortement, les droits et la protection des travailleuses et les violences sexuelles en temps de conflit. La structure thématique de la chronique implique une approche comparative de l'activité juridictionnelle régionale et internationale.

I. Violence contre les femmes

A. L'arrêt *Opuz c. Turquie*¹

L'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 9 juin 2009 dans l'affaire *Opuz c. Turquie* est certainement l'un des arrêts les plus intéressants rendu au cours des dernières années en matière de violence conjugale. Dans cette affaire, la Cour a conclu à l'unanimité à la violation par la Turquie de l'article 2 (droit à la vie), de l'article 3 (interdiction des traitements inhumains) ainsi qu'à la violation de l'article 14 (non-discrimination) en combinaison avec les articles 2 et 3 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*². L'arrêt rendu par la Cour s'illustre par sa volonté de s'insérer un courant international qui tend à considérer la violence conjugale comme une violence sexo-spécifique et à obliger les États à prendre des mesures efficaces pour lutter contre elle. Plus qu'un arrêt sur la violation du droit à la vie et à l'intégrité physique des femmes, la décision rendue par la Cour pose un jalon supplémentaire en faveur de

* Professeure associée au département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal. Docteur en droit (Université McGill), L.L.M. (Université McGill), D.E.A. en droit international public et en droit international économique (Université Paris II-Panthéon-Assas), L.L.B. (Université Paris II-Panthéon-Assas). L'auteure remercie Dominique Boutin pour sa collaboration.

** En raison d'un léger retard éditorial attribuable à la rédaction, la chronique actuelle couvre exceptionnellement la jurisprudence des années 2008 et 2009, bien que la date de publication du présent numéro corresponde à l'année 2008.

¹ *Opuz c. Turquie*, n° 33401/02 (Sect. 3), CEDH (9 juin 2009) [*Opuz*]

² *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953) [*Convention européenne des droits de l'homme*].

l'éradication des attitudes qui entretiennent la discrimination sexo-spécifique : la tolérance et la passivité.

Comme bien des femmes dans le monde, la requérante, M^{me} Opuz était victime, avant, durant et après son mariage, de violence conjugale, psychologique et physique. À huit reprises, entre 1995 et 2002, M^{me} Opuz et sa mère furent battues, blessées et menacées de mort par le conjoint de M^{me} Opuz. Au fur et à mesure de la multiplication des incidents, le degré de violence physique augmenta; aux coups succédèrent une tentative d'écrasement, une agression au couteau, et finalement le meurtre par arme à feu, dont fut victime la mère de la requérante. Après quelques années de détention et sitôt sorti de prison, l'ex-époux de M^{me} Opuz reprit contact avec cette dernière et son nouveau conjoint pour à nouveau proférer des menaces de mort à son encontre.

Dans cette affaire, il était donc reproché à la Turquie, par l'intermédiaire de ses fonctionnaires de police et judiciaires, de ne pas avoir été suffisamment diligente pour garantir les droits de la requérante et de sa mère. Pourtant, l'ex-conjoint de M^{me} Opuz fut poursuivi à cinq reprises pour menaces de mort, tentative de meurtre ou violences volontaires ou aggravées. Cependant, sur ces cinq poursuites, ce dernier ne fut condamné qu'une fois. Les autres poursuites se terminant par un acquittement faute de preuve suffisante. Il faut dire que, comme bien souvent dans les cas de violence conjugale, M^{me} Opuz et sa mère, ont à plusieurs reprises retiré leurs plaintes ou confirmé la version de l'auteur de l'agression. En dépit des multiples demandes de maintien en détention provisoire formulées par les victimes, l'agresseur fut relâché après chacune de ses arrestations.

L'arrêt *Opuz* est intéressant tant sur le plan procédural que sur le fond. S'objectant à la recevabilité de la requête, le gouvernement turc invoque le non-épuisement des recours internes, argument auquel la Cour répondra en des termes qui ne sont pas sans rappeler ceux du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDEF). Sur le fond, la Cour en vient à adopter un raisonnement relatif au degré de diligence attendue des autorités de police et de justice en matière de violence domestique qui rappelle ceux évoqués par le CEDEF dans deux décisions rendues en 2007³. Pour son analyse, la Cour a recours à de nombreux instruments internationaux et régionaux. La lecture de l'arrêt est riche d'enseignements pour les États en ce qu'il oblige les autorités étatiques compétentes à analyser et à surveiller le degré de dangerosité des agresseurs ainsi qu'à assurer le suivi des dossiers de violence conjugale afin d'adopter les mesures opérationnelles

³ *Sahide Goekce (décédée) c. Autriche*, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, 39^e sess., Communication n°5/2005, CEDAW/C/39/D/5/2005 (6 août 2007) [*Sahide Goekce*]; *Fatma Yildirim (décédée) c. Autriche* (2007) Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, 39^e sess., Communication n°6/2005, CEDAW/C/39/D/6/2005 (1^{er} octobre 2007) [*Fatma Yildirim*]; Dans ces deux affaires, l'action a été intentée par des associations de défense des droits des femmes au nom des défunes. Comme dans l'arrêt *Opuz*, M^{me} Yildirim et M^{me} Goecke ont été plusieurs fois menacées de mort, harcelées et battues, pour être finalement assassinées par leur ex-conjoint. En dépit des nombreuses plaintes, des bris répétés des mesures d'éloignement et des demandes de détention provisoire, leurs meurtriers n'ont jamais été placés en détention provisoire.

(de prévention et de protection) requises pour satisfaire aux critères de diligence⁴ et d'efficacité posés par la Cour, y compris en cas d'abandon des plaintes par les victimes. Ce faisant, la Cour identifie les critères pour l'évaluation du risque de dangerosité. Enfin, la Cour reprend à son compte l'évolution des quinze dernières années en matière de discrimination sexo-spécifique pour constater que le laxisme et la tolérance généralisée des autorités à l'égard de la violence conjugale constituent une discrimination de fait basée sur le genre.

En matière procédurale, la Cour décide de répondre aux arguments des parties concernant la règle de l'épuisement des voies de recours internes lors de l'examen au fond. Considérant implicitement que les mesures de protection, de prévention et d'enquête auraient pu constituer des recours internes si elles avaient été efficaces⁵, la Cour balaie du revers de la main les objections du gouvernement, en prenant soin toutefois de noter qu'en matière de violence conjugale, l'État ne peut se baser sur l'attitude de la victime (le retrait des plaintes) pour prouver le non épuisement des voies de recours internes. Elle note par ailleurs que l'ensemble des défaillances du système judiciaire et l'inaction de la police ne constituaient pas en l'espèce des voies de recours internes efficaces⁶. La Cour profite également de l'occasion pour mentionner que, quand bien même les victimes auraient été admises dans une maison d'accueil pour femmes violentées, le dispositif de protection aurait été inefficace sans d'autres mesures officielles de prévention et de protection.

⁴ La notion de diligence a d'abord été adoptée dans l'affaire *Velazquez-Rodriguez c. Honduras* en 1988 par la Cour Interaméricaine des droits de l'homme. Voir *Affaire Velázquez-Rodríguez (Honduras)* (1988), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C.) n°4, au para. 172 [*Velázquez*]. Elle a par la suite été incluse dans la *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes* de 1993), ainsi que dans d'autres instruments internationaux tels que la *Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre les femmes* (1994) (Convention de Belém do Para). Voir la *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, Rés. AG 48/104, Doc. off. AG NU, 48^e session, supp. n°, Doc. NU A/ (1993), art. 4§c et la *Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre les femmes*, « *Convention de Belém do Para* », OÉA, Assemblée générale, 24^e sess., Doc. off. OEA/Ser. (1994), art. 7§b. Voir par ex. Yakin Ertürk, Rapporteur spécial sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences, *Le critère de la diligence due en tant que moyen de mettre un terme à la violence contre les femmes*, Doc. off. Commission des droits de l'homme, 62^e sess., Doc. Off. E/CN.4/2006/61 (2006) à la p. 2. Le rapport affirme que « [l']obligation de diligence signifie que les États ont le devoir de prendre des mesures positives pour prévenir les actes de violence à l'égard des femmes, les protéger des tels actes, en punir les auteurs et offrir réparation aux victimes ».

⁵ La Cour reprend la position adoptée par le CEDEF dans les affaires *Fatma Yildirim* et *Sahide Goekce*, *supra* note 3 au para. 7.3. Le CEDEF rappelle que le but de la règle de l'épuisement des voies de recours internes est d'offrir aux États la possibilité de réparer une violation : « Le comité a noté que s'agissant des communications dénonçant des actes de violence domestique, les réparations qui viennent à l'esprit aux fins de la recevabilité concernent l'obligation de l'État partie d'exercer la diligence voulue en matière de protection, d'enquêter sur l'infraction, de punir son auteur et d'offrir une indemnisation comme indiqué dans la Recommandation générale n°19 ».

⁶ *Opuz*, *supra* note 1 aux para. 152 et 171; Il faut également noter qu'il n'existait pas avant l'entrée en vigueur de la loi turque sur la protection de la famille (loi 4320) en 1998 de mesures de protection et de prévention dans les cas de violence domestique. Cette loi autorise le magistrat civil qui a connaissance d'actes de violence, notamment par le procureur, à ordonner des mesures de protection telles que l'éloignement du domicile familial ou du lieu de travail et la saisie de toutes les armes en possession de l'agresseur.

S'agissant de l'examen de l'article 2 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, la Cour rappelle les obligations posées par cette disposition : l'État a non seulement « l'obligation d'empêcher les atteintes illégales au droit à la vie, mais également de prendre toutes les mesures appropriées pour préserver la vie sur son territoire »⁷. De ce constat découle l'obligation positive pour l'État de prendre toutes les mesures opérationnelles pour protéger la vie d'un individu qui est à risque. Pour ce faire, et parce qu'il serait illusoire et impossible d'imposer à l'État une obligation absolue et inconditionnelle de protection eu égard à ses autres contingences, la Cour considère que la teneur de l'obligation positive (de prendre des mesures opérationnelles) doit être recherchée au regard de ce que « les autorités savaient ou auraient du savoir, à ce moment là, de la réalité et de l'imminence du risque d'atteinte à la vie concernant une personne donnée »⁸, et que ceci étant établi, la responsabilité de l'État serait engagée s'il advenait que les autorités étatiques échouent à prendre les mesures entrant dans leur champ de compétence « qui selon toute vraisemblance auraient pu anéantir ce risque »⁹. Considérant la nature fondamentale du droit en cause, il suffit selon la Cour que la requérante démontre que les autorités nationales compétentes n'ont pas fait tout ce qui était raisonnablement attendu de leur part, pour annuler le risque réel et immédiat d'atteinte à la vie.

Dès lors, la Cour reprend l'historique des incidents de violence domestique pour démontrer l'existence d'un risque avéré de violence, accompagné d'une escalade dans la dangerosité des gestes posés par l'ex-conjoint de M^{me} Opuz. Elle établit donc la réalité du risque. Elle souligne par ailleurs que les autorités judiciaires et policières avaient parfaitement connaissance de ces faits et avaient été alertées par la victime, soit la mère de M^{me} Opuz, de l'imminence d'une agression, quelques jours avant l'assassinat de cette dernière. Dès lors, le premier élément de l'obligation positive, c'est-à-dire la connaissance avérée ou prévisible du risque, est satisfait.

Dans la seconde partie de son analyse, la Cour examine les réactions des autorités turques afin d'en déduire si elles auraient pu raisonnablement éliminer le risque d'atteinte à la vie. S'interrogeant sur la latitude du procureur turc en matière de continuation des poursuites lorsque la victime retire sa plainte, la Cour note que le droit turc n'a effectivement pas l'obligation de continuer les poursuites lorsque la victime retire sa plainte et qu'elle ne souffre pas de blessures la rendant inapte au travail pour une durée de plus de dix jours. Pourtant, dit-elle, en se basant sur la pratique des États membres du Conseil de l'Europe, il est d'usage en Europe que les procureurs dotés d'une marge d'appréciation examinent certains facteurs pour décider de la suite à donner à l'action pénale¹⁰. Dès lors, la Cour est d'avis que compte tenu

⁷ *Opuz*, *supra* note 1 au para. 128 [traduction libre].

⁸ *Ibid* au para. 130; Voir *Sahide Goekce*, *supra* note 3 au para. 12.1.4. Le CEDEF avait adopté un raisonnement identique à celui dans *Opuz*. Voir aussi *Fatma Yildirim*, *supra* note 3 au para. 12.1.4.

⁹ *Opuz*, *supra* note 1 au para. 129 (Traduction libre des extraits entre guillemets).

¹⁰ *Ibid* au para. 138. Ces facteurs sont : la gravité de l'infraction; la nature des blessures physiques ou psychologiques, le recours à une arme, le recours aux menaces de mort suite à l'agression, la préméditation de l'agression, l'effet (y compris psychologique) sur les enfants vivant dans le foyer, les risques de traumatisme, les menaces continues à la santé et à la sécurité de la victime et de toute personne pouvant être impliquée, l'état de la relation conjugale et ses conséquences potentielles des

des facteurs de dangerosité en cause, les autorités judiciaires auraient du être capables de continuer des procédures dans l'intérêt public tel que recommandé par la *Recommandation Rec (2002)5 du Comité des ministres aux États membres sur la protection des femmes contre la violence*¹¹. De plus, au regard des faits, les autorités ont clairement manqué à leur obligation de diligence en bâclant certaines enquêtes et en négligeant de prendre *proprio muto* les quelques mesures de protection prévues par la loi 4320 sur la protection de la famille du 14 janvier 1998¹². Pour la Cour, comme pour le CEDEF, dans les cas de violence domestique, le droit à la vie privée et familiale ainsi que les droits de l'agresseur ne doivent pas prévaloir sur le droit à la vie et à l'intégrité physique et mentale des victimes¹³. En reprenant ainsi à son compte les mots de la décision du CEDEF dans l'affaire *Fatma Yildirim*, la Cour semble endosser le fait que dans certains cas particuliers, les droits de l'accusé, notamment en matière de liberté provisoire puissent s'effacer devant ceux de la victime¹⁴.

S'agissant de l'article 3, la requérante soutient que les blessures et l'angoisse dans laquelle elle a vécu durant toutes ces années constituent une violation de l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Selon la jurisprudence de la Cour, les critères pour constater l'existence de mauvais traitements requièrent un certain niveau de sévérité, lequel s'apprécie en fonction de la nature de l'acte, des circonstances, de sa durée, de ses impacts physiques et psychologiques, et dans certains cas du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime. La Cour se dit suffisamment convaincue, dans ce cas, pour affirmer sans chercher à en faire une plus ample démonstration que M^{me} Opuz a bien été victime de mauvais traitements¹⁵. Or, souligne la Cour, les États parties ont, selon l'article 1 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, l'obligation d'assurer aux individus sous leur juridiction la jouissance des droits garantis par cette convention, et il revient à la Cour en vertu de l'article 19 de ce même texte de s'assurer que les obligations de protéger des États soient correctement mises en œuvre. De manière intéressante, la Cour fait un lien entre l'impunité et la persistance de la violence familiale, soulignant ainsi que la réponse apportée par les autorités turques au comportement criminel répété de

poursuites contre la volonté de la victime, l'histoire de la relation et l'existence d'incidents antérieurs de violence ainsi que le passé criminel de l'agresseur.

¹¹ Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Recommandation Rec (2002)5 du Comité des ministres aux États membres sur la protection des femmes contre la violence*, Publication officielle, (2002), en ligne : COE <<https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=280925&Site=CM>> [*Recommandation sur la protection des femmes*].

¹² Voir supra note 6.

¹³ *Opuz*, supra note 1 au para. 147; Voir *Mme A.T. c. Hongrie* (26 janvier 2005), CEDEF, Communication 2/2003 au para. 9.3 : « Les droits fondamentaux des femmes à la vie et à l'intégrité physique et mentale ne sauraient céder le pas à d'autres droits, tels que le droit à la propriété et le droit à la vie privée ».

¹⁴ *Fatma Yildirim*, supra note 3 au para. 12.1.5 : « Même, si aux dires de l'État partie, la délivrance d'un mandat d'arrêt apparaissait à l'époque comme une mesure disproportionnée, le Comité estime, comme il l'a dit au sujet d'une autre communication sur la violence familiale, que les droits de l'auteur d'actes de violence ne peuvent pas l'emporter sur le droit fondamental des femmes à la vie et à l'intégrité physique et mentale ».

¹⁵ *Opuz*, supra note 1 au para. 161 : « La violence subie par la requérante, sous la forme de blessures physiques et de pression psychologique, était suffisamment sévère pour constituer un mauvais traitement au sens de l'article 3 de la Convention » [traduction libre].

l'agresseur n'avaient pas été suffisantes pour prévenir ou dissuader la récidive¹⁶. Dès lors, pour la Cour, non seulement il importe que les autorités turques poursuivent les agresseurs, mais également qu'elles adoptent des mesures suffisamment dissuasives (efficaces) pour garantir le droit de la victime à l'intégrité physique. La Cour introduit alors un critère d'appréciation relativement subjectif quant à la mesure de l'efficacité des sanctions, lequel au demeurant semble s'apprécier au cas par cas.

Enfin, la Cour aborde le problème de la violation de l'article 14 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, soit celui de la discrimination sexo-spécifique. Depuis 1992, le CEDEF a clairement affirmé que la violence familiale, catégorie particulière de la violence sexo-spécifique, constituait une forme de discrimination en ce qu'elle « compromet ou rend nulle la jouissance des droits individuels et des libertés fondamentales par les femmes en vertu des principes généraux du droit international ou des conventions particulières relatives aux droits de l'homme »¹⁷. À ce titre, la Cour rappelle justement qu'une loi d'apparence neutre peut être discriminatoire lorsqu'elle produit des effets négatifs sur un groupe particulier, et ceci indépendamment de la volonté de discriminer¹⁸. Certaines de ces discriminations procèdent de schémas et de modèles de comportement socio-culturel qui maintiennent les femmes dans un rôle de subordination¹⁹. Dans le cas d'espèce, comme dans les affaires portées contre l'Autriche devant le CEDEF, c'est bien de passivité et de laisser-faire dans la mise en œuvre de la loi dont il est question au nom d'une certaine idée de l'unité familiale²⁰. De fait, en raison de l'attitude de ses fonctionnaires, l'État turc a été condamné à payer la somme de 30 000 euros, soit environ 48 550 \$ CA, à la requérante.

Désormais et pour se mettre en conformité avec la décision de la Cour, la Turquie devra dans un premier temps revoir les articles 456§4 et 460 du Code pénal qui conditionnent les procès pour agression physique au maintien de la plainte par la victime. Mais modifier le dispositif législatif ne suffira pas. Le mal est plus profond, enraciné dans les mentalités, dans les discours et dans les valeurs sociales et religieuses, ainsi que dans les préjugés. Pour adopter des actions concrètes pour lutter contre la violence à l'égard des femmes, le gouvernement turc pourra s'inspirer entre autres des travaux du CEDEF dont les décisions *Fatma Yildirim* et *Sahide Goekce* et

¹⁶ *Ibid.* au para. 170

¹⁷ Recommandation générale n°19 de la CEDEF, *Violence à l'égard des femmes* (1992), U.N. doc. CEDAW/C/1992/L.1/Add.15, art. 7.

¹⁸ *Opuz*, *supra* note 1 au para. 183. En plus de la jurisprudence de la CEDH mentionnée au para 76 de l'arrêt *Opuz*, il convient également de noter que la Cour de justice des Communautés européennes était arrivée à un constat similaire en 1999 dans l'affaire *Krüger*. C.J.E. *Andrea Krüger c. Kreiskrankenhaus Ebersberg*, C-281/97 [1999] E.C.R. [Krüger]

¹⁹ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U. 13, (entrée en vigueur : 3 septembre 1981) art. 5§a

²⁰ *Opuz supra* note 1. Les différents rapports d'experts présentés par la requérante ont convaincu les juges de l'existence d'un laxisme généralisé au sein des autorités judiciaires et policières turques qui les conduisent d'une part, à négliger la prévention, la poursuite et la sanction en matière de violence conjugale, et d'autre part, à tenter d'agir comme médiateurs entre les époux au nom d'une valeur importante qui est celle de la préservation de l'unité familiale.

de la *Recommandation (2002)5 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe (30 avril 2002) sur la protection des femmes contre la violence*.

II. Esclavage

A. L'arrêt *Dame Hadijatou Manu Koraou c. la République du Niger*²¹

Le 27 octobre 2008, la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) rendait un jugement fortement médiatisé. En effet, cette décision de 2008 est l'un des rares jugements en matière d'esclavage qui ait été rendu par une juridiction ou quasi-juridiction des droits de l'homme²², mais surtout, elle émane d'une juridiction qui jusqu'à présent n'avait guère fait parler d'elle-même, hormis peut-être au sein des quinze États membres de la CEDEAO. La CEDEAO a été créée en 1975 dans le but de constituer une union économique entre les États de la région. En janvier 2005, les États membres adoptèrent un protocole additionnel²³ qui amena deux changements fondamentaux, l'un en matière de saisine de la cour de justice²⁴, le second en matière de compétence *ratione materiae*. Désormais, la Cour peut être saisie par des individus qui estiment que leurs droits fondamentaux sont violés par un État membre²⁵. Compétente en matière de violations des droits de la personne, la Cour peut être amenée à rendre un jugement sur la base « de l'existence d'une violation des droits de la personne dans un État membre »²⁶. Cette imprécision de la juridiction *ratione materiae* de la Cour aurait pu constituer un obstacle de taille, mais il semble, eu égard à l'affirmation répétée de l'adhésion des États membres aux principes de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*²⁷ et des autres instruments internationaux, que les juges de la Cour aient

²¹ *Dame Hadijatou Manu Koraou c. La République du Niger*, Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), Arrêt N°ECW/CCJ/JUD/06/08, 27 octobre 2008, en ligne : UNHCR : The UN Refugee Agency <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/491168d42.html>> [*Dame Hadijatou*].

²² Voir Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP), Communication n°198/7, *Douzième rapport annuel d'activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*, 1998-1999, p. 82. Cette communication présentée en 1997 par *S.O.S.-Esclaves c. Mauritanie* à la Commission africaine des droits de l'homme a été jugée irrecevable pour cause de non-épuisement des voies de recours internes. Voir aussi affaires *Van der Mussele c. Belgique* (23 novembre 1983), *Seguin c/ France* (7 mars 2000) et *Siliadin c/ France* (26 juillet 2005) où la CEDH a également eu à rendre ces trois arrêts en matière de travail forcé et de servitude.

²³ *Supplementary protocol A/SP.1/01/05 Amending the Preamble and Articles 1, 2, 9, 22 and 30 of Protocol A/P.1/7/91 relating to the Community Court of Justice and Article 4 paragraph 1 of the English Version of the Said Protocol*, 19 janvier 2005 [*Supplementary protocol*].

²⁴ Cette cour a été créée à la suite de la révision du traité en 1993. Les juges ne furent nommés qu'en 2001.

²⁵ La Cour peut aussi être saisie par des entreprises. Voir *Supplementary protocol supra* note 23, art. 10§c.

²⁶ *Ibid.*, art. 9§4 : « La Cour a compétence pour juger des affaires de violation des droits de l'homme qui se produisent au sein des États membres [Traduction libre] ».

²⁷ *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, 1520 R.T.N.U. 268 (entrée en vigueur : 21 octobre 1986) [*Charte africaine*]. L'article 4§g du Traité révisé prévoit que « les Hautes Parties Contractantes, dans la poursuite des objectifs énoncés à l'Article 3 du présent Traité affirment et déclarent solennellement leur adhésion aux principes fondamentaux suivants (g) respect, promotion

décidé de s'octroyer des compétences au moins aussi importantes que celle de la future Cour africaine de justice et des droits de l'homme de l'Union africaine²⁸. Cette dernière devrait en effet être compétente pour interpréter et appliquer la *Charte africaine*, les textes et protocoles qui complètent le dispositif de la Charte, ainsi que « tout autre instrument juridique relatif aux droits de l'homme, auxquels sont parties les États concernés »²⁹.

Aussi, c'est en se basant sur une pléthore d'instruments internationaux et régionaux que la Cour de justice de la CEDEAO conclut en l'affaire *Dame Hadijatou* que la plaignante a bien été victime d'esclavage et que la République du Niger est responsable en raison de l'inaction des autorités administratives et judiciaires. À la demande de la requérante, la Cour de justice a accepté de se déplacer au Niger pour entendre la cause en raison de l'impécuniosité de la victime.

Les faits de la cause sont relativement simples dans la mesure où ils illustrent un cas d'esclavage classique tel que défini et interdit par la *Convention relative à l'esclavage* de 1926³⁰. À l'âge de 12 ans, la requérante est vendue à un homme par le chef de sa tribu pour une somme de 240 000 francs CFA pour effectuer des travaux domestiques et servir de concubine. La jeune fille est alors la cinquième « femme » de M. El Hadj Souleymane Naroua³¹. Pendant neuf ans, elle effectue les travaux domestiques, est obligée de montrer une disponibilité sexuelle sans faille en plus d'être agressée physiquement et sexuellement. Finalement, en 2005, son « maître » lui délivre un certificat d'affranchissement sans pour autant l'autoriser à quitter le domicile devenu soudainement « conjugal » aux dires de son « époux », et alors qu'aucune cérémonie civile ou coutumière n'a entériné ce mariage. Si le changement de statut d'esclave à celui d'épouse peut apparaître en soi une promotion sociale importante, il ne traduit en fait que le maintien en servilité de la requérante. Fermement décidée à retrouver sa pleine et entière liberté, Dame Hadijatou saisit les tribunaux pour faire constater qu'elle n'a jamais été mariée au sens de la loi nigérienne, et qu'elle a été maintenue en esclavage en contradiction avec la *Loi*

et protection des droits de l'homme et des peuples conformément aux dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples » *Traité révisé de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)*, Cotonou, 24 juillet 1993, en ligne : CEDEAO <<http://www.ecowas.int/>>

²⁸ La Cour africaine de justice et des droits de l'homme est née de la proposition de fusionner la Cour de justice créée par l'*Acte constitutif de l'Union africaine*, 11 juillet 2000, 2158 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : le 26 mai 2001) et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples créée par le *Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant sur la création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*.

²⁹ Voir *Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme*, 1^{er} juillet 2008, art. 28, en ligne : Union africaine, <http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/treaties_fr.htm> La compétence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est identique sur ce point.

³⁰ *Convention relative à l'esclavage*, 25 septembre 1926, 60 R.T.S.N. 255 (entrée en vigueur : 9 mars 1927)

³¹ Il s'agit en fait d'une concubine car la coutume limite le nombre d'épouses à quatre. L'article 63§1 de la *Loi organique n° 2004-050 du 22 juillet 2004 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger* renvoie à l'application de la loi coutumière en matière de mariage. Voir la *Loi organique n° 2004-050 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger* (22 juillet 2004), en ligne : Le Hub Rural <<http://www.hubrural.org/pdf/11-loi-2004-050.pdf>>

n°2003 – 025 du 13 juin 2003³². Plus soucieux de statuer sur la condition matrimoniale de la requérante que sur sa condition d’esclave, les juges nigériens négligèrent cette dernière question. Entre temps, et avant l’issue de la procédure, Dame Hadijatou décide d’épouser l’homme de son choix et se voit accusée de bigamie. Finalement, un juge du Tribunal de Grande Instance de Konni fera droit à la demande en divorce de la requérante considérant ainsi qu’en tant qu’esclave elle avait été légalement mariée à son « maître ».

Sur le fond, la requérante se plaint entre autres de la violation de l’article 1 (respect et mise en œuvre), de l’article 5 (interdiction de l’esclavage), des articles 2 et 18§3 (discrimination) de la *Charte africaine*. Des différents moyens invoqués, la Cour de justice ne retiendra que l’esclavage. Elle s’est attachée à collecter et répertorier les éléments de fait mettant en évidence les éléments du droit de propriété propres à la définition de l’esclavage³³. De plus, la Cour décidera d’intégrer les évolutions du droit pénal international pour prendre en compte les éléments contextuels de l’esclavage : l’absence d’autonomie individuelle et de liberté de choix et d’action, l’existence d’un environnement coercitif physique et psychologique qui maintient l’individu en esclavage³⁴. Avec raison, la Cour souligne que « l’esclavage peut exister sans qu’il y ait torture; même bien nourri, bien vêtu et confortablement logé, un esclave reste un esclave s’il est privé de sa liberté par la force ou la contrainte »³⁵. Enfin, la Cour ne manqua de faire état de l’effet *erga omnes* de l’interdiction de l’esclavage, ni de sa nature indérogeable au regard du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*³⁶. Tirant les conséquences de ce constat, la Cour de justice conclut que les autorités nigériennes avaient dès lors une obligation positive de poursuivre pénalement et de sanctionner le crime dont était victime Dame Hadijatou³⁷. Appliquant sans le mentionner les principes dégagés dans l’affaire *Velázquez*³⁸, la Cour constate que la République du Niger est responsable des

³² *Loi n°2003-025 du 13 juin 2003 modifiant la loi n°61-27 du 15 juillet 1961 portant institution du Code pénal*, Journal officiel, 2004-04-07, Spécial n°4, pp.449-455, en ligne : OIT, NATLEX <http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.details>. L’article 270.2 du Code pénal du Niger prévoit que le fait de réduire autrui en esclavage ou d’inciter autrui à aliéner sa liberté ou sa dignité ou celle d’une personne à sa charge pour être réduit en esclavage est puni d’une peine d’emprisonnement de dix à trente ans et d’une amende de 1 000 000 à 5 000 000 de francs.

³³ *Dame Hadijatou*, *supra* note 21 au para. 76; *Convention relative à l’esclavage* *supra* note 29 à l’art. 1.1. : « L’esclavage est l’état ou la condition sur lequel s’exercent les attributs du droit de propriété ou certains d’entre eux ». Les éléments du droit de propriété sont l’*usus* (le droit d’utiliser, d’user), le *fructus* (le droit de tirer profit, d’en récolter les fruits) et l’*abusus* (le droit de disposer).

³⁴ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002), art. 7 (1)(c) pour les éléments des crimes de la CPI; Voir aussi *Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Vukovic Zoran*, IT-96-23, Arrêt (12 juin 2002), en ligne : TPI pour l’ex-Yougoslavie <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/fr/kun-aj020612f.pdf>>. La Cour de justice de la CEDEAO s’appuya également sur cet arrêt rendu par le TPIY.

³⁵ *Dame Hadijatou*, *supra* note 21 au para. 79. La Cour de justice de la CEDEAO cite le jugement rendu par le Tribunal militaire de Nuremberg dans l’affaire *USA c. Oswald Pohl et autres* (3 novembre 1947), *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council N°10*, vol.5, 1997 à la p. 970.

³⁶ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1996, 999 R.T.N.U. 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [PIDCP].

³⁷ *Dame Hadijatou*, *supra* note 21 aux para. 82 et 84.

³⁸ *Affaire Velázquez-Rodriguez*, *supra* note 4.

violations commises par une personne privée sur son territoire lorsqu'elle n'a pas rempli son obligation de diligence en matière de prévention, de poursuite, et de sanction³⁹.

De manière étonnante, la Cour de justice refusera de constater l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe. Pourtant tous les éléments d'une violation de l'article 2 combinée avec l'article 5 étaient présents dans cette affaire: La Cour a limité son analyse sur la discrimination à la question de l'égalité des droits dans le mariage au Niger, ignorant ainsi que la pratique de la *Wahiya*⁴⁰ ne touche que les femmes et les jeunes filles. De plus, le passage quasi-automatique du statut d'esclave à celui d'épouse s'apparente à une situation de mariage forcé dont seules les femmes sont victimes⁴¹. La tolérance des institutions vis-à-vis de cette pratique traditionnelle discriminatoire à l'égard des femmes constitue un manquement aux obligations de la République du Niger au titre des articles 2 et 18§3 (non-discrimination) combiné avec l'article 5 (interdiction de l'esclavage) de la *Charte africaine*; des articles 1, 2 (e et f) et 5§a de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, de l'article 2§1 combiné avec l'article 36 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (CDE) et des articles 2 et 26 du *PIDCP* combiné avec l'article 8⁴². Qui plus est, la pratique de la *Wahiya* constitue une violence à l'égard des femmes de nature discriminatoire. La recommandation n°19 du CEDEF prévoit en effet que la violence comme discrimination à l'égard des femmes « englobe les actes qui infligent des tourments ou des souffrances d'ordre physique, mental ou sexuel, la menace de tels actes, la contrainte ou autres privations de liberté »⁴³. Cette recommandation prévoit aussi

que la discrimination au sens de la Convention n'est pas limitée aux actes commis par les gouvernements ou en leur nom. [...] En vertu du droit international en général et des pactes relatifs aux droits de l'homme, les États peuvent être également responsables d'actes privés s'ils n'agissent pas avec la diligence voulue pour prévenir la violation de droits ou pour enquêter sur des actes de violence, les punir et les réparer.⁴⁴

Par conséquent la Cour de justice a erré dans son raisonnement et dans ses conclusions en considérant que la violation n'est pas imputable au Niger puisqu'elle émane plutôt de l'époux.

³⁹ *Dame Hadijatou*, *supra* note 21 au para. 85.

⁴⁰ Le terme *Wahiya* renvoie à une « pratique en cours en République du Niger, consistant à acquérir une jeune fille, généralement de condition servile, pour servir à la fois de domestique et de concubine. La femme esclave que l'on achète dans ces conditions est appelée "Sadaka" ou la cinquième épouse. » *Dame Hadijatou*, *supra* note 21 au para. 9.

⁴¹ Voir *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage*, 7 septembre 1956, 226 R.T.N.U. 3, (entrée en vigueur : 30 avril 1957) art. 1 (c)(i) et (iv).

⁴² *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, *supra* note 19; *PIDCP*, *supra* note 36, *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3, (entrée en vigueur : 2 septembre 1990).

⁴³ *Recommandation générale n°19*, *supra* note 17 au para. 6.

⁴⁴ *Ibid.* au para. 9.

Tout aussi surprenante est la décision de la Cour de justice de la CEDEAO dans son analyse de la violation alléguée de l'article 1 de la *Charte africaine*. En effet, les juges ont considéré que la Cour n'avait pas « pour rôle d'examiner les législations des États membres de la Communauté *in abstracto*, mais plutôt d'assurer la protection des droits des individus lorsque ceux-ci sont victimes de violations »⁴⁵. Pourtant, l'article 1 de la *Charte africaine* n'est guère différent des dispositions similaires des autres traités des droits de la personne par lesquelles les États s'engagent à reconnaître et à garantir les droits reconnus dans le traité. Mieux, la *Charte africaine* va même plus loin puisqu'elle prévoit que les États « s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer »⁴⁶. Or, en l'espèce il s'agissait bien de statuer sur l'effectivité des mesures législatives de la loi nigérienne interdisant l'esclavage, et non sur la loi elle-même. C'est d'ailleurs ce que fit implicitement la Cour dans son examen de la situation de l'esclavage. La Cour aurait pu s'inspirer du raisonnement de la CEDH dans l'affaire *Siliadin c. France* pour conclure à la violation de l'article 1 combiné avec l'article 5 de la *Charte africaine*⁴⁷. L'interdiction de l'esclavage est l'une des valeurs fondamentales du système international de protection des droits de la personne, et à ce titre, « il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les États membres [...] commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte tendant à maintenir une personne dans ce genre de situation »⁴⁸. Comme l'a rappelé à plusieurs reprises la CEDH, le fait de s'abstenir de porter atteinte aux droits garantis ou de légiférer en ce sens « ne suffit pas à conclure que l'État s'est conformé aux engagements découlant de l'article 1 »⁴⁹. Il est nécessaire de les appliquer concrètement⁵⁰. En tant que juridiction chargée de défendre les droits de la personne au sein des États membres de la CEDEAO, la Cour de justice aurait gagné à s'inspirer de la jurisprudence des juridictions similaires afin de donner davantage de profondeur à son raisonnement et de solidifier ses conclusions. Cela aurait également permis d'attirer l'attention sur la question de la responsabilité criminelle des chefs de clans et des parents qui vendent leurs filles dans le cadre de la pratique *Wahiya* et des mesures concrètes prises par les autorités pour poursuivre et condamner ceux qui se livrent à la traite⁵¹. Car si le Niger veut lutter efficacement contre l'esclavage et la pratique discriminatoire de la *Wahiya*, il doit aussi aborder cette question.

Le montant de la réparation forfaitaire déterminée par la Cour de justice a été intégralement versé par le gouvernement à la requérante en 2009 selon les dires de

⁴⁵ *Dame Hadijatou*, *supra* note 21 au para. 60.

⁴⁶ *Charte africaine*, *supra* note 27, art. 1.

⁴⁷ *Siliadin c. France*, CEDH, jugement du 26 juillet 2005, requête n°73316/01. Cette affaire concernait une situation de servitude. Une jeune fille de 15 ans avait travaillé sans salaire et en dehors de la protection des règles du travail durant plusieurs années. Elle avait même occasionnellement été prêtée à une autre famille par ses employeurs. Les employeurs ont été poursuivis et condamnés à une peine d'emprisonnement et à une amende.

⁴⁸ *Ibid.* au para. 112.

⁴⁹ *Ibid.* au para. 77.

⁵⁰ *Ibid.* au para. 89.

⁵¹ *Convention relative à l'esclavage*, *supra* note 30, art. 1§2 : « La traite des esclaves comprend tout acte de capture, d'acquisition ou de cession d'un individu en vue de le réduire en esclavage [Nos soulignés] ».

l'ONG britannique *Interights*. De plus, la médiatisation du procès a produit un effet d'entraînement. Une trentaine de femmes seraient sorties de leur enfermement psychologique pour porter plainte. Toutefois, il semblerait que les leçons de l'arrêt n'aient pas été complètement tirées dans la mesure où l'ancien maître de M^{me} Hadijatou a été condamné à une peine d'emprisonnement inférieure au minimum légal prévu par la loi. Finalement, il est possible que nous assistions à un second épisode au cours duquel la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples pourrait être appelée à examiner l'effectivité des mesures prises pour garantir les droits protégés par la *Charte africaine*.

III. Avortement

Au cours des deux dernières années la Cour européenne des droits de l'homme a été appelée à juger plusieurs affaires touchant à la santé génésique des femmes, dont deux affaires relatives à l'avortement.

Depuis 1961, la Cour européenne a, de manière épisodique, abordé la question de l'avortement⁵². La Commission et la Cour ont constamment rendu des décisions qui recherchaient un équilibre entre l'obligation de s'abstenir de donner la mort intentionnellement et celle de prendre des mesures nécessaires à la protection de la vie. Faute d'un consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, la Cour juge inopportun de se prononcer sur le débat de l'avortement et sur l'étendue de la protection de l'article 2 de la *Convention européenne des droits de l'homme*⁵³. Elle est en revanche beaucoup plus à l'aise d'aborder la question de l'avortement à travers des questions connexes telles que le respect de l'intégrité physique et mentale de la mère ou la liberté d'expression et de réunion.

⁵² Voir l'affaire *X. c. Norvège*, n°867/60, décision de la Commission du 29 mai 1961, Recueil des décisions, vol. 6, p. 34; Affaire *X. c. Autriche*, n°7045/75, décision de la Commission du 10 décembre 1976, DR 7, p. 87. Les deux requêtes ont été déclarées irrecevables au motif que les requérants ne pouvaient se prétendre victimes dans la mesure où ils n'étaient pas affectés directement par les pratiques abortives. Dans l'affaire plus récente, *D. c. Irlande*, la 4^e section de la CEDH a déclaré la requête irrecevable au motif qu'en l'espèce, la requérante n'avait pas épuisé les voies de recours internes. En effet la Cour a considéré que la requérante aurait dû tenter de présenter un argument constitutionnel devant les juridictions nationales. La Cour a refusé de considérer qu'aucune voie de recours n'était disponible et ou que la requérante aurait été incapable d'obtenir les services d'un avocat. *D. c. Irlande* (requête 26499/02), CEDH, 4^e section, décision d'irrecevabilité, 5 juillet 2006.

⁵³ « Il serait non seulement juridiquement délicat d'imposer en ce domaine une harmonisation des législations nationales mais, du fait de l'absence de consensus, il serait également inopportun de vouloir édicter une morale unique, exclusive de toutes les autres » à propos du début de la vie et de l'étendue de l'art. 2 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Affaire *Vo c. France*, CEDH, 8 juillet 2004, para. 82. Dans l'affaire *Vo*, une femme enceinte de six mois victime d'une erreur médicale qui avait provoqué la mort de son fœtus demandait à la Cour européenne de reconnaître que son enfant à naître était une personne au sens de l'article 2 et qu'il avait été victime d'un homicide involontaire.

A. L'arrêt *Women on Waves et autres c. Portugal*⁵⁴

Les faits de l'affaire *Women on Waves et autres c. Portugal* rappellent ceux de l'affaire *Open Doors et Dublin Well Woman c. Irlande*⁵⁵. Dans son arrêt du 3 février 2009, la Cour européenne était amenée à se prononcer sur l'atteinte à la liberté d'expression et de réunion de la requérante. Alors que la loi portugaise à l'époque des faits criminalisait l'avortement et permettait de poursuivre la personne facilitant ou procédant à l'avortement aussi bien que la femme qui avait avorté⁵⁶, deux associations portugaises qui œuvraient à la dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse (Clube Safo et Nào te Prives, Grupo de Defesa dos Direitos Sexuais) ont invité en 2004 une association néerlandaise à tenir une série de réunions, séminaires et ateliers sur les pratiques en matière de prévention des maladies sexuellement transmissibles, de planning familial et de dépénalisation de l'avortement. L'initiative des ONG portugaises faisait suite à une série de poursuites entamées contre les femmes et le personnel médical ayant procédé à des avortements, et qui était le résultat de l'arrivée au pouvoir d'un gouvernement beaucoup moins tolérant en cette matière. Craignant que des avortements aient lieu sur le bateau affrété par l'organisation hollandaise, le Secrétaire d'État à la mer rendit un arrêté ministériel interdisant l'entrée du navire dans les eaux territoriales de son pays⁵⁷. Afin de s'assurer du respect de l'interdiction, la marine portugaise envoya aux frontières des eaux territoriales un navire de guerre. C'est donc sur le terrain de l'analyse de la proportionnalité de l'ingérence que la Cour se prononça pour conclure sans surprise à la violation de l'article 10 de la *Convention européenne des droits de l'homme*.

Dans cette affaire, la Cour, fidèle à sa jurisprudence sur la liberté d'expression rappelle que « l'essence de ces droits est la possibilité pour tout citoyen d'exprimer son opinion et son opposition » et que « c'est justement lorsqu'on présente des idées qui heurtent, choquent et contestent l'ordre établi que la liberté d'expression est la plus précieuse »⁵⁸. S'agissant des modes de diffusion des idées et

⁵⁴ *Women on Waves et autres c. Portugal*, no 31276/05, CEDH, (3 février 2009) [*Women on Waves c. Portugal*].

⁵⁵ Cette affaire concernait deux associations irlandaises qui avaient pour vocation d'informer les femmes sur les moyens de contraception et les lieux pratiquant les avortements en Grande Bretagne. Considérant que les activités de ces deux associations étaient contraires à la Constitution qui protégeait le droit à la vie dès la conception, le gouvernement irlandais a ordonné la fermeture des deux associations. Voir *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, Série A n°246-A, CEDH, (29 octobre 1992).

⁵⁶ L'ancien article 140 § 2 & 3 du Code pénal prévoyait une peine pouvant aller jusqu'à trois ans d'emprisonnement. Suite à un référendum, la loi n°16/2007 supprime le délai de dix semaines pour l'avortement en cas d'avortement thérapeutique et étend le délai de 10 à 16 semaines de grossesse pour les avortements consécutifs à un viol. Durant les dix premières semaines de grossesse, l'avortement peut être désormais librement décidé par la femme. Avant la loi de 2007, trois cent avortements légaux par année étaient pratiqués au Portugal contre 20 000 à 40 000 avortements illégaux (en clinique en Espagne ou clandestin).

⁵⁷ Le site Internet de *Women on Waves* annonce: « Sur le bateau, les avortements médicaux peuvent avoir lieu à temps, en toute sécurité et en toute légalité, et sont réalisés par des professionnels. ». En principe, une fois les patientes embarquées, le bateau se dirige dans les eaux internationales afin d'y pratiquer les avortements. Les patientes et les médecins échapperaient donc à l'emprise de la loi territoriale portugaise au profit de l'application de la loi néerlandaise.

⁵⁸ *Women on Waves c. Portugal*, *supra* note 54, aux para. 37 et 42.

des informations, la Cour rappelle qu'ils sont également protégés par l'article 10 de la Convention. Ainsi, selon elle, « dans certaines situations le mode de diffusion des informations et idées que l'on entend communiquer revêt une importance telle que les restrictions comme celles imposées en l'espèce peuvent affecter de manière essentielle la substance des idées et des informations en cause »⁵⁹ En l'occurrence, pour la Cour il devient évident que le recours à la symbolique dans le débat démocratique et dans la lutte pour les droits fondamentaux relève de la protection de l'article 10, et que l'État ne peut limiter les expressions symboliques sur son domaine public⁶⁰. Dès lors, l'interdiction d'entrer dans les eaux territoriales ainsi que l'envoi d'un navire guerre étaient des moyens disproportionnés d'autant plus qu'il existait selon la Cour des moyens moins attentatoires aux droits et libertés pour défendre l'ordre et protéger la santé.

À la suite de cette affaire qui fit grand bruit en 2004 et sans attendre l'arrêt de la CEDH, le gouvernement portugais a organisé en 2007 un référendum sur l'opportunité de réviser la loi criminalisant l'avortement. Dans l'impossibilité d'en tenir compte en raison d'un trop faible taux de participation, le gouvernement eut recours au parlement qui adopta le 8 mars 2007 la nouvelle loi autorisant l'avortement sur simple demande de la femme jusqu'à dix semaines d'aménorrhée⁶¹.

B. L'arrêt *Tysiac c. Pologne*⁶²

Après avoir perdu la vue à la suite d'un décollement de rétine à la suite de son troisième accouchement par césarienne, et alors que les médecins se sont opposés à un avortement thérapeutique, M^{me} Tysiac se plaint de la violation par la Pologne des articles 3 (traitements dégradants), 8 (atteinte à la vie privée et familiale), 13 (recours effectif) et 14 (non-discrimination) de la *Convention européenne des droits de l'homme*. De nombreuses organisations pro-vie et pro-choix ont participé au procès.

La loi polonaise sur le planning familial (1993) telle qu'amendée en 1997 autorise l'avortement pour des raisons limitatives (thérapeutiques, viol et inceste) et sous condition de l'accord d'un médecin spécialisé dans la branche de la médecine dont relève le problème de santé qui touche la femme⁶³. Bien que le dossier

⁵⁹ *Ibid.*, au para. 39.

⁶⁰ *Ibid.*, au para. 40.

⁶¹ Les jeunes filles de moins de 16 ans ont cependant besoin du consentement du représentant légal. Les femmes doivent être reçues par un médecin, conseillées et informées. Un délai de réflexion de 3 jours doit être respecté avant l'intervention. Les interventions doivent être pratiquées dans des hôpitaux ou une clinique privée autorisés. Les hôpitaux sont obligés de garantir l'accès à l'avortement. Informations disponibles sur le site <<http://www.svss-uspda.ch>>. Le 10 avril 2009, la loi a enfin été promulguée par le Président portugais.

⁶² *Tysiac c. Pologne*, no 5410/03, CEDH, (20 mars 2007) [*Tysiac*].

⁶³ Comme au Portugal, l'application restrictive de la loi de 2003 autorisant l'avortement thérapeutique pousse un nombre important de femme dans la clandestinité. Qui plus est, de nombreux médecins des services publics de santé refusent de pratiquer ces opérations en invoquant la clause de conscience. « Les organisations non gouvernementales estiment quant à elles à entre 80,000 et 200,000 les avortements pratiqués illégalement chaque année en Pologne. » Cinquième rapport périodique soumis par la Pologne au Comité des droits de l'homme, CCPR/POL/2004/5, para. 106 et 107. Avant la loi de

ophtalmologique de M^{me} Tysiac ne fit pas l'unanimité parmi les médecins, l'un d'entre eux accepta de lui délivrer un certificat indiquant que cette troisième grossesse constituait une menace pour sa santé. Cependant, après un très bref examen, le gynécologue-obstétricien se prononça contre l'avortement thérapeutique, une décision qui fut entérinée de manière tout aussi expéditive par un autre confrère.

Sur le premier moyen, la Cour considéra en l'espèce que l'angoisse et la détresse causées par les risques encourus pour sa santé et dans lesquelles la mère avait vécu sa grossesse ne constituaient pas un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. S'agissant de la violation de l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* (atteinte à l'intégrité physique et morale comme élément de la vie privée), le débat se porte très rapidement sur le terrain des obligations positives de l'État : la Pologne a-t-elle pris les mesures nécessaires pour donner effet au droit à l'avortement qu'elle a reconnu aux femmes dans certaines circonstances? Plus précisément, la réglementation polonaise prévoit-elle une procédure de révision effective en cas de refus des médecins de procéder à un avortement thérapeutique? Pour répondre à cette question, la Cour va s'appuyer sur différents éléments d'information fournis par les tiers intervenants, les rapports périodiques de la Pologne au Comité des droits de l'homme, afin d'établir l'existence de lacunes dans la manière dont la loi permettant l'avortement était mise en œuvre. Après avoir rappelé que les « notions d'égalité et de prééminence du droit dans une société démocratique exigent que des mesures touchant des droits fondamentaux soient dans certains cas soumises à une forme de procédure devant un organe indépendant, compétent pour contrôler les motifs de ces mesures et les éléments de preuves pertinents »⁶⁴, la Cour ajoute que le facteur temps revêt une importance cruciale dans les décisions d'interruption de grossesse. Dès lors des « procédures prévoyant le contrôle *a posteriori* des décisions relatives à la possibilité d'avorter légalement ne sauraient remplir un tel rôle »⁶⁵. Finalement, la Cour conclut à la violation de l'article 8 en ce que la loi polonaise ne prévoit pas de procédure de révision de la décision en cas de désaccord entre la patiente et le médecin avorteur, et en ce que les procédures de recherche en responsabilité délictuelles des médecins ne constituent pas des recours effectifs, car intervenant *a posteriori*⁶⁶. Elle souligne par ailleurs que les dispositions définissant les conditions dans lesquelles il est possible de bénéficier d'un avortement légal doivent être définies de manière suffisamment précises afin que les médecins soient capables de savoir s'ils excèdent ou non les limites permises par la loi. L'absence de prévisibilité de la loi et le risque de poursuite pénale qui y est associé auraient un effet dissuasif sur les décisions d'autorisation d'avortement thérapeutiques rendues par les médecins⁶⁷.

1993, l'avortement avait été pratiqué légalement en Pologne pendant près de 40 ans. Pour un comparatif des législations sur l'avortement en Europe, consulter le site <<http://www.touteleurope.fr>>, section santé publique (date d'accès : 30 août 2009).

⁶⁴ *Tysiac, supra* note 62, au para. 117.

⁶⁵ *Ibid.*, au para. 118.

⁶⁶ La Cour décida qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur la violation de l'art. 13.

⁶⁷ *Tysiac, supra* note 62, au para. 116.

Depuis, une autre requête concernant l'application de la loi de 1993 autorisant l'avortement thérapeutique en Pologne a été déposée⁶⁸. Elle concerne un aspect qui bien qu'ayant été évoqué par des intervenants dans l'arrêt *Tysiack*, n'a pas été repris par la Cour: celui de la répugnance généralisée des médecins polonais à pratiquer des interruptions de grossesse. Une telle attitude constitue pourtant une discrimination basée sur le sexe dont seules les femmes ont à souffrir⁶⁹. En effet, la recommandation générale n°24 du CEDEF affirme qu'

[i]l est discriminatoire pour un État partie de refuser de légaliser certains actes concernant la reproduction. Par exemple, si les professionnels de la santé n'acceptent pas de pratiquer de tels actes parce qu'ils vont à l'encontre de leurs convictions, des mesures doivent être prises pour faire en sorte que les femmes soient renvoyées à des professionnels de la santé n'ayant pas les mêmes objections.⁷⁰

D'autre part, la *Résolution du parlement européen sur la santé et les droits génésiques* du 3 juillet 2002 appelle les gouvernements « à mettre en place des services spécialisés de santé sexuelle et génésique [...] et fait valoir que ces avis et conseils doivent être fournis sous le sceau du secret et indépendamment de tout jugement de valeur » [nos soulignés]⁷¹ D'ici quelques mois la Cour européenne devra rendre son jugement dans l'affaire *R.R. c. Pologne* et se prononcer sur l'existence d'une discrimination éventuelle. En attendant, le parlement polonais débat d'un projet de loi sur les droits individuels et collectifs des patients qui devrait mettre en place un recours dans les cas de désaccord entre la patiente enceinte et son médecin en matière d'avortement thérapeutique.

IV. Droits et protection des travailleuses

A. L'arrêt *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*⁷²

Arrêt intéressant que celui rendu par la grande chambre de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Sabine Mayr c. Bäckerei und*

⁶⁸ *R.R. c. Pologne* (Requête n° 27617/04). Un jugement est attendu en 2009.

⁶⁹ Il s'agit de la Fédération polonaise des femmes et du planning familial, et la branche polonaise de la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme. Voir le para. 91 de l'arrêt.

⁷⁰ CEDEF, Recommandation générale n° 24, article 12 (Les femmes et la santé) de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 20^e sess. 1999, Doc. Off. AG, A/54/38/Rev.1, au para. 11.

⁷¹ *Résolution du Parlement européen sur la santé et les droits sexuels et génésiques*, 2001/2128 (INI), P5_TA (2002) 0359, 3 juillet 2002, Journal officiel de l'Union européenne du 12 novembre 2002, C 271, 369 à la p. 373.

⁷² Cour de justice des Communautés européennes (GC), *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, arrêt du 26 février 2008, affaire C-506/06, Recueil de jurisprudence 2008, page I-01017 [*Sabine Mayr*].

Konditorei Gerhard Flöckner OHG le 26 février 2008. L'affaire concerne la protection contre le licenciement qui doit être accordée à la travailleuse qui suit un traitement de fécondation *in vitro*. L'arrêt de la grande chambre a le double mérite d'éclaircir la teneur des directives communautaires en matière de protection des femmes enceintes et d'oser étendre la protection de la maternité au-delà de ce que les normes internationales envisagent au nom du principe de non-discrimination. Interrogée par la plus haute juridiction autrichienne sur la définition de la travailleuse enceinte au regard de la directive 92/85/CEE⁷³, la Cour en profita pour répondre à la question et pour ajouter que la requérante pourrait se prévaloir d'une discrimination fondée sur le sexe sur la base de la directive 76/207/CEE⁷⁴.

Sabine Mayr, serveuse, pris un congé de maladie un mars 2005 afin de suivre un traitement de fécondation *in vitro*. Au cours de son traitement, et alors que les ovules étaient fécondés mais non encore implantés, M^{me} Mayr apprend son licenciement⁷⁵. Un litige oppose alors la requérante à son employeur, la première prétendant bénéficier de la loi la protégeant contre le licenciement pendant la grossesse, le second affirmant que la travailleuse n'étant pas enceinte au moment du licenciement, cette dernière ne peut prétendre à cette protection. Deux questions se posent alors : M^{me} Mayr est-elle enceinte ? Si elle ne l'est pas, peut-on étendre la protection accordée par la directive 92/85/CEE aux femmes qui suivent un traitement de fécondation *in vitro* ?

La grande chambre refusera de se prononcer sur le point départ d'une grossesse au motif qu'elle « n'est pas appelée, par le présent renvoi préjudiciel, à aborder des questions de nature médicale ou éthique, mais [qu']elle doit se limiter à une interprétation juridique des dispositions pertinentes de la directive 92/85 »⁷⁶ Une telle attitude de la Cour ne saurait étonner tant le sujet du début de la vie est délicat et controversé.

S'agissant de l'interprétation de l'article 10 de la directive 92/85/CEE, la Cour rappelle que « pour bénéficier de la protection contre le licenciement, la grossesse en question doit avoir commencé »⁷⁷, tout en reconnaissant qu'il faut retenir la date la plus précoce possible de l'existence d'une grossesse en raison de l'objectif

⁷³ La directive 92/85/CEE concerne la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, et prévoit notamment, l'interdiction de licenciement des travailleuses enceintes à son article 10 point 1. *Directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE)*, Journal officiel n° L 348 du 28/11/1992, pp. 0001 – 0008.

⁷⁴ *Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail*, Journal officiel n° L 039 du 14/02/1976, pp. 0040 - 0042

⁷⁵ Le traitement de fécondation *in vitro* comprend plusieurs étapes : la stimulation hormonale; la ponction folliculaire ou prélèvement d'ovules; la fécondation extra-utérine; le transfert de l'ovule fécondé dans l'utérus; et la nidation.

⁷⁶ *Sabine Mayr*, supra note 72, au para. 38.

⁷⁷ *Ibid.*, au para. 37.

de la directive qui est de protéger la travailleuse enceinte des effets physiques et psychiques que produirait le risque d'être licenciée⁷⁸. Toutefois, la Cour ne saurait étendre la protection accordée par l'article 10 à une travailleuse qui au moment du prononcé de son licenciement n'aurait pas reçu les ovules fécondés, car selon la Cour, « l'application de la protection contre le licenciement [...] avant le transfert d'ovules fécondés, pourrait avoir pour effet d'octroyer un bénéfice de cette protection même lorsque ce transfert est différé, pour une raison quelconque, pendant plusieurs années »⁷⁹. En résumé, il en eut peut-être été autrement, si le licenciement de M^{me} Mayr était intervenu le lendemain voire, sitôt après le transfert des ovules fécondés. Peut-être, car il est en effet à noter que la Cour ne prend pas fermement position en ce sens et se laisse une marge d'appréciation pour le futur : « à supposer même, s'agissant d'une fécondation *in vitro*, que la dite date soit celle du transfert des ovules fécondés dans l'utérus de la femme ». Par conséquent, s'il apparaît clairement que la femme dont les ovules fécondés n'ont pas encore été transférés ne peut pas se prévaloir de la directive 92/85/CEE, la situation de celle dont les ovules ont été transférés est moins claire selon que le juge national retiendra la date de transfert ou celle de la nidation⁸⁰. Ce délai de quatre à cinq jours qui sépare les deux étapes pourra peut-être revêtir une importance cruciale dans le débat sur la protection des femmes qui suivent un traitement pour la maternité.

Sur invitation de l'Italie et de la Grèce, la Cour a aussi décidé d'examiner si les travailleuses qui suivent un tel traitement pouvaient se prévaloir de la protection contre la discrimination fondée sur le sexe offerte par la directive 76/207/CEE. Selon cette directive, « l'application de l'égalité de traitement en ce qui concerne les conditions de travail, y compris les conditions de licenciement, implique que soient assurées aux hommes et aux femmes les mêmes conditions sans discrimination fondées sur le sexe »⁸¹. Or selon la Cour, le licenciement des femmes qui sont à un stade avancé de leur traitement de fécondation *in vitro* (ponction folliculaire et transfert d'ovules fécondés) parce qu'elles suivent un tel traitement constitue une discrimination directe fondée sur le sexe.

V. Violence sexuelle en temps de conflit.

A. L'arrêt *Procureur c. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao*⁸²

Le 2 mars 2009, la Tribunal spécial pour la Sierra Leone rendait son arrêt dans l'affaire *Procureur c. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao*. Cet

⁷⁸ *Ibid.*, au para 39.

⁷⁹ *Ibid.*, au para 42.

⁸⁰ Le transfert est le dépôt des embryons dans la cavité utérine. Les embryons transférés vivront libres dans l'utérus pour éventuellement, s'ils poursuivent leur développement et si l'endomètre est adéquat, s'implanter (se nider) quatre ou cinq jours plus tard.

⁸¹ *Sabine Mayr*, supra note 72, au para. 45.

⁸² *Procureur c. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao*, Affaire SCSL-04-15-T, Chambre I, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, jugement du 2 mars 2009, en ligne : SCSL <<http://www.scs-l.org>> [Ci-après : Affaire du RUF]

arrêt s'inscrit dans la lignée de l'arrêt rendu par la Chambre spéciale dans l'affaire AFRC⁸³.

Les trois accusés qui ont comparu devant la Cour étaient des dirigeants et commandants du RUF (Revolutionary United Front). Accusés de 18 crimes contre l'humanité et de guerre, Issa Hassan Sesay, Morris Kallon et Augustine Gbao furent, entre autres, reconnus coupables de violation grave de l'article 3 commun aux Conventions de Genève⁸⁴ (utilisation des violences sexuelles comme actes de terreur), de crimes contre l'humanité (viols, esclavage sexuel, autres actes inhumains pour mariage forcé) et crimes de guerre (atteinte à l'intégrité personnelle du fait des violences sexuelles).

Ce jugement intervient une année après celui rendu par la Cour d'appel de la Tribunal spécial pour la Sierra Leone dans l'affaire AFRC⁸⁵. Dans cette affaire, l'arrêt de la Chambre d'appel venait ainsi mettre fin à une saga entamée quelques années auparavant alors que le procureur tentait de faire reconnaître par la Cour le phénomène des « *bush wife* » ou des « épouses de brousse »⁸⁶. Durant le conflit en Sierra Leone, la violence sexuelle a été utilisée comme arme de guerre et, comme souvent dans ce type de conflit, il semble impossible d'en donner une estimation précise. Un rapport de l'ONG américaine *Human Rights Watch* estime cependant le nombre de victimes de violence sexuelles à 275 000 personnes⁸⁷.

Deux éléments importants sont à retenir dans le jugement du RUF : le premier concerne la consécration et la reconnaissance d'un nouveau crime, celui de mariage forcé dans un contexte de guerre, le second celui de la reconnaissance de l'utilisation de la violence sexuelle dans une campagne de terreur contre les populations civiles. C'est sur le premier crime que nous nous attarderons.

La décision rendue dans cette affaire en matière de mariage forcé par les trois juges de l'affaire RUF reprend le raisonnement développé par la Chambre d'appel dans l'affaire précédente, celle de l'AFRC. Cette dernière considéra que le phénomène des « épouses de brousse » constituait un crime contre l'humanité en tant qu'acte inhumain.

Rédigées de façon imprécise, les accusations initiales de « mariages forcés » comme crimes contre l'humanité portés à l'encontre des anciens dirigeants de l'AFRC relevaient de deux qualifications différentes: « l'esclavage sexuel et les

⁸³ *Procureur c. Alex Tima Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, Affaire SCSL-2004-16-A, Chambre d'appel, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, jugement du 22 février 2008, en ligne : SCSL <<http://www.sc-sl.org>> [Ci-après : Affaire AFRC]

⁸⁴ *Accord entre l'Organisation des Nations Unie et le Gouvernement sierra-léonais sur la création d'un tribunal spécial pour la Sierra Leone et Statut du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone*, 16 janvier 2002, 2178 R.T.N.U. 154.

⁸⁵ Affaire AFRC, *supra* note 83.

⁸⁶ Les « *bush wife* » ou « épouses de brousse » étaient généralement des jeunes-filles qui avaient été enlevées par des éléments armés, emmenées en brousse et données pour femmes aux commandants ou aux officiers.

⁸⁷ Ces chiffres ont été repris par le rapport de la Commission de Vérité et de Réconciliation de la Sierra Leone, Volume III-B, Chapitre 3, à la p. 86. HRW, « *We'll Kill You if You Cry* », *a report on gender-based violence during the conflict in Sierra Leone*, Vol. 95, N° 1(a), New-York, janvier 2003.

autres formes de violence sexuelle » et les « autres actes inhumains ». Suite au refus de la Poursuite d'amender l'acte d'accusation pour éviter la double incrimination « d'esclavage sexuel et autres formes de violence sexuelle », la Chambre de première instance raya ce chef d'accusation. De plus, elle considéra qu'il n'y avait pas lieu de qualifier le phénomène des « femmes de brousse » d'autre acte inhumain car « le mariage forcé comme autre acte inhumain devait concerner un comportement non visé par d'autres crimes prévus à l'article 2 du Statut »⁸⁸. Dès lors, la Poursuite se trouvait devant une situation paradoxale dans la mesure où, en dépit de faits avérés de « mariages forcés », aucun des accusés n'a été reconnu coupable de crimes contre l'humanité pour ces faits.

Le bureau du procureur décida donc d'en appeler de la décision. La Chambre d'appel devait prendre le contre-pied de la chambre de première instance. Interrogée sur la nature et la définition du crime d'« autres actes inhumains », elle constate dans un premier temps que le caractère résiduel de ce crime permet de poursuivre des crimes de comparable gravité mais non listés comme crime contre l'humanité qu'ils soient ou non de nature sexuelle⁸⁹. Le but de cette disposition étant en effet de s'adapter aux conséquences de l'imagination débridée des criminels⁹⁰. Dans un second temps, la Chambre d'appel s'attache à identifier les éléments qui distinguent l'esclavage sexuel du mariage forcé.

Alors que le mariage forcé présente des éléments communs avec l'esclavage sexuel tels que les relations sexuelles non consenties et la privation de liberté, il s'en distingue également. Premièrement, le mariage forcé suppose qu'un criminel oblige, par force ou par menace du recours à la force, par ses paroles, sa conduite ou les deux, une personne à entrer dans une association conjugale non choisie avec une autre personne, laquelle causerait de grandes souffrances physiques ou morales.⁹¹

Le mariage forcé serait donc une relation triangulaire, avec un potentiel de deux victimes : les « époux ». Le second élément distinctif réside, selon la Chambre dans la relation d'exclusivité entre une femme et son époux, laquelle « peut conduire à des sanctions en cas de rupture de cet arrangement exclusif »⁹². Pour aboutir à cette conclusion, la Cour d'appel met en avant deux arguments : le fait que le mariage forcé, contrairement à l'esclavage sexuel ne comporte pas nécessairement d'élément sexuel. La qualification de mariage forcé dépend alors du lien d'exclusivité entre un

⁸⁸ Selon elle, le mariage forcé aurait donc du être poursuivi sous le chef d'accusation d'esclavage forcé. Par conséquent, elle abandonna ce huitième chef d'accusation. Faute de mieux, la Chambre décida que le mariage forcé, autrement dit l'esclavage sexuel devait être considéré sous le chef d'accusation d'atteinte à la dignité (crime de guerre) dans la mesure où l'esclavage sexuel est de nature à humilier et à dégrader la dignité des femmes. Pour une critique, lire Valery Oosterveld, «The Special Court for Sierra Leone's Consideration on Gender-Based Violence : Contributing to Transitional Justice?» (2009) 10 Hum. Rights Rev. 73.

⁸⁹ Affaire AFRC, *supra* note 83, aux para. 183 et 184.

⁹⁰ *Ibid.* au para. 186.

⁹¹ *Ibid.* au para. 195. [traduction libre]

⁹² *Ibid.*

homme et une femme. D'ailleurs, et c'est à ce propos qu'elle avance son second argument, la preuve de ce lien exclusif réside dans une relation de réciprocité propre aux époux : les femmes sont tenues à leurs devoirs conjugaux (relations sexuelles régulières, travail domestique forcé tel que le lavage et la cuisine au bénéfice du « mari », la grossesse forcée, et l'éducation des enfants). « En retour les maris de la rébellion sont tenus de fournir nourriture, vêtement et protection à leur femme, incluant la protection contre le viol »⁹³.

Le raisonnement de la Cour d'appel et son application au cas du RUF présentent un certain nombre de biais. Il aurait été plus qu'utile, et même primordial que la Cour s'interroge sur la distinction entre le mariage forcé et l'esclavage. En effet, si l'on se place du point de vue de la poursuite, et que l'on accepte que le mariage forcé peut ne pas comporter d'élément sexuel, ce qui l'exclurait de la qualification d'esclavage sexuel, alors pourquoi ne pas avoir traité du crime d'esclavage? La question mérite d'autant plus d'être posée que le lien d'exclusivité qui est mis en avant comme élément constitutif du mariage est très proche des droits de propriété qu'un rebelle possède sur l'esclave⁹⁴. D'ailleurs, il faut croire que le raisonnement de la Chambre d'appel n'a pas été d'une limpide clarté, dans la mesure où les juges de la Chambre I dans l'affaire du RUF jonglent sans cesse avec les notions de relation exclusive entre un homme et son épouse et les droits de propriété qu'un homme exerce sur une femme esclave. Ainsi la Chambre I constate que « l'utilisation par les rebelles du terme "d'épouses" était délibérée et stratégique, dans le but de réduire les femmes en esclavage et les manipuler psychologiquement ainsi que dans l'objectif de les traiter comme leurs possessions »⁹⁵. La Chambre I a parfois tellement de mal à identifier dans les faits ce qui relève des deux situations, qu'elle décide que finalement les mêmes faits correspondent aux deux crimes⁹⁶.

Le propre de l'état d'esclave est la perte de l'autonomie individuelle, de la liberté de mouvement, de la liberté de choix, de la maîtrise de son existence. « Les épouses de brousse étaient tenues d'accomplir toutes les tâches d'une épouse et plus encore... En faisant d'une femme son épouse, l'homme ou « le mari », affirmait ouvertement que celle-ci n'était pas autorisée à avoir des relations sexuelles avec une autre personne. Si cela arrivait, elle pouvait être brutalement battue, voire exécutée »⁹⁷. Les différents témoignages relevés par la Chambre d'appel mettent en évidence l'existence des éléments traditionnels de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*. Et d'ailleurs, la Chambre d'appel reconnaît clairement qu'il y a bien des éléments de l'esclavage sexuel⁹⁸.

Le second aspect problématique du raisonnement de la Chambre d'appel est l'analyse de l'association conjugale qui caractérise selon elle le crime de mariage

⁹³ *Ibid.* au para. 190.

⁹⁴ *Ibid.* au para. 191. L'argument relatif au lien d'exclusivité repose sur le risque de punition sévère encouru par les « épouses » en cas de manquements.

⁹⁵ Affaire du RUF, *supra* note 82 au para. 1466.

⁹⁶ *Ibid.* au para. 1473.

⁹⁷ Affaire AFRC, *supra* note 83 au para. 192. Extrait du témoignage de l'expert de la poursuite.

⁹⁸ *Ibid.* au para. 195.

forcé. Les juges semblent avoir complètement évacué le fait que le droit international des droits de la personne exige l'égalité de droits et de responsabilités dans le mariage⁹⁹. La relation conjugale ne repose pas uniquement sur l'échange de services comme semble l'indiquer la Chambre d'appel, elle doit avant tout être construite sur l'égalité et le respect. D'autre part, le soi-disant bénéfice que les « épouses de brousse » retirent de la relation conjugale, à savoir une certaine forme de protection, relève non seulement d'une vision stéréotypée des rôles attribués aux épouses et aux époux, mais tait par ailleurs, l'existence d'une situation d'esclavage¹⁰⁰. Faut-il rappeler qu'un esclave, même bien traité demeure toujours un esclave, dès lors qu'il est privé de sa liberté par la force ou la contrainte? Faut-il rappeler le fameux syndrome de Stockholm qui pousse les victimes à apprécier leur bourreau pour peu que ces derniers leur témoignent quelque attention? Enfin, faut-il encore rappeler que la *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage* du 7 septembre 1956 ratifiée par la Sierra Leone qualifie le mariage forcé d'esclavage¹⁰¹?

Et pour finir, faut-il souligner que dans « esclavage sexuel », il y a d'abord l'esclavage¹⁰²? En faisant du mariage forcé un crime différent de celui de l'esclavage et de l'esclavage sexuel, la Chambre d'appel pour la Sierra Leone a pris le risque de sous-évaluer et banaliser la nature profondément inégalitaire des relations conjugales imposées que vivent de nombreuses femmes, en temps de paix comme en tant de guerre, a dévalué le caractère de *jus cogens* du crime commis, et pérennisé une vision patriarcale du mariage qui ne peut que nuire au mouvement d'émancipation des femmes africaines. Alors que la majorité de la doctrine semble applaudir la création d'un nouveau crime en droit international, un certain nombre de questions demeurent quant à la pertinence de cette démarche, tant du point de vue juridique, notamment en ce qui a trait à la singularité des éléments du mariage forcé et plus généralement aux rapports entre les droits de la personne et le droit international pénal, que des bénéfices réels pour les femmes qui luttent contre les pratiques discriminatoires en temps de paix.

⁹⁹ La notion de consentement quant à elle ne se pose pas dans un contexte de guerre. Sur l'égalité de droits, voir le *PIDCP*, *supra* note 36, art. 23 (4). *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U. 13 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981), art. 16.

¹⁰⁰ Sur les liens entre l'esclavage sexuel en temps de guerre et le mariage en temps de paix en Sierra Leone voir Karine Belair, « Unearthing the Customary Law Foundations of 'Forced Marriage' during the Sierra Leone's Civil War : The Possible Impact of International Criminal Law on Customary Marriage and Women's Rights in Post-Conflict Sierra Leone » (2006) 15 *Colum. J. Gender & L.* 551.

¹⁰¹ *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des pratiques analogues à l'esclavage*, 7 septembre 1956, 226 R.T.N.U. 3, (entrée en vigueur : le 30 avril 1957). Voir l'art. 1 (c) (i) et (iv).

¹⁰² « In all respect and in all circumstances, sexual slavery is slavery and its prohibition is a *jus cogens* norm. » Final report submitted by Ms Gail J. McDougall, Special Rapporteur, *Contemporary Forms of Slavery, Systematic rape, sexual slavery and slavery like practices during armed conflict*, Commission des droits de l'homme, 22 juin 1998, Doc.Off. E/CN.4/Sub.1/1998/13, para. 30.