



LA FAMILLE EN DROIT CONSTITUTIONNEL AFRICAIN

Par **M. Vigny Landry AMOUSSOU**

Docteur en droit public

Assistant au département de droit

Université Péléforo Gon Coulibaly (Korhogo, Côte d'Ivoire)

RÉSUMÉ

Les Constitutions en Afrique ne sont pas étrangères au droit de la famille. On peut, certes, leur reprocher de régir avec parcimonie les types de comportements familiaux, mais elles ont le mérite de consolider la structure familiale comme le principal agent de socialisation, transmettant les valeurs, les normes et les coutumes. Dans le contexte africain en revanche, l'émergence d'une nouvelle forme familiale, la famille homoparentale ou, encore, homoparentalité sape lentement les normes traditionnelles et ouvrent des perspectives nouvelles sur la notion de famille. A la vérité, les bases constitutionnelles du droit de la famille en Afrique permettent de dégager les lignes fortes de « la famille africaine » comme entité et comme objectif de transmission des valeurs sociales et morales.

MOTS-CLÉS : Droit de la famille- Mariage- Homoparentalité- Valeurs africaines- Constitutions

SUMMARY

African constitutions are not unrelated to family law. While they can certainly be criticized for reacting sparingly to types of family behavior, they have the merit of consolidating the family structure as the main agent of socialization, transmitting values, norms, and customs. In the African context, however, the emergence of a new family form, the same-sex family or, even, same-sex parenting, seems to challenge traditional norms and open new perspectives on the notion of family. In truth, the constitutional foundations of family law in Africa allow us to identify the strong lines of "the African family" as an entity and as an objective of transmitting social and moral values.

KEYWORDS: Family law - Marriage - Homosexual parenting - African values - Constitutions



PLAN DETAILLÉ

INTRODUCTION

I- UNE APPROCHE MINIMALISTE DU CONSTITUANT

A- La constitutionnalisation en clair-obscur du droit de la famille

- 1- L'imprécision de la notion de famille dans le texte constitutionnel
- 2- Une constitutionnalisation disparate des règles régissant les rapports familiaux

B- L'exiguïté du droit de la famille dans les droits et libertés constitutionnellement garanties

- 1- Les droits et devoirs tirés des valeurs africaines
- 2- La protection particulière de la femme et de l'enfant

II- UNE DÉMARCHE PRUDENTE DU JUGE CONSTITUTIONNEL

A- La prééminence au principe d'égalité

- 1- L'égalité civile des époux dans le mariage
- 2- L'égalité des enfants au-delà des modes de conjugalité

B- La pondération dans la fabrication des liens de famille

- 1- Le principe de la liberté du mariage
- 2- Une appréciation potentiellement discriminatoire

CONCLUSION



INTRODUCTION

1. Il est indéniable qu'aucune discipline juridique « *ne peut être aujourd'hui enseigné sans se référer aux principes constitutionnels qui la fondent* »¹. C'est pourquoi, à l'instar du droit de la famille, perçu comme la branche du droit civil qui régule les relations juridiques entre les membres d'une famille², le droit privé n'a pas échappé à ce mouvement³. Sur ce point, il est essentiel de déjà prendre en compte les termes de l'article 26 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, qui dispose que : « *l'Etat protège la famille, particulièrement la mère et l'enfant* ». Le tout est alors, d'établir que la proximité entre « la Constitution » avec « la famille » pourrait conduire à la découverte de nouvelles approches dans les liens juridiques entre les membres d'une famille.

2. En revanche, pour autant que l'on sache, les quelques rares essais de définitions de la famille : (la famille au sens stricte ou au sens large)⁴ n'ont jamais fait l'unanimité de sorte que la doctrine, dans son ensemble, a conscience qu'une tentative de systématisation (famille nucléaire, famille élargie)⁵ demeure une entreprise très délicate. En somme, quelle que soit la formule retenue, il est évident que la famille revêt une pluralité de sens⁶. La première définition qui est également la plus évidente désigne « la famille » comme l'ensemble uni que forment les parents et leur enfant⁷. Toutefois il n'est pas sans ignorer

¹ **CONSEIL CONSTITUTIONNEL**, *Droit pénal et droit constitutionnel*, mis en ligne par les Services du Conseil constitutionnel, France.

URL : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/penalconstit.pdf (consulté le 30-05-2025)

² **ASSI ESSO (A-M)**, *Droit Civil - La Famille*, Editions UIBA, 2012, p. 48 et s.

³ v. notam. **PHILIP (L.)**, « La constitutionnalisation du droit pénal français », *Rev. de science criminelle*, 1985, p. 711 L ; v. aussi la conférence qui s'est tenue le 16 mars 2006 à la Cour de cassation sur le thème : Force ou faiblesse de la constitutionnalisation du droit pénal. Les allocutions prononcées peuvent être consultées sur le site internet de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2006_55/penale_2006_8480.html (Consulté le 30-05-2025)

⁴ La famille au sens strict : Au sens strict, la famille se réfère à la famille nucléaire, c'est-à-dire les parents et leurs enfants. Elle peut également être définie comme le groupe formé par les parents et leurs descendants, ou même plus spécifiquement, les parents et leurs enfants mineurs ; La famille au sens large : Au sens large, la famille désigne un groupe de personnes unies par des liens de parenté (filiation, adoption) ou d'alliance (mariage). Il s'agit donc de l'ensemble des personnes ayant un lien de sang, de mariage, ou d'adoption avec une personne donnée.

⁵ Une famille nucléaire est une structure familiale constituée de deux parents et de leurs enfants, vivant ensemble sous le même toit ; La "famille élargie" désigne l'ensemble des personnes liées à une famille par des liens de parenté, d'alliance ou de relations culturelles, au-delà de la famille nucléaire (parents et enfants). Cela inclut les grands-parents, les oncles, les tantes, les cousins, les belles-familles et autres membres de la parenté proche ou lointaine.

⁶ **MARIE (P.)**, « Qu'est-ce que la famille ? » in **NEIRINCK (C.)**, *La famille que je veux, quand je veux ? Évolution du droit de la famille*, Enfance & parentalité, érès, 2003, pp. 21-26.

⁷ **VALLON (S.)**, « Qu'est-ce qu'une famille ? », *VST - Vie sociale et traitements*, n° 89, 2006, p. 154.



que les couples vivants maritalement sont de plus en plus nombreux. Même si la norme reste le mariage, le concubinage s'impose de plus en plus comme une forme conjugale à part entière⁸. Dans le même temps, il ne faut pas oublier que la loi fondamentale astreint l'Etat à protéger « la famille » laissant ainsi planer notre imagination sur les transformations que connaît actuellement notre société. En réalité, il en est une qui touche la famille au travers de « *l'émergence d'une nouvelle forme familiale, la famille homoparentale ou, encore, homoparentalité* »⁹.

3. Au regard de ce qui vient d'être souligné, il n'est pas inutile de rappeler que jusque dans les années 1970 « *la Constitution était en effet essentiellement considérée comme un document déterminant le régime politique et décrivant le fonctionnement des institutions* »¹⁰. Et de fil en aiguille, sa vocation classique s'est muée en instrument de protection par excellence des droits et libertés des individus¹¹. La Constitution d'un pays regroupe par conséquent « *l'ensemble des règles les plus importantes de l'État qui fixent à la fois le mode de désignation des gouvernants, leurs compétences et les droits et libertés des gouvernés* »¹². À l'évidence, la consécration et la protection des libertés et des droits de l'homme sont au cœur des dispositions constitutionnelles. En effet, à y regarder de plus près, tous les mécanismes de contrepoids (la séparation des pouvoirs entre autres) ainsi que le Préambule de la Constitution concourent à faire du respect des droits et libertés des individus la règle la plus importante de l'État.

4. Il reste que les logiques premières du droit constitutionnel africain révèlent comment chaque Etat africain a marqué de son empreinte telle ou telle situation ou institution, notamment en reconnaissant parfois l'héritage d'institutions antérieures à la colonisation ou en en inventant de nouvelles¹³. Partant, il est à déplorer que l'article 26 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 nous laisse sur notre faim en termes de précision du type de famille concerné par la protection constitutionnelle. En effet, l'alinéa 3 de l'article précité déclare de façon courte et lapidaire : « *l'Etat protège la famille* ». Doit-

⁸ **THERY (I)**, *Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Odile Jacob, 1998, pp. 159-179.

⁹ **FRAÏSSÉ (C.)**, « La famille homoparentale, une représentation sociale émergente », *Bulletin de psychologie*, n° 520, p. 337.

¹⁰ **CONSEIL CONSTITUTIONNEL**, *Droit pénal et droit constitutionnel*, mis en ligne par les Services du Conseil constitutionnel, France, *op. cit.*

¹¹ **PORTELLI (H.)**, *Droit constitutionnel*, Hypercours Dalloz, 7^e édition, paris, 2007, p. 21.

¹² **SALAMI (I.D.)**, **GANDONOU (D.O.M.)**, *Droit constitutionnel et Institution du Bénin*, Cotonou, Édition du CeDAT, 2014, p. 75.

¹³ **KAMTO (M.)**, **MATRANGE (J.)**, *Droit constitutionnel des États africains*, Pedone, 2024, p. 10 et s.



on en déduire qu'il s'agit de la famille traditionnelle sous l'autorité du père ?¹⁴ Ou bien de la famille moderne ?¹⁵ Ou comme le suggère le sociologue Jean-Marie TREMBLAY, avec sa catégorisation des différentes familles (famille fusionnelle, famille-club, famille-cocon, famille-PME) ?¹⁶ rien n'est moins sûr. Ce qui est sûr, en revanche, c'est qu'au fil du temps, « selon les divers modes de civilisations et la nature de la religion observée, la constitution de la famille s'est présentée de manières variées (...) Toutefois, la grande majorité des auteurs considèrent que, depuis l'origine, la famille a eu pour noyau, le père, la mère et les enfants ; auxquels il faut évidemment adjoindre, à tout le moins, les ascendants des époux et les descendants de leurs enfants »¹⁷. Ces propos rejoignent les conclusions de l'anthropologue Claude LÉVI-STRAUSS pour qui la famille est fondée sur « l'union plus ou moins durable, mais socialement approuvée, de deux individus de sexe différents, qui fondent un ménage, procréent et élèvent des enfants »¹⁸. Or, cette vision traditionnelle de la famille ne cadre plus avec la réalité d'aujourd'hui.

5. En effet, de nos jours se dessinent : La famille nucléaire : composée du père, de la mère et des enfants ; la famille monoparentale : composée d'un parent isolé avec un ou plusieurs enfants ; la famille recomposée : Elle comprend un couple d'adultes, mariés ou non, et au moins un enfant né d'une union précédente de l'un des conjoints ; la famille adoptive : l'enfant vit avec des parents non biologiques ; la famille homoparentale : l'enfant vit avec son père ou sa mère biologique et son compagnon de même sexe (l'enfant peut aussi avoir été adopté par le couple). Certes, on peut concevoir qu'après les indépendances, toutes ces déclinaisons de la famille étaient à leur balbutiement et que le constituant africain, s'étant largement inspiré et influencé par l'école du droit naturel, analyse la famille comme une institution de droit naturel¹⁹ fonctionnant selon les règles qui découlent directement de

¹⁴ **GUISLAIN (G.)**, « I. La famille : structures, enjeux et représentations », *La famille. La mondialisation*. Étienne Akamatsu éd Presses Universitaires de France, 2015, p. 11.

¹⁵ **BRUGÈRE (F.)**, « La famille moderne et l'invention du « prendre soin » », in WIEVIORKA (M.), *La Famille dans tous ses états*. Éditions Sciences Humaines, 2018, pp. 311-319.

¹⁶ **TREMBLAY (J.-M.)**, « Présentation. Les différents types de famille et leurs enjeux », in LACROIX (B), *Vive la famille !* Montréal, Les Éditions Fidès, 1993, pp. 10-21.

¹⁷ **AKAMATSU (É.)**, « IV. La famille est-elle le noyau de toute société ? », *La famille. La mondialisation*. Presses Universitaires de France, 2015, pp. 75-76.

¹⁸ **LÉVI-STRAUSS (C.)**, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, EHESS, coll. « En temps et lieux », 2017, p. 91.

¹⁹ **LECLERCQ (J.)**, *Leçons de Droit naturel*, 2e édition, Louvain, Soc. d'études mor., pp. 5-21 : « Il existe en ce qui concerne la famille un accord universel du genre humain qui explique par le caractère même de l'institution familiale. Il n'est d'institution plus proche de la nature (...) La famille est une institution de la nature ; elle naît spontanément, aussitôt qu'il y a des hommes. Elle n'attend pas, pour apparaître, que l'Etat lui donne le signal, que l'Etat lui assigne un statut juridique ».



sa structure spécifique²⁰. Mais avec les Constitutions modernes en Afrique, souvent appelées Constitutions de la "nouvelle ère" ou « nouvelles Constitutions »²¹ à l'instar de la Constitution du 8 novembre 2016 de la Côte d'Ivoire, le doute n'est plus permis : le constituant n'a pas daigné trancher entre les différentes acceptions données au terme de « famille »²².

6. Au regard de ce qui précède, le sujet abordé est d'un intérêt certain parce qu'à lecture de ce qui précède, on pourrait croire que la famille ne constitue pas ou ne suscite guère un enthousiasme certain du constituant africain, laissant le législateur, en vertu du « *domaine réservé de la loi* »²³, seul maître d'œuvre du droit de la famille et de ses textes modificatifs. Toutefois, l'impériosité de la vérification de la conformité des lois de la famille, c'est-à-dire le droit de la famille, à un ensemble de normes constitutionnelles permet de conclure à un contrôle plus vigilant du droit de la famille. La question qui se pose dans de telles circonstances est donc la suivante : Comment le droit de la famille est saisi par la Constitution en Afrique ?

7. L'analyse et l'interprétation des textes constitutionnels relatifs au droit de la famille en Afrique sont de nature à consolider le rôle de la Constitution sur des questions cruciales comme la liberté de mariage²⁴, l'égalité entre les citoyens²⁵, le principe de non-discrimination²⁶, le droit au respect de la vie familiale²⁷, etc. Dans le contexte africain en revanche, le caractère éminemment politique²⁸ et parfois « politisé » de la Constitution²⁹ donne le sentiment qu'elle n'a pour seule vocation que de régir l'organisation et le

²⁰ **RENARD (G.)**, « Le Droit, l'Ordre et la Raison », *Revue des sciences religieuses*, n° 8, 1928, p. 144 : « il y a un droit naturel de la famille qui se compose des règles nécessaires pour assujettir l'activité du père, de la mère et des enfants aux fins de la société conjugale et de la société domestique ».

²¹ v. notam. **BOURGI (A.)**, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 52, 2004, pp. 721-748 ; **OWONA (S.M.)**, « Les évolutions constitutionnelles en Afrique noire francophone : recherches sur l'idéologie dominante dans l'élaboration des constitutions au Cameroun (1990-2008) », *Revue du droit public*, janvier 2019, pp. 157-181.

²² Cf. article 31 : « La famille constitue la cellule de base de la société. L'Etat assure sa protection ».

²³ **BERTRAND (M.)**, « La part de la loi, la part du règlement », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 74.

²⁴ **RUDE-ANTOINE (E.)**, « La liberté du mariage », in RUDE-ANTOINE (E.), *Mariage libre, mariage forcé* ? Presses Universitaires de France, pp.55-88.

²⁵ **COLLIN (D.)**, « Le principe d'égalité », in COLLIN (D.), *Morale et Justice sociale*, Le Seuil, 2018, pp. 109-130.

²⁶ **HERNU (R.)**, « Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJUE », in CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Le principe d'égalité*, n° 4, 2020, pp. 44-51.

²⁷ **LAURENT (C.)**, « Le placement d'enfants et le droit au respect de la vie familiale », *Journal du droit des jeunes*, n° 233, 2004, pp. 19-25.

²⁸ **KOKOROKO (D.)**, « L'idée de Constitution en Afrique », *Afrique contemporaine*, Les tabous du constitutionnalisme en Afrique « francophone », n° 242, 2012, p. 117.

²⁹ **SOIDROUDINE (I.B.)**, « La malédiction constitutionnelle en Afrique : la révision », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 128, 2021, pp. 21-46.



fonctionnement des pouvoirs publics. Pour preuve, la Constitution togolaise du 6 mai 2024 ne consacre qu'un seul article à la famille en ces termes : « *Le mariage et la famille sont placés sous la protection de l'État* » (art. 15), tandis que plus de dix (10) articles y sont relatifs au gouvernement (art. 46 à 56) et une trentaine consacrée au parlement (art. 8 à 34). Par conséquent, on peut raisonnablement affirmer que le constituant africain a fait le choix de confiner le droit de la famille dans une approche minimaliste (I) ce qui a pour conséquence d'induire une démarche prudente du juge constitutionnel dans l'exercice de son office sur le droit de la famille (II).

I- UNE APPROCHE MINIMALISTE DU CONSTITUANT

8. Le pouvoir constituant est, de manière lapidaire mais non moins éloquente, « *le pouvoir d'établir ou de réviser les constitutions* »³⁰. C'est d'ailleurs, sur ce fondement qu'il est amené à établir les règles fondamentales relatives à la dévolution et à l'exercice du pouvoir politique mais aussi, les libertés publiques (ou libertés fondamentales) qui sont accordées à toute personne résidant sur le territoire ou ressortissante de l'État concerné. A cet égard, il convient de noter que les bases constitutionnelles du droit de famille sont plus ou moins opaques pour ne pas dire apparaissent en clair-obscur (A), le tout est de déterminer si l'on ne pourrait pas extirper des autres droits et libertés constitutionnaires garanties, un autre fondement constitutionnel au droit de la famille. Même encore là, les textes constitutionnels sont modérément susceptibles d'être convoqués (B).

A- LA CONSTITUTIONNALISATION EN CLAIR-OBSCUR DU DROIT DE LA FAMILLE

9. En raison de l'imprécision de la notion de « famille » dans les textes constitutionnels, il est impossible de tirer des conclusions synthétiques sur la définition des fonctions et des représentations de la famille (1). De plus, la constitutionnalisation disparate des règles régissant les rapports familiaux en Afrique dénote une certaine sélectivité du constituant à l'égard du droit de la famille (2).

³⁰ LATH (Y.S), *Droit constitutionnel*, Abidjan, les éditions ABC, 2020, p. 99.
Afrilex Octobre 2025



1- L'imprécision de la notion de famille dans les textes constitutionnels

10. Comme l'ont mis en évidence les professeurs VINAY et DARBELNET dans leur « stylistique comparée du français et de l'anglais »³¹, l'anglais a tendance à se situer sur le plan du réel, la représentation linguistique y côtoyant la réalité concrète, et le français sur le plan de l'entendement, c'est-à-dire à un niveau d'abstraction supérieur. Cette constatation propre à la langue commune ne manque pas de s'appliquer à une langue de spécialité comme celle du droit et, au sein de celle-ci, à l'expression de la généralité³². C'est justement en référence à cette obligation que le législateur est tenu de se prononcer en des termes clairs et précis de manière à ce que le justiciable puisse s'y conformer et se défendre³³, le cas échéant, s'il est poursuivi en justice pour y avoir contrevenu³⁴.

11. Mais dans le cas d'espèce, le constituant africain n'apporte aucun élément permettant d'identifier clairement « une famille ». On sait toutefois, qu'elle « *constitue la cellule de base de la société* » conformément à l'article 31 de la Constitution ivoirienne du 8 novembre 2016. Ce point de vue s'appuie sur une analyse de l'idéologie familialiste qui décrit « la famille » comme l'élément constitutif irréductible de la société³⁵. Le familialisme est également préoccupé par « *la fragilisation du lien conjugal et par ses conséquences sur la stabilité psychologique et affective des enfants* »³⁶. Or, cette appréciation a le plus souvent servie à mettre en avant les fonctions reproductives et d'éducation de la famille. On pourrait citer par exemple, l'article 42 de la Constitution tchadienne qui dispose que « *les parents ont le droit naturel d'élever et d'éduquer leur enfant* ».

12. Dès lors, la famille constitue le « *premier lieu de socialisation de l'enfant* »³⁷. En pratique, il revient d'abord aux parents de protéger l'enfant contre les risques de la vie,

³¹ VINAY (J.-P.), DARBELNET (J.), *Stylistique comparée du français et de l'anglais*, Hachette, 1993, p. 203.

³² *Idem.*, p. 203.

³³ BOUCHARD (J.), « Le degré de précision de la règle de droit en matière constitutionnelle », *Actes de la XIIe Conférence des juristes de l'Etat*, Barreau de Québec, avril 2004, p. 181.

³⁴ SAINT-PAU (J.-C.), « L'interprétation des lois. Beccaria et la jurisprudence moderne », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 2, no. 2, 2015, pp. 273-285.

³⁵ DEMONGEOT (J.-F.), « La régulation politique du rapport entre l'État et la famille », *Raisons politiques*, Presses de Sciences Po, n° 6, 2002, p. 85.

³⁶ ROUSSEL (L.), *La famille incertaine*, Paris, Odile Jacob, 1989, p. 10 et s.

³⁷ ROSENCZVEIG (J.-P.), « La protection familiale », *RAJS*, n° 229, novembre 2003, p. 26.



contre autrui, voire contre lui-même. L'Etat a donc tout intérêt à protéger la famille, car à travers elle, il assure son propre fondement³⁸. Il n'est pas inutile de rappeler que la sécurité des populations, constitue un point fondamental dans l'explication de la théorie du contrat social dont l'État moderne en est la représentation³⁹. Ce n'est donc pas un hasard quand la Déclaration universelle des droits de l'homme a clairement constaté que « *la famille est l'élément naturel et fondamentale de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat* » (article 16). On remarquera par ailleurs, que l'adjectif « naturel » que reprend aujourd'hui volontiers l'Eglise catholique⁴⁰, renvoie généralement à une famille composée d'un couple (père et mère) et de leurs enfants biologiques, souvent vivant ensemble. A certains égards, on inclut dans le cercle familial les oncles, tantes, neveux et nièces. Ne serait-ce que pour déconseiller les mariages entre personnes trop proches par le sang, en raison du risque de transmission à leurs enfants de gènes défectueux dont la conjonction constituerait un risque grave pour leur santé⁴¹. En dehors même de ces hypothèses particulières, on se rend compte que « la famille » à naturellement pour noyau le père et la mère qui s'unissent pour la vie, dans le but de concevoir des enfants⁴², de les éduquer de leur mieux, afin de les préparer à vivre en société⁴³.

13. Il apparaît en tout état de cause que la famille telle que décrite plus haut n'est pas présentée clairement dans les textes constitutionnels africains. Pourtant, une simple référence du constituant à un homme et une femme et leurs enfants nous auraient conduit à exclure les difficultés ponctuelles liées aux formes d'union apparues lors de ces dernières années (famille monoparentale, etc.)⁴⁴. Car, si on l'appréhende du point de vue de la réalité

³⁸ **DERMANGE (F.)**, « L'Etat et la famille : les liaisons dangereuses », *Etudes théologiques et religieuses*, n° 4, 2006, p. 486.

³⁹ v. dans ce sens : **MAIRET (G.)**, *Léviathan-Hobbes*, Ellipses Marketing, 2000, p. 5 et s. ; ainsi que les critiques émises à l'encontre de la théorie de l'état de nature par d'autres philosophes comme par ex. **GOYARD-FABRE (S.)**, « Contrat social », in **RIALS (S.)**, **ALLAND (D.)**, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 282.

⁴⁰ Cf. le Décret sur l'apostolat des laïcs (*Apostolicam Actuositatem*), promulgué en 1965.

⁴¹ **DOUCET (J.-P.)**, « Le droit criminel, la protection de la famille, des enfants et des adolescents », *Les Cahiers Portalis*, n° 5, 2018, p. 150.

⁴² **LECLERCQ (J.)**, « Leçons de droit naturel. I. Le fondement du droit et de la société », *Revue Philosophique de Louvain*, n° 13, 1927, pp. 98-101.

⁴³ André VITU écrivait : « *L'Europe actuelle ignore la famille patriarcale d'autrefois et ce que l'on appelle maintenant la famille comprend surtout les deux époux et les enfants vivant à leur foyer, ce que l'on désigne parfois sous le nom de famille « nucléaire », ou mieux de famille-foyer. Mais quelle que soit sa structure et son rôle dans la société politique, la famille avec les enfants issus d'elle doit être l'objet d'une protection pénale contre les dangers qui la menacent ou qui menacent les plus faibles de ses membres* ». Cf. **VITU (A.)**, *Traité de droit pénal*, Cujas, 2000, p. 1661.

⁴⁴ Philippe MALAURIE dira à ce propos : « *Un nouveau type de mariage est récemment apparu : on l'appelle la famille monoparentale ; elle est composée d'un ou plusieurs enfants et d'un seul parent, veuf, divorcé ou séparé... La nouveauté est qu'un parent, une femme dans 90% des cas, choisit délibérément un enfant sans*



sociale, la famille a un but : le bien commun de tous ses membres. Et ce but se déploie généralement par le mariage qui convertit l'attachement entre un homme et une femme, en une union intime, permanente et responsable en vue d'une finalité commune⁴⁵. Au final, l'imprécision de la famille dans le texte constitutionnel nous conduit à une situation plutôt absconse, car si la vie de famille peut conduire au mariage, l'union légale entre deux personnes crée certes, des droits et des obligations réciproques mais également des liens familiaux. En définitive, prétendre que la famille naturelle, au sens strict est composée d'un couple (homme et femme) et de leurs enfants, revient à constitutionnaliser la notion de famille et de mariage en des termes suffisamment précis. Laissant « la famille » et « le mariage » aux seules unions « naturelles » donc légitimes⁴⁶, à défaut, toutes les autres formes de famille sont fondées, en vertu de la Constitution, à être protégées.

14. Et, c'est justement pour lever toute ambiguïté et éviter toute controverse, que certaines expériences étrangères ont compris la nécessité d'apporter une description matérielle de la famille⁴⁷. On pourrait citer ici quelques exemples : L'Allemagne dans sa Constitution de 1919⁴⁸ et dans sa Loi fondamentale du 23 mai 1949⁴⁹ ; l'Espagne

père, par exemple par l'effet d'une insémination artificielle ». Cf. **MALAUZIE (P.)**, *Droit civil- La famille*, LGDJ, 2015, p. 41.

⁴⁵ **DEWEY (J.)**, **TUFTS (J.H.)**, *Éthique - Le mariage et la famille*-, Bibliothèque de Philosophie, Gallimard, 2021, p. 511.

⁴⁶ v. par exemple de l'article 220-1 du Code des personnes et de la famille au Burkina Faso du 1^{er} septembre 2025 qui dispose que : « Le mariage est la célébration d'une union entre un homme et une femme »

⁴⁷ **MILLARD (E.)**, « Le droit constitutionnel de la famille », in **VERPEAUX (M.)**, *Code civil et constitution(s)*, Journée d'études du 25 mars 2004 à l'Assemblée Nationale, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 66.

⁴⁸ Art 119 : « Le mariage en tant que fondement de la vie de famille, de la conservation et de l'accroissement de la Nation, est placé sous la protection particulière de la Constitution. Il repose sur l'égalité des droits des deux sexes. Il incombe à l'Etat et aux communes de veiller à la pureté, à la santé et à l'amélioration sociale de la famille. Les familles nombreuses ont droit à des mesures qui compensent leurs charges. La maternité a droit à la protection et à la sollicitude de l'Etat »

⁴⁹ Art. 6 : « 1 - Le mariage et la famille bénéficient de la protection particulière de l'ordre politique. 2 - Les soins

à donner aux enfants et l'éducation de ceux-ci sont un droit naturel des parents et une obligation qui leur échoit en premier lieu. L'accomplissement de ce devoir est surveillé par la communauté nationale. 3 - Les enfants ne peuvent être séparés de leur famille contre le gré de ceux qui ont la charge de leur éducation qu'en vertu d'une loi, lorsque ces derniers manquent à leur devoir ou lorsque les enfants risquent d'être laissés à l'abandon pour d'autres motifs. 4 - Toute mère a droit à la protection et à l'assistance de la communauté. 5 - La législation doit assurer aux enfants naturels les mêmes conditions qu'aux enfants légitimes en ce qui concerne leur développement physique et moral et leur situation sociale ».



démocratique en 1978⁵⁰ ; la Grèce en 1975⁵¹ ; ou encore de l'Irlande⁵². Enfin, dans le cas d'espèce, le manque de clarté de la notion de famille vient inévitablement se juxtaposer aux quelques rares règles régissant les rapports familiaux dans les Constitutions africaines.

2- Une constitutionnalisation disparate des règles régissant les rapports familiaux

15. Si l'on se réfère au contenu des règles constitutionnelles elles-mêmes, on pourrait être en mesure de relever la nature, ou du moins l'identité, de certaines règles en rapport avec le droit de la famille. Ces règles ont pour effet d'assurer un contrôle de constitutionnalité des lois adoptées par les représentants du peuple⁵³ dans les cas où, les amendements et les compléments à la législation sur la famille viendraient à violer la Constitution. Ainsi, la Constitution du Burkina Faso consacre un aspect primordial du droit successoral, également appelé droit des successions, en ces termes : « *Le droit de transmettre ses biens par succession ou libéralités est reconnu...* » (art. 25). En clair, en cas de décès, le patrimoine est immédiatement dévolu aux héritiers. De plus, sous réserve des dispositions d'ordre public, le défunt peut organiser différemment la transmission de son

⁵⁰ Constitution du 29 décembre 1978, art. 18-1 : « sont garantis le droit à [...] l'intimité familiale » ; art. 20 : « les libertés trouvent leurs limites dans [...] les prescriptions des lois qui développent [...] le respect] du droit à la protection de la jeunesse et de l'enfance » ; art. 39 « 1 - Les pouvoirs publics assurent la protection sociale, économique et juridique de la famille. 2 - Les pouvoirs publics assurent pareillement la protection intégrale des enfants, égaux devant la loi, indépendamment de leur filiation, et des mères, quelle que soit leur situation de famille. La loi rend possible la recherche de paternité. 3 - Les parents doivent prêter assistance de tous ordres aux enfants qu'ils ont eu dans ou hors mariage, durant leur minorité ou dans tous les autres cas légalement nécessaires. 4 - Les enfants en bas âge bénéficieront de la protection prévue par les accords internationaux qui veillent sur leurs droits »

⁵¹ Constitution du 11 juin 1975, art. 9 : « La vie privée et familiale de l'individu est inviolable » ; art. 21 : « 1- La famille, en tant que fondement du maintien et de la progression de la Nation, ainsi que le mariage, la maternité et l'enfance sont sous la protection de l'Etat. 2 - Les familles nombreuses [...] ont droit à un soin particulier de la part de l'Etat »

⁵² Constitution du 1^{er} juillet 1937, art. 41 : « 1-1 L'Etat reconnaît la famille comme le groupement primaire, naturel et fondamental de la société et comme une institution morale possédant des droits inaliénables et imprescriptibles, antérieurs et supérieurs à toute loi positive. 1-2 A cet effet, l'Etat garantit la protection de la constitution et de l'autorité de la famille, base nécessaire à l'ordre social et indispensable au bien-être de la Nation et de l'Etat. 2-1 En particulier, l'Etat reconnaît que par la vie dans son foyer, la femme donne à l'Etat un soutien sans lequel le bien commun ne peut être obtenu. 2-2 A cet effet, l'Etat tentera d'empêcher que les nécessités économiques ne forcent les mères de famille à travailler en négligeant les devoirs de leur foyer. 3- 1 L'Etat promet solennellement de veiller avec une attention spéciale à l'institution du mariage sur laquelle la famille est fondée et de la protéger contre toutes les attaques. 3-2 Aucune loi accordant la dissolution du mariage ne pourra être adoptée. 3-3 Aucune personne dont le mariage a été dissous selon la loi civile d'un autre Etat, mais dont le mariage continue à être valable selon la loi en vigueur à cette époque à l'intérieur de la juridiction [d'Irlande] ne sera capable de contracter un mariage valide à l'intérieur de cette juridiction, tant que la personne avec laquelle elle était mariée est encore en vie »

⁵³ Le contrôle de constitutionnalité des lois adoptées par les représentants du peuple est la composante essentielle du contrôle de constitutionnalité. Il constitue un élément essentiel de la mise en place d'un véritable Etat de droit puisqu'il rend possible la neutralisation ou l'annulation des lois inconstitutionnelles. Cf. ZARKA (J.-C.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ellipses, 2018, p. 73



patrimoine, par l'établissement d'un testament ou d'une donation entre époux conférant au conjoint des droits supplémentaires⁵⁴.

16. Le Niger en revanche, consacrait en filigrane l'obligation alimentaire⁵⁵ à l'article 23 de sa Constitution⁵⁶ en déclarant que les parents : « *ont le droit et le devoir d'élever, d'éduquer et de protéger leurs enfants. Les descendants ont le droit et le devoir d'assister et d'aider les ascendants...* ». Partant, l'obligation alimentaire n'existe pas entre frères et sœurs, qui sont liés par une obligation commune envers leurs ascendants mais non mutuellement obligés. En revanche, elle peut être mise en œuvre entre grands-parents et petits-enfants. La solidarité contrainte par le droit s'exerce donc entre individus de générations familiales différentes, tandis qu'au sein d'une même génération, seul le mariage entraîne une telle obligation. Deux concubins ne seront ainsi pas mutuellement obligés, mais leurs deux revenus seront généralement pris en compte dans le calcul de l'obligation de l'un d'entre eux⁵⁷. En constitutionnalisant l'obligation d'aider matériellement des personnes de sa famille, lorsque ces dernières sont dans le besoin⁵⁸, le constituant nigérien se démarque de son homologue burkinabé, et encore plus du constituant sénégalais qui consacre le mariage et la famille comme « *la base naturelle et morale de la communauté humaine* » (art. 17). Or, lorsqu'on pose côte à côte la « morale » et « la famille », rapidement, l'image de comportement sexuel déviant nous vient à l'esprit : inceste, homosexualité, etc. En réalité, la morale renvoie aux habitudes, aux usages conformes aux mœurs, à la religion et à la culture d'un pays ou d'un peuple. En outre, avec plus de 94% de la population majoritairement affiliés à la religion musulmane, le mariage demeure un contrat sacré entre un homme et une femme. La prise en charge de « la famille » et du « mariage » par le constituant sénégalais autorise qu'on y voit quelque chose d'innovant : le mariage forcé est constitutionnellement proscrit (art. 17) ; la femme a le droit d'avoir son patrimoine propre comme le mari. Elle a le droit de gestion personnelle de ses biens (art. 19) ; et enfin les parents ont le droit naturel et le devoir d'élever leurs enfants (art. 20).

17. Des dispositions analogues existent également dans la Constitution de la République du Congo notamment en ses articles 37 et 38. On peut y lire que « *le mariage*

⁵⁴ BIENVENU (C.), « Les successions » in THAUVRON (A.), *Gestion de patrimoine*, Dunod, 2022, pp. 90-112.

⁵⁵ Dans le sens où « le devoir » d'assister et aider les ascendants peut être assimilé au « devoir légal » pour les enfants d'aider financièrement ou en nature leurs parents en situation de besoin.

⁵⁶ La Constitution de la 7^{ème} République (adoptée en 2010 et abrogée suite au coup d'État de 2023)

⁵⁷ BROUTELLE (A.-C), LE MORVAN (F.), « L'obligation alimentaire », *Regards croisés sur l'économie*, n° 7, 2010, p. 152.

⁵⁸ DESMARTIN (C.), « L'obligation alimentaire », *Retraite et société*, n° 70, 2015, p. 167.



et la famille sont sous la protection de la loi » et qu'en l'espèce, la famille est la « *gardienne de la morale* ». Il n'est pas alors exagéré d'affirmer que le mariage homosexuel est proscrit par la Constitution et draine dans son sillage l'inconcevabilité du législateur de leur reconnaître par exemple, une quelconque protection dans les situations homoparentales d'adoption ou de recours à l'aide médicale. Au demeurant, les références à « la morale », à « la nature », à « la famille » et au « mariage » dans la Constitution ont la particularité, précisément, de mettre fin aux discussions sur le « *mariage pour tous* »⁵⁹. Il ne s'agit donc pas d'une donnée non négligeable car le flou observé dans la plupart des Constitutions sur le sens que devrait recouvrir « la famille » a ouvert la voie vers une plus grande souplesse du concept.

18. En effet, la question de l'homoparentalité est indiscutablement indissociable de « *la reconnaissance juridique des couples homosexuels* »⁶⁰. A l'image du pacte civil de solidarité (acronyme Pacs ou pacs) en France, qui a pour objet « *d'organiser la vie commune de deux personnes majeures de sexe différents ou de même sexe* »⁶¹, les couples homosexuels peuvent opter pour ce régime qui établit désormais entre eux, des droits et devoirs en termes de « *soutien matériel, de logement, de patrimoine, d'impôts et de droits sociaux* »⁶². Enfin, s'ils le souhaitent, ils pourront opter pour le mariage entre personnes du même sexe désormais acquis avec la loi du 17 mai 2013 sur le mariage pour tous, et ainsi bénéficier au nom des principes d'égalité et de partage des libertés, le droit d'adopter. L'enfant adopté aura alors légalement deux mères ou deux pères qui se partageront l'autorité parentale. Il est clair que sur ce point, la plupart des pays africains, à l'instar du Sénégal et de la République du Congo, ne suivront pas la même trajectoire en raison des arguments déjà exprimés. On notera également avec intérêt, que les droits et libertés

⁵⁹ "Mariage pour tous" est une expression qui fait référence à la loi française du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe.

⁶⁰ FESTY (P.), « La reconnaissance légale des couples homosexuels en Europe », *Informations sociales*, vol. 149, no. 5, 2008, p. 124.

⁶¹ Cf. Article 515-1 du Pacte civil de solidarité et du concubinage.

⁶² Le pacte civil de solidarité (Pacs) est « un contrat entre deux personnes majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune. Il a été promulgué par la loi du 15 novembre 1999. Il établit des droits et des obligations entre les deux contractants, en termes de soutien matériel, de logement, de patrimoine, d'impôts et de droits sociaux. Par contre, il est sans effet sur les règles de filiation et de l'autorité parentale si l'un des contractants est déjà parent. Il était à l'origine conclu au tribunal d'instance puis, à compter du 28 mars 2011, devant un notaire ou au tribunal d'instance.

L'enregistrement des Pacs a été transféré des tribunaux vers les mairies à compter du 1er novembre 2017. Depuis cette date, l'enregistrement d'un Pacs se fait donc en mairie ou devant un notaire.

Le Pacs peut être dissous par la volonté de l'un ou des deux contractants, qui adresse(nt) une déclaration au service d'état civil de la commune ayant enregistré le Pacs (ou de la commune du lieu du greffe du tribunal d'instance ayant enregistré le Pacs pour les pac enregistrés avant le 1er novembre 2017), ou au notaire ayant contractualisé le Pacs. Il est automatiquement rompu par le mariage ou par le décès de l'un ou des deux contractants. »



constitutionnellement garanties dans les Constitutions africaines évoquent en filigrane une acception qui privilégie le modèle familial traditionnel, fondé sur un couple composé d'une femme et d'un homme unis par les liens du mariage et ayant des enfants communs.

B- L'EXIGUÏTE DU DROIT DE LA FAMILLE DANS LES DROITS ET LIBERTÉS CONSTITUTIONNELLEMENT GARANTIES

19. L'étude du Préambule de la Constitution permet de constater que ce texte introductif énonce les principes fondamentaux, les droits et les libertés du citoyen, ainsi que les valeurs sur lesquelles repose la Constitution⁶³. Il sert de base et d'orientation pour l'interprétation et l'application de la Constitution, et il a valeur constitutionnelle. Sur ce fondement, il est possible d'envisager que le droit de la famille en Afrique repose sur un certain nombre de valeurs qui forment l'identité des sociétés africaines (1) avec une attention particulière portée à la femme et à l'enfant (2)

1- Les droits et devoirs tirés des valeurs africaines

20. Il est déclaré dans le Préambule de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : « *Nous, peuple béninois (...) Réaffirmons notre attachement aux principes de la démocratie et des Droits de l'Homme tels qu'ils ont été définis par la Charte des Nations-Unies de 1945 et la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples adoptée en 1981 par l'Organisation de l'Unité Africaine, ratifiée par le Bénin le 20 janvier 1986 et dont les dispositions font partie intégrante de la présente Constitution* ». Ce qui équivaldrait à considérer les règles découlant de ces instruments juridiques internationaux comme ayant valeur constitutionnelle. Autrement dit, elles prévalent sur toutes les autres règles de droit.

21. Rapporté au droit de la famille, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 indique que « *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, ...* » (art. 12) ; « *A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et*

⁶³ v. **BODA (J.S.)**, « Retour sur l'élaboration du Préambule de la Constitution de 1958 », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 106, 2016, pp. 283-308.
Afrilex Octobre 2025



de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution » (art. 16) ; « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat » (art. 16) ; « Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine et complétée, s'il y a lieu, par tous autres moyens de protection sociale » (art. 23) ; « Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires ; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté » (art. 25).

22. Il est clair que sur le point, le constituant béninois exige le respect de certains principes en rapport avec la famille : le droit au respect de la vie privée ; la structure juridique du mariage (l'alliance entre un homme et une femme) ; le droit à des conditions de travail décentes et à une rémunération équitable et une protection contre les risques sociaux. Ces principes sont essentiels dans la perspective de garantir une vie de famille stable, harmonieuse et vertueuse. Des dispositions analogues existent également dans plusieurs Etats africains comme le montrent les quelques exemples : le Préambule de Constitution gabonaise du 16 novembre 2024 affirme *« solennellement et souverainement son attachement aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales, tels qu'ils résultent de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, consacrés par la Charte africaine des Droits de l'Homme et des peuples de 1981 et par la Charte Nationale des Libertés de 1990 »* ; le Préambule de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 affirme *« son attachement aux libertés fondamentales inscrites dans la déclaration universelle des Droits de l'Homme, la charte des Nations-Unies, la charte africaine des droits de l'homme et des peuples et toutes les conventions internationales y relatives et dûment ratifiées »* ; le Préambule de la Constitution ivoirienne du 8 novembre 2019 proclame *« son adhésion aux droits et libertés tels que définis dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 et dans la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981 »*.

23. En revanche, la référence à la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981 n'est pas anodine. On peut lire à l'article 18 que *« La famille est l'élément naturel et la base de la société. Elle doit être protégée par l'État qui doit veiller à sa santé*



physique et morale... *L'État a l'obligation d'assister la famille dans sa mission de gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la communauté* ». L'on notera toutefois ici, les « *valeurs traditionnelles reconnues par la communauté* » dans le sens où se réfèrent aux manières d'être, d'agir et de penser que des personnes ou des groupes sociaux reconnaissent comme idéales⁶⁴. Il convient d'observer à ce propos que études ont été menées au cours de ces dernières années pour déterminer les aspects essentiels de « la famille » en Afrique⁶⁵.

24. Il ressort clairement de toutes ces observations anthropologiques et sociologiques que les groupes familiaux, loin de se limiter à la sphère de la reproduction biologique et de la solidarité des générations ont « *une influence déterminante comme unités de productions et contribuent largement au contrôle social par la transmission des normes et des valeurs qui régissent les comportements* »⁶⁶. Autrement dit, le rôle de la famille est primordial dans la transmission des valeurs sociales et morales. Par conséquent, le droit de la famille en Afrique est une discipline dans laquelle « *le droit traditionnel tend à conserver le plus jalousement sa prééminence* »⁶⁷. C'est ainsi que le Prof. LABOURET a eu à définir le mariage en Afrique comme « *un acte juridique et religieux par lequel un homme et une femme sont unis en vue de la procréation d'enfants légitimes* »⁶⁸. En tous les cas, le mariage unit un homme et une femme même si parfois, les intéressés ne sont pas les seuls à donner leur consentement pour nouer ce contrat⁶⁹. Il reste que l'on ne saurait envisager, dans les « valeurs traditionnelles » africaines, des unions homosexuelles. Il faut ensuite remarquer que la femme africaine est considérée comme la pierre angulaire de la famille et de la société, assurant la continuité du lignage et jouant un rôle crucial dans l'éducation des

⁶⁴ **BUJO (B.)**, « Culture africaine et développement : un dialogue nécessaire », *Finance & Bien Commun*, vol. 28-29, no. 3, 2007, p. 42.

⁶⁵ Lire : **OCHOLLA-AYAYO (A.B.C.)**, « La famille africaine entre tradition et modernité », in ADEPOJU (A.), *La famille africaine*, Karthala, 1999, pp. 85-108. ; **ROSSIER (C.)**, **GOLAZ (V.)**, **GEZ (Y.N.)**, **DROZ (Y.)**, « Pour une approche interdisciplinaire de la famille en Afrique de l'Est », *Recherches familiales*, n° 20, 2023, pp. 71-82 ; **NGUIMFACK (L.)**, **CARON (R.)**, **BEAUNE (D.)**, **TSALA (J.-P.)**, « Traditionnalité et modernité dans les familles contemporaines : un exemple africain », *Psychothérapies*, vol. 30, 2010, pp. 25-35.

⁶⁶ **LOCOH (T.)**, « Familles africaines, population et qualité de vie », *Les dossiers du CEPED*, n° 31, 1995, p. 3.

⁶⁷ **OMOUALI (D.L.)**, « les reformes du droit de la famille dans les Etats d'Afrique noire francophone : tendances maliennes », *Afrilex*, Université de Bordeaux, mis en ligne en février 2017, URL : <https://afrilex.u-bordeaux.fr/2017/02/23/les-reformes-du-droit-de-la-famille-dans-les-etats-dafrique-noire-francophone-tendances-maliennes/> (consulté le 26-06-2025)

⁶⁸ v. notam. **LABOURET (H.)**, « Situation Matérielle, Morale et Coutumière de la Femme dans l'Ouest-Africain », *Africa*, Volume 13, 1940, pp. 97 – 124.

⁶⁹ **BINET (J.)**, *Le mariage en Afrique noire*, Les Editions du Cerf, Paris, 1959, p. 30.



enfants⁷⁰. Pour toutes ces raisons réunies, le constituant africain n'a pas manqué de leur accorder une protection particulière dans le texte constitutionnel.

2- La protection particulière de la femme et de l'enfant

25. La Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981 fait mention de toutes les protections nécessaires dont devrait faire l'objet la femme et l'enfant. A l'article 18 alinéa 2, on peut lire 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 tels que stipulés dans les déclarations et conventions internationales* ». Il ne saurait donc être question de savoir si tel ou tel Etat africain est partie prenante aux déclarations ou conventions internationales relatives aux droits de la femme et de l'enfant, car à partir du moment où il proclame son adhésion aux droits et libertés tels que définis dans la Charte, ces déclarations ou conventions internationales acquièrent automatiquement une valeur constitutionnelle.

26. Relativement aux droits de la femme, on peut retenir la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Elle est sans aucun doute la convention de droit international la plus importante en matière de droits des femmes. En l'espèce, l'article 9 précise que : « *que ni le mariage avec un étranger, ni le changement de nationalité du mari pendant le mariage ne change automatiquement la nationalité de la femme, ni ne la rend apatride, ni ne l'oblige à prendre la nationalité de son mari* ». Plus loin à l'article 11, il est fait obligation aux Etats parties, afin de prévenir la discrimination à l'égard des femmes en raison de leur mariage ou de leur maternité⁷¹. L'article 16 quant à lui est consacré au mariage en enjoignant aux Etats parties le soin de prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux. Sur cette base,

⁷⁰ COQUERY-VIDROVITCH (C.), *Histoire des femmes d'Afrique subsaharienne du XIXe au XXe siècle*, La Découverte, 2007, p. 7.

⁷¹ Afin de prévenir la discrimination à l'égard des femmes en raison de leur mariage ou de leur maternité et de garantir leur droit effectif au travail, les Etats parties s'engagent à prendre des mesures appropriées ayant pour objet : a) D'interdire, sous peine de sanctions, le licenciement pour cause de grossesse ou de congé de maternité et la discrimination dès les licenciements fondée sur le statut matrimonial; b) D'instituer l'octroi de congés de maternité payés ou ouvrant droit à des prestations sociales comparables, avec la garantie du maintien de l'emploi antérieur, des droits d'ancienneté et des avantages sociaux; c) D'encourager la fourniture des services sociaux d'appui nécessaires pour permettre aux parents de combiner les obligations familiales avec les responsabilités professionnelles et la participation à la vie publique, en particulier en favorisant l'établissement et le développement d'un réseau de garderies d'enfants; d) D'assurer une protection spéciale aux femmes enceintes dont il est prouvé que le travail est nocif.



la femme a le même droit de contracter mariage ; le même droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement ; les mêmes droits et les mêmes responsabilités au cours du mariage et lors de sa dissolution; les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants; les mêmes droits de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits ; les mêmes droits et responsabilités en matière de tutelle, de curatelle, de garde et d'adoption des enfants, ou d'institutions similaires, lorsque ces concepts existent dans la législation nationale; les mêmes droits personnels au mari et à la femme, y compris en ce qui concerne le choix du nom de famille, d'une profession et d'une occupation; les mêmes droits à chacun des époux en matière de propriété, d'acquisition, de gestion, d'administration, de jouissance et de disposition des biens, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux.

27. Ce qui est remarquable, c'est que les développements à la fois juridique et doctrinaux relatifs aux conditions de la femme en Afrique ont conduit les chefs d'État et de gouvernement à renforcer la réalisation et la protection des droits de la femme par le biais du « Protocole de Maputo », un protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique. En effet, Il y est dit explicitement que les Etats parties s'engagent à « *inscrire dans leur Constitution et autres instruments législatifs, si cela n'est pas encore fait, le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes, et à en assurer l'application effective* » (art. 2). Compte tenu de ce qui précède, force est de constater que le Protocole de Maputo constitue une avancée décisive en faveur d'une meilleure promotion et protection des droits fondamentaux des femmes sur le continent africain. Parmi les nombreuses dispositions sur les droits des femmes en Afrique auxquelles le Protocole fait référence, on peut relever pour exemple, l'élimination des pratiques néfastes (art. 5) ; la monogamie comme forme préférée du mariage (art. 6) ; l'adoption 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 (art. 7).

28. En outre, concernant les mesures et actions visant à garantir la sécurité, la santé, le développement et le bien-être des enfants, ainsi que le respect de leurs droits fondamentaux, on peut convoquer la Convention relative aux droits de l'enfant. A ce titre,



les Etats parties sont invités à prendre toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique (art. 2) ; l'enfant devra être enregistré aussitôt à sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux (art. 7). Pour résumer ce texte fortement symbolique, l'enfant a le droit d'être soigné (art. 3 – 21 – 23) ; protégé des maladies, d'avoir une alimentation suffisante et équilibrée (art. 27) ; le droit d'aller à l'école (art. 23 – 28 – 29 – 32) ; le droit d'être protégé de la violence, de la maltraitance et de toute forme d'abus et d'exploitation (art. 9 – 19 – 39). Ces critères devraient aider à comprendre l'importance du rôle joué par les parents dans le développement des enfants en toutes circonstances. Nous sommes portés à admettre la pertinence de cette analyse si l'on se réfère à la Charte Africaine des Droits et du Bien-être de l'Enfant (CADE), un document important pour la protection des droits de l'enfant en Afrique. En effet, la CADE met en lumière les points clés suivant : le droit à la vie (art. 5) ; le droit à la protection (art. 1 - 5 – 10 – 13 – 16 – 19) ; le droit à la santé (art. 14 – 15) ; le droit à l'identité (art. 6) ; le rôle des parents et tuteurs (art. 3 – 9 – 18) ; l'importance de considérer l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les actions et décisions qui le concernent (art. 4).

29. En définitive, au-delà de l'approche minimaliste du constituant sur la question de la famille, il est possible de convoquer un ensemble de textes constitutionnels ou de traités internationaux qui mettent en lumière les bases constitutionnelles du droit de la famille en Afrique. Cela dit, il revient nécessairement au juge constitutionnel, principal interprète de la Constitution de veiller à la conformité des dispositions législatives sur la famille à celles contenues dans la norme suprême. Si l'objectif demeure la conformité des lois et des traités internationaux à la Constitution, force est d'ailleurs de constater que les bases constitutionnelles du droit de la famille en Afrique offrent une marge de manœuvre réduite au juge constitutionnel.

II- UNE DÉMARCHE PRUDENTE DU JUGE CONSTITUTIONNEL

30. Les bases constitutionnelles du droit de la famille en Afrique permettent de dégager les lignes fortes de « la famille africaine » comme entité et comme objectif essentiel dans la socialisation, l'éducation, et la transmission des valeurs sociales et morales⁷². Ce qui

⁷² **OCHOLLA-AYAYO (A.B.C.)**, « La famille africaine entre tradition et modernité », *op. cit.*, p. 102.
Afrilex Octobre 2025



est particulièrement remarquable, c'est qu'un examen minutieux de l'ensemble du cadre constitutionnel du droit de la famille en Afrique montre un attrait pour le principe d'égalité, tout en reconnaissant la nécessité de mesures adaptées pour corriger les inégalités (A). En tous les cas, cette démarche présente l'inconvénient de restreindre le positionnement du juge constitutionnel sur des sujets d'actualité qui intéressent le droit de la famille (la gestation pour autrui, le mariage pour tous, etc.) marquant ainsi symboliquement sa pondération dans la fabrication des liens de famille (B).

A- La prééminence au principe d'égalité

31. Le principe d'égalité fonde le statut de citoyen permettant aux ressortissants des États d'être unis, indépendamment de leurs nationalités, par la garantie d'un « *même traitement juridique* »⁷³. Il est ainsi directement question d'égalité lorsqu'il s'agit d'accepter et de valoriser les différences inhérentes aux femmes et aux enfants avec les différents rôles qu'ils et elles jouent en société. Ceci implique de prendre en compte l'égalité civile des époux dans le mariage (1) et l'égalité des enfants au-delà des modes de conjugalité (2).

1- L'égalité civile des époux dans le mariage

32. Au cœur du principe d'égalité qui préconise que les personnes dans la même situation doivent être traitées de manière identique, on peut relever pour exemple, la Décision du 30 juillet 2009 de la Cour constitutionnelle du Bénin qui avait déclaré que les articles 336 à 339 du code pénal qui criminalisent l'adultère, étaient contraires à la Constitution en raison d'une discrimination fondée sur le sexe⁷⁴. En effet, le juge constitutionnel béninois, à la lecture des dispositions litigieuses montre qu'elles ont instauré une disparité de traitement entre l'homme et la femme en ce qui concerne les éléments constitutifs du délit d'adultère. Plus précisément, la Cour fait le constat suivant : « *alors que l'adultère du mari ne peut être sanctionné que lorsqu'il est commis au domicile conjugal, celui de la femme est sanctionné quel que soit le lieu de la commission de l'acte* ». Par

⁷³ HERNU(R.), « Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJUE », *Conseil constitutionnel*, Titre VII, n° 4, 2020, p. 45.

⁷⁴ Lire l'analyse de : SALAMI (I.), « Le traitement discriminatoire des délits du mariage devant les cours constitutionnelles béninoise et congolaise », in www.la-constitution-en-afrique.org.



conséquent, c'est à bon droit que la Cour constitutionnelle du Bénin a mis en évidence l'inconstitutionnalité des articles 336 à 339.

33. Dans le même ordre d'idée, la Cour constitutionnel du Bénin a eu à se prononcer sur la question de l'égalité en droit entre l'homme et la femme dans sa décision n° 21-269 du 21 octobre 2021 relativement à un recours en inconstitutionnalité des articles 6 et 12 de la loi n°2002-07 du 24 août 2004 portant code des personnes et de la famille. En cause, l'article 6 de la loi suscitée violerait la Constitution par le fait pour le législateur de « *permettre au père d'un enfant légitime de conférer son nom à l'enfant alors que cette possibilité n'est pas donnée à la femme (qui, elle aussi, a contribué à la naissance de l'enfant) ; permettre qu'en cas de reconnaissance simultanée de l'enfant née hors mariage par les deux parents, le nom du père soit donné audit enfant au détriment de celui de sa mère ; pire, si la mère avait reconnu préalablement l'enfant né hors mariage et lui avait conféré son nom et que plus tard, le père retardataire arrive à le reconnaître en dernière position, l'enfant perdra le nom que lui avait conféré sa mère et prendra celui du père* ». Pour la Cour, cette situation est inadmissible compte tenu de la violation flagrante des articles 26 alinéas 1 et 2 de la Constitution⁷⁵, ainsi que des articles 3 et 18 alinéas 1 de la CADHP⁷⁶. D'ailleurs, le juge constitutionnel rappelle qu'en l'état, « *aucun principe constitutionnel, aucun objectif à valeur constitutionnel encore moins un impératif constitutionnel ne justifie l'admission d'une telle rupture de l'égalité dans ces situations* ». Pour toutes ces raisons réunies, la Cour constitutionnelle a déclaré contraire à la Constitution les articles 6 et 12 de la loi du 24 août 2004 portant code des personnes et de la famille.

34. De même, on relèvera qu'en Côte d'Ivoire, la loi du 2 août 1983 relative au mariage mentionnait clairement à l'article 58 que « *le mari est le chef de la famille (...) Il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants* ». Cette qualité de « *chef de la famille* » conférerait de multiples avantages, en particulier, le choix de la résidence de la famille (art. 60) et la pratique de l'usage du nom du mari (art. 57). Il semble que ce soit un choix délibéré destiné à maintenir l'image de la femme sous domination masculine. Or, cette vision est contraire au principe constitutionnel d'égalité qui préconise que la loi

⁷⁵ Article 26 nouveau : L'Etat assure à tous l'égalité devant la loi, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale. L'homme et la femme sont égaux en droit. Toutefois, la loi peut fixer des dispositions spéciales d'amélioration de la représentation du peuple par les femmes.

⁷⁶ Article 3 : 1. Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi. 2. Toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi ; Article 18 al.1 : La famille est l'élément naturel et la base de la société. Elle doit être protégée par l'État qui doit veiller à sa santé physique et morale.



doit être la même pour tous. Autrement dit, loi du 2 août 1983 relative au mariage aurait dû être déclaré contraire à la Constitution. Mais, on peut tout aussi bien considérer que bien avant la création du Conseil constitutionnel en 1994, les dispositions législatives relative au mariage en contradiction avec la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981 ont été légion. En revanche, tout semble être allé dans le sens du respect du principe d'égalité depuis la loi du 26 juin 2019 relative au mariage en Côte d'Ivoire⁷⁷.

35. Sous une forme sensiblement différente, un fait assez inhabituel mérite d'être relevé : la Décision du 22 juillet 2020 sur le recours en inconstitutionnalité des articles 121 ; 128, 135, 136 et 141 de la loi du 17 octobre 1984 portant Code de la famille en République du Congo. A la source du litige, le requérant allègue l'inconstitutionnalité desdits articles au motif que qu'ils garantissent la polygamie, différencie l'âge nubile entre l'homme et la femme et enfin, place la charge du versement de la dot sur la tête de l'homme uniquement. Tout ceci au détriment de l'égalité entre l'homme et la femme illustré aux articles 1^{er} et 16 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948. Mais, aussi surprenant que cela puisse paraître, ces arguments juridiques habituels en la matière, n'ont pas convaincu la Cour constitutionnelle du Congo. Prenant fait et cause pour des coutumes ancrées « *dans la société congolaise depuis des temps immémoriaux* », la Cour constitutionnelle du Congo fait une part belle à des clichés misogynes⁷⁸ qui ne devraient plus être qu'un vestige ridicule d'une époque révolue.

36. Pour finir sur ce point, il convient de saluer le courage et la détermination remarquables de la Cour constitutionnelle sud-africaine qui a rendu une décision sans précédent le 3 octobre 2025 : désormais, les pères bénéficieront de 4 mois de congé parental, exactement comme les mères. En effet, après plusieurs années de bataille judiciaire, la Cour a reconnu que priver les pères de ce droit constitue une discrimination et une atteinte à la dignité humaine. Désormais, tous les parents biologiques, adoptifs ou par gestation pour

⁷⁷ La femme mariée à l'usage (le droit) du nom du mari et non l'obligation et l'ordre dans lequel son nom doit s'écrire est désormais déterminé et harmonisé ainsi qu'il suit : « Madame, suivi de ses nom et prénoms de jeune fille, épouse, suivi du nom du mari. » (art. 55). Contrairement à l'ancienne loi, des conditions supplémentaires ont été prévues par l'article 4 pour la formation du mariage, à savoir la capacité physique des futurs époux à consommer le mariage et leur aptitude à procréer. Avec ces conditions supplémentaires, la femme est protégée non seulement contre les risques d'infertilité de l'homme, mais également son impuissance sexuelle, dissimulés avant le mariage. En ce qui concerne les effets pécuniaires du mariage, la gestion des biens de la communauté était principalement assurée par le mari dans la loi ancienne (article 81 de l'ancienne loi). Aujourd'hui, l'égalité est désormais affirmée. En effet, chacun des époux a le pouvoir de passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. Toute dette ainsi contractée par l'un oblige solidairement l'autre, sauf s'il s'agit de dépenses manifestement excessives eu égard au train de vie du ménage et à l'utilité de l'opération (art. 71).

⁷⁸ POATY (S.J.), « Contre l'égalité entre l'homme et la femme : la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Congo », *Annuaire congolais de droit et sciences politiques*, 2021, p. 8.



autrui auront droit à 4 mois de congé parental, à partager librement⁷⁹. Cela représente incontestablement une avancée majeure pour l'égalité hommes-femmes. A la vérité, le législateur est appelé, sous le contrôle du juge constitutionnel, à plus de vigilance sur la législation sur la famille, en raison de certains principes fondamentaux, tels que l'égalité et la non-discrimination.

2- L'égalité des enfants au-delà des modes de conjugalité

37. Traditionnellement les enfants adultérins, autrement dit, les enfants nés d'une relation hors mariage où au moins un des parents était déjà engagé dans un mariage avec une autre personne au moment de la conception avaient un statut juridique distinct, souvent avec des droits limités, notamment en matière de succession et de filiation, par rapport aux enfants légitimes (nés de parents mariés)⁸⁰. Au regard de cette réalité et ayant à l'esprit de « la nécessité d'accorder une protection spéciale à l'enfant a été énoncée dans la Déclaration de Genève de 1924 sur les droits de l'enfant et dans la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale le 20 novembre 1959, et qu'elle a été reconnue dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (en particulier aux articles 23 et 24), dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (en particulier à l'article 10) et dans les statuts et instruments pertinents des institutions spécialisées et des organisations internationales qui se préoccupent du bien-être de l'enfant »⁸¹. La Convention relative aux droits de l'enfant garantit que tous les enfants, quelle que soit leur origine ou leur situation, ont les mêmes droits et devraient être traités de manière égale (article 2).

38. C'est bien l'impression que l'on ressent à la lecture de l'article 38 de la Constitution de la République du Congo qui énonce clairement que : « Tous les enfants nés dans le mariage ou hors mariage ont à l'égard de leurs parents les mêmes droits et devoirs. Ils jouissent de la même protection aux termes de la loi. Les parents ont à l'égard de leurs enfants nés dans le mariage ou hors mariage les mêmes obligations et les mêmes devoirs ». On conviendra assez aisément ici que le mérite revient au constituant congolais qui fait de

⁷⁹ NJIKE (P.O.), « Afrique du Sud : égalité du congé parental », mis en ligne le 7 octobre 2025. URL : <https://seasonmedia.net/afrique-du-sud-egalite-du-conge-parental/> (Consulté le 08-10-2025).

⁸⁰ v. BOUDAILLIEZ (S.), « L'enfant de l'adultère et l'enfant à tout prix », *Savoirs et clinique*, n° 21, 2016, pp. 64-65.

⁸¹ Cf. Préambule, Convention Internationale relative aux Droits de l'Enfant (1989).



la « non-discrimination » un principe fondamental qui doit guider toutes les actions relatives aux enfants, que ce soit par les gouvernements, les institutions ou les individus. Dans cette perspective, il est enjoint aux Etats parties de la Convention relative aux droits de l'enfant de : « *prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention* » (article 4).

39. C'est le cas en Côte d'Ivoire où la nouvelle loi sur la filiation, introduite par la loi n° 2019-571 du 26 juin 2019, modifie les règles concernant la reconnaissance des enfants nés hors mariage, notamment les enfants adultérins. En effet, la loi nouvelle prévoit désormais, de façon explicite, la possibilité pour la mère d'un enfant naturel majeur, de le reconnaître, au même titre que le père (article 21 alinéa 2). En effet, s'agissant des enfants majeurs, au contraire de la loi nouvelle, la loi ancienne ne légiférait qu'en ce qui concerne la reconnaissance de paternité des enfants naturels majeurs (article 20 de la loi n°64-377 du 7 octobre 1964 relative à la filiation, modifiée par la loi n°83-799 du 2 août 1983). Ce texte était silencieux quant à la possibilité d'établir le lien de filiation maternelle d'un enfant naturel majeur par la voie de la reconnaissance⁸².

40. C'est dans le même esprit que la Cour constitutionnelle du Bénin a, le 21 octobre 2021, rendu une décision audacieuse, à l'occasion d'un recours en inconstitutionnalité contre les articles 6 et 12 de la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant Code des personnes et de la famille (CPF) en République du Bénin⁸³. En effet, l'article 6 distinguait les modalités d'attribution du nom filial selon que l'enfant est né dans le mariage, hors mariage ou qu'il a été adopté. L'on pouvait lire, aux alinéas 1 à 4 et 7, que : « *L'enfant légitime porte le nom de famille de son père. L'enfant né hors mariage porte le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie. En cas de reconnaissance simultanée des deux parents, l'enfant porte le nom de son père. Si le père reconnaît l'enfant en dernière position, l'enfant prendra son nom. Mais s'il s'agit d'un enfant de plus de quinze (15) ans, son consentement sera requis (...)* En cas d'adoption par les deux époux, l'adopté prend le nom du mari ». Sans conteste, cette disposition était la violation avec l'article 18 alinéa 3 de la Charte africaine qui énonce que : « *l'État a le devoir de veiller à l'élimination de toutes discriminations contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de*

⁸² MINISTERE DE LA JUSTICE ET DES DROITS DE L'HOMME, *Présentation des améliorations apportées aux droits de la femme (2016 – 2021)*, République de Côte d'Ivoire, Travaux mis en ligne. URL : <https://www.justice.ci/wp-content/uploads/2022/01/C4-MJDH-PRESENTATION-DES-AMELIORATIONS-APPORTEES-AUX-DROITS-DE-LA-FEMME-2016-2021-Version-27-avril-2021.pdf> (consulté le 10-07-2025)

⁸³ Décision de la Cour constitutionnelle (DCC) n° 21-269 du 21 oct. 2021.



l'enfant tels que stipulé dans les déclarations et conventions internationales » ainsi que de l'article 26, alinéas 1 et 2 la Constitution béninoise qui proclame que : « l'État assure à tous l'égalité devant la loi, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion publique ou de position sociale ».

41. Devant la contrariété manifeste des dispositions de l'article 6, les sept sages de GANHI⁸⁴ n'ont pu qu'admettre que le texte « *n'est pas conforme aux articles 26, alinéas 1 et 2, de la Constitution, 3et 18, alinéa 1, de la CADHP* »⁸⁵, ni dans sa lettre ni dans son esprit. En effet, les règles qu'il pose « *ne confèrent pas un égal pouvoir à la femme placée dans les mêmes conditions et situations que l'homme et ne préservent pas le droit fondamental de l'enfant à l'égale reconnaissance de la filiation de ses parents* »⁸⁶. Ce qui est en cause ici, c'est bien « *l'intérêt de supérieur l'enfant* » (article 4 de la Charte africaine) qui prévaut dans toutes les situations, que ce soit dans le cadre familial, judiciaire, administratif ou éducatif. A l'inverse, quand il s'agit de défendre la liberté dans la production de liens familiaux, le juge constitutionnel africain se montre plus prudent vis-à-vis des nouvelles configurations familiales qui, on le pressent, remettent en question les normes traditionnelles et ouvrent des perspectives nouvelles sur la notion de famille.

B- La pondération dans la fabrication des liens de famille

42. Comme nous le disions plus haut, si la vie de famille peut conduire au mariage, l'union légale entre deux personnes crée certes, des droits et des obligations réciproques mais également des liens familiaux. Force donc revient à la loi dans la fabrication des liens de famille, d'où l'intérêt, sur ce dernier point, de recourir à la loi constitutionnelle pour se donner l'opportunité de circonscrire la définition de « mariage ». Globalement, il ressort que le juge constitutionnel en Afrique, au regard des normes supérieures, est d'avis que le principe de la liberté du mariage soit assujéti à certaines limites (1). Une appréciation qui pourrait être perçue comme constituant de la discrimination eu égard de l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe (2).

1- Le principe de la liberté du mariage

⁸⁴ Du nom du quartier qui héberge le siège de la Cour constitutionnelle du Bénin.

⁸⁵ v. DCC n° 21-269 du 21 oct. 2021, II- Sur les violations alléguées, A- Sur la violation du droit à l'égalité.

⁸⁶ v. DCC n° 21-269 du 21 oct. 2021, II- Sur les violations alléguées, A- Sur la violation du droit à l'égalité.



43. La liberté du mariage, liberté à valeur constitutionnelle, est énoncée dans la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948 (art. 16) et par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (art. 16). Cette liberté implique « *le droit, pour toute personne, de se marier avec la personne de son choix* »⁸⁷. Cependant, la liberté de mariage ne saurait en toute objectivité, se contenter d'une définition unique. Premièrement, il faut y adjoindre les « empêchements » légaux au mariage qui se traduisent par le non-respect d'une condition de formation du mariage⁸⁸. C'est pourquoi ils « empêchent » la tenue de la célébration du mariage, et qui, si cette célébration a eu lieu, constitue une cause de nullité du mariage⁸⁹. Au nombre de ces « empêchements », on peut évoquer sans être exhaustive, le mariage en ligne directe (le mariage entre ascendants et descendants, quel que soit le degré de parenté) ; le mariage en ligne collatérale (le mariage entre frères et sœurs) ; l'absence de consentement ; l'absence de capacité ; etc. Les modalités de ces empêchements visent principalement à prévenir des unions problématiques, telles que l'inceste, la bigamie, et à assurer le respect des normes sociales et publiques liées au mariage.

44. Le tout est alors d'établir la proximité entre les « normes sociales » d'avec le point de vue strictement sociologique du mariage en Afrique, qui en fait une alliance entre famille. Partant de ce constat, la liberté du mariage en Afrique se heurte à un mur sociologique, voir anthropologique, qui régit les modes de vie en famille. Dans cette perspective, le continent africain dans l'immense majorité des cas, est à des années lumières de la défense du modèle homoparental européen et ce, pour la simple raison, que l'homosexualité n'a aucun ancrage fort dans la société africaine. Elle reste et demeure « *une importation immorale* »⁹⁰. À l'exception notable de l'Afrique du Sud, il semble exister une sorte de consensus ou de but commun de rejet de l'homosexualité⁹¹.

⁸⁷ HILT (P.), SIMLER (C.), « La liberté du mariage », in HILT (P.), HILT (P.), SIMLER (C.), *Droit de la famille*, Ellipses, 2018, p. 21.

⁸⁸ Le mariage est une union solennelle qui doit respecter certaines formalités légales pour être reconnu par l'État. Au Bénin, ces formalités sont régies par le Code des Personnes et de la Famille. Ce guide explique de manière simple et accessible les principales dispositions relatives aux conditions de forme du mariage, telles que définies dans le Livre 2, Titre 1, Chapitres 3, 4 et 5 du Code.

⁸⁹ VANNIER (P.), *Fiches de droit de la famille*, Ellipses, 2021, p. 95.

⁹⁰ ORAISON (M.), *La question homosexuelle*, Paris, Seuil, 1975, p. 49.

⁹¹ Au Bénin par exemple, une étude a même révélé que seulement « deux Béninois sur 10 qui accepteraient avoir pour voisin des homosexuels » (v. IRREP, « La tolérance sociale au Bénin : Acquis et défis », *Dépêche* No. 198, 13 avril 2018, p. 2.). Dès lors, il n'est pas surprenant de voir des hommes politiques en quête de soutien populaire attiser le chaudron de l'homosexualité pour s'illustrer en défenseur des valeurs morales et éthiques. L'illustration parfaite fut celle du Président du Zimbabwe MUGABE qui mélangea dans un même procès des homosexuels et des opposants politiques, soulignant au passage « l'animalité des homosexuels ».

Une position semblable qui réitérera les de son allocution à la tribune de l'ONU à l'occasion de la 70e



45. En effet, la Cour constitutionnelle sud-africaine est une pionnière en Afrique dans l'autorisation légale pour les couples de même sexe de se marier⁹². Déjà en 2004, une décision de la Cour d'appel suprême d'Afrique du Sud a élargi la définition du mariage pour inclure les homosexuels. Ce n'est qu'en 2005, que la Cour constitutionnelle fut saisie aux fins de déclarer non conforme à la Constitution, la loi sur les unions civiles qui ne consacrait le mariage est « *une union volontaire, reconnue légalement, d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre* »⁹³. Sans surprise, la justice constitutionnelle s'est rangée du côté des couples homosexuels en estimant que la loi actuelle « *ne permet pas aux couples de même sexe de bénéficier du statut, des avantages et des responsabilités qu'elle accorde aux hétérosexuels* »⁹⁴. Bien sûr, un tel cas est rare, car la perception de la liberté du mariage par le juge constitutionnel en Afrique l'amène à sortir du cadre de sa « fonction originelle » ou tout au moins, à adopter une démarche l'obligeant à recourir à « la règle morale »⁹⁵. Surtout lorsqu'il s'agira de se positionner sur des sujets brûlants d'actualité tels que la bioéthique⁹⁶, le mariage des personnes de même sexe et des questions plus ou moins liées à l'accès à la Procréation Médicalement Assistée (PMA) aux couples homosexuels⁹⁷.

assemblée générale des Nations unies, en ces termes : « Nous refusons également les tentatives de prescrire de nouveaux droits qui seraient contraires à nos valeurs, normes, traditions et croyances. Nous ne sommes pas gays ! ». En tous les cas, même sans ce refrain particulier, il ne faut surtout pas oublier qu'en 2013, le Bénin comptait environ 28% de musulmans, 49 % de chrétiens et 12% pour la forme de vaudou (v. Recensement Général de la Population et de l'Habitation 2013, p. 13). Surtout quand on sait que le mariage en Islam est « l'union d'un homme et d'une femme ». Dans la Bible également, plusieurs versets ne laissent aucun doute sur le mariage qui est très proche de celle observée par l'islam. En clair, l'on pourrait admettre, sans trop grande difficultés que les pays africains comptent parmi les Etats les plus conservateurs notamment en raison de la persistance de structures sociales traditionnelles.

⁹² Plus surprenant encore, la Cour constitutionnelle sud-africaine a décidé que les maris devraient désormais pouvoir choisir de prendre le nom de famille de leur épouse. Dans une Décision rendue le jeudi 11 septembre 2025, elle a jugé discriminatoire la loi qui l'interdisait jusqu'à présent continuant ainsi à redéfinir les normes autour du mariage et de l'identité familiale en Afrique. v. RFI, « Afrique du Sud: la justice autorise les hommes à prendre le nom de famille de leur femme », en ligne le 12/09/2025 : URL : <https://www.rfi.fr/fr/afrique/20250912-afrique-du-sud-la-justice-autorise-les-hommes-%C3%A0-prendre-le-nom-de-famille-de-leur-femme> (consulté le 15-09-2025)

⁹³ Cf. *Gay marriage opposers warned by cabinet*, 2006.

⁹⁴ Cf. *Gay marriage opposers warned by cabinet*, 2006.

⁹⁵ **LAWSON (H.A.T.)**, « La morale dans l'office du juge constitutionnel en Afrique francophone », *Droit en Afrique*, n°22, 2019, p. 52.

⁹⁶ A travers la bioéthique, l'évolution des rapports du droit et de la morale conduit à transformer le juriste face à la norme. Parce que le droit de la bioéthique touche à l'intime, aux croyances des individus sur les thèmes essentiels pour l'humain, toute personne doit pouvoir donner son avis sur les options à retenir, sachant que, au nom de la démocratie, les choix sociaux relèvent du seul législateur. Voir, **FEUILLET (B.)**, « La place du juriste dans l'élaboration des lois bioéthiques », *Actes du Colloque « La place du juriste face à la norme »*, Dalloz, 2012, p.67.

⁹⁷ v. La décision n° 94-343 DC du 27 juillet 1994 sur « la loi relative au respect du corps humain et la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal ». Voir également, **DU BOIS DE GAUDUSSON (J.)**, « Les élections à l'épreuve de l'Afrique », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n°13, janvier 2003. Voir aussi **MASSINA (P.)**,



46. D'ailleurs, la formule peut paraître incongrue, mais les débats sur la reconnaissance légale aux couples de même sexe ne concernent que les pays développés à l'exception notable de l'Afrique du Sud. Du reste, l'Afrique a une autre lecture de « la liberté de mariage » qui se cristallise autour de la conformité relative des lois internes à l'alinéa b de l'article 6 du Protocole de Maputo relatif à l'âge nubile⁹⁸. A la différence des pays susmentionnés, c'est « l'âge du mariage »⁹⁹ qui retient l'attention des pays africains, car il constitue le pivot de la liberté matrimoniale¹⁰⁰ et partant, représente un symbole de la lutte contre les mariages précoces et les mariages forcés en Afrique¹⁰¹. Cette observation permet par conséquent, d'exclure l'homoparentalité du champ d'étude du juge constitutionnel africain, puisqu'à l'évidence la question ne se pose pas, du moins pour les politiques publiques. Au total, le choix qui été fait ici, pourrait à s'y méprendre, être perçu comme discriminante à l'égard des couples homosexuels.

2- Une appréciation potentiellement discriminatoire

47. Il est déclaré dans le Préambule de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 que : « *Nous, peuple béninois (...) Réaffirmons notre attachement aux principes de la démocratie et des Droits de l'Homme tels qu'ils ont été définis par la Charte des Nations-Unies de 1945 et la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples adoptée en 1981 par l'Organisation de*

« Le juge constitutionnel africain francophone : entre politique et droit », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 3, 2017, pp. 641–670.

⁹⁸ SIMEU (C.C.K.), La lutte contre les mariages forcés à l'aune du Protocole de Maputo, *Revue des droits de l'homme*, n° 22, 2022, pp. 5-25.

⁹⁹ Dans les pays majoritairement musulmans, où les règles islamiques prévalent et servent de base dans la gestion des rapports familiaux, le droit qui s'appuie sur l'interprétation de la sharia 'a se trouve être la loi dominante, bien que dans certains pays à l'instar du Mali, la sécularisation de l'État soit constitutionnellement consacrée, et que le droit civil entend supplanter toutes les autres sources de droit. Contrairement aux droits africains qui n'octroient une valeur légale qu'au mariage civil, le législateur malien formalise le mariage célébré selon les exigences coraniques, tandis que celui du Kenya octroie un statut juridique similaire à tous les types de mariages reconnus par sa loi matrimoniale. L'une des conséquences de la régulation du mariage par l'islam est l'atténuation du respect du consentement à l'égard de la femme comme une condition de validité du mariage, puisque le droit musulman est silencieux quant à l'âge nubile et à l'exigence du respect du principe du consentement mutuel à un mariage. v. notam. KONE (O.), CALVES (A.E.), « La mobilisation des organisations féminines en faveur du Code de la famille au Mali. Autopsie d'une défaite », *Cahiers d'Études africaines*, n° 242, 2021, p 331.

¹⁰⁰ DABO (A.), « L'inégalité entre l'homme et la femme dans les effets familiaux du nom récusée par la Cour constitutionnelle béninoise. Décision de la Cour constitutionnelle n° 21-269 du 21 octobre 2021 », *op. cit.*, p. 11.

¹⁰¹ SIMEU (C.C.K.), La lutte contre les mariages forcés à l'aune du Protocole de Maputo, *op. cit.*, pp. 5-25.



l'Unité Africaine, ratifiée par le Bénin le 20 janvier 1986 et dont les dispositions font partie intégrante de la présente Constitution ».

48. Premièrement, la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 professe avec éclat « l'égalité des droits des hommes et des femmes » comme servant à la réalisation du progrès social et instaurer de meilleures conditions de la vie pour une liberté plus grande¹⁰². Présenté à tort ou à raison comme « le principe selon lequel tout être humain doit être traité de la même façon par la loi »¹⁰³, l'égalité des droits des hommes et des femmes couvrent plusieurs facettes, allant de l'égalité des chances et de traitement s'agissant l'emploi et le travail¹⁰⁴ au droit de vote et d'éligibilité des femmes¹⁰⁵. De son côté, le juge constitutionnel français admet que « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, mais il ne peut en être ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence de situation et n'est pas incompatible avec la finalité de la loi »¹⁰⁶. Il appert clairement de ce standard jurisprudentiel que « l'égalité ne peut être un droit fondamental absolu et inconditionnel, mais au contraire une norme relative et contingente »¹⁰⁷.

49. Deuxièmement, l'article premier de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) de 1948 transcende l'idée d'égalité des droits pour y adjoindre l'idée de dignité. L'homme ou la femme sans distinction aucune, mérite le respect indépendamment de son âge, de son sexe, de son état de santé physique ou mentale, de sa condition sociale, de sa religion ou de son orientation sexuelle. On soulignera d'ailleurs que l'article 7 indique : « sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination ». Il ressort

¹⁰² Charte des Nations Unies : Préambule.

¹⁰³ **BARROIS DE SARIGNY (C.)**, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *Titre VII*, vol. 4, no. 1, 2020, p. 18.

¹⁰⁴ La lutte contre la discrimination et l'inégalité entre hommes et femmes est au cœur des travaux de l'OIT et fait l'objet de deux conventions fondamentales : la convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951 et la convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958. De nombreux autres instruments de l'OIT, tels que la convention (n° 156) sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales, 1981, la convention (n° 159) sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées, 1983, la convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989, et la convention (n° 189) sur les travailleuses et travailleurs domestiques, 2011, traitent d'aspects spécifiques de l'égalité et de la non-discrimination.

¹⁰⁵ Lire, notam. **CONTI ODORISIO (G.)**, « John Stuart Mill : Pour le droit de vote des femmes », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 38, no. 2, 2019, pp. 146-148.

¹⁰⁶ Déc. no 1996-375 DC, Rec., p. 60.

¹⁰⁷ **MELIN-SOUCRAMANIEN (F.)**, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n° 29, Octobre 2010, p. 99.



qu'en la matière, rien dans le texte rien n'interdit aux couples homosexuels de revendiquer le droit au mariage ou le droit à la famille puisqu'ils sont aux yeux de l'article 1^{er} de la DUDH de 1948 : « *tous égaux en droit et en dignité* ». Pour ce faire, l'article 16 de la DUDH ajoute qu'à « *partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution* ».

50. Sur ce point, le cas sud-africain est très édifiant car la justice constitutionnelle se montre très favorable à l'égalité des droits pour les personnes homosexuelles. Au fond, elle traduit l'aboutissement d'avancées notables tendant à légaliser le mariage homosexuel. Par le passé, cette Cour avait déjà déclarée conforme à la Constitution : le partenariat homosexuel dans l'immigration qui accordent aux couples homosexuel le même statut que les couples hétérosexuels mariés (1999) ; l'adoption aux couples de même sexe (2002) ; le bénéfices pour les couples homosexuels des mêmes avantages financiers que les concubins et les couples non mariés hétérosexuels (2003) ; l'établissement de la filiation des enfants nés par insémination artificielle au sein d'un couple homosexuel (2003)¹⁰⁸.

51. En même temps, la restriction la plus pertinente menée à l'encontre de la famille homoparentale résidait dans le fait que le législateur pouvait admettre des restrictions au principe d'égalité des droits si elles étaient justifiées par la différence de situation¹⁰⁹ et qu'elles n'étaient pas incompatibles avec la finalité de la loi. Seulement voilà, après des années de lutte et de débats souvent passionnés à l'hémicycle¹¹⁰, la cause homosexuelle et son pendant l'homoparentalité, ont réussi à gagner la sympathie de l'opinion publique française et européenne ouvrant la voie à la caducité du maintien de la discrimination à l'égard de l'homosexualité et par ricochet, de l'homoparentalité. Puisqu'il n'en reste pas moins que, dans l'absolu, les enfants de couples homosexuels n'ont pas plus de problème d'identité sexuelle que les autres¹¹¹. Il y a donc fort à parier que l'homoparentalité puise son

¹⁰⁸ V. notam. Décision de la Cour constitutionnelle, CCT 10/99, du 2 décembre 1999, « Coalition nationale pour l'égalité des homosexuels et des lesbiennes contre Ministère des affaires intérieures et autres ».

¹⁰⁹ En application de la jurisprudence *Denoyez* et *Chorques* des discriminations sont admises entre usagers dans trois cas : lorsque c'est la loi qui les institue, en raison de différences de situations appréciables, ou pour des motifs d'intérêt général (CE Sect. 10 mai 1974, requête numéro 88032, requête numéro 88148, *Denoyez* et *Chorques* : Rec. p. 274 ; AJDA 1974, p. 298, chron. Franc et Boyon ; RDP 1974, p. 467, note Waline ; Rev. adm. 1974, p. 440, note Moderne).

¹¹⁰ V. notam. YONNET (P.), « Pacs. Un mariage républicain », *Le Débat*, vol. 112, no. 5, 2000, pp. 105-108 ; ABÉLÈS (M.), « Chapitre IV. Le PACS en débat », in ABÉLÈS (M.), *Un ethnologue à l'Assemblée*, Odile Jacob, 2000, pp. 181-236.

¹¹¹ BERGER (M.), « Homoparentalité et développement affectif de l'enfant », *Le Débat*, vol. 180, no. 3, 2014, pp. 139-146.



fondement juridique dans la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 et dans la DUDH de 1948 qui font partie intégrante, il est important de souligner, des Constitutions africaines.

52. Enfin troisièmement, le constituant en Afrique semble militer en faveur d'une spécificité "africaine" en matière de droit de l'homme. Car, en intégrant la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945, la DUDH de 1948 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 dans le corps de la constitution, il marque pour ainsi dire son adhésion aux principaux instruments de protection des droits de l'homme, tout en tenant compte des dimensions sociales et culturelles africaines. De ce fait, il rompt d'avec les velléités d'action tendant à rompre le modèle de référence de la famille à savoir le père, la mère et leurs enfants. En effet, si l'article 3 alinéa 1 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 reconnaît que : « *Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi.* », la famille demeure l'élément « *l'élément naturel et la base de la société* » (art. 18 de la Charte précitée) et par conséquent, « *L'État a l'obligation d'assister la famille dans sa mission de gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la communauté* » (art. 18 al. 2 de la Charte précitée).

53. En somme, il est évident que l'homoparentalité peine à trouver une assise juridique solide dans les Constitutions africaines en raison de la contradiction manifeste entre la volonté affichée de permettre le plein épanouissement de chaque individu et l'absence de protection juridique des minorités sexuelles. En revanche, sur la question, les législateurs africains ont toujours affiché une position claire caractérisée par le rejet de la légalisation du mariage pour les couples de même sexe.

CONCLUSION

54. En définitive, on retiendra que les Constitutions en Afrique ne sont pas étrangères au droit des personnes et de la famille. On peut, certes, leur reprocher de régir avec parcimonie les types de comportements familiaux, mais elles ont le mérite de consolider la structure familiale comme « *le principal agent de socialisation, transmettant les valeurs, les normes et les coutumes* »¹¹². Si l'on se réfère au contenu des règles constitutionnelles elles-mêmes, on pourrait être en mesure de relever la nature, ou du moins l'identité, de certaines règles en rapport avec le droit de la famille. Ces règles ont pour effet

¹¹² OCHOLLA-AYAYO (A.B.C.), « La famille africaine entre tradition et modernité », *op. cit.*, p. 87.
Afrilex Octobre 2025



d'assurer un contrôle de constitutionnalité des lois adoptées par les représentants du peuple¹¹³ dans les cas où, les amendements et les compléments à la législation sur la famille viendraient à violer la Constitution. Or, c'est tout l'enjeu de la relation entre la Constitution et le droit de la famille, la norme suprême doit servir de cadre général et d'inspiration au droit de la famille en posant des principes fondamentaux comme le principe d'égalité et la non-discrimination. Sur ce point, les décisions des juges constitutionnels africains divergent sur des questions connexes d'importance cruciale comme l'égalité civile des époux, les responsabilités partagées au foyer, la filiation des enfants nés hors mariage, ou enfin, le droit des personnes de même sexe à se marier.

55. C'est ce qu'illustre par exemple, la différence d'opinion entre les juges constitutionnels béninois et congolais sur le principe d'égalité homme-femme qui commande de les traiter de manière égale, sans aucune discrimination. Ce qui a également changé en Afrique, c'est l'activisme de la justice constitutionnelle sud-africaine qui a su se faire le chantre du principe d'égalité en allant jusqu'à reconnaître des droits similaires à ceux des couples hétérosexuels, notamment le droit au mariage et à l'adoption.

56. Ce qui est certain en revanche, c'est que la Constitution en Afrique reste en pratique quotidienne, tributaire des contextes politiques et culturels propres à chaque Etat africain. Dans ces conditions, l'enjeu majeur réside dans la conciliation entre la normativité constitutionnelle avec la nécessaire adaptation des exigences modernes du droit de la famille. L'avenir de cette relation dépendra de la capacité des Etats africains à relever le défi d'une meilleure effectivité des droits constitutionnels de la famille afin de faire de la famille non seulement un espace de reproduction culturelle mais aussi un vecteur de modernisation du droit de la famille en Afrique.

¹¹³ Le contrôle de constitutionnalité des lois adoptées par les représentants du peuple est la composante essentielle du contrôle de constitutionnalité. Il constitue un élément essentiel de la mise en place d'un véritable Etat de droit puisqu'il rend possible la neutralisation ou l'annulation des lois inconstitutionnelles. Cf. **ZARKA (J.-C.)**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ellipses, 2018, p. 73