

IUS COMPARATUM

Les droits africains de la famille face aux mutations
de l'individualisme juridique

Natacha Hermine NGO NLEP
Université de Yaoundé II



VOLUME 2 – 2022

LA MÉTHODOLOGIE
DU DROIT COMPARÉ
DE LA FAMILLE

COMPARATIVE
FAMILY LAW
METHODOLOGY

aidc-iacl.org

Ius Comparatum rassemble chaque année des publications académiques sur diverses questions juridiques ayant fait l'objet d'une analyse de droit comparé.

Toutes les publications sont disponibles sur le site Web de l'Académie et sont publiées avec l'ambition de faire avancer la recherche en droit comparé.

La qualité de la publication est garantie par une sélection en interne suite à un appel à contributions pour le thème choisi chaque année. Le contenu est la responsabilité des auteur(e)s. Les articles peuvent être téléchargés par des particuliers, pour leur propre usage, sous réserve des règles ordinaires du droit d'auteur.

Tous les droits sont réservés.

Aucune partie de cette publication ne peut être reproduite sous quelque forme que ce soit sans l'autorisation des auteur(e)s.

Ius Comparatum gathers each year academic publications on diverse legal issues analyzed from a comparative law perspective.

All publications are available on the Academy's website and are released in the interest of advancing comparative law scholarship.

The quality of the publication is guaranteed by an internal review following a Call for Papers for each year's selected topic. The content is the responsibility of authors. Papers may be downloaded by individuals, for their own use, subject to the ordinary copyright rules.

All rights reserved.

No part of this publication may be reproduced in any form without permission of the author(s).

Académie internationale de droit comparé

International Academy of Comparative Law

CITATION / CITE AS

Natacha Hermine NGO NLEP, 'Les droits africains de la famille face aux mutations de l'individualisme juridique' *Ius Comparatum* 2(2022) 163-196 [International Academy of Comparative Law: aidc-iacl.org]

LES DROITS AFRICAINS DE LA FAMILLE FACE AUX MUTATIONS DE L'INDIVIDUALISME JURIDIQUE

Natacha Hermine NGO NLEP¹

Résumé

En fonction des convictions politiques, sociales, morales et culturelles des uns et des autres, le droit de la famille en Afrique apparaît tantôt générateur, tantôt réducteur et parfois pacificateur des tensions. C'est un droit en crise en ce sens qu'il doit faire face autant que nombre de législations contemporaines, aux mutations modernes et postmodernes du droit de la famille, dont les valeurs fondamentales résultent de la philosophie individualiste. Une analyse des systèmes africains de droit de la famille à l'aune des principes d'égalité, de liberté et de dignité conduit au constat d'échec d'un consensus en la matière, en raison de la permanence des discriminations et surtout de la prégnance du conservatisme, marqueur de domination et d'exclusion.

Mots clés : *Individualisme – Discrimination – Droits de l'homme – Famille*

Abstract

Depending on the political, social, moral and cultural convictions of each other, family law in Africa appears, sometimes generating, sometimes reducing and sometimes pacifying tensions. It is a law in crisis in the sense that it must face, as much as many contemporary legislations, modern and postmodern changes in family law, whose fundamental values result from the individualist philosophy. An analysis of African systems of family law in the light of the principles of equality, freedom and dignity leads to the observation of a failure of a consensus in the matter because of the permanence of discrimination and especially of the pervasiveness of conservatism, a marker of domination and exclusion.

Keywords: *Individualism – Discrimination – Human rights – Family*

¹ L'auteure est Enseignant-chercheur, chargée de cours à l'Université de Yaoundé II, Soa au Cameroun, Maître-assistant CAMES. Email : natachanlep@yahoo.fr.

TABLE OF CONTENTS

| | |
|--|------------|
| Introduction | 166 |
| I. LA PERMANENCE DES DISCRIMINATIONS EN DROIT DE LA FAMILLE | 169 |
| A. Les inégalités issues du droit du mariage | 169 |
| 1. La consécration légale des mœurs inégalitaires | 169 |
| 2. L'infériorisation de l'épouse | 172 |
| B. Les inégalités issues du droit de la filiation | 176 |
| 1. La hiérarchisation des filiations biologiques | 176 |
| 2. L'interdiction de certaines filiations | 179 |
| II. LA PRÉGNANCE DU CONSERVATISME DANS LE DROIT DE LA FAMILLE | 181 |
| A. La négation de l'autonomie des volontés dans l'institution « Mariage » | 182 |
| 1. La négation de la liberté au moment de l'entrée dans le mariage | 182 |
| 2.1.1.1 La place des normes internationales consacrant les droits de l'homme | 183 |
| 2.1.1.2 Les causes de la négation de la liberté au moment de l'entrée en mariage | 184 |
| 2. La négation de la liberté à la sortie du mariage | 186 |
| B. Le rejet de nouvelles formes de conjugalités | 190 |
| 1. Le monisme dans l'union matrimoniale | 190 |

| | |
|---|------------|
| 2. L'ignorance des autres formes de conjugalité | 192 |
| Conclusion | 195 |

Introduction

La gestion des comportements privés par le droit est de toute évidence le lieu des tensions en raison de logiques plurielles et très souvent contradictoires entre les aspirations individuelles et les exigences sociales. La famille, longtemps considérée comme la vitrine d'un modèle social consacré doit faire face à l'invasion progressive des principes des droits de l'homme. Aujourd'hui, à côté de son caractère fondamental dans la société, elle révèle bien plus une réalité affective, éducative, culturelle, civique, économique et sociale qui est un cadre naturel du développement et du bien-être de tous ses membres². L'enjeu semble donc, s'agissant du régime juridique attaché à l'institution familiale, être celui du degré de prise en compte des droits individuels. Le nouveau paysage normatif du droit de la famille s'attarde moins sur la problématique du pluralisme liée à la valeur de ses différentes sources, que sur les transformations multiples et multiformes actuelles induites par la pression de l'individualisme. La philosophie individualiste³ est celle qui, au nom des droits de l'homme reconstruit le droit de la famille autour de l'individu, pour faire valoir les principes révolutionnaires d'égalité et de liberté⁴. Qu'il s'agisse du droit du mariage, des régimes matrimoniaux, ou du droit de la filiation, des changements y sont intervenus ces dernières années traduisant l'émergence de nouveaux besoins à même de contribuer concrètement à l'épanouissement de l'individu⁵.

Ainsi, la famille se présente désormais non plus comme un modèle institutionnel qui rend compte uniquement des choix politiques dans un environnement donné, mais plutôt comme ce cadre d'expression privilégié de « l'humanité » de l'homme. Le droit ne devant pas étouffer les droits, il faut

² https://www.unaf.fr/pf/IMG/pdf/Declaration_des_droits_de_la_famille.pdf, consulté le 30 mai 2021.

³ L'individualisme est une théorie qui voit dans l'individu ou dans l'individuel soit la forme la plus essentielle de la réalité, soit le plus haut degré de valeur. V. Lalande, André. 2010. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 499. Paris : France.

⁴ Leroyer, Anne-Marie. 2015. Les changements du droit de la famille. *Numéro spécial– RDA (10)* : 60 et s.

⁵ Le constat général semble être celui d'une tendance à la stagnation dans l'adoption des réformes en matière de droit de la famille depuis les indépendances. Le Mali et le Togo sont à ce jour les rares Etats de l'Afrique subsaharienne francophone à avoir opéré une réforme de seconde génération de sa législation familiale.

que les principes fondateurs du droit de la famille s'infléchissent face à la pression de l'individualisme juridique qui, loin de promouvoir une dérégulation, invite la discipline à s'imprégner des droits et libertés fondamentaux. En matière de mariage par exemple, des évolutions aussi bien sociales, biologiques que juridiques influencent le droit de se marier et la liberté de se démarier.

Au regard de ces évolutions qui résultent à n'en point douter de la recherche par l'individu d'un accomplissement plus abouti, il convient de focaliser notre analyse sur le degré de modernisation du droit de la famille dans les États de l'Afrique francophone subsaharienne. Autrement dit, quelle lecture peut-on faire des caractéristiques des droits africains de la famille eu égard aux transformations sociales qui tendent à l'épanouissement de l'individu ?

Un regard en diagonale du droit de la famille en contexte africain nous incline à relever d'emblée quelques curiosités qui démontrent que la vie privée familiale demeure capturée par les pouvoirs publics qui finalement ne lui concèdent aucune authenticité. Ainsi, en contexte camerounais ou sénégalais, les exigences relatives à la validité du mariage que sont ses formes et l'altérité sexuelle des aspirants constituent encore à l'heure actuelle des anachronismes dont la pertinence reste à démontrer. S'agissant des formes du mariage, il faut observer que la plupart des législations africaines ignorent le mariage coutumier et développent une focale sur le mariage civil qui semble problématique au regard de nos réalités sociales. Pour ce qui concerne l'exigence d'altérité sexuelle des futurs conjoints en guise de condition de formation du mariage, il s'agirait là d'un débordement au regard de la nécessité de concilier l'autonomie de la volonté et l'ordre public dans les relations familiales. S'agissant de la rupture du lien matrimonial, tandis que le droit international du droit de la famille, sous l'impulsion des libéraux suggère une décrispation des conditions et de la procédure du divorce, les législateurs africains pour la plupart, militent plutôt pour une stabilité voire une pérennisation mythique de l'union au détriment du libre arbitre des conjoints. Le régime matrimonial quant à lui, pose de véritables soucis d'humanisme en cas de rupture pour cause de décès d'un des conjoints. Le conjoint survivant

se trouve très souvent vulnérabilisé par l'impossibilité de succéder pleinement à son conjoint décédé. Pour ce qui concerne le droit de la filiation, la stigmatisation consistant en l'exclusion de l'enfant né dans certaines circonstances est encore une réalité. De même, les notions de droit à l'enfant et droits de l'enfant se chevauchent quand elles ne s'opposent pas. Au cœur du débat sur le lien biologique ou le lien socio-affectif comme fondement de la filiation; émergent les concepts de parenté et de parentalité qui apparaissent comme des adaptations à l'éclatement des modèles familiaux⁶. Dès lors, dans l'optique d'analyse du degré de modernisation du droit de la famille dans les États francophones d'Afrique subsaharienne, la méthode comparative nous convie à mettre en évidence les législations de divers pays ⁷d'Afrique francophones subsaharienne, prioritairement. Cependant, d'autres champs de comparaison seront aussi mobilisés à l'instar de la comparaison l'aune des droits occidentaux⁸, ou de la comparaison l'aune du droit colonial et du droit coutumier.

En considération des constats ci-dessus mentionnés, l'on peut affirmer pour le regretter, que le droit de la famille en Afrique se montre assez hostile à la démocratisation de son régime bien que des soubresauts de modernisation peuvent être aperçus ici ou là. Il s'y développe généralement un véritable refoulement de l'idéologie des droits de l'homme caractérisé par la permanence des discriminations (I) et la prégnance de l'idéologie conservatrice (II).

⁶ Gallus, Nicole. 2010. Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge. *RJT* n°(44) : 145 -147.

⁷ Seront ainsi étudiées les législations de divers pays au rang desquels le Cameroun, le Tchad, le Mali, le Burkina Faso, le Sénégal, la Côte d'Ivoire, le Bénin, etc...

⁸ Il convient de rappeler que le dogme individualiste irrigue depuis longtemps l'occident, il semble dès lors que cette philosophie gagne le continent africain par une sorte de transplantation. Il serait certes fastidieux d'examiner les législations des différents pays d'occident, aussi nous nous inspirerons de deux pays essentiellement : la France et la Belgique.

I. LA PERMANENCE DES DISCRIMINATIONS EN DROIT DE LA FAMILLE

En rapport avec la problématique de la prise en compte des droits individuels dans la politique familiale, il semble intéressant de s'attarder sur les inégalités issues du droit du mariage (A), et du droit de la filiation (B).

A. Les inégalités issues du droit du mariage

Traînant pour la plupart une tradition juridique inspirée des vestiges coloniaux, les législations des États d'Afrique subsaharienne francophone en plus de consacrer des mœurs inégalitaires (1), prônent l'infériorisation de l'épouse (2).

1. La consécration légale des mœurs inégalitaires

La notion de mœurs est difficile à appréhender en droit. On pourrait tout de même y voir une conduite jugée digne d'approbation, une conception des comportements humains et des pratiques sociales, collectivement ou majoritairement admises dans la société et dans une période précise d'observation⁹. Les mœurs apparaissent comme des us, usages et pratiques qui doivent servir de sources substantielles à la définition des normes juridiques. Seulement, dans la société moderne, il n'est plus rare qu'un conflit surgisse entre les logiques préconisées par les mœurs et les changements normatifs inspirés d'un humanisme renouvelé. Dans cette perspective, les discriminations de genre sont fortement enracinées dans les normes sociales, les codes de conduite, les lois et les traditions de nos sociétés africaines. Or, il est de principe que la nature des mœurs ne puisse aujourd'hui être la base d'une quelconque discrimination sociale¹⁰.

⁹ Lalande, André. 2010. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Ed. PUF · Coll. Quadrige. Dicos poche. 1323, spécif. 641.

¹⁰ Brauner, Maria Crespo Claudia. 2005. Le nouveau code civil brésilien : changements culturels et permanence dans la protection des relations familiales, *Les cahiers de droit*, 1-2, (46) : 389-393 ; Lekebe Omouali, Daphtone Lekebe Omouali, Daphtone 2017. Les réformes du droit de la famille dans les États d'Afrique noire francophone : tendances maliennes, *Annales africaines*, 1 (6) 331-410.

En contexte africain, le constat d'une influence controversée des mœurs sur le droit semble évident au regard de l'asymétrie du pouvoir entre époux¹¹. En effet, le droit de la famille laisse subsister de nombreuses dispositions discriminatoires à l'égard de la femme et constitue le siège de contradictions avec les traités internationaux ratifiés, à l'instar de celui sur l'élimination de toutes formes de violences faites aux femmes en abrégé (CEDEF)¹². Il nous est par exemple loisible d'identifier quelques axes forts de domination de l'homme sur la femme en couple.

Le premier renvoi aux rapports verticaux ou de hiérarchie fortement prononcés dans les codes africains de la famille. En effet, une conception autocratique, traduction de l'occidentalisation de l'institution du patriarcat dans le droit du mariage s'illustre par plusieurs dispositions ; il s'agit par exemple de la définition caporaliste de la famille qui est absolument contrôlée par l'homme qui, selon les occurrences est mari ou père. Par principe donc, la direction morale et matérielle de la famille est du ressort du mari et, la femme, de ce point de vue, lui est subalterne quand elle ne lui est pas suppléante. La fonction de Chef de famille du mari est généralement définie en ces termes : « *le mari est le chef de la famille. Il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants (...)* »¹³. Dans la même lancée, le mari détient la décision du choix du domicile conjugal dans la plupart des législations¹⁴. En outre, malgré le fait que l'on puisse relever que la liberté de

¹¹ Marry, Cathérine. 2014. Inégalités dans le couple et sentiment d'injustice. Les paradoxes de l'égalité contemporaine, Inégalités et justice sociale. *La Découverte*. F. DUBET éd. : 198-214.

<http://journals.openedition.org/lectures/463> Last accessed on 23 August 2021.

¹² «Aux fins de la présente Convention, l'expression « discrimination à l'égard des femmes » vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes (...)

¹³ Cf. art. 213 code civil applicable au Cameroun ; art.152 du code sénégalais de la famille qui consacre d'ailleurs la notion de puissance maritale ; art. 444 du code de la famille de la RD Congo. *A contrario*, le législateur ivoirien semble se porter définitivement vers la consécration de plus d'égalité c'est ainsi que l'article 58 nouveau désormais déclare que « la famille est gérée conjointement par les époux, dans l'intérêt du ménage et des enfants ».

¹⁴ En effet, l'article 108 du Code civil de 1804 précise que « la femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari » ; même résidant séparément, elle reste domiciliée chez celui-ci. Cette disposition apparait dans le droit de la famille sénégalais notamment l'article 153 du Code de la famille ; voir également article 444 du code congolais, le mari chef du ménage. Quelquefois, malgré la possibilité lassée indifféremment aux

la femme mariée d'exercer une profession de son choix est de plus en plus consacrée dans le droit de la famille en Afrique, les codes de la famille soumettent par principe cette prérogative à l'absence d'opposition du mari. Ainsi, la femme ne peut passer outre cette restriction qu'après avoir établi la preuve que l'exercice de ce droit est soutenu par l'intérêt de la famille¹⁵. Cette approche connaît une évolution en ce sens que l'opposition du mari se fait désormais par voie judiciaire¹⁶, et la femme, peut également s'opposer à l'exercice d'une profession qui met en péril la famille par son mari¹⁷.

Le second axe problématique qui opère une discrimination est celui de l'option du système matrimonial. Il existe en droit de la famille africain deux systèmes matrimoniaux dans la plupart des États : le système monogamique et le système polygamique. Non seulement ; le législateur permet aux époux de choisir entre l'union monogamique ou polygamique¹⁸, lorsque ce choix est consacré, la possibilité de choix est limitée en fait aux seuls hommes. Au regard du droit international de la famille c'est une double atteinte : atteinte à l'égalité¹⁹ et atteinte à la dignité de la femme²⁰. Rien ne saurait en effet justifier la promotion de l'égalité constitutionnelle de l'homme et de la femme et le maintien *a contrario* de la polygamie comme forme

deux époux de choisir leur domicile, le législateur insiste sur la prééminence donnée au mari en cas de désaccord : voir article 12 du code de la famille applicable au Bénin.

¹⁵ Lire, article 223 du Code civil applicable au Cameroun. Lire également dans ce sens, les dispositions de l'article 74 Ord. 1981 en vigueur au Cameroun.

¹⁶ Cf. art. 240 avant-projet de loi portant code des personnes et de la famille au Cameroun. De même, l'article 67 de la récente réforme du code de la famille en Côte d'Ivoire stipule désormais que « chacun des époux a le droit d'exercer la profession de son choix, à moins qu'il ne soit judiciairement établi que l'exercice de cette profession est contraire à l'intérêt de la famille ». Le législateur béninois se veut plus libéral encore en accordant la possibilité à chacun des époux de passer seul les contrats ayant pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants cf. article 179 code des personnes et de la famille.

¹⁷ Cf. art. 241 de l'avant-projet de loi portant code des personnes et de la famille au Cameroun.

¹⁸ En vertu des dispositions de l'article 307 du code de la famille au Mali, l'union polygamique est admise. L'article 133 du code sénégalais de la famille va dans le même sens en consacrant la pluralité des liens.

¹⁹ Rude- Antoine, Edwige. 1994. Le statut personnel, Mariage, filiation, divorce (Algérie, Maroc, Tunisie, Côte d'Ivoire, Mali, Sénégal), Paris, Éd. Adri, Coll. Savoirs et perspectives : 53 et s.

²⁰ Bokalli, Victor-Emmanuel. 1997. La coutume, source de droit au Cameroun. *Revue générale de droit* (6)281 : 37-69.

d'union²¹. Il faudrait au quel cas par voie de conséquence admettre la polyandrie pour légitimer la polygamie un tant soit peu. C'est en considération de ces valeurs que le législateur béninois rompt avec la tradition juridique de l'ambivalence du système matrimonial²².

En définitive, bien que les mœurs et la morale de la famille aient déjà en soi, et sans avoir besoin d'être appuyées par le droit, de belles facultés de résistance au changement²³, l'espace social qui s'est fabriqué autour de l'intervention collective en matière familiale n'est plus à même de satisfaire aux aspirations modernes empreintes d'individualisme dont regorgent les mutations du droit de la famille. Dès lors, la consécration inégalitaire des mœurs qui bafoue de plein fouet les instruments internationaux ratifiés par les États d'Afrique subsaharienne francophone gagnerait à laisser plus de place à l'émergence d'une égalité entre les époux. Cette égalité permettrait, par voie de conséquence, la disparition de l'infériorisation de l'épouse.

2. L'infériorisation de l'épouse

L'organisation de la vie du couple notamment pour ce qui concerne les rapports personnels a connu une évolution certaine notamment en reconnaissant une certaine autonomie à la femme : ainsi, le devoir d'obéissance et l'autorisation expresse du mari pour toute sortie de la femme du territoire national ou pour certaines opérations financières²⁴, la pratique du lévirat et du sororat sont définitivement sorties des législations africaines²⁵.

²¹ Djuidje, Brigitte. 2001. La polygamie en droit international privé camerounais. *Revue générale de droit* 31(1), 173–209.

²² Ainsi, aux termes de l'article 143 de la loi portant code de la famille de 2004, Seul le mariage monogamique est reconnu.

²³ Carbonnier, Jean. 1971. *Flexible droit: Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2ème éd. revue et augmentée : 141 ; Larrolde, Jean-Manuel and Medor-Fichot Marie-Joelle (dir.), 2014. *Les cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 11 : 193.

²⁴ Lire la loi n° 90/43 du 19 déc.1990 portant sur la libre circulation des personnes au Cameroun. Au Gabon la récente réforme intervenue dans le droit la famille à l'occasion de l'adoption du nouveau code y relatif va dans ce sens : en effet, le texte supprime l'obligation de notifier au mari par la banque, l'ouverture d'un compte par la femme mariée, consacrant par là un principe égalitaire dans ce droit.

²⁵ Le lévirat est une pratique ancestrale qui consistait à obliger la veuve d'épouser un frère ou même un des enfants de son époux défunt (cas polygamie). Cette pratique est formellement abolie par l'art.77, al. 2 de

Cependant, loin de toute méprise, il convient d'emblée de constater des anachronismes déchirants dans les règles de gestion du couple.

Le continuum interne/externe dans la modernisation du droit de la famille, devrait, influencé par l'individualisme, restaurer aux épouses toute leur humanité. En dépit des efforts faits par les législateurs africains pour égaliser les pouvoirs domestiques entre conjoints, des dispositions infériorisant la femme sur la base de stéréotypes demeurent. Sur le plan national, la juridiction suprême du Cameroun, chaque fois que l'occasion lui a été donnée, a rappelé avec emphase l'essence égalitaire entre tous les humains²⁶. Au niveau international, le protocole de Maputo en son article 6 stipule que : « *les États veillent à ce que l'homme et la femme jouissent des droits égaux et soient considérés comme partenaires égaux dans le mariage* ». Seulement, en analysant les rapports entre époux, l'on découvre avec regret que le mariage continue d'être un antre de perpétration de la marginalisation des femmes constitutives de ce que l'on pourrait caractériser de « *majorité-dominée* »²⁷. Les codes des personnes et de la famille promeuvent des dynamiques de domination conjugale à travers un contrôle coercitif du mari sur la femme. L'exercice des responsabilités parentales semble différemment organisé dans les législations, entérinant une sorte de suprématie du père et partant, d'anéantissement de la femme²⁸. En effet, les deux parents doivent s'impliquer dans l'exercice des droits civils de l'enfant et dans l'administration des biens de celui-ci. Pourtant, à la lecture des dispositions légales découlant

l'ordonnance de 1981. Quant au sororat, il consistait à obliger, inversement, la sœur de la défunte à épouser le veuf. Lire, Tjouen, Alex-François. 2012. La condition de la femme en droit camerounais de la famille. *Revue internationale de droit comparé* 1 (64) : 137-167. Le nouveau code la famille au Burkina Faso interdit expressément les mariages résultants des règles coutumières qui font obligation au conjoint survivant d'épouser l'un des parents du défunt. Sauf qu'on peut regretter que dans les Etats de l'Afrique de l'ouest, la pratique de ces institutions rétrogrades se poursuit, sous l'œil quasi-complice des autorités.

²⁶ La Cour suprême du Cameroun a affirmé depuis longtemps que « la règle discriminatoire de la coutume qui prive les femmes de leurs droits successoraux viole le principe de l'égalité de l'homme et de la femme proclamée par la Constitution », cf. Cour Suprême (Cameroun oriental), 15 janvier 1964, arrêt n° 31, inédit.

²⁷ Moreau, Maurice. 1991. L'infériorisation sociale : un jeu de simulation pour l'enseignement de l'empathie à l'égard des minorités opprimées, *Service social*, 40 (3) :104-126.

²⁸ Ainsi l'article 2 de la loi portant modification du code des personnes et la famille au Togo conserve ces vestiges « *L'enfant né dans le mariage porte le nom de son père* ». En revanche le code de la famille de la RDC en son article 59 dispose « *l'enfant porte dans l'acte le nom choisi par ses parents* ».

des lois portant droit de la famille, la modernité de l'exercice de la coparentalité est mise à mal par les législateurs africains de la famille²⁹. L'idée de complémentarité entre les deux parents est difficilement perceptible dans les codes africains de la famille³⁰.

De plus, lorsqu'un futur époux est mineur, son consentement doit être appuyé de celui de ses père et mère ; et en cas de dissentiment entre le père et la mère, le consentement d'un seul parent suffit³¹. Cette formule est en réalité trompeuse puisque le parent dont le consentement suffit en cas de mariage d'enfant légitime est celui du père car, c'est ce dernier qui exerce la puissance paternelle³². L'infériorisation se conforte également dans le port du nom du mari par l'épouse.

Ces analyses montrent à suffisance que, malgré une timide évolution de l'idée de la puissance paternelle à celle de l'autorité parentale³³, il est difficile de masquer l'orientation inégalitaire des législateurs africains dans l'exercice conjoint des droits issus de la parentalité.

La question de la persistance des inégalités de sexe dans le droit de la famille concerne également la vocation successorale de la femme : D'emblée, il s'agit de relever ici, le poids de la coutume en droit des successions. De manière générale, la situation du conjoint survivant telle que prévue par les

²⁹ Atangana Malonguè, Thérèse. 2006. Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille. In: *Revue internationale de droit comparé*. 58 (3) : 833-858. Spécif.p.845.

³⁰ Dans le cas du Cameroun par exemple, plusieurs éléments jouent pour remettre en cause cet état de chose: le père exerce seul la puissance paternelle en sa qualité de chef de famille (art. 373 du Code civil) ; L'autorisation du père est requise pour l'enfant qui veut quitter la maison au détriment de celle de la mère (art. 108 du code civil) ; Le père décide seul de placement de l'enfant dans une maison éducative surveillée (art. 375 du code civil) ; les noms et prénoms sont attribués par le père (art. 373 du code civil et 35 de l'ordonnance de 1981). Voir également art. 712 et 713 du code de la famille RD Congo sur l'autorité domestique du chef de famille.

³¹ Cf. art. 64 al. 3 de l'ordonnance camerounaise de 1981 et art. 317 Code de la famille RD Congo.

³² Cf. art. 64 al.3-c ordonnance camerounaise de 1981. Cette notion est d'ailleurs de moins en moins utilisée par le législateur civil.

³³ Le législateur sénégalais retient ce terme en l'article 277 du code sénégalais de la famille et affirme qu'elle est exercée par le mari en sa qualité de chef de famille. Le code malien de la famille quant à lui dispose en son article 315 que le mari est le seigneur et le Maître de la communauté.

dispositions légales³⁴, est déplorable. La place de la femme au rang des personnes ayant vocation à recueillir la succession dans le Cameroun oriental ou au Bénin fait problème³⁵. Il convient de relever que la femme mariée ne vient dans la succession de son défunt mari que lorsque celui-ci n'a laissé ni descendant, ni ascendant ; tel est le sens des dispositions de l'article 767 du code civil qui rappelle que, *le conjoint survivant non divorcé qui ne succède pas à la pleine propriété et contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée a, sur la succession du prédécédé, un droit d'usufruit*. S'il est vrai que cette disposition s'applique indifféremment à l'homme et à la femme, la forte implication de la coutume dans la gestion du droit de la famille³⁶ laisse augurer que les femmes auront toujours plus de difficultés à s'imposer dans l'ordre des successibles que les hommes. Cette situation est fort heureusement en voie d'être dépassée par le mouvement de réforme des codes des personnes et de la famille³⁷.

³⁴ En effet, aux termes de l'article 767 du code civil Lorsque le défunt ne laisse comme héritiers que des parents au degré successible dans l'une des deux lignes, paternelle ou maternelle, la part de la succession qui aurait été attribuée aux parents de l'autre ligne est dévolue au conjoint contre lequel il n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée; Cour Suprême (Cameroun)19/6/2003, Arrêt n°63/l, aff. Dame Bilongo née Ngoumou Marie Thérèse c/ Ngoumou Boniface. Par René Njeufack Temgwa, *Juridis Périodique*, 64 : 46 ; Cour Suprême (Cameroun),14 décembre 1989, arrêt n°153, aff. Ministère public c/ X. Par Christine Youego, *juridis info*, 01 : 39.

³⁵ En effet, dans la partie orientale du Cameroun administrée par la France depuis 1921, il était reconnu le principe selon lequel en matière civile et commerciale, les juridictions indigènes appliquent exclusivement la coutume des parties » : Lire dans ce sens, Timtchueng, Moïse. 2011. Le droit camerounais des successions dépouillé des conceptions civilistes. *Revue générale de droit* 41 (2) : 531–563. Il était en outre rappelé qu'en cas de conflit éventuel entre plusieurs coutumes applicables, c'était celle du défunt qui devait prévaloir. Lire également, Observations finales du CEDEF : Cameroun, 26 juin 2000, Nations unies. Voir également, art. 630 et s. Code des personnes et de la famille du Bénin.

³⁶ Eboue, Félix and Renucci, Florence. 2021. *Les coutumes dans la fabrique des droits africains*. Tiré à part. Dalloz : 5 et s.

³⁷ L'article 545 de l'avant-projet du code des personnes prévoit en effet que lorsque le défunt laisse les descendants, le conjoint survivant a droit outre les biens d'usage domestique, au quart de la masse successorale ; en cas de polygamie, toutes les veuves ont droit au quart de la masse successorale réparti entre elles au prorata du nombre d'années de mariage avec le De Cujus. La jurisprudence avait d'ailleurs elle aussi déjà connu une évolution sur le sujet, lire dans ce sens, Cour d'appel de Douala, (Cameroun) 23 juin 1989, aff.ministère public c/Pekouakam et veuve, où le juge affirme que, dès lors que la femme ne peut hériter de son mari, elle ne saurait par la suite répondre de ses dettes, à propos d'une affaire où un créancier du mari défunt réclamait à la veuve le paiement d'une créance due par ce dernier. Depuis 2004, la République du Bénin dispose d'une nouvelle loi en matière d'héritage. Les femmes héritent au même titre

B. Les inégalités issues du droit de la filiation

Théoriquement, la filiation est un lien juridique unissant un enfant à ses parents³⁸. Le droit africain de la famille épouse peu ou prou, l'option de la filiation sans discrimination et sans contestation³⁹. Or, ses approximations nous autorisent à souligner quelques inégalités tenant à la hiérarchisation des filiations biologiques (1) et surtout quelques curiosités relatives à l'interdiction de certaines filiations (2).

1. La hiérarchisation des filiations biologiques

En considération des circonstances qui entourent leur conception ou leur naissance, les droits africains régissant la famille distinguent l'enfant légitime de l'enfant naturel⁴⁰ avec des conséquences variées quant à leurs régimes respectifs. Cette distinction traduit un choix de politique juridique qui, au moment de l'élaboration du code civil a considéré l'enfant comme *créateur d'une famille* suivant la formule, *l'enfant fait la famille*⁴¹. Or, la prise en compte des droits individuels s'accommode mal des logiques de stigmatisation des enfants qui, selon les textes promoteurs et protecteurs des droits de l'homme, sont tous égaux du moment où le lien de sang est établi.

que les hommes, en tant que filles mais aussi en tant que veuves, les conjoints survivants héritant désormais du quart du patrimoine. En RDC, l'article 758 du code donne au conjoint survivant le droit d'appartenir à la deuxième catégorie des successibles après les enfants légitimes. Dabo Aïssata. 2017. L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage en Afrique noire francophone Étude comparée des droits du Bénin, du Burkina Faso et du Mali. Thèse en cotutelle, Université de Bordeaux et de l'Université d'Abomey Calavi : 591.

³⁸ Cresp, Marie and Hauser, Jean and Ho-Dac, Marion and Sana –Chaillé de Néré, Sandrine. 2018. *Droit de la famille*, Bruylant – Europe(s) : 746.

³⁹ Dekeuwer-Defossez, Françoise. 1999. Renover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, *La Documentation française*, coll. des rapports officiels : 18.

⁴⁰ Jiogue, Grégoire. 2007. Vérité biologique et droit camerounais de la filiation: réflexions à la lumière de l'avant-projet du Code des personnes et de la famille, *Revue générale de droit* 37(1) : 23 et s.

⁴¹ Dekeuwer-Defossez, Françoise. 1999. Renover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps. *La documentation française. Coll. Rapports officiels* : 7 et s.

Aujourd'hui, des incertitudes demeurent quant au niveau d'intégration du principe de l'égalité des filiations posé par les normes internationales dans les droits africains. Si dans certains pays⁴², l'enfant issu du mariage est de moins en moins considéré comme au-dessus de tous les autres enfants⁴³, il demeure plusieurs législations anachroniques⁴⁴ qui, en parfaite violation des normes internationales, maintiennent un régime différent entre enfants légitimes et naturels. Le cas camerounais mérite qu'on s'y attarde. Il s'y trouve des discordances entre l'égalité prônée entre tous les enfants par le droit coutumier, et l'inégalité consacrée par le droit écrit et confortée par la jurisprudence, notamment celle de la Cour suprême du Cameroun⁴⁵. Il appert que, dans le droit coutumier, tous les enfants sont égaux en filiation⁴⁶. Cette approche salutaire de la coutume sur l'égalité des filiations reste néanmoins limitée sur certains aspects, au point où l'on pourrait légitimement remettre en cause son caractère avant-gardiste. En effet, tout en sacralisant l'enfant quelle que soit son origine, les dispositions coutumières posent en filigrane le problème de la reconnaissance des enfants naturels, particulièrement celui des pouvoirs de la mère, difficulté relayée par les dispositions légales en la matière. Cet état des choses remet en cause la logique juridique ambiante, qui tend à la promotion de l'individualisme à travers celle de l'égalité entre les filiations. Plusieurs hypothèses corroborent l'idée de la prééminence des pouvoirs de la mère naturelle dans l'établissement de la filiation naturelle. Tout d'abord, il convient de relever qu'au regard du droit coutumier, l'enfant a pour père l'homme qui a versé la dot à sa mère⁴⁷. Dès lors, les enfants issus

⁴² Cf. art. 619 et 620 du Code béninois, 758 du Code congolais et 28 du Code ivoirien des personnes et de la famille par exemple.

⁴³ A titre de droit comparé, le code civil français a évolué jusqu'à l'abolition de la distinction entre les enfants légitimes et ceux naturels lors de la détermination des héritiers.

⁴⁴ C'est le cas des art (s). 338 et 745 Code civil applicable au Cameroun

⁴⁵ Cour suprême (Cameroun), février 1978, arrêt Timano, n° 40.6070, le juge énonce que l'enfant naturel en concours avec l'enfant légitime a droit à la moitié de ce qu'il aurait eu s'il eut été légitime ; Cour Suprême (Cameroun), février 1978, arrêt Takamte, n°42/L.18.6068, le juge décide que, l'enfant naturel ne saurait être désigné comme « héritier principal » en présence d'enfants légitimes.

⁴⁶ Mbandji Mbena, Etienne. 2013. *Les droits fondamentaux de l'enfant en droit camerounais* Thèse de doctorat en droit soutenue à l'Université de Toulouse : 667 p., spécif : 100-112.

⁴⁷ Elomo-Ntonga, Lisette. 1979. *L'enfant naturel en Droit au Cameroun (Etude de jurisprudence des tribunaux de L'ex Cameroun – oriental)*, Mémoire de Master'sDegree, Université Yaoundé. Inédit.

d'une femme non dotée étaient considérés comme appartenant au lignage de leur mère⁴⁸. En dépit de l'opposition véhémente de la jurisprudence⁴⁹ et de la loi⁵⁰ sur cette question, il demeure que la coutume⁵¹ entretient le sentiment d'une inégalité dans la reconnaissance de la filiation entre les père et mère biologiques d'un enfant. Cette inégalité s'illustre par la conditionnalité de la reconnaissance soit à une autorisation délivrée par le chef de la famille maternelle, soit par le chef coutumier de cette famille, soit aux termes de l'article 44 (2) de l'ordonnance de 1981, au consentement de la mère⁵². Toute chose qui serait plutôt à l'origine des frustrations à l'endroit du père et des conflits entre les géniteurs, la possibilité pour la mère de se venger de son ancien fiancé qui ne l'aurait pas épousée en lui refusant le droit de reconnaître son enfant, n'étant pas exclue⁵³. Ensuite, il y'a lieu de relever en droit camerounais que l'enfant naturel reconnu ne bénéficie pas d'un égal traitement avec les enfants légitimes dans la liquidation de la succession⁵⁴.

En réalité, le législateur se trompe fatalement sur les contours de la filiation biologique et son régime. Ce n'est pas l'enfant qui fait la famille, non plus la famille qui fait l'enfant, mais ce sont des individus qui font l'enfant. Ce n'est pas le fait de naître dans une famille qui donne des droits à un enfant, plutôt le fait de naître d'un individu qui vous donne des droits⁵⁵.

⁴⁸ Mbandji Mbeni. *op. cit.* : 107 et s.

⁴⁹ Cour Suprême (Cameroun Oriental), 17 octobre 1967, Arrêt n° 5 Procureur Général de la Cour suprême (Cameroun) c/ Ribouem Jacques et autres, RCJCS, t. 2 : .209 ; ou encore Cour Suprême (Cameroun Oriental), 5 mars 1963, Arrêt n° 4 Bull. : 541.

⁵⁰ Cf. article 72 de l'Ordonnance camerounaise de 1981 dont les termes suivent : « l'acquittement total ou partiel d'une dot ne peut en aucun cas fonder la paternité naturelle qui résulte exclusivement de l'existence du lien de sang entre l'enfant et son père »

⁵¹ Bokalli, Victor Emmanuel. *op. cit.* : 37-69

⁵² Disposition par ailleurs maintenue sans amendement dans l'Avant-projet (art. 284, APCPF). Lire, Neirinck, Claire. Accouchement et filiation. *Maternité, affaire privée, affaire publique* : 221. ; Voir également, Lacub, Marcela. 2000. Filiation, le triomphe des mères, *Le Monde des débats* : 16.

⁵³ Cour Suprême (Cameroun), 29 oct. 1998, Arrêt n°2 Sintcheu Isaïe c/ Mafowa Cécile. Par René Njeufack Temgwa - *Juridis Périodique*. 64 : 48.

⁵⁴ Cf. art. 338 du code civil applicable au Cameroun.

⁵⁵ Cordell, Dennis and Piché, Victor. 1997. *Pour une histoire de la famille en Afrique* in Pilon, Marc. Locoh Thérèse, Kokou Vignikin et Patrice Vimard. (*dir.*) *Ménages et familles en Afrique : Approches des dynamiques contemporaines*, CEPED. (Les Études du CEPED, n°15) : 55-74. Paris.

2. L'interdiction de certaines filiations

Le besoin de conservation⁵⁶ d'une certaine moralité dans nos sociétés a pendant longtemps conduit à l'interdiction absolue de certaines filiations et puis progressivement, à leur admissibilité hyper restrictive. Il semble aujourd'hui difficile à l'observation des différentes législations africaines de se prononcer catégoriquement sur le sort des enfants adultérins et incestueux. Qu'à cela ne tienne, la tendance dominante est bien celle de l'interdiction sinon de l'empêchement de l'établissement des filiations⁵⁷. Pour *les rédacteurs du code civil de 1804 encore applicable au Cameroun ; [...] il faut frapper d'une véritable condamnation à disparaître les enfants dont la naissance est une monstruosité pour la société*⁵⁸ : *les enfants adultérins ou incestueux*⁵⁹. L'interdiction d'établir une filiation incestueuse est fondée sur le caractère sacré que la société reconnaît aux liens d'alliance et de parenté⁶⁰. Tout l'intérêt de l'interdiction de l'inceste provient du souci de préservation de l'intérêt de l'enfant et de l'ordre public⁶¹. S'il est vrai que l'inceste absolu est interdit pour des *raisons morales et psychologiques*⁶², l'interdiction de la filiation adultérine mérite d'être réexaminée, car elle pourrait bien être, à l'analyse, source de discrimination. En effet, aux termes des dispositions de

⁵⁶ Gutmann, Daniel. 2000. Le sentiment d'identité : Etude de droit des personnes et de la famille, LGDJ : 58 cité par Coudoing, Nadège. 2007. *Les distinctions dans le droit de la filiation*. Thèse en Droit. Université du Sud Toulon Var : 123.

⁵⁷ Le nouveau code malien des personnes et de la famille établit une discrimination à l'égard de l'enfant adultérin. Son article 482 dispose que « *Tout enfant né hors mariage, autre que celui né d'un commerce adultérin, peut être légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère, lorsque ceux-ci les ont légalement reconnus avant leur mariage ou les reconnaissent au moment de la célébration* ».

⁵⁸ Ore Lawin, Ayo Alvine A. 2009/2010. Discrimination à l'égard des enfants incestueux dans le code des personnes et de la famille du Bénin. Mémoire Université D'abomey-Calavi : 112.

⁵⁹ Murat, Pierre. 2013. *Droit de la famille 2014-15*, Dalloz : 1800. Paris.

⁶⁰ Sur la question de l'inceste en général, lire Batteur, Annick. 2000. L'interdit de l'inceste : Principe fondateur du droit de la famille. *RTD civ* : 771 et s.

⁶¹ En effet, dès lors que la société ignore l'origine incestueuse de l'enfant, celui-ci est épargné de la réprobation sociale : voir Bourrat-Gueguen, Anne. 2004- *Enfant incestueux et adoption simple*. In: *Revue juridique de l'Ouest*, 1 : 91-99.

⁶² Perrin, Sophie. 2010. La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Droit de la famille*, n° 6, étude 16 ; Houssier, Jean. 2017. *Nouveau fait d'armes pour le contrôle de proportionnalité : la validation d'une filiation incestueuse* », *AJ fam.* : 545.

l'article 43 al.2 de l'ordonnance camerounaise de 1981⁶³, « (...) *l'enfant né du commerce adultérin de sa mère ne peut être reconnu par le père naturel qu'après désaveu du mari en justice* ». Par ailleurs, au regard de l'article 46 al.2 du même texte, « *est irrecevable toute action en recherche de paternité lorsque pendant la période légale de conception, la mère a été d'une inconduite notoire ou si elle a eu un commerce avec un autre homme ou si le père prétendu était dans l'impossibilité physique d'être le père* ».

Pendant ce temps, soucieux de répondre favorablement aux exigences de l'éthique contemporaine qui tolérerait mal qu'un enfant, parce qu'issu d'une infidélité, ou de personnes qui ont un lien de parenté, se trouve privé de son droit à l'établissement d'une filiation, les droits ivoiriens et béninois semblent moins catégoriques. Ils admettent sous des conditions très restrictives les possibilités de reconnaissance tant de l'enfant incestueux que de l'enfant adultérin⁶⁴.

De toute évidence, la recherche de paternité est refusée à l'enfant adultérin au regard de la majorité des droits positifs africains en raison de la forte influence de la *présomption pater is est*⁶⁵. En instituant un droit pour le mari qui ne peut se voir priver de sa paternité par des personnes tierces au moyen d'une action en reconnaissance d'enfant⁶⁶, les législateurs camerounais et maliens ne manquent pas de soulever la question de ce qu'il convient d'appeler ici *les atteintes à la filiation* en raison du choix qui privilégie la famille au détriment de la vérité biologique. Il faut pousser les analyses plus loin pour constater que, la filiation adultérine est une hypothèse qui soulève une kyrielle de questions dans la mesure où le père adultérin marié sous le système monogamique au moment de la conception de l'enfant a la possibilité de divorcer et fonder une nouvelle union sous le système

⁶³ Ordonnance camerounaise n° 81/002 du 29 juin 1981

⁶⁴ Cf. art. 23 Code ivoirien et 319, 323 du code béninois de la famille.

⁶⁵ Selon l'article 312 C civ, L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. V° Cour Suprême (Cameroun Oriental), 2 mai 1967, Arrêt n°110 du. Bull. des arrêts, n°16 : 1685

⁶⁶ Les dispositions de l'article 313 le relèvent fort à propos : - Le mari ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant : il ne pourra le désavouer même pour cause d'adultère. Cour Suprême (Cameroun), 02/02/1978, arrêt n°26.

polygamique. Dans ce cas, l'action ultérieure en reconnaissance de paternité est jugée recevable, du moins par la jurisprudence camerounaise, car à la réalité, ni la loi, ni l'ordre public ne s'opposent à une telle action. Ces analyses amènent à se demander s'il ne serait pas temps de s'affranchir des dernières discriminations à l'encontre de l'enfant adultérin, ce d'autant plus que, son exclusion par le droit n'est pas absolue, d'abord du fait de l'admissibilité de sa légitimation⁶⁷, ensuite par le fait que, malgré l'incapacité dont il est frappé de recevoir à titre gratuit, et en dépit du fait qu'aucune donation ne peut lui être faite, la loi accorde tout de même les aliments sur la succession de son géniteur.

Il nous semble intéressant à ce stade de notre analyse d'exiger la suppression des inégalités successorales touchant l'enfant adultérin. Il est clair que cette option qui le pénalise *in fine* ne saurait valablement être défendue si l'on prend en compte l'intérêt de l'enfant. De plus, cela n'a jamais été une solution efficace de lutte contre l'adultère du moment où l'adultère peut être caractérisé même en l'absence d'enfant adultérin.

II. LA PRÉGNANCE DU CONSERVATISME DANS LE DROIT DE LA FAMILLE

La vision traditionnelle du droit de la famille en Afrique reste imperturbable face à la pression de la philosophie individualiste qui promeut une plus grande prise en compte des droits et libertés individuels dans l'élaboration du droit de la famille⁶⁸. Il suffit de s'attarder ici sur deux idées forces pour s'en convaincre : la négation de l'autonomie des volontés dans le droit du mariage (A) et le rejet de nouvelles formes de conjugalités dans la définition de la vie en couple (B).

⁶⁷ Selon l'article 331 code civil applicable au Cameroun les enfants adultérins sont légitimés, dans les cas suivants : par « le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les reconnaissent au moment de la célébration du mariage dans les formes déterminées par le premier alinéa du présent article (...) ».

⁶⁸ Leroyer, Anne-Marie. *op.cit.*

A. La négation de l'autonomie des volontés dans l'institution « Mariage »

Le mariage dans sa double dimension contrat/institution⁶⁹ exige pour sa validité le respect de certaines conditions précisées par la loi⁷⁰. La dimension contractuelle met en évidence les prérogatives des aspirants au mariage que sont le droit au mariage et la liberté matrimoniale. Pour ne s'attarder que sur la seconde prérogative qu'est la liberté matrimoniale, observons qu'elle connaît de sérieuses restrictions dans les droits africains de la famille notamment lors de l'entrée (2) ou de la sortie (3) du mariage, mais au préalable, convient-il de rappeler la quintessence des instruments internationaux qui fondent le recours aux droits de l'homme et leur place dans le droit interne des États d'Afrique francophone subsaharienne (1).

1. La négation de la liberté au moment de l'entrée dans le mariage

En affirmant leur *attachement aux libertés fondamentales inscrites dans les textes internationaux promoteurs des droits de l'homme*⁷¹, les constituants africains hissent au sommet de l'architecture juridique, l'idéologie des droits de l'homme qui se décline par trois grands traits que sont : l'individualisme, l'universalisme et le légicentrisme. Il convient dès lors de rappeler les textes internationaux fondateurs de cette obligation de prise en compte des droits fondamentaux de l'homme. On pourrait en toute pertinence s'interroger sur la place des droits de l'homme dans le droit de la famille.

⁶⁹ Neirinck, Claire. 2008. Le couple et la contractualisation de la rupture. *Les cahiers de droit*, 4 (49) : 573-578.

⁷⁰ Cf. art. 52 de l'ordonnance n°81-02 du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil et diverses dispositions relatives à l'état des personnes physiques. Art. 4 code ivoirien, 119 et 120 code béninois, 351 code congolais de la famille.

⁷¹ Cf. Préambule de la constitution de la République du Cameroun, de Côte d'Ivoire ou du Togo.

2.1.1.1 La place des normes internationales consacrant les droits de l'homme

Les États africains sont parties aux conventions internationales relatives aux droits de l'homme et doivent de ce fait en assurer la pleine application en droit interne. Parmi les textes internationaux prônant les valeurs d'égalité de non-discrimination, ou de liberté des personnes, la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Charte des Nations Unies, à laquelle on ajoute la charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 21 octobre 1986. On peut distinguer ces textes internationaux proprement dits, des textes régionaux africains qui consacrent les valeurs d'égalité de non-discrimination entre les personnes : la convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale, la CEDEF : convention ONU contre discriminations à l'égard des femmes, la convention relative aux droits de l'enfant, la convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes etc.. Au rang des instruments régionaux de droits de l'homme on peut citer le protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique, la charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant⁷². Les constitutions nationales des États apparaissent comme le socle du multilatéralisme. Elles dévoilent le principe d'après lequel les règles du droit international généralement acceptées ainsi que les conventions internationales, dès lors qu'elles ont été ratifiées par une loi et sont entrées en vigueur, font partie intégrante du droit interne et priment sur toute autre disposition contraire de ce droit⁷³. Ainsi, les conventions intègrent le corpus juridique à la suite d'une double exigence : la ratification et la réciprocité. Dès lors, la consécration des conventions comme source du droit invite à reconnaître leur nature de droit positif, partant leur influence dans la vision du droit de famille. En cette occurrence, le droit international a un effet direct dans les ordres juridiques nationaux et tient une place dans la Constitution notamment sous la bannière de son préambule⁷⁴.

⁷² Cette liste étant non limitative.

⁷³ Tel est l'esprit de l'article 45 de la Constitution du Cameroun ; Voir dans ce sens la constitution du Sénégal, de la Côte d'Ivoire, du Mali.

⁷⁴ Tel en est le cas pour le Cameroun dont le constituant rappelle qu'en vertu des dispositions de l'article 65 de ladite constitution, « le préambule fait partie intégrante de la constitution du Cameroun ».

Il convient de noter que la place des instruments internationaux de protection des droits de l'homme est d'autant plus marquée que le droit régional africain est mis en œuvre par les juridictions chargées de l'application effective de ce droit. Ces juridictions produisent des décisions qui s'imposent aux États membres. Il en est ainsi de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples⁷⁵. Les juges de la Cour africaine interprètent les dispositions de la Charte et autres instruments relatifs aux droits de l'homme et rendent des arrêts en tenant compte des spécificités africaines. C'est dans cette mission qu'elle a rendu en matière de droit de la famille une importante décision : En effet, l'Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes (APDF) et son partenaire Institut For Human Rights and Development In Africa (IHRDA) ont gagné devant la cour africaine, le Procès contre l'État malien sur le Code de la Famille au Mali⁷⁶. Plusieurs griefs sont opposés au Code de la famille du Mali promulgué le 30 décembre 2011 et qui consacre des dispositions qui constituent des violations généralisées contre les femmes, les filles et les enfants nés hors mariage, comme le mariage précoce et forcé des filles, le mépris de leur droit à l'héritage et le manquement de l'État à éliminer les pratiques et normes traditionnelles qui minent les droits des femmes et des enfants, ceci allant à l'encontre du protocole de Maputo ratifié en 2005 par le Mali.

2.1.1.2 Les causes de la négation de la liberté au moment de l'entrée en mariage

Le mariage, rappelons-le, est une union légitime d'un homme et d'une femme en vue de vivre en commun et de fonder une famille, un foyer⁷⁷. Dans ce sens, les lois relatives au mariage disposent pour la plupart «*qu'aucun*

⁷⁵ Il s'agit de l'une des institutions phares des droits de l'homme en Afrique. Elle a été créée pour renforcer la mission de protection desdits droits entamée par la Commission africaine des droits de l'homme.

⁷⁶ L'arrêt a été rendu le 11 mai 2018 en faveur des plaignants dans le procès N° 046/2016 – APDF & IHRDA c. République du Mali. En l'espèce, l'incompatibilité de certaines dispositions du Code malien des personnes et de la famille avec les dispositions du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique (le Protocole de Maputo) ont été dénoncés, La Cour a donc ordonné au Mali de réviser son Code des personnes et de la famille pour se conformer à ses obligations.

⁷⁷ Cornu Gérard. 2012. Vocabulaire juridique, 12ème éd., PUF : 641

mariage ne peut être célébré si les époux n'y consentent pas ». La volonté humaine est ainsi l'élément essentiel de l'acte contractuel⁷⁸. Selon les exigences de l'approche individualiste et en considération de l'autonomie des volontés, la jouissance ou l'exercice de la liberté ne devrait être limités que pour préserver les droits d'autrui et/ou le bien commun⁷⁹. L'analyse du droit du mariage nous permet de mettre en évidence ici au moins deux niveaux d'obstacles à l'exercice du droit et de la liberté de se marier qui constituent en réalité des atteintes à la liberté individuelle. Il s'agit de l'âge requis et de la problématique des formes de célébration de l'union matrimoniale.

Les législations africaines distinguent plusieurs conditions de fond au rang desquelles l'âge requis ou âge matrimonial. Selon l'article 488 du code civil, pour être capable de tous les actes de la vie civile, il faut avoir vingt et un an accomplis. Une ouverture est tout de même prévue afin que des individus qui manifesteraient un intérêt « *précoce* » pour le mariage puissent en obtenir la célébration. En effet, l'article 52 al. 1 de l'ordonnance camerounaise de 1981 dispose que : « *Aucun mariage ne peut être célébré si la fille est mineure de 15 ans ou le garçon mineur 18 ans sauf dispense accordée par le Président de la République pour motif grave* »⁸⁰. Ces contours de l'âge nubile semblent à notre vie heurter les droits humains et les libertés fondamentales en ce sens qu'ils ont vocation à garantir avant tout le droit de contracter mariage de son plein gré ou de le refuser, l'intervention de l'État étant bien moins pesante. Deux niveaux de restrictions inquiétantes peuvent être identifiés ici :

Le premier concerne le seuil légal de la majorité civile qui est fixé à et un ans révolus dans le cas du Cameroun. Précisons qu'aujourd'hui, il s'agit là d'un véritable anachronisme, la question clé devant rester celle de l'égalité dans l'âge nubile entre les garçons et les filles. Nous pensons qu'il faille sur la question du mariage, égaliser l'âge nubile à 18 ans révolus pour les hommes

⁷⁸ Weill, Alain and Terre, François. 1986. *Droit civil – Les obligations*, 4^{ème} éd., Dalloz : 48 et s.

⁷⁹ Chénéde, François. 2015. Brèves remarques sur la fondamentalisation du droit de la famille, *RDA*, 11 :41

⁸⁰ Les dispositions de l'article 111 du code sénégalais, 58, 59, 60 du code ivoirien de la famille vont dans le même sens.

comme pour les femmes, et ceci sans autre limitation tel que c'est le cas aujourd'hui dans certains pays d'Afrique noire francophone⁸¹ et en France⁸².

Le second concerne l'étendue de la dérogation qui permet à un garçon de dix-huit ans et une fille de quinze ans de contracter un mariage. En réalité, si de manière absolue c'est une ouverture salutaire en ce qu'il y a là abaissement de l'âge nubile, les modalités de sa mise en œuvre restent préoccupantes. Ce qu'il faut comprendre ici est que ce n'est que sous un régime de « *tutelle* » que les futurs époux pourront éventuellement réaliser leur projet. Or, la validité du mariage d'un époux mineur laissée à la souveraineté des seuls parents s'avère être une option très autoritariste du contrôle parental qualifié de puissance paternelle par l'ordonnance de 1981 en son article 47. À défaut de supprimer ce « *tutorat* » sur les sentiments et les émotions du mineur, il faudrait au maximum le rendre résiduel⁸³. D'abord comme nous l'avons dit plus haut, nous proposons que l'on ramène l'âge nubile à dix-huit ans pour tous, ensuite que la minorité en matière de mariage soit portée à seize ans⁸⁴ de sorte que la décision de leur permettre de s'engager soit partagée entre les parents et le ministère public.

2. La négation de la liberté à la sortie du mariage

L'avènement de la démocratie dans la vie de famille nous impose dans l'étude de la place de la liberté, à s'attarder sur le droit de sortir d'une union ou alors de rompre le lien matrimonial. En réalité, la liberté de mariage

⁸¹ V° art. 43 de la loi n°2012-014 du 29 juin 2012 du 31 janvier 1980 portant modification de l'ordonnance du 31 janvier portant Code des personnes et de la famille du Togo « L'homme et la femme choisissent librement leur conjoint et ne contractent mariage que de leur libre et plein consentement. L'homme et la femme avant dix-huit (18) ans ne peuvent contracter mariage. Voir également art.179 de la loi malienne n°2011 -087du 30 décembre 2011portant code des personnes et de la famille. Certaines législations sont avant-gardistes sur la question, il en va ainsi du législateur congolais de la famille qui en son article 352 reconnaît la possibilité de contracter mariage à l'homme comme à la femme âgés de 18 ans révolus. Cf. également article 123 du code béninois de la famille où l'âge nubile est de 18 ans.

⁸² Cf. art. 144 du code civil français.

⁸³ Dekeuwer-Defossez, Françoise. *op. cit.*, p. 93.

⁸⁴ Notre position diffère de celle de l'article 201 du projet de code des personnes et de la famille qui unifie certes l'âge du mariage pour tous à dix-huit ans, mais continue de considérer les aspirants à cet âge comme mineurs. L'article 333 du même texte ayant ramené la majorité à vingt ans

comprend aussi bien celle de se lier que celle de s'en délier⁸⁵. Ainsi, le droit reconnaît théoriquement la possibilité de mettre fin au mariage sous certaines conditions. En fonction de la nature de la violation, les législations africaines en font tantôt une cause de relâchement, tantôt une cause de rupture du lien conjugal. Théoriquement, l'on pourrait définitivement sortir du lien matrimonial de plusieurs manières : avec le décès d'un conjoint, l'absence judiciairement déclarée ou par le divorce judiciairement prononcé⁸⁶.

Si l'on s'attarde sur les modalités du divorce notamment en rapport avec le principe de l'autonomie des volontés, il convient de relever qu'il existe plusieurs formes de divorce en droit écrit : le divorce par consentement mutuel, le divorce pour rupture de vie commune ou altération du lien conjugal, le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage, le divorce sanction ou pour faute⁸⁷. Conformément aux dispositions du code civil applicable au Cameroun et du code de la famille de RD Congo, deux formes de divorces sont consacrés: le divorce sanction⁸⁸ et le divorce pour altération du lien conjugal⁸⁹. Les législations sénégalaises, ivoiriennes et béninoises fort heureusement, procèdent de la libéralisation de la destruction du lien matrimonial en envisageant le divorce par consentement mutuel⁹⁰.

En revenant sur les législations qui font du divorce sanction la principale forme de rupture du lien matrimonial, il faut dire que ce divorce pour faute (prouvée) pose problème en ce sens qu'il constitue une approche liberticide de gestion du relâchement matrimonial et ceci pour au moins deux raisons pertinentes.

D'abord, en ne retenant que le divorce sanction et dans une moindre mesure le divorce remède, le législateur prend une claire et ferme option

⁸⁵ Millard, Eric. 2005. Le droit constitutionnel et la famille. *Code civil et constitution Verpeaux, Michel* : 65-81.

⁸⁶ Cf. art. 77 de l'ordonnance camerounaise de 1981 ; 103 Code civil 1 ivoirien ; art. 220 Code de la famille béninois.

⁸⁷ Brusorio-Aillaud, Marjorie. 2014. *Droit des personnes et de la famille*. 5^e ed. Larcier. 209 et s.

⁸⁸ Cf. art. 229, 230 et 231 du code civil.

⁸⁹ Cf. art. 232 du code civil ; 546, 549 et s. du code de la famille de RD Congo.

⁹⁰ Cf. art 157 du code de la famille sénégalais, art.1 – nouveau loi ivoirienne n° 98-748 du 23/12/1998, art. 220 code de la famille du Bénin.

pour le maintien et même la survie du lien matrimonial parfois à tous les prix. On est donc « libre » d'entrer en mariage, mais pas libre d'en sortir⁹¹ à moins de démontrer que l'on désire en sortir parce que le conjoint a commis une faute. Cette restriction est d'autant plus inquiétante que la jurisprudence camerounaise a distingué les causes péremptoires des causes facultatives⁹². La principale cause péremptoire qu'est l'adultère, relève en vérité de ce qu'il convient de qualifier de *probatio diabolica*. Pour prouver l'adultère, il faut que l'époux ou l'épouse qui l'invoque démontre que son conjoint a eu des rapports sexuels avec une autre personne. Les rapports sexuels n'ont pas été définis par le droit civil mais s'entendent littéralement de la pénétration de la verge de l'homme dans la cavité vaginale de la femme. Alors, comment réussir à obtenir ces éléments pour espérer se défaire automatiquement d'un lien matrimonial devenu inconvenant ? La jurisprudence a fait un effort en admettant que l'adultère puisse être prouvé par tout moyen de preuve : procès-verbal de constat⁹³, lettres, aveu, témoignages, grossesse de la femme en cas d'impossibilité de cohabitation. Seulement, il reste que l'hypothèse de la preuve par constat d'huissier est soumise à plusieurs restrictions⁹⁴ et la preuve par les missives, écoutes de communication ne sont que des présomptions simples dont la preuve contraire peut être apportée. L'hypothèse du divorce obtenue pour cause facultative apparaît être plus

⁹¹ http://afrilex.ubordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/LEKEBE_OMOUALI_LES_REFORMES_ET_LA_FAMILLE.pdf consulté le 15 juillet 2019. 18 et s.

⁹² Devant les juridictions de droit moderne, il faudra distinguer les causes péremptoires du divorce (l'adultère, la condamnation à une peine afflictive et infamante, la violation de l'engagement de monogamie) des causes facultatives (les excès, les sévices, les injures). Devant les juridictions de droit traditionnel, il faudra distinguer les causes du divorce d'origine textuelle (inconduite de la femme, absences répétées de la femme du domicile conjugal, refus persistant et systématique de la femme d'accomplir ses obligations coutumières, mauvaise conformation de la femme, condamnation de la femme à une peine d'emprisonnement pour crime ou délit, maladie contagieuse grave communiquée par le mari à la femme, sévices graves et mauvais traitements habituels exercés par le mari sur sa femme, refus habituel d'assurer l'entretien et de pourvoir aux besoins coutumiers essentiels de la femme, etc.) des causes d'origine jurisprudentielle (l'abandon du domicile conjugal, le refus du mari d'espacer les naissances, l'impuissance du mari, la stérilité de la femme, la répudiation de la femme, etc.).

⁹³ Cour Suprême (Cameroun), 11 mai 1978, arrêt n°49, Aff. Dame Essengue née Etoundi Marie c/ Essengue ; Cour Suprême (Cameroun), 5 janvier 1984, arrêt n°20, Aff. Mbouck Firmin c/ NgouneNitendeu Louise.

⁹⁴ V° art. 322 et 609 du code de procédure civile et commerciale applicable au Cameroun qui détermine l'étendue des pouvoirs et les conditions d'exercice par les huissiers dans les domiciles des particuliers.

chimérique encore et de plus, son prononcé dépend ici de l'appréciation souveraine du juge.

De toute évidence, le modèle de divorce pour faute ne résiste pas à la pression des droits de l'homme. Il apparaît comme une arène où tous les coups sont permis, chacun des conjoints recherchant la destruction voire la perte de l'autre.

À côté de la non-libéralisation du divorce, il y a d'autres éléments qui tentent de faire du mariage une « *condamnation à perpétuité* ». Nous pensons à l'intervention du droit pénal qui vient au soutien du droit civil dans sa logique de sacralisation de l'unité conjugale. L'adultère qui est une cause péremptoire du divorce en droit civil est en même temps une infraction pénale passible d'une peine privative de liberté en droit camerounais⁹⁵. C'est une véritable curiosité que cette pénalisation du lien contractuel matrimonial quand nous savons que ce sont les sentiments à la base qui fondent l'union matrimoniale⁹⁶. Théoriquement, l'on réalise donc la forte emprise de la société sur l'individu au point où, par pure convenance, vous devez poursuivre une union où toute harmonie n'est plus possible. Le mariage est d'abord un contrat et à ce titre l'adultère apparaît comme la violation d'une « *obligation de ne pas faire* » qui devrait se résoudre en dommages et intérêts⁹⁷. D'ailleurs le législateur français l'a bien compris et depuis 1975, l'adultère a été dépénalisé. Le législateur camerounais qui se veut démocrate et libéral devrait en faire autant.

En définitive, nous proposons qu'une « *désinstitutionalisation* » de la gestion de la dégradation du lien conjugal s'opère au profit d'une contractualisation de sa rupture. La dédramatisation du divorce s'opérerait utilement en s'inspirant des évolutions du droit comparé où une institution

⁹⁵ Cf. art. 361 du code pénal camerounais.

⁹⁶ Ndoko, Nicole-Claire. 1991. Les manquements au droit de la famille en Afrique Noire, *RIDC* : 99 et s.

⁹⁷ L'article 1142 du code civil dispose que : « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur » ; Malaurie , Philippe, and Aynes, Laurent, and Stoffel-Munck Philippe. 2007. Les obligations, 3^{ème} éd., Defrénois, 2 et s.

telle le divorce par consentement mutuel « judiciaire »⁹⁸ serait bienvenue pour tous.

B. Le rejet de nouvelles formes de conjugalités

Le modèle matrimonial consacré par les législations africaines est celui hérité de la législation coloniale qui laisse transparaître au moins deux traits saillants d'un conservatisme controversé : la solennité de l'institution de mariage qui marque la consécration du monisme matrimonial (1) et l'altérité sexuelle comme socle du mariage et partant de la famille (2).

1. Le monisme dans l'union matrimoniale

La recherche de l'épanouissement de l'individu semble être une mission constitutionnelle inaltérable. Une analyse des formes de célébration du mariage à l'aune de la philosophie individualiste dévoile cependant quelques préoccupations. En effet, théoriquement l'on peut distinguer au moins trois formes de mariage : le mariage civil, le mariage coutumier et le mariage religieux. Cette pluralité des formes de mariage apparaît nécessairement comme l'expression d'une diversité de convictions, de valeurs et de cultures qui composent l'éthos social d'une communauté. L'approche occidentale semble ne retenir parce que privilégiant le modèle institutionnel, que le mariage civil c'est-à-dire celui qui est célébré par l'officier d'état civil. Or, le droit traditionnel africain malgré l'influence de la source impérialiste, a tenu à préserver son authenticité en reconnaissant une place au mariage coutumier⁹⁹. Seulement, la validité dudit mariage reste à ce jour controversée au point où plusieurs régimes lui sont appliqués. Il se trouve qu'en Afrique en général, opposer tradition et modernisme comme sources normatives pouvant influencer le mariage peut apparaître être d'une simplification déroutante. La problématique est plus large et intègre celle du mariage

⁹⁸ Neirinck, Claire. Le couple et la contractualisation de la rupture. *op. cit.* : 575 et s.

⁹⁹ Guinchar, Serges. 1978. Le mariage coutumier en droit sénégalais, *Revue internationale de droit comparé*, 3 (30) : 811 et s.

religieux¹⁰⁰. Alors, quelle est la position des législateurs africains du droit de la famille sur la problématique de l'affrontement entre tradition, religion et modernisme en matière de mariage ? La question souligne en filigrane l'influence de l'ancien droit colonial¹⁰¹. La réponse à cette question devrait rendre compte en réalité du degré d'humanisation du droit au mariage.

Il semble que les législateurs admettent tous les trois formes de mariage ci-dessus relevées même si le mariage civil est *in fine* celui qui est porteur d'une autorité juridique clairement affirmée¹⁰². En effet, après avoir légiféré sur la dot coutumière en ses articles 70 à 73, l'ordonnance de 1981 rebondit en son article 81 pour mettre une double restriction importante au mariage coutumier en ces termes : « *Les mariages coutumiers doivent être transcrits dans les registres d'état civil du lieu de naissance ou de résidence de l'un des époux. Toutefois, le Président de la République peut, par décret, interdire sur tout ou partie du territoire, la célébration des mariages coutumiers* ». Il apparaît clairement que la validité du mariage coutumier dépend de la transcription dans les registres d'État civil de sorte à ce que l'officier délivre aux personnes intéressées un acte de mariage. En l'absence d'acte d'état civil, la preuve du mariage coutumier est difficile à apporter et la Cour suprême du Cameroun ignore la transcription après le décès de l'un des conjoints et considère celles qui vivaient (mariées coutumièrement) avec le défunt comme ses concubines. De plus, la précarité du mariage coutumier est perceptible en raison du pouvoir reconnu au Président de la République qui, par acte administratif unilatéral, peut l'interdire sur tout ou partie du territoire. Cette occidentalisation très sélective de la conclusion du mariage est à dénoncer de ce point de vue. Nous proposons, afin de réduire au

¹⁰⁰ Largement pris en compte par le droit sénégalais de la famille. Lire Brossier, Marie. 2004. Les débats sur le droit de la famille au Sénégal : Une mise en question des fondements de l'autorité légitime ? *Karthala/Politique africaine*, 96 (4) : 78-98.

¹⁰¹ L'influence de l'ancien droit colonial est marquée et va jusqu'au mouvement de codification qui va aboutir à l'adoption par les anciennes colonies, du Code civil des Français lequel a influencé et influence encore les droits africains : Mbambi, Vincent KANGULUMBA 2005. Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne. *Les Cahiers de droit*, 46(1-2), 315-338

¹⁰² Cf. art. 48 de l'ordonnance camerounaise de 1981.

maximum l'exclusion dans notre environnement, de donner au mariage coutumier une valeur égale au mariage civil sous certaines conditions. Au Sénégal, par exemple, le législateur a formellement consacré deux formes ordinaires du mariage : le mariage moderne célébré et le mariage coutumier constaté. La possibilité de choisir est ainsi offerte aux aspirants entre les deux formes de mariage officiel. Pour être valable, le mariage coutumier doit être constaté par l'officier d'état civil¹⁰³. Seulement, le mariage coutumier produit des effets de droits *inter partes* même en l'absence de constatation par l'officier d'état civil¹⁰⁴, les époux ne pouvant s'en prévaloir à l'égard de l'État, des collectivités publiques et des établissements publics ou privés pour prétendre notamment au bénéfice des avantages familiaux¹⁰⁵. Il conviendrait par ailleurs de rendre l'exigence dot supplétive afin de parer aux difficultés liées au paiement de la dot.

Pour ce qui concerne le mariage religieux, il n'est pas une pratique interdite par la loi; seulement il est clair qu'il n'a aucune valeur juridique et ne saurait être créateur de droits. Par contre il est possible que la célébration du mariage religieux conduise à la commission d'une infraction si elle n'est précédée du mariage civil¹⁰⁶.

2. *L'ignorance des autres formes de conjugalité*

L'observation de l'évolution des modèles familiaux impose d'interroger la politique familiale au regard des demandes sociales émergentes. Au cœur de la constitutionnalisation et de la fondamentalisation du droit de la famille¹⁰⁷, se trouve la problématique de la diversification des unions contractuelles¹⁰⁸. En réalité, la philosophie individualiste en 1804 a connu mauvaise fortune s'agissant de la notion de conjugalité avec la consécration

¹⁰³ Cf. art. 114 code sénégalais de la famille.

¹⁰⁴ Cf. art 146 code précité

¹⁰⁵ Ndoko, Nicole Claire. *op. cit.* : 90 et s.

¹⁰⁶ Cf. art. 217 code pénal

¹⁰⁷ Rochfeld, Judith. 2017. Les droits subjectifs. In *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, coll.Droit : 147.

¹⁰⁸ Millard, Eric. *op. cit.*: 147.

du mariage comme seule forme de couple juridiquement admise¹⁰⁹. Cette conception conservatrice inspirée de Bonaparte¹¹⁰ a été reprise par la quasi-totalité des lois portant code des personnes et de la famille en Afrique qui, inscrivant le mariage dans une dimension verticale, le considèrent comme le fondement même de la famille. Ainsi entendue, la famille selon la conception traditionnelle qui repose sur le mariage et la filiation opère véritable confusion entre parenté, parentalité et conjugalité. Or il s'agit d'une approche restrictive et figée de la famille qui ne rend plus compte de la multiplicité des liens aujourd'hui à même de tisser la notion moderne de famille. Plus grave encore, ce choix est source d'exclusion, de stigmatisation et de tensions sociales dans un monde où paradoxalement, le droit se veut être un catalyseur de l'épanouissement de l'individu.

En limitant la notion de couple au seul mariage, le droit de la famille applicable en contexte africain délaisse ainsi plusieurs « *situations familiales* » qui mériteraient un encadrement juridique fusse-t-il minimal. C'est par exemple l'hypothèse du concubinage et l'épineuse problématique du mariage « *pour tous* ».

Plusieurs changements¹¹¹ sont intervenus notamment en Europe sous la bannière de la cour européenne des droits de l'homme et ont accéléré les transformations du droit de la famille. Si l'on prend en compte les aspects sociologiques, économiques et juridiques de la famille, il est évident qu'il n'est pas pertinent de la rattacher au mariage dont les contours actuels n'intègrent pas la multiplicité des évolutions sociales post-modernes des modèles familiaux. Les textes régissant la famille ignorent par exemple les couples hors mariage malgré le fait qu'il s'agit là d'une réalité sociale de notre environnement. Telle est par exemple le cas du concubinage même si le droit des obligations permet la réparation du préjudice subi par le concubin survivant lorsque son compagnon a été victime d'un accident corporel ayant

¹⁰⁹ Rochfeld, Judith. 2017. Op.cit.115 et s.

¹¹⁰ Siew-Guillemain, Anne- Sophie. 2017. *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux*. Thèse de Doctorat en droit. Université côte d'Azur: 10.

¹¹¹ Leroyer, Anne-Marie. op. cit. : 53-66.

entraîné son décès. Or, cette option, justifiée en son temps par le souci d'encourager le mariage et d'abandonner les concubins au triste sort de leur propre turpitude est source de beaucoup de souffrances et de douleurs. De plus, dans notre environnement, nos mœurs imposent la pratique de la dot qui chez certains peuples est une condition *sine qua non* pour arriver au mariage civil. Officiellement, la dot apparaît en comme un cadeau symbolisant l'engagement réciproque d'un homme et d'une femme de se prendre pour époux dans le cadre des fiançailles. Concrètement, la dot est le prix que le futur époux doit payer non à la fiancée mais à la famille de cette dernière pour pouvoir la « posséder »¹¹². Seulement, dans certaines traditions cette dot est d'un montant exorbitant et dissuasif au point où certains couples renoncent malgré eux à officialiser leur union et demeurent à jamais dans le concubinage¹¹³. Conscient de ces blocages culturels, le législateur camerounais a tenté une réponse en incriminant l'exigence abusive d'une dot en son l'article 357 du code pénal. Malheureusement¹¹⁴, en l'absence de jurisprudence sur la question il est difficile de cerner le critère de l'abusif. Face à ces dérives qui participent des atteintes aux droits et libertés individuels, nous proposons aux différents législateurs africains, dans la perspective de mieux organiser le « vivre ensemble », de faire rentrer le concubinage dans la sphère du droit sans pour autant dévaloriser le mariage. Pour cela, le législateur pourrait s'inspirer de l'institution du pacte civil de solidarité dit PACS¹¹⁵ du droit de la famille français¹¹⁶. Le PACS est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou [de même sexe]¹¹⁷, pour organiser leur vie commune¹¹⁸. Cette institution qui se rapproche du mariage a l'avantage de contenir la rigidité de ce dernier sans toutefois

¹¹² Bikié, Fabrice Roland. 2017. La protection des femmes dans le code pénal du Cameroun – Réflexion sur les avancées en trompe l'œil issues de la loi camerounaise n°2016/007 du 12 juillet 2016. *Annales de Droit de Louvain* 77 (2) : 364 et s.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Le législateur camerounais devrait s'inspirer de la stricte organisation du régime dotal faite par le législateur béninois.

¹¹⁵ Loi n°99-944 du 15 novembre 1999.

¹¹⁶ Brusorio-Aillaud, Marjorie. *op. cit.* : 247 et s.

¹¹⁷ On pourrait tronquer ce bout de texte compte tenu de l'exigence d'hétérosexualité qui reste le substrat du couple en droit camerounais.

¹¹⁸ Brusorio-Aillaud, Marjorie. *op. cit.*

tomber dans le libertinage du concubinage. Les pacsés peuvent donc se mettre d'accord par contrat sur les effets personnels et patrimoniaux de leur relation. En optant pour cette formule intermédiaire de conjugalité, le législateur protégerait aussi bien les pacsés que leur descendance du vide juridique qu'est le concubinage.

Pour ce qui concerne la problématique de la nouvelle forme de conjugalité qu'est le « *mariage pour tous* », la situation est encore plus difficile que celle du concubinage dans le droit africain. Non seulement aucun mariage ne pourrait être valablement célébré en présence de deux personnes de sexe équivalent, mais l'homosexualité en elle-même est pénalement réprimée¹¹⁹ dans la majorité des législations africaines. C'est ici une fois encore, l'individu qui est sacrifié au bénéfice d'une conviction sociale qui crée une stigmatisation à l'égard des homosexuels. Alors, quelle est la pertinence de cette option discriminatoire et ostracisant au moment où les États africains revendiquant leurs idéaux démocratiques et libéraux, proclament que l'être humain, sans distinction de race, de religion, de sexe, de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ? Ceci est d'autant plus curieux que même si les droits ne pas sont nécessairement absolus, le législateur ne pourrait en limiter la jouissance ou l'exercice que pour préserver les droits d'autrui et/ou le bien commun¹²⁰.

Conclusion

Une réflexion sur le droit de la famille trouve tout son intérêt affirmé dès lors qu'elle vise à mettre en relief les problématiques actuelles, notamment celle visant la protection des droits de l'homme au détour de la promotion de l'individualisme. En effet, la famille, espace par excellence de la socialisation des individus, continue d'être aujourd'hui encore le cadre majeur de la production des discriminations, que celles-ci soient liées à la conjugalité

¹¹⁹ Cf. code pénaux : art. 347-1 Cameroun, 319 Sénégal, 360 Cote d'Ivoire, etc.

¹²⁰ Chenedé, Françoise. 2015. Brèves remarques sur la fondamentalisation du droit de la famille. RDA 11 : 41.

ou la parentalité. En décrivant l'ancrage juridique autour duquel les législateurs africains révèlent leur politique familiale, il nous a été loisible de remettre en cause la dichotomie implicite opposant l'*individualisme* et les exigences socio-culturelles. Si le droit de la famille peut être considéré comme le socle des rapports intersubjectifs, il est aussi le lieu de la consolidation, de la pérennisation de certaines mœurs. Ainsi, nous nous sommes intéressés à la question de savoir si l'alignement des États d'Afrique francophone subsaharienne à la mouvance communautaire voire mondiale de la ratification d'instruments juridiques internationaux de promotion des droits et libertés individuelles est révélateur d'une amorce qui s'ouvre aux changements dans le droit de la famille. Nos analyses nous ont en effet permis de faire le constat d'une méconnaissance avérée d'une conception individualiste qui serait le siège de la sacralisation de l'individu, de la promotion et de la protection des droits de l'homme. Il est vérifié que, la problématique des discriminations remet au goût du jour l'épineuse question de ses motifs, sources de conflits dans les familles. En effet, la complexité de la problématique de l'individualisme s'accroît eu égard au pluralisme juridique et judiciaire hérité depuis l'époque coloniale, qui fonde l'emprise de la coutume et de la tradition sur le droit positif¹²¹. Cet enracinement aux valeurs ancestrales justifie à plus d'un titre la négation de l'autonomie des volontés depuis l'entrée jusqu'à la sortie du mariage, et de plus pérennise le monisme matrimonial.

Dès lors, envisager les droits africains de la famille à l'épreuve de la philosophie individualiste c'est tendre la main aux législateurs afin que définitivement, et sur le prétexte de la modernisation du droit de la famille, soit apporté un éclairage nouveau à la situation de l'*individu* au sein de la famille. L'individu qu'il soit femme, enfant ou homme, doit voir ses choix de vie, ses orientations personnelles respectées, mais surtout ses prérogatives reconnues en tant que personne à part entière. Cette situation conduira assurément à la promotion de sociétés démocratiques et libérales en Afrique.

¹²¹ Kangulumba Mbambi, Vincent.2015. Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification ; le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne. *Les cahiers de droit*, 1-2(46) : 315-338.