



Mémoire

Présenté par

ATCHEKPE, Ablawa

Sandra

UNIVERSITE DE LOME (UL)

FACULTE DE DROIT (FD)

**La protection juridique de la femme mariée dans le
droit positif togolais**

Année universitaire :

2006 - 2007

REPUBLIQUE TOGOLAISE

UNIVERSITE DE LOME (UL)

FACULTE DE DROIT (FDD)



Année universitaire : 2006 - 2007

La protection juridique de la femme mariée dans le droit positif togolais

Mémoire pour l'obtention du Diplôme d'Etudes Approfondies (DEA)

Option : Droit Privé Fondamental

Présenté et soutenu par :

ATCHEKPE Ablawa Sandra

Sous la direction de :

M. WOLOU Komi

**Maître de Conférences
Agrégé des Facultés de Droit**

04.01.01
ATC
15040

17 MAR. 2011

04.01.01
ATC
15040

REPUBLIQUE TOGOLAISE

UNIVERSITE DE LOME (UL)

FACULTE DE DROIT (FDD)

Année universitaire : 2006 - 2007



La protection juridique de la femme mariée dans le droit positif togolais

Mémoire pour l'obtention du Diplôme d'Etudes Approfondies (DEA)

Option : Droit Privé Fondamental

Présenté et soutenu par :

ATCHEKPE Ablawa Sandra

Sous la direction de :

M. WOLOU Komi

**Maître de Conférences
Agrégé des Facultés de Droit**

DEDICACES

- A L'ÉTERNEL DIEU, pour la gloire de son Nom.

- A Séraphine et Antoine, mes parents pour tous les sacrifices consentis.
Qu'ils veillent trouver en ce travail des motifs supplémentaires de satisfaction.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

REMERCIEMENTS

Nos remerciements vont :

- A notre directeur de mémoire, Monsieur WOLOU Komi, Maître de Conférences Agrégé des Facultés de Droit dont les qualités exceptionnelles forcent notre admiration et, pour avoir permis la réalisation de ce travail.
- A Monsieur ATSU-DETE Théophile, Docteur en droit, Enseignant-chercheur à la Faculté de Droit de l'Université de Lomé, pour sa disponibilité permanente et son sens aigu du travail bien fait.
- Aux membres du Jury, pour leurs contributions à l'amélioration de ce travail.
- A tout le corps enseignant des Facultés de Droit des Universités de Lomé et d'Abomey-Calavi.
- A Solange, Franck, Hervé pour la perpétuation de l'amour fraternel que nous a inculqué nos parents.
- A Monsieur Aubin GODJO pour son assistance permanente.
- A tous ceux qui ont contribué à la finalisation de ce mémoire.

AVERTISSEMENT

**LA FACULTE DE DROIT N'ENTEND DONNER AUCUNE
APPROBATION NI IMPROBATION AUX OPINIONS EMISES DANS
CE MEMOIRE. CES OPINIONS DOIVENT ETRE CONSIDEREES
COMME PROPRES A LEUR AUTEUR.**

Résumé

La femme est la mère de l'humanité entend-t-on souvent dire.

A une époque où, la tendance dans presque toutes les sociétés est à la promotion économique, politique et sociale de la femme, des incertitudes demeurent toujours quant à sa place dans le ménage et ses rapports avec son conjoint. Alors que la jeune fille jouit de toute sa capacité dès sa majorité, le mariage semble entraîner pour la femme mariée, une certaine limitation de sa capacité.

Face à constat, et à l'ère où le sort de la femme est au cœur de toutes les préoccupations, l'étude de la législation togolaise a pour objectif, alors qu'une révision du code des personnes et de la famille est actuellement en cours, de vérifier la place qui y est accordée à la femme ; de faire l'inventaire des structures mises en place pour assurer la protection de la femme et de vérifier si les mesures prévues par le codificateur togolais concourent efficacement à l'amélioration de la condition féminine ?

Ces interrogations révèlent l'intérêt du sujet qui se veut à la fois théorique et pratique. L'intérêt théorique consiste à clarifier l'organisation des relations entre les conjoints au cours du mariage et surtout à préciser les différents concepts qui ont été abordés dans le cadre de ce travail. Il s'agit par exemple de la contribution aux charges du ménage, du devoir de secours, des régimes matrimoniaux, de la vocation héréditaire de la femme... L'intérêt pratique quant à lui réside dans le fait d'attirer l'attention des législateurs, sur la base des propositions qui ont été faites, sur la nécessité d'opérer certaines réformes en la matière.

Pour la réalisation de ce travail, la méthode choisie a été celle comparatiste. Une méthode axée sur le droit béninois, le droit togolais et sur le droit français. Cette démarche nous a permis d'émettre l'hypothèse de l'existence dans le Code Togolais des Personnes et de la Famille, de mesures protectrices à l'égard de la femme. Toutefois, ces mesures semblaient atténuer par la survivance d'éléments discriminatoires à l'égard de la femme.

L'étude de la protection juridique de la femme a abouti à la confirmation des hypothèses de recherche. En effet, il est ressorti à l'examen des dispositions du code des personnes et de la famille du Togo, qu'il existait des mesures favorables à la promotion de la condition féminine. Toutes ces mesures n'ont cependant pu réaliser l'égalité entre les conjoints. L'homme demeure toujours le chef de famille et jouit à ce titre de prérogatives particulières.

En définitive, cette étude nous a permis de vérifier la protection accordée à la femme dans l'ordre juridique togolais et, sur la base des propositions qui ont été faites, de confirmer la nécessité d'une intervention législative en la matière.

ABREVIATIONS

Al.	Alinéa
Art.	Article
C.A.	Cour d'appel
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cf.	Confère
Ch.	Chambre
C. civ.	Code civil
Chron.	Chronique
Coll.	Collection
C. pén.	Code pénal
Ed.	Editions
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid. / Id.	Ibidem / Idem
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
M. / M^{me}	Monsieur / Madame
n°	Numéro
Obs.	Observations
Op. cit.	<i>opus citatum</i> (ouvrage cité)
p.	Pages
R.B.S.J.A.	Revue Béninoise de Sciences Juridiques et Administratives
R.T.D. civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
S.	Suivants
Ss.	Sous
t.	Tome
Univ.	Université
Vol.	Volume
V.	Voir

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
Première partie : La promotion du statut juridique de la femme : vers l'égalité dans les rapports entre époux.....	9
Chapitre I : L'uniformisation des pouvoirs des époux.....	10
Section 1 : La direction collégiale du ménage.....	10
Section 2 La réciprocité des droits patrimoniaux des époux.....	21
Chapitre II : L'affirmation de la capacité réciproque des époux.....	29
Section 1 : L'autonomie ménagère des époux.....	29
Section 2 : L'autonomie professionnelle des époux.....	36
Deuxième partie : La relativité de la promotion du statut juridique de la femme : De la survivance de l'inégalité entre les époux.....	42
Chapitre I : La survivance de l'inégalité dans les rapports personnels entre époux...44	44
Section 1 : La prééminence du mari dans la direction de la famille.....	44
Section 2 : Les prérogatives liées à la prééminence du mari.....	50
Chapitre II : La survivance de l'inégalité dans les relations pécuniaires entre époux.58	58
Section 1 : La survivance de l'inégalité dans les régimes de communauté de biens.58	58
Section 2 : La survivance de l'inégalité dans le régime de séparation de biens.....	64
CONCLUSION.....	70
BIBLIOGRAPHIE.....	74
TABLE DES MATIERES.....	79

**LA PROTECTION JURIDIQUE DE LA FEMME
MARIEE DANS LE DROIT POSITIF TOGOLAIS**

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

INTRODUCTION

Le XXI^{ème} siècle semble marquer pour la femme, le début d'une ère nouvelle. Au Bénin et au Togo comme dans la plupart des sociétés africaines, une place de plus en plus importante semble être accordée à la femme.

Pour le professeur RAHARIJOAMA, cet état de chose se justifie parfaitement dans la mesure où : « *Les pays en voie de développement pourront suivre d'autant plus facilement et d'autant mieux la voie qu'ils se sont tracée pour leur développement que les femmes participeront davantage à la vie économique et sociale de leur nation* »¹.

Mais, si le rôle économique et social de la femme apparaît désormais incontestable, sa place dans le ménage et ses rapports avec son conjoint suscitent toujours de nombreuses polémiques. À l'ère où tout le monde s'accorde à reconnaître une place spéciale à la femme dans les domaines économique et politique, tous ne s'accordent pas sur la place de celle-ci dans la famille. Il apparaît alors utile de jeter un regard interrogateur sur le statut juridique de l'épouse.

Au regard du thème étudié qui est relatif à la protection de la femme, il convient de préciser que seul sera pris en considération le statut juridique de la femme mariée. Nous ne nous étendrons pas sur la condition de la concubine ; le concubinage étant défini par opposition à l'union de droit qu'est le mariage, comme une union de fait caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe². La condition de la femme mariée a particulièrement retenu notre attention parce que, contrairement à la jeune fille qui, tout comme le jeune homme, jouit de toutes les prérogatives d'un sujet de droit, dès qu'elle atteint la majorité, le mariage entraîne pour la femme mariée une certaine restriction de ses droits. Ce constat quelque peu

¹ Cf., H. RAHARIJOAMA, *Le droit de la famille à Madagascar* in " *Le droit de la famille en Afrique Noire et à Madagascar* ", p. 215, cité par M. FOLI, *La femme mariée dans le Code de la famille*, Annales de l'Université du Bénin, Série Droit – Economie, 1984, p. 1.

² M. DOUCHY, *Droit Civil, 1^{ère} année, Introduction- Personnes- Famille*, Dalloz, 2^e éd., 2003, p. 258.

insolite n'est cependant pas dépourvu de fondement dans la mesure où, le mariage étant considéré comme une association, comme toute association, son fonctionnement exige que chaque membre accepte de sacrifier une partie de ses droits et de ses libertés. Il est alors nécessaire de se poser la question de connaître le degré du sacrifice imposé à chaque époux.

En effet, en matière du droit du mariage³, certains stéréotypes tels le statut d'incapable de la femme mariée, la prépondérance du mari... sont largement répandus et considérés comme caractérisant la plupart des sociétés africaines⁴. Ces traits négatifs laissent entrevoir de nombreuses discriminations à l'égard de la femme et favorisent ainsi l'inégalité entre les époux. Suite à ce constat, est-ce tout naturellement que surgit le débat sur **la protection juridique de la femme mariée**.

Du latin "*protectio*", la protection se définit selon le vocabulaire juridique⁵ comme, « la précaution qui, répondant au besoin de celui ou de ce qu'elle couvre et correspond en général à un devoir pour celui qui l'assume, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité, son intégrité par des moyens juridiques ou matériels ». Elle désigne aussi bien l'action de protéger que le système de protection établi.

L'adjectif "juridique" employé révèle, conformément au lexique des termes juridiques⁶ que la protection est relative au droit dans son sens large⁷. Ainsi, la protection consiste, en raison d'un état de faiblesse et de vulnérabilité, à faire bénéficier la femme, sa personne et ses biens, d'un régime de protection organisé par la loi. En d'autres termes, la protection se réfère aux mesures juridiques qui concourent à garantir la sécurité et l'intégrité de la femme. Il s'agira concrètement de déterminer les moyens, organes ou institutions juridiques mis en place par la législation togolaise dans le but de promouvoir la femme mariée.

En effet, à l'ère où le statut de la femme est au cœur de toutes les préoccupations, l'étude du droit togolais a pour objectif, alors qu'une révision du code

³ Aux termes de l'article 41 du (C.T.P.F.), « le mariage est l'acte public et solennel par lequel un homme et une femme établissent entre eux une union légale et durable... ».

⁴ V. S. KANJI, F. CAMARA, *L'union matrimoniale dans la tradition des peuples noirs*, l'Harmattan, 2000, p. 17.

⁵ G. CORNU (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., PUF, 2004, p. 721.

⁶ R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 14^e éd., 2003.

⁷ Le Droit peut se définir dans son sens large comme l'ensemble des règles régissant la vie en société et sanctionnées par la puissance publique. Cf., R. GUILLIEN et J. VINCENT, id.

des personnes et de la famille est actuellement en cours, de vérifier la place qui y est accordée à la femme. Mais d'une manière générale, la question de la protection de la femme relève surtout, alors que le Togo s'est doté d'un code des personnes et de la famille, de la nécessité pour les Etats africains en général d'adapter leurs structures sociales et familiales aux exigences du développement⁸ étant donné qu'il est reproché aux structures familiales traditionnelles de relever d'un droit privé rétrograde qui confine la femme dans un rôle de second plan, et de constituer « ...un frein au développement »⁹. Pour mieux cerner cette argumentation, il convient de rappeler les structures traditionnelles préexistantes.

Traditionnellement, ainsi que le soulignent S. KANJI et F. CAMARA, dans les sociétés africaines précoloniales, la femme était considérée comme n'ayant aucun pouvoir juridique¹⁰. Jadis, sous l'empire des coutumes et de la tradition, elle était maintenue dans un état d'infériorité tant à l'égard de sa famille que de son mari. C'est d'ailleurs ce que précise le Coutumier du Dahomey¹¹ lorsqu'il énonce en son point 122, que « *les relations au cours du mariage sont placées sous la règle de l'obéissance au mari* ». Poussant plus loin, M. FOLI, dont nous ne partageons pas l'opinion, affirme qu'elle était « *presqu'un esclave de son mari à qui elle devait obéissance et respect absolus* »¹². Pour ces auteurs, le droit de la famille «...se résumait [donc] en droit de l'homme, plus précisément celui du mari, excluant [...] ceux de la femme et des enfants »¹³. A côté de cette situation peu reluisante pour la femme, prévalaient des institutions traditionnelles telles la polygamie¹⁴ et la dot¹⁵ qui

⁸ Par "exigences du développement", nous mettons l'accent sur la nécessité pour les pays en voie de développement de conformer leurs législations, en la matière qui nous concerne, aux conventions internationales sur la protection des droits de l'homme en général et de la femme en particulier. Nous citons à titre d'exemple la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme, la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples...

⁹ V. G. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, éd. A. Pedone, 1974, p. 197.

¹⁰ Point 127 du Coutumier du Dahomey.

¹¹ Le Coutumier du Dahomey institué par la Circulaire A.P. 128 du 19 Mars 1931, était une compilation des différentes coutumes en vigueur au Dahomey (actuel Bénin). Le document précise bien que les règles y énoncées ne sont pas des articles de code. Ces règles rappellent la coutume ancienne et constituent l'état de la question à une époque précise.

¹² M. FOLI, *ibid.*, p. 3.

¹³ J. DJOGBENOU, *Les personnes et la famille en République du Bénin : De la réalité sociale à l'actualité juridique* in *La Personne, la Famille et le Droit en République du Bénin, Contribution à l'étude du Code des Personnes et de la Famille*, éd. Juris Ouaniolo, 2007, p. 19.

¹⁴ La polygamie peut se définir comme la faculté reconnue à l'homme d'avoir plusieurs épouses.

¹⁵ La dot quant à elle est susceptible de plusieurs interprétations. Mais d'une manière générale, elle peut se définir comme l'ensemble des biens et avantages que le jeune homme ou sa famille procure à la jeune fille ou à la famille de celle-ci dans le cadre de la célébration du mariage.

viennent renforcer les pouvoirs du mari et accentuent l'infériorité de la femme. Toutefois, sur le plan patrimonial, il faut reconnaître que le modèle polygamique a contribué au renforcement de l'indépendance économique de la femme ; indépendance facilitée par la séparation des biens qui régissait les rapports patrimoniaux entre les époux.

C'est dans ce contexte qu'intervient la colonisation. Au départ, la politique coloniale s'est traduite par une volonté d'assimilation de la loi française au mépris des normes coutumières¹⁶. Mais, cette politique a échoué car, comme l'a si bien souligné le professeur Jean Julien CODJOVI¹⁷, « *l'un des bastions restés inexpugnables en dépit des efforts pour les remodeler à l'image de l'archétype européen, reste la famille, domaine très sensible* ». Face à cet échec et désormais conscient du fait que le droit traditionnel et le droit "moderne" étaient profondément opposés, le législateur colonial a été contraint de maintenir les institutions privées traditionnelles. Ainsi, le droit de la famille a longtemps été marqué par un contexte juridique dualiste : d'un côté, une pluralité de coutumes qui consacrait comme il a déjà été énoncé, une certaine suprématie du mari et de l'autre, le "droit moderne"¹⁸ hérité de la colonisation. Malgré cette dualité qui prévalait, la frontière entre les deux systèmes juridiques n'a cessé de se déplacer au bénéfice du droit colonial. C'est ainsi que, certains aspects du droit coutumier étant jugés incompatibles avec l'ordre public colonial, des dispositions furent prises par le législateur colonial pour faire échec à leur application. Les plus importantes de ces dispositions étaient les décrets MANDEL, MOUTET et JACQUINOT. Le décret MANDEL, du 15 Juin 1939 fait du consentement des futurs époux et surtout celui de la femme une condition indispensable pour la validité du mariage. Le décret MOUTET du 20 Février 1946 a qualifié de mise en servitude de la femme la pratique du lévirat. Quant au décret JACQUINOT du 14 Septembre 1951, il avait pour but de protéger le libre

¹⁶ A travers cette politique, le colonisateur avait envisagé d'éliminer toute culture autre que la sienne. Il s'agissait d'une politique d'assimilation de comportement, de mœurs et de culture de la France. Au plan juridique, cette politique était portée par plusieurs textes dont une loi datée du 24 Avril 1833. L'article 1^{er} de cette loi dispose que « *toute personne née libre ou ayant acquis légalement sa liberté jouit dans les colonies françaises : des droits civils, des droits politiques sous les mêmes conditions prescrites par les lois* ». V. G. KOUASSIGAN, *ibid.*, p. 39.

¹⁷ J. J. CODJOVI, *Le régime matrimonial légal dans les législations nouvelles des Etats francophones de l'Afrique de l'Ouest*, R.B.S.J.A., n°8, Mai 1987, p. 2.

¹⁸ Il est utile de préciser que ce Droit consacrait aussi la prééminence du mari et la subordination de la femme. Nous en voulons pour preuve les articles 213 et 214 du Code civil français de 1804 qui imposaient à la femme le devoir d'obéissance au mari et l'obligation de le suivre partout où il jugeait à propos de résider.

consentement de la femme et de limiter les abus de la dot. Mais, tous ces textes qui consacrent des dispositions particulières en faveur de la femme n'ont cependant pu établir une égalité entre les époux.

Dans cette atmosphère caractérisée par un dualisme juridique, intervient alors l'indépendance des Etats d'Afrique noire, notamment celle du Togo. L'accession à la souveraineté internationale de ces pays a entraîné de profondes mutations politiques, économiques et sociales; mutations qui ne sont pas restées sans influencer le droit de la famille.

À la faveur de l'indépendance, les peuples colonisés retrouvent leur liberté. Mais, pour ces Etats nouvellement indépendants, « *l'indépendance c'est aussi et surtout un choix entre deux tendances contradictoires : la première [...] conduit à renier le passé colonial et implique un retour pur et simple aux civilisations traditionnelles, la deuxième conduit à rejeter les institutions traditionnelles au profit d'institutions nouvelles.* »¹⁹. En effet, l'objectif prioritaire de ces Etats étant désormais d'assurer le développement, cette volonté de modernisation ne concerna pas seulement les institutions administratives et économiques. Elle s'étendit aussi au droit de la famille. Ainsi, l'option face à laquelle se trouvaient les législateurs africains était de choisir entre la coutume et le droit moderne ; entre la tradition où le mari est le chef de famille et la nécessaire émancipation de la femme voire l'égalité des époux. Dans l'hypothèse où les législateurs inclineraient en faveur du droit moderne, comment concilier ce choix avec la volonté de voir ce droit être appliqué effectivement par toute la population même celle rurale ? Dans le cas où le droit coutumier l'emporterait, comment justifier ce choix face à la volonté de modernisation ?

Nous comprenons aisément à la suite de ces interrogations que ce choix fut un véritable dilemme pour les législateurs. Néanmoins, ces derniers sont parvenus à le résoudre en prenant en compte les aspirations des populations concernées. En effet, tous ces législateurs s'accordaient pour considérer les institutions traditionnelles comme un frein au développement, un reflet du passé révolu. Mais, si l'unanimité était faite sur la nécessité de supprimer ces institutions, des divergences sont apparues quant aux moyens à mettre en œuvre pour y parvenir. Certains, en raison de la priorité donnée aux problèmes économiques et surtout par crainte d'une

¹⁹ G. KOUASSIGAN, *ibid.*, p. 89.

révolte des populations, ont préféré remettre à plus tard la codification. Telle a été par exemple l'attitude adoptée au Bénin. Cette attitude passive avait pour but de préserver dans l'immédiat l'héritage reçu des ancêtres tout en appliquant au besoin le droit issu de la colonisation. Il a fallu attendre l'adoption récente de la loi n° 2002-07 du 24 Août 2004 portant Code des Personnes et de la Famille du Bénin (C.P.F.B.) pour une codification du droit de la famille au Bénin.

Mais pour d'autres par contre, il fallait légiférer immédiatement. Le législateur togolais a opté pour cette solution. Toutefois, l'élaboration du code des personnes et de la famille togolais n'a pas été aisée. Des difficultés sont apparues et s'expliquent d'une part par le fait que les assauts répétés du droit moderne dans ce domaine avaient déjà subi des échecs. D'autre part, parce que les questions de famille ont toujours relevé du domaine de la coutume, toute réglementation de cette matière présente le risque de provoquer un bouleversement complet des institutions préexistantes²⁰. Ainsi, pour le législateur togolais, l'option ne pouvait se limiter ni à la suppression pure et simple des institutions coutumières, ni à l'élaboration d'un droit révolutionnaire. Il s'est alors agi pour le législateur togolais dès 1980, « *d'adapter l'œuvre de codification aux exigences de la vie [...] sans pour autant sacrifier notre africanité et notre originalité* »²¹. En d'autres termes, le Code togolais des personnes et de la famille ci-après C.T.P.F., devait être une « fructueuse symbiose entre la tradition africaine et le monde moderne²² ».

De ce qui précède, il est évident que les règles régissant le droit de la famille au Togo ont connu des modifications suite à l'élaboration du code des Personnes et de la Famille. C'est pourquoi, la question demeure aujourd'hui de savoir si le législateur togolais s'est attelé à prendre des dispositions visant à promouvoir la condition de la femme. La protection du statut juridique de la femme a-t-elle été prise en compte lors de l'élaboration du code des personnes et de la famille du Togo ? Dans le cadre de notre étude, il s'agira de nous interroger sur les nouvelles structures mises en place dans le droit positif togolais. Ces structures assurent-elles la protection de la femme ? La législation togolaise prône-t-elle toujours la prééminence du mari ou affirme-t-elle l'égalité entre le mari et la femme ? De quelles

²⁰ A. MIGNOT, *Le Droit de la Famille au Togo, Textes et Documents*, Publications de l'Université du Bénin, Lomé, 1987, doc n°2, p. 35 et s.

²¹ A. MIGNOT, *id.*, p. 37.

²² A. MIGNOT, *id.*, p. 37.

manières sont organisées les relations entre époux ? Quels sont les droits et devoirs reconnus à la femme mariée ? Jouit-elle des mêmes prérogatives que son mari ? Bref, quel est le statut juridique de la femme au Togo? Ce sont ces interrogations qui constituent la source première de nos préoccupations sur la protection du statut juridique de la femme.

A l'examen des dispositions du C.T.P.F., il est incontestable que ce code tend à donner plus d'indépendance à la femme, à faire d'elle l'égale du mari²³. Néanmoins, ce mouvement ne semble pas avoir été jusqu'au bout de la réforme initiée.

La nouvelle famille africaine²⁴ conçue à l'image de la famille européenne, reposerait désormais sur des droits et devoirs réciproques entre les conjoints. Sur la base de cette réciprocité, il semble que les époux se doivent réciproquement fidélité, secours et assistance. Ils ont l'obligation conjointe de nourrir, entretenir et élever les enfants et de contribuer aux charges du ménage. La femme serait devenue collaboratrice dans la direction du ménage et serait même capable par le biais du transfert de pouvoirs entre époux ou de la substitution judiciaire de remplacer son mari. Mieux, elle semble jouir de la pleine capacité juridique. En vertu de cette capacité, elle bénéficierait d'une grande autonomie aussi bien sur le plan ménager que professionnel.

En ce qui concerne les relations patrimoniales entre les époux, deux tendances se dégagent. L'une plus respectueuse des coutumes qui paraît faire de la séparation de biens le régime légal; régime qui assurerait l'indépendance de la femme. L'autre, inspiré du droit français qui retient les régimes de communauté de biens²⁵.

Il est à relever aussi que, prenant en considération les coutumes, le législateur togolais tend à maintenir la dot comme une condition de forme du mariage étant donné qu'elle constitue une valeur de la civilisation africaine à sauvegarder. La même solution aurait été adoptée en ce qui concerne la polygamie. Celle-ci

²³ PATARIN et ZAJTAY, *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, éd A. Pedone, 1974, p. 16.

²⁴ Le mariage selon cette nouvelle conception n'est plus une alliance entre deux communautés représentées par leurs chefs. Il se définit désormais comme l'acte civil public et solennel par lequel un homme et une femme établissent entre eux une union légale et durable. Cf. article 41 du C.T.P.F.

²⁵ Il est utile de préciser que le C.T.P.F. retient au nombre des régimes communautaires, la communauté de biens et le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts. V. article 348 du C.T.P.F.

demeurerait une option que les époux peuvent choisir au moment de la célébration du mariage. Relativement aux des règles successorales, des droits successoraux seraient reconnus à la femme mariée dès lors que le mari renonce au statut coutumier.

Mais, si tant est que toutes ces mesures ont été élaborées par le législateur togolais, concourent-elles efficacement à l'amélioration de la condition féminine ?
Pouvons-nous affirmer désormais que toutes les discriminations à l'égard de la femme ont été éliminées dans ce pays ?

Le législateur togolais semble à notre avis souffler le chaud et le froid²⁶. Il pense accorder une trop grande protection à la femme chaque fois qu'il lui reconnaît certains droits. Raison pour laquelle, il poserait d'autres principes qui viennent fragiliser cette protection. Il subsisterait toujours ainsi quelques aspects de la suprématie du mari. Nous en voulons pour preuve la qualité de chef de famille toujours attribuée au mari. En effet, parce que la famille est un groupement, comme tout groupement, son fonctionnement exigerait l'existence d'un chef. D'où la qualité de chef qui serait conférée par le législateur togolais au mari.

En définitive, malgré toutes les mesures prises en faveur de la femme, le droit de la famille au Togo porte encore des insuffisances. Certes, à l'évidence, le statut juridique de la femme semble avoir connu d'incontestables progrès. Néanmoins en dépit des efforts réalisés, il serait imprudent d'affirmer la disparition de toutes inégalités entre les conjoints. L'égalité juridique entre l'homme et la femme ne serait pas encore totalement atteinte.

Ces constats nous conduisent à analyser le statut juridique de la femme à la lumière des différentes mesures de protection instituées par le codificateur togolais et à nous interroger sur l'effectivité de la promotion faite à la femme.

Notre développement consistera donc d'abord à analyser la promotion faite à la femme ; promotion qui tend à assurer l'égalité des époux (**Première partie**). Elle consistera ensuite à démontrer que la promotion faite à la femme est relative eu égard aux insuffisances observées (**Seconde partie**).

²⁶ Il faut tout de même relever que ce code date de 1980 et est actuellement en cours de révision.

PREMIERE PARTIE

LA PROMOTION DU STATUT JURIDIQUE DE LA FEMME : VERS L'EGALITE DANS LES RAPPORTS ENTRE EPOUX

Les indépendances ont sonné le glas des institutions traditionnelles considérées comme un *“frein au développement”*. L'aspiration à la modernité et au progrès économique et social a plaidé pour l'institution de nouvelles règles inspirées du droit colonial. Certes l'option est faite en faveur d'un droit de la famille qui tend à promouvoir l'évolution ébauchée ; toutefois, l'intention est aussi affirmée de faire place aux coutumes dans le contenu des nouvelles règles codifiées.

Mais, dans tous les cas, le nouveau modèle familial proposé tend à réaménager les pouvoirs entre les époux aux fins d'améliorer la condition de la femme. Ainsi, face aux anciennes conceptions *“patriarcales”*²⁷ des rapports familiaux, les législations africaines notamment celle togolaise, tendent désormais à donner plus d'indépendance à la femme mariée, à faire d'elle l'égale du mari²⁸.

Cette analyse se déduit d'une part, de l'uniformisation des pouvoirs des époux aussi bien dans leurs relations personnelles que pécuniaires. Elle est aussi confirmée d'autre part, par l'affirmation de la capacité réciproque des époux tant sur le plan ménager que professionnel.

L'étude de la promotion juridique du statut de la femme, conduira donc à faire état non seulement de l'uniformisation des pouvoirs des époux (**Chapitre I**) mais aussi de l'affirmation de la capacité réciproque des époux (**Chapitre II**).

²⁷ L'expression est de A. N. GBAGUIDI, « Egalité des époux, Egalité des enfants et le projet de Code de la Famille et des Personnes du Bénin », R.B.S.J.A., n° Spécial, Oct. 1995, p. 5.

²⁸ J. PATARIN et I. ZAJTAY, *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, éd A. Pedone, 1974, p. 16.

Chapitre I

L'UNIFORMISATION DES POUVOIRS DES EPOUX

Deux aspects particuliers retiendront ici notre attention. Il s'agit de la direction collégiale de la famille (**Section 1**) et de la réciprocité des droits patrimoniaux des époux (**Section 2**). En effet, relativement à la direction de la famille, le code togolais institue une collaboration des époux dans la direction matérielle de la famille. Sur le plan moral, l'autorité parentale est conjointement assurée par le père et la mère. Une telle organisation présente un intérêt particulier dans la mesure où, elle modifie sensiblement les pratiques coutumières selon lesquelles, le mari seul dirige la famille. En ce qui concerne les droits patrimoniaux des époux, le système de réciprocité mis en place par le législateur s'inscrit dans la même logique de promotion du statut juridique de la femme et de l'égalité des époux.

Section 1 : La direction collégiale de la famille

Tout comme une société, la famille a besoin d'être dirigée. Toutefois, par le mariage, les époux fondent une famille pour l'intérêt de laquelle, ils doivent normalement agir de concert.

La consécration de la direction collégiale de la famille satisfait la réforme égalitaire entreprise par les législateurs togolais. Désormais, avec ce principe, « *il ne peut plus être question de reconnaître à l'un ou à l'autre des époux un domaine qui lui serait réservé en considération des aptitudes où, selon les mœurs, son sexe est réputé exceller* »²⁹. Par la direction collégiale de la famille, les époux ont pratiquement des pouvoirs égaux et corrélativement, ils se voient assigner les mêmes fonctions dans la direction du ménage. C'est ce qui ressort de l'article 101 du C.P.F.B. qui dispose : « ... *La femme concourt avec le mari à assurer la direction morale et matérielle de la famille, à élever les enfants et à préparer leur*

²⁹ J. CARBONNIER, *Droit Civil, La famille*, PUF, 18^e éd., 1997, p. 127.

établissement »³⁰. Désormais, « de suppléant du mari dans la direction de la famille, la femme en devient [presque] l'alter ego »³¹. Cependant, bien que le C.T.P.F. ait pour ambition de protéger la femme dans la direction de la famille, il n'attribue à la femme qu'un rôle de collaboratrice dans la direction de la famille. En tant que collaboratrice, la femme ne dirige la famille que dans la limite des pouvoirs à elle conférés par le mari, chef de famille³².

Le principe de la direction collégiale de la famille ainsi énoncé, il est utile de s'interroger sur sa mise en œuvre. Celle-ci sera abordée sous l'angle de la collaboration des époux dans la direction matérielle de la famille (**Paragraphe1**) et de la codirection morale de la famille (**Paragraphe2**).

Paragraphe 1 : La collaboration des époux dans la direction matérielle de la famille

Le système de réciprocité des pouvoirs institué par le législateur togolais confère aux époux des droits et devoirs presque identiques dans la direction de la famille. Les époux sont ainsi tenus de contribuer réciproquement aux charges du ménage (**A**). Corrélativement, ils bénéficient ainsi par exemple de droits concurrents sur le logement familial (**B**).

A- La contribution réciproque des époux aux charges du ménage

La contribution aux charges du ménage se définit comme étant « l'effort conjoint par lequel les époux doivent assurer ensemble, à la fois par des prestations en nature et par des versements en argent, leur subsistance commune, le cas échéant, celle de leurs enfants vivant avec eux, le tout dans le cadre du ménage qu'ils forment³³... ». Cette notion englobe l'ensemble des dépenses d'intérêt commun que fait naître la vie en ménage à savoir : nourriture, et vêtements des membres de

³⁰ Dans la législation béninoise, il est plutôt question d'une codirection de la famille puisque, l'article 155 du C.P.F.B. dispose que : « Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ».

³¹ A. N. GBAGUIDI, *ibid.*, p. 7.

³² Relevons néanmoins, malgré le principe de collaboration, qu'il est des hypothèses dans lesquelles, la femme peut remplacer le mari dans sa fonction de chef de famille. V. article 102 alinéa 2 du C.T.P.F.

³³ J.-C. RENAULD, Rapport introductif aux deuxièmes journées d'études Jean DABIN consacrées aux régimes matrimoniaux, cité par S. MELONE, « Les effets du mariage dans l'ordre des rapports patrimoniaux », in Encyclopédie Juridique de l'Afrique, Droit des personnes et de la famille, Les Nouvelles Editions Africaines, Tome VI, 1982, p. 244.

la famille, entretien et éducation des enfants, frais de transport, entretien de maison et frais de jouissance³⁴.

Pendant le mariage, la contribution aux charges du ménage est généralement confondue avec le devoir de secours³⁵. La différence entre les deux notions est d'ordre purement terminologique ; les deux ayant le même contenu et le même rôle (égalisation des niveaux de vie)³⁶. Lorsque les époux vivent séparés, le devoir de secours subsiste et s'exécute sous la forme de pension alimentaire³⁷. A la dissolution du mariage, la disparition du devoir de secours est compensée par la prestation compensatoire qui peut être due par un époux à l'autre³⁸. Tout comme la contribution aux charges du ménage, les codes consacrent le devoir de secours en une obligation réciproque qui pèse sur les deux époux. Toutefois, il est extrêmement rare qu'il soit réclamé par le mari. C'est presque constamment la femme qui apparaît ici en position de créancière³⁹.

En ce qui concerne la contribution aux charges du ménage, l'innovation ici est relative à l'obligation faite à l'épouse de contribuer aux charges du ménage. En effet, aux termes de l'article 102 du C.T.P.F., les époux contribuent aux charges du ménage à proportion de leurs facultés respectives. Cette disposition a pour mérite de consacrer l'égalité des deux conjoints face aux charges afférentes à leur union. Elle abolit la prépondérance du mari qui trouvait son fondement dans le droit coutumier⁴⁰. Conséquence normale de la collégialité qui caractérise désormais l'association conjugale, la contribution des époux aux charges du ménage s'analyse aujourd'hui en une obligation commune qui pèse sur chacun des époux. Elle apparaît comme une œuvre collective découlant de l'autonomie respective des conjoints, principalement de la femme. Pour Mme ROUHETTE dont nous ne partageons pas totalement l'opinion, « *la femme appelée à consentir à son union s'engage librement*

³⁴ G. CORNU, *Droit Civil, La famille*, 2^e éd., Montchrestien, 1991, p. 58.

³⁵ Le devoir de secours est une application de l'obligation alimentaire qui existe d'une manière générale entre parents et alliés. C'est l'obligation réciproque faite aux époux de se fournir les ressources nécessaires à la vie. La mesure de l'obligation dépend des besoins du créancier et des ressources du débiteur.

³⁶ K. WOLOU, *Cours de Droit civil, Première année de Licence, Formation et effets du mariage*, 2006-2007, p. 64.

³⁷ P.G. POUGOUE, « Les effets du mariage dans l'ordre des rapports personnels » in *Encyclopédie Juridique de l'Afrique, Droit des personnes et de la famille*, Les Nouvelles Editions Africaines, Tome VI, 1982, p. 209.

³⁸ Article 141 du C.T.P.F.

³⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille, Les incapacités*, Presses Universitaires de Paris, 1977, p. 109.

La femme s'acquitte plus à notre avis du devoir d'assistance qui est une obligation de faire qui prend naissance lorsque l'un des époux est malade ou infirme. Ce devoir vise la solidarité entre les époux devant les vicissitudes de la vie.

⁴⁰ En effet, en droit coutumier, ces charges incombait exclusivement au mari. L'homme avait le devoir de bien traiter sa femme, de la loger, la nourrir et la vêtir. Cf. point 122 du Coutumier du Dahomey.

dans les liens conjugaux, il est équitable qu'elle partage les charges du ménage avec son mari. La cohésion de la famille conjugale en sera renforcée »⁴¹. La contribution de la femme serait donc un corollaire de la liberté qui lui est reconnue de consentir au mariage. Pour notre part, la contribution de la femme s'inscrit plutôt dans une logique d'équité et de justice. L'homme et la femme doivent faire face ensemble aux charges de leur union. Selon le Professeur GBAGUIDI par contre, la contribution de la femme trouve une justification dans la mesure où, en supprimant les prérogatives du mari, il est normal qu'on supprime en même temps les charges qui y sont liées. « La femme perd la sécurité matérielle au profit de sa dignité »⁴². Cette analyse est également celle du doyen SAVATIER⁴³, qui parle de *l'égalité pour la gloire au détriment de la finance*.

Mais, quelle que soit la justification de la contribution de la femme, l'égalité ici ne signifie pas que les charges doivent être réparties équitablement entre mari et femme nonobstant leurs capacités financières. L'article 102 du C.T.P.F. précité règle dans quelle proportion les charges se répartissent entre les époux. En effet, la contribution des époux aux charges du ménage s'exécute en fonction des "facultés respectives"⁴⁴ des époux. Ainsi, les prestations de la femme s'exécuteront par prélèvement sur les ressources dont elle a l'administration et la jouissance et/ou par son activité au foyer⁴⁵. Ces deux modes de contribution étant prévus pour la femme, les réalités sociologiques révèlent que le plus souvent, l'épouse contribuera par une prestation en nature, à savoir son activité au foyer (une prestation difficile à évaluer). Il est aussi généralement observé que la femme s'occupe de nourrir la famille alors que le mari s'acquitte des grosses dépenses. Mais, si la femme peut contribuer aux charges du ménage par des prestations en nature ou par prélèvement sur les ressources dont elle a l'administration et la jouissance, l'alinéa 2 de l'article 102 précité dispose que cette obligation pèse à titre principal sur le mari. Le mari est de ce fait obligé de fournir à son épouse « *tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état* ». Bien que cette disposition semble protéger la femme, nous estimons qu'elle fragilise la position de la femme dans le couple. En

⁴¹A. ROUHETTE, « Afrique Noire et Madagascar », in *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, éd. A. Pedone, 1974, p. 65.

⁴²A. N. GBAGUIDI, op. cit., p. 8.

⁴³R. SAVATIER, *La finance ou la gloire : Option pour la femme mariée ? (Réflexion sur la forme des régimes matrimoniaux)*, D. 1965, cité par A. N. GBAGUIDI, op. cit., p. 8.

⁴⁴L'expression englobe l'ensemble des ressources de chaque époux : revenus du travail, revenus des biens et capitaux et même l'activité au foyer. V. G. CORNU, *ibid.* p. 60.

⁴⁵Article 102 alinéa 3 du C.T.P.F.

effet, le rôle de la femme risque d'être considérablement réduit dans un ménage où l'homme contribue à titre principal aux charges. C'est la raison pour laquelle nous adhérons à la proposition de l'avant projet de réforme du C.T.P.F. selon laquelle, « *les époux contribuent aux charges du ménage et de la famille à proportion de leurs revenus et capacités respectives* »⁴⁶. Mais à s'en tenir à cette disposition, la contribution semble nécessiter que tous les deux époux aient des revenus. Est-ce toujours le cas, surtout pour la femme appelée souvent à contribuer en nature ? La réponse à cette interrogation est apportée par l'alinéa 2 de cette même disposition selon laquelle, la contribution peut être financière ou résulter de l'activité au foyer ou encore de la collaboration d'un conjoint à la profession de l'autre.

Mais, quelle que soit la contribution de l'un ou l'autre époux, le défaut d'équivalence des prestations n'entache en rien le principe de la contribution aux charges du ménage qui se veut réciproque entre les conjoints.

Il est utile de préciser pour finir, que des mesures sont prévues pour sanctionner la violation de l'obligation de contribution aux charges du ménage. Ainsi, en cas d'inexécution par l'un des époux, l'autre peut demander au juge par requête l'autorisation de saisir arrêter dans la proportion de ses besoins, tout ou partie des revenus de son conjoint, de ceux qu'il perçoit en vertu du régime matrimonial, des produits de son travail ou toutes autres sommes qui lui sont dues par les tiers⁴⁷

Le principe de la direction collégiale de la famille ne se limite pas à la contribution réciproque des époux aux charges du ménage. Il se matérialise également par la reconnaissance de droits concurrents aux époux sur le logement familial.

B- Les droits concurrents des époux sur le logement familial

Les développements ici seront relatifs au choix du domicile conjugal et à la protection du logement familial. En effet, si les époux ont le devoir de vivre

⁴⁶ Article 94 de l'avant projet de réforme du C.T.P.F.

⁴⁷ Article 103 alinéa 1^{er} du C.T.P.F.

ensemble⁴⁸, il importe de savoir comment s'opère le choix du domicile conjugal et de préciser dans quelles mesures le logement de la famille peut être préservé.

En droit coutumier⁴⁹, la pratique était que la femme vit dans la famille de son mari, ce dernier étant tenu de la loger, de la nourrir⁵⁰... Le choix du domicile conjugal incombait ainsi exclusivement au mari.

La volonté des législateurs d'uniformiser les pouvoirs des époux ayant eu pour corollaire la suppression des pratiques traditionnelles discriminatoires à l'égard de la femme, de cette situation découlent la suppression de la prépondérance du mari et l'affirmation d'une certaine égalité entre les époux dans le choix du domicile conjugal. Ainsi, l'article 104 du C.T.P.F. énonce que : « la résidence de la famille est un lieu que les époux choisissent d'un commun accord... »⁵¹. La femme qui était obligée de suivre son conjoint est désormais associée au choix du domicile.

Cependant, s'il est vrai que ce texte affirme la collégialité dans le choix du domicile conjugal, ce n'est qu'un « simulacre d'égalité »⁵². En effet, ce même article précise qu'en cas de désaccord entre les époux, la résidence est choisie par le mari. Le législateur togolais pousse plus loin en affirmant que : « ... dans ce dernier cas, la femme est obligée d'habiter avec le mari et il est tenu de la recevoir ». Ce n'est que dans l'hypothèse où le domicile choisi par le mari présente pour elle et ses enfants des dangers d'ordre matériel ou moral que la femme peut recourir à une autorisation judiciaire de résidence séparée. La rédaction de ce texte nous semble quelque peu étriquée car, elle remet en cause l'effort de promotion de la femme⁵³. La véritable

⁴⁸ Ce devoir découle de l'obligation de communauté de vie imposée par les articles 153 du C.P.F.B. et 99 du C.T.P.F. La communauté de vie était traditionnellement conçue selon l'adage rapporté par LOYSEL : Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble. Elle implique donc en premier lieu un devoir de cohabitation (vivre sous le même toit) et ensuite l'accomplissement du devoir conjugal (relations sexuelles). Cf. M. DOUCHY, *Droit Civil, 1^{ère} année, Introduction- Personnes- Famille*, D. 2^e éd., 2003, p. 279. Notons aussi que selon la jurisprudence, elle comprend la communauté affective et intellectuelle c'est-à-dire, l'intention matrimoniale, la volonté des époux de se comporter comme tels. V. Paris, 25 Mars 1999, *Droit de la famille*, H. S. Nov. 2001, p. 58.

⁴⁹ Dans le même sens, mentionnons que le code Napoléon faisait également obligation à l'épouse d'habiter avec son mari et à ce dernier de la recevoir, étant entendu que la résidence de la famille était celle choisie par le mari. Toutefois, une première réforme de l'article 215 intervenue en 1970 précise que la résidence est le lieu que les époux choisissent d'un commun accord. En cas de désaccord, ce lieu est choisi par le mari. Néanmoins, la femme peut être autorisée à avoir une résidence séparée si le lieu choisi par le mari présente des inconvénients graves. Il a fallu attendre 1975 où une nouvelle modification précise que la résidence de la famille est au lieu que les époux choisissent d'un commun accord. En cas de désaccord, il reviendra au juge de trancher le litige. Cette réforme mit ainsi fin à la prééminence du mari dans le choix du domicile conjugal.

⁵⁰ Sur cette question, V. point 128 du Coutumier du Dahomey.

⁵¹ Article 156 du C.P.F.B.

⁵² S. ZINZINDOHOUE, *ibid.*, p. 116.

⁵³ Cette critique est valable en droit béninois où l'effort de promotion de la femme est plus remarquable. Elle se justifie par contre dans la législation togolaise par la qualité de chef de famille accordée au mari.

protection aurait constitué à notre avis, à mettre le mari et la femme sur un pied d'égalité quant au choix du domicile conjugal. Mais, une telle solution présente l'inconvénient de faire intervenir le juge dans la résolution des éventuels différends qui peuvent survenir entre les époux sur le choix du domicile conjugal.

En effet, si tant est que cette règle de l'article 104 du C. T.P.F. paraît discriminatoire à l'égard de la femme, de quelles autres manières peuvent être résolus les conflits qui surviennent entre les époux en cas de désaccord? Doivent-ils être laissés au libre arbitrage des époux ? A priori, si les époux avaient pu s'entendre, il n'y aurait aucun litige. On se rend donc à l'évidence que seul un recours au juge permettra de résoudre le désaccord. Mais, pour notre part, l'harmonie du ménage prendrait un coup si déjà le choix de la résidence pose problème entre les mariés et nécessite l'intervention judiciaire. Ils n'ont plus qu'à se séparer ou à divorcer. Dans cette logique, bien que les dispositions légales en la matière paraissent discriminatoires à l'égard de la femme, elles présentent à priori l'avantage de faire intervenir le juge en dernier ressort.

En ce qui concerne la protection du logement familial, le logement où vivent les époux et les meubles le meublant ayant une affectation familiale, ils ne doivent pas être compromis par les actes d'un époux. L'intérêt de la protection du logement familial tient au fait que, le mari en vertu de sa qualité de chef de famille ou parce qu'il contribue à titre principal aux charges du ménage peut être amené à accomplir unilatéralement des actes de disposition sur le logement de la famille. Face à cette éventualité, il est nécessaire de faire recours aux règles légales en la matière pour protéger efficacement la femme. Malheureusement, aucune disposition du C.T.P.F. ne fait expressément allusion à la protection du logement familial. C'est la raison pour laquelle, nous suggérons la prise en considération de l'article 96 alinéa 2 de l'avant projet de réforme du C.T.P.F. qui prévoit que, « *les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des meubles meublants dont est garni le logement de la famille* ». Mais, s'il est évident que cette disposition innove par rapport au C.T.P.F. toujours en vigueur, elle se réduit aux meubles meublant le logement. Est-ce à dire alors que l'un ou l'autre des époux peut accomplir des actes de disposition sur le logement, étant entendu que seuls les meubles sont protégés ? L'imprécision de l'avant projet de réforme du C.T.P.F. sur cette question constitue une lacune à laquelle il faut pallier avant toute adoption de cette disposition. Mais, poussant plus loin notre analyse, la protection du logement familial peut se déduire de l'affirmation

du principe de la cotitularité du droit au bail⁵⁴ dans cet avant projet. En effet, par la cotitularité, le droit au bail, se partage de plein droit entre les époux. Quel que soit le titulaire du droit au bail, ce droit sera réputé appartenir à l'un et l'autre des époux.

Les règles relatives à la collaboration des époux dans la direction matérielle de la famille ainsi analysées, quid de la codirection morale de la famille? (Paragraphe 2).

Paragraphe 2 : La codirection morale de la famille : l'exercice conjoint de l'autorité parentale

L'autorité parentale est fondée sur un besoin naturel de protection de l'enfant. Elle « est au service de l'enfant⁵⁵ ». Aux termes de l'article 233 du C.T.P.F., « l'autorité parentale est un ensemble de droits et d'obligations que la loi accorde ou impose aux père et mère relativement à la personne et aux biens de leurs enfants mineurs, non émancipés, en vue de l'accomplissement de leurs devoirs de garde, de surveillance et d'éducation ». Concrètement, l'autorité parentale se définit comme un ensemble de droits et devoirs attribué aux père et mère sur leur enfant.

Longtemps connue sous le vocable de « *puissance paternelle* »⁵⁶, l'autorité parentale était assurée exclusivement par le mari. Mais, l'abandon de l'idée de hiérarchie dans le couple et corrélativement, l'institution de la direction collégiale du ménage, ont entraîné la disparition du monopole paternel⁵⁷. Il convient donc de mettre l'accent sur la substitution de l'autorité parentale à la puissance paternelle (A) et de définir les attributs liés à l'exercice de l'autorité parentale (B).

⁵⁴ Article 96 alinéa 3 de l'avant projet du C.T.P.F.

⁵⁵ G. CORNU, op cit., p. 118.

⁵⁶ Le mot « puissance » évoquait un pouvoir illimité, propre à son titulaire et conféré dans son intérêt, tandis que celui d'autorité est moins fort, et suggère une fonction attribuée dans l'intérêt d'autrui, l'enfant. Cf. Ph. MALAURIE, L. AYNES, ibid., p. 385.

⁵⁷ Dans la législation française, c'est la loi du 4 Juin 1970 qui a remplacé la puissance paternelle du Code Napoléon par l'autorité parentale.

A- De la puissance paternelle à l'autorité parentale

« Un enfant a besoin d'un père et d'une mère »⁵⁸.

Cette affirmation a sans nul doute inspiré les codificateurs togolais en matière d'autorité parentale. En effet, l'exercice de l'autorité sur la personne et sur les biens de l'enfant avait de tout temps été attribué au mari. En droit coutumier tout comme dans l'ancien système romain, les relations parents enfants étaient fondées sur l'autorité du "pater familias"⁵⁹.

Mais, cette conception a largement évolué. La puissance paternelle a été supprimée au profit de l'autorité parentale. Cette réforme semble s'inscrire dans la droite ligne de l'émancipation de la femme et semble constituer un pas décisif vers l'égalité entre père et mère.

Le qualificatif "parentale" substitué à celui de "paternelle" marque la disparition de la prépondérance du mari. Il est d'ailleurs précisé à cet égard que, « pendant le mariage, les père et mère exercent en commun leur autorité »⁶⁰. Ce texte fait de l'exercice en commun la règle et de l'exercice unilatéral l'exception. Désormais, l'autorité appartient équitablement au père et à la mère pour protéger l'enfant. « Les parents ne sont pas seulement cotitulaires de l'autorité parentale, ils en sont cogérants (coexerçants) »⁶¹. Ainsi, à l'égard des tiers, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale⁶². Chacun est considéré comme le représentant légal ; réputé avoir reçu de l'autre pouvoir pour passer seul les actes pour lesquels le tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation. En d'autres termes, la loi a établi une "présomption d'entente parentale" dans le but de prêter un fondement juridique à l'action individuelle de chaque parent en rassurant les tiers⁶³.

Cependant, l'aménagement de la coparentalité soulève deux questions essentielles.

D'un côté, qu'en sera t-il si le père et la mère, cotitulaires de l'autorité parentale ne parviennent pas à s'accorder ? Dans la législation béninoise, seul un

⁵⁸ H. FULCHIRON, « La nouvelle autorité parentale », Actes du colloque Journée Danièle HUET- WEILLER du 14 oct. 1993, *Du juge aux affaires matrimoniales au juge aux affaires familiales*, La réforme du 8 Janv. 1993, Presses Universitaires de Strasbourg, 1995, p. 33.

⁵⁹ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les personnes*, 3^e éd., Sirey, 1976, p. 229.

⁶⁰ Article 238 du C.T.P.F.

⁶¹ G. CORNU, op. cit., p. 128.

⁶² Article 240 du C.T.P.F. et article 411 alinéa 3 du C.P.F.B.

⁶³ G.CORNU, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 8^e éd., 2003, p. 169.

recours au juge s'impose dans ce cas⁶⁴. Par contre, deux solutions ont été prévues par le législateur togolais. Le premier moyen prévu pour résoudre ce problème est la règle du précédent. Cette règle oblige les parents à se référer aux pratiques familiales observées dans des occasions semblables. Ils doivent alors avoir recours à ce qu'ils avaient vécu ensemble à l'époque où ils étaient d'accord. Toutefois, il faut souligner que ces pratiques peuvent se révéler contraires à l'intérêt de l'enfant. C'est pourquoi, la seconde solution retenue nous semble plus opportune. Elle consiste en effet, à l'instar de celle de la législation béninoise en la saisine du juge qui statuera en fonction de l'intérêt de l'enfant.

D'un autre côté, conformément à l'article 246 du C.T.P.F., dans la famille naturelle, l'enfant qui a été volontairement reconnu par l'un de ses parents est placé sous l'autorité de celui-ci. Mais lorsqu'il fait l'objet d'une double reconnaissance, l'autorité parentale est exercée par le père. Cette disposition ne heurte-t-elle pas le principe de coparentalité ? En effet, comment concevoir que dans le même temps où le législateur togolais prône l'exercice en commun de l'autorité parentale, il accorde la primauté au père dans le cas des enfants nés hors mariage ? C'est sur ce point qu'une référence à l'avant projet de réforme nous paraît nécessaire dans la mesure où il propose désormais l'exercice conjoint de l'autorité par le père et la mère en cas d'une double reconnaissance de l'enfant naturel⁶⁵.

Retenons enfin, que la loi prévoit la possibilité d'exercice unilatéral de l'autorité parentale dans plusieurs hypothèses. Ainsi, en cas de décès d'un parent ou lorsque l'un des époux est hors d'état de manifester sa volonté ou a été déchu de l'exercice de l'autorité parentale, l'autorité est exercée par un seul époux. Elle est également exercée unilatéralement lorsque les époux sont séparés de corps ou divorcés⁶⁶.

Mais, si le concept d'autorité parentale a remplacé celui de puissance paternelle, quels sont les attributs conférés par l'exercice de l'autorité parentale ?

⁶⁴ Article 411 alinéa 2 du C.P.F.B. : «*S'il s'élève un conflit relativement à l'exercice de l'autorité parentale, le tribunal civil statue en considérant uniquement l'intérêt de l'enfant. Il est saisi par l'époux le plus diligent* ».

⁶⁵ Article 261 alinéa 2 de l'avant projet de réforme du C.T.P.F.

⁶⁶ Ici, l'autorité est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre. Toutefois, lorsque la garde a été confiée à un tiers, les autres attributs de l'autorité parentale continuent d'être exercés par le père et la mère. Articles 243 alinéa 2 du C.T.P.F. et 412 alinéa 2 du C.P.F.B.

B- Les attributs de l'autorité parentale

Les droits relatifs à l'exercice de l'autorité parentale s'exercent aussi bien sur la personne de l'enfant que sur ses biens. Mais, « *si l'autorité parentale est bien pour les parents, sources de prérogatives, [...] le pouvoir se double d'obligations : l'autorité n'est pas bon vouloir, bon plaisir* »⁶⁷ .

Ainsi, aux termes de l'article 233 du C.T.P.F., l'autorité parentale est un ensemble de droits et d'obligation que la loi accorde ou impose aux père et mère relativement à la personne et aux biens de leurs enfants mineurs, non émancipés, en vue de l'accomplissement de leurs devoirs de garde, de surveillance et d'éducation. Dans la législation béninoise par exemple, « l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, a pour but d'assurer la sécurité de l'enfant, sa santé, son plein épanouissement et sa moralité. Elle comporte notamment les droits et devoirs :

- de garder, de diriger, de surveiller, d'entretenir et d'éduquer ;
- de faire prendre à l'égard de l'enfant toute mesure d'assistance éducative ;
- de consentir à son mariage, à son adoption, à son émancipation dans les conditions fixées par la loi;
- d'assurer la jouissance et l'administration légales des biens de l'enfant »⁶⁸.

L'exercice de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant peut donc se résumer en droit de garde et d'éducation.

Le droit de garde au sens précis peut se définir comme le droit de garder l'enfant, de vivre avec lui. Dans un sens général, il correspond au droit de fixer la résidence du mineur et de veiller sur lui. Les manifestations concrètes du droit de garde sont diverses. Les parents peuvent en vertu de ce droit obliger l'enfant à demeurer à leur domicile jusqu'à sa majorité. Celui-ci ne peut quitter le domicile familial sans l'autorisation de ses parents⁶⁹. Dans le même sens, les parents ont le droit de surveiller les rapports entretenus par l'enfant avec d'autres personnes étrangères ou de la famille. Toutefois, ils ne peuvent sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec les membres de la proche parenté (article 237 C.T.P.F.). Le droit de garde comprend en outre, l'obligation de soins et d'assistance.

⁶⁷ G. CORNU, *Droit Civil, La famille*, 2^e éd., Montchrestien, 1991, p. 118.

⁶⁸ Article 407 du C.P.F.B.

⁶⁹ Articles 236 du C.T.P.F. et 408 alinéa 2 du C.P.F.B.

Le droit d'éducation quant à lui comporte toute une série de décisions. Il couvre l'éducation morale, civique, politique, professionnelle, ou encore religieuse de l'enfant. Il s'agit d'une prérogative très étendue reconnue aux deux parents. Le droit d'éducation fait obligation aux père et mère de subvenir aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant⁷⁰.

Notons que des sanctions sont prévues pour assurer le respect de ces obligations. Il peut s'agir du retrait ou de la déchéance de l'autorité parentale. Il peut également s'agir de la mise en jeu de la responsabilité de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil⁷¹.

Relativement à l'autorité parentale sur les biens de l'enfant, l'exercice de l'autorité parentale implique l'administration légale et le droit de jouissance des parents sur les biens de l'enfant⁷². Par l'administration légale, les père et mère ont le pouvoir de représenter l'enfant dans tous les actes de la vie civile. Chaque parent peut alors accomplir tout acte d'administration sur les biens de l'enfant. Néanmoins, les père et mère ne disposent pas de pouvoirs égaux dans l'exercice de l'autorité parentale sur les biens de l'enfant. La loi précise en effet, que l'administration légale est exercée par le père avec le concours de la mère. Lorsqu'ils exercent l'administration légale, la jouissance légale appartient à celui des père et mère qui a la charge de l'administration (article 260 C.T.P.F.).

Il ressort de ce qui précède, que le souci d'égalité entre les époux a largement été pris en compte en ce qui concerne les rapports personnels entre les époux. Cette volonté de promotion du statut juridique de la femme demeure également présente dans les relations patrimoniales entre les conjoints (**Section 2**).

Section 2 : La réciprocité des droits patrimoniaux des époux

« Le mariage en même temps qu'il est une union de personnes, devient inévitablement, quoique dans une mesure variable, une association d'intérêts, une société de biens »⁷³. Il crée ainsi entre les époux des liens personnels mais aussi des liens pécuniaires. En effet, il se peut qu'au moment de la célébration du mariage,

⁷⁰ Article 410 du C.P.F.B.

⁷¹ Cet article énonce que les père et mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.

⁷² Article 259 du C.T.P.F.

⁷³ R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de Droit Civil Français, Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux*, Rousseau & Cie, 2^e éd.1937, p. 4.

les époux soient déjà propriétaires de biens ou qu'ils en acquièrent pendant le mariage. Il se pose dès lors, la question de savoir si ces biens seront confondus dans une masse commune ou s'ils demeureront la propriété exclusive de l'époux de qui ils proviennent. Il convient aussi de s'interroger sur la manière dont ces biens seront gérés.

Combinées, les réponses à ces diverses interrogations font appel à la notion de régime matrimonial. Le régime matrimonial se définit comme le « *statut qui gouverne les intérêts pécuniaires des époux, dans leurs rapports entre eux et dans leurs rapports avec les tiers et dont l'objet est de régler le sort des biens actifs et passifs des époux pendant le mariage et à sa dissolution* »⁷⁴. Concrètement, c'est l'ensemble des règles relatives aux rapports pécuniaires des époux entre eux et à l'égard des tiers⁷⁵. Deux types de régime matrimonial ont été élaborés par le droit togolais. Il s'agit du régime de séparation de biens⁷⁶ et des régimes communautaires⁷⁷.

Établir une égalité entre les pouvoirs des époux sur les différentes masses de biens en faisant de la femme l'égale de son mari, tout en préservant autant que possible leur indépendance réciproque, telle a été la volonté des législateurs à l'ère des réformes du droit de la famille. Ainsi, les époux se sont vus dotés de pouvoirs identiques dans la gestion de leurs patrimoines respectifs (**Paragraphe 1**). De même, toujours dans l'optique d'établir l'égalité entre les époux, des droits successoraux sont reconnus au conjoint survivant au décès de l'un des époux (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les pouvoirs réciproques des époux dans la gestion des patrimoines

Le nouveau modèle familial retenu par les législateurs fait appel à la reconnaissance de pouvoirs identiques aux époux dans la gestion de leurs patrimoines respectifs (**B**). Mais, avant de développer cet aspect, il convient de

⁷⁴ R. GUILLIEN, J. VINCENT, (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 10^e éd., D., 1995, p. 372.

⁷⁵ F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, D., 1989, p. 1.

⁷⁶ Le régime de séparation de biens constitue le régime de droit commun auxquels sont soumis tous les couples lorsqu'ils n'optent pas pour l'un des autres régimes organisés par la loi. Article 348 alinéa 3 du C.T.P.F.

⁷⁷ Au nombre des régimes communautaires, nous pouvons énumérer la communauté de biens et le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts.

mettre l'accent sur la composition des patrimoines c'est-à-dire, les différents types de régimes matrimoniaux organisés par la loi (A).

A – La composition des patrimoines

Le code togolais des personnes et de la famille organise trois types de régimes matrimoniaux : la séparation de biens, la communauté de biens et le régime de participation aux meubles et acquêts.

Le régime de séparation de biens constitue le régime de droit commun auxquels sont soumis tous les couples lorsqu'ils n'optent pas pour l'un des autres régimes organisés par la loi (Article 348 alinéa 3 du C.T.P.F.). La séparation de biens est un régime caractérisé par une distinction en principe absolue des patrimoines des époux, une séparation totale de leurs intérêts pécuniaires⁷⁸. En effet, l'absence de communauté dans le régime de séparation fait qu'il n'est composé que de biens personnels à l'un et l'autre époux. Il s'agit de biens que les époux possédaient au jour de leur mariage et de ceux qu'ils acquièrent pendant le mariage que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit. Par ailleurs, les biens que les époux acquièrent ensemble pendant le mariage seront considérés non comme des biens communs mais plutôt comme des biens indivis, régis par les dispositions de l'indivision.

La communauté de biens elle repose sur une division tripartite des biens. On y retrouve les biens communs, les biens propres du mari et les biens propres de la femme. La masse commune se trouve ainsi réduite et ne comprend que : les biens de toute sorte acquis à titre onéreux durant le mariage, les gains et salaires des époux, les biens donnés ou légués conjointement aux deux époux et même les économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres.

Dans la participation aux meubles et acquêts, les biens sont gérés pendant le mariage comme sous le régime de séparation de biens et liquidés à la dissolution du lien comme si les époux étaient communs en biens. Il s'agit en quelque sorte d'un régime de communauté différée qui permet aux époux tout en conservant leur indépendance sur leur patrimoine personnel, d'éviter les inconvénients de la séparation des biens à la dissolution.

⁷⁸ J. J. CODJOVI, « Le régime matrimonial légal dans les législations nouvelles des Etats francophones de l'Afrique de l'Ouest », R.B.S.J.A., n°8, Mai 1987, p. 29.

La réciprocité observée dans les relations patrimoniales des époux se matérialise particulièrement dans le régime de séparation de biens⁷⁹. En effet, dans ce régime, le mari et la femme ont la plénitude de pouvoirs sur leurs biens personnels. L'un comme l'autre conjoint peut librement accomplir toutes opérations sur ces biens. Il s'agit d'une véritable indépendance des époux dans la gestion de leur patrimoine respectif.

B – L'indépendance des époux dans la gestion de leur patrimoine respectif.

Le législateur togolais, sous l'influence de la tradition⁸⁰, a institué la séparation de biens comme régime légal.

Le fondement du régime séparatiste étant d'assurer l'autonomie de chaque époux face à l'administration de ses biens, il apparaît selon le Doyen CARBONNIER⁸¹, comme celui dans lequel les patrimoines des époux et leurs administrations sont autonomes. Ainsi, chacun des époux conserve la propriété des biens qui lui appartient et les administre librement sous réserve de l'obligation qui lui est faite de contribuer aux charges du ménage. Dans ce sens, reprenant les dispositions de l'article 1536 du Code civil, le C.T.P.F. énonce que chaque époux conserve dans le régime séparatiste, l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels⁸². Ce texte consacre ainsi l'indépendance des époux et particulièrement, celle la femme. C'est une « véritable révolution tranquille »⁸³, allant dans le même sens de la promotion du statut juridique de la femme et de l'égalité des époux.

Toutefois, le régime légal tel qu'adopté n'est pas sans susciter quelques contradictions. Pour le Professeur GBAGUIDI⁸⁴, il s'agit du « mythe du régime de la

⁷⁹ Nous reviendrons dans la deuxième partie de ce développement aux régimes de communauté en raison de la répartition inégale des pouvoirs que la loi organise entre les conjoints dans ces types de régimes.

⁸⁰ En effet, parce que en droit traditionnel, d'une part, le mariage ne crée pas une unité sociale et économique ayant sa vie juridique propre et d'autre part, parce qu'il n'opère pas intégration de la femme à la famille de son mari, la séparation de biens s'est imposée comme régime matrimonial. De même, l'institution de la polygamie paraît inconciliable avec la communauté de biens. Cf. G. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, éd., A. Pedone, 1974, p. 239.

⁸¹ J. CARBONNIER, Droit civil, *La famille, Les incapacités*, Presses Universitaires de Paris, 1977, p. 125.

⁸² Articles 350 du C.T.P.F. et 185 alinéa 1 du C. P.F.B.

⁸³ L'expression est de J. J. CODJOVI, *ibid.*, p. 25.

⁸⁴ A. N. GBAGUIDI, « Egalité des époux, Egalité des enfants et le projet de Code de la Famille et des Personnes du Bénin », RBSJA, n° Spécial, Oct. 1995, p. 14.

séparation des biens ». Car, même si la séparation de biens semble très favorable à la femme, celle-ci ne jouira effectivement de ses droits que si elle a une source de revenus. Autrement, seule la femme qui exerce une activité professionnelle peut avoir un patrimoine qu'elle administrera personnellement. Cependant, il est un constat que souvent, dans la réalité, beaucoup de ménages observent le traditionnel partage des fonctions⁸⁵. La femme accomplit le travail domestique ou collabore à la profession du mari tandis que le mari exerce une activité professionnelle autonome. Quoi qu'il en soit, il ressort de ce qui précède, qu'à la dissolution du régime, la femme ne reprend que ses biens personnels (si tant est qu'elle en a) sans aucune autre compensation. C'est la raison pour laquelle, nous pensons qu'il serait convenable d'adjoindre au régime de séparation de biens, une société d'acquêts afin de faire participer la femme au partage des acquêts à la liquidation du régime. Le régime de participation aux meubles et acquêts s'inscrit dans la droite ligne de cette proposition et semble à notre avis assurer une meilleure protection à la femme.

Mais si toutes les observations relevées concernent les rapports entre époux durant le mariage, qu'en est-il à la dissolution du lien suite au décès d'un époux (**Paragraphe 2**) ?

Paragraphe 2 : L'affirmation des droits successoraux du conjoint survivant.

Des droits successoraux sont reconnus à l'un ou l'autre époux conjoint survivant. Mais dans le cadre de notre étude, nous nous intéresserons particulièrement aux droits successoraux de la femme. Nous analyserons donc d'abord la vocation héréditaire de la femme (**A**) avant de déterminer ses droits successoraux (**B**).

A- La vocation héréditaire de la femme.

Les droits successoraux de la veuve ont de tout temps constitué une préoccupation pour les partisans des droits de la femme et de l'égalité des sexes.

En effet, selon le droit successoral organisé par les coutumes, la femme en tant que fille ou épouse ne pouvait hériter ni de son père ni de son époux. L'absence de vocation héréditaire de la femme mariée se justifiait par la conception

⁸⁵ J. REVEL, *L'article 214 du Code civil et le régime de la séparation de biens*, D., 1983, Chron. 21.

traditionnelle du mariage en vertu de laquelle, « *le mariage n'opère pas intégration de la femme à la famille de son mari* »⁸⁶. Il ne fait pas entrer l'épouse dans le lignage de son mari au point de lui faire acquérir des droits. Ainsi, la plupart des coutumes ne reconnaissent à la femme aucun droit sur la succession de son mari prédécédé. Pire, la veuve, était héritée par un membre de la famille de son époux après le décès de celui-ci⁸⁷. Cette pratique qui relève du lévirat suppose que, l'honneur d'épouser la veuve échoit au fils aîné d'une autre épouse du mari défunt ou à défaut à l'un des frères cadets de ce dernier⁸⁸.

Mais, suite à la codification du droit de la famille au Togo, la situation de la conjointe survivante a connu une évolution remarquable. Désormais, la femme mariée est une héritière réservataire au même titre que les enfants, ascendants ou collatéraux du *de cuius*. Elle hérite des biens successoraux tant mobiliers qu'immobiliers de son époux quels que soient le nombre et la qualité des héritiers en présence.

Cependant, malgré les efforts réalisés dans le sens de l'égalité successorale du veuf et de la veuve, certaines mesures doivent être prises afin d'assurer aux femmes une jouissance effective de leurs droits. En effet, du fait de la méconnaissance par les femmes, de l'existence de ces textes juridiques et des procédures pour les faire valoir, les droits à elles accordés, semblent quelque peu théoriques. Face à cet état de choses, nous estimons que des sensibilisations en la matière participeraient beaucoup plus à la promotion des droits de la femme. De plus, la persistance de certaines pratiques coutumières telles le lévirat n'est pas pour favoriser une réelle application des droits successoraux de la femme. C'est pourquoi, il convient de combattre cette pratique qui remet en cause les droits successoraux de la femme.

B- Les droits successoraux du conjoint survivant.

En premier lieu, précisons que le droit du conjoint survivant à hériter requiert la réunion d'une condition supplémentaire à celles exigées de tout héritier. Il s'agit de l'absence de jugement de divorce ou de séparation de corps passé en force de

⁸⁶ G. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, éd. A. Pedone, 1974, p. 239.

⁸⁷ Point 162 du Coutumier du Dahomey.

⁸⁸ Point 165 du Coutumier du Dahomey.

chose jugée, prononcé contre le conjoint survivant. Ainsi, le conjoint survivant contre lequel n'existe pas de jugement de divorce, ou de séparation de corps prononcé contre lui et passé en force de chose jugée, est appelé à la succession même lorsqu'il existe des parents⁸⁹. Pour que le survivant des époux puisse bénéficier de la réserve héréditaire, aucune décision de divorce ou de séparation de corps ne doit avoir été prononcée contre lui au jour du décès.

En second lieu, le recours aux règles légales relatives à la dévolution successorale n'est possible qu'en l'absence de volonté contraire du défunt. Autrement, c'est lorsque le *de cuius* n'a pas entendu déroger aux règles légales par un testament que celles-ci ont vocation à s'appliquer. Dans cette hypothèse, la répartition de la succession est réglée par des dispositions spécifiques. L'étendue des droits successoraux de l'époux survivant varie en fonction des héritiers avec lesquels il vient en concours.

Lorsque le défunt laisse son conjoint et un ou plusieurs enfants ou descendants d'eux, le conjoint survivant hérite du quart de la succession (article 431 du C.T.P.F.) En présence d'ascendants, et/ou de collatéraux, le conjoint recueille la moitié de la succession⁹⁰. A défaut de parents au degré successible, la succession est dévolue en totalité au conjoint survivant⁹¹. La loi donne ainsi au conjoint survivant la possibilité de recueillir la totalité de la succession lorsque, dans les deux lignes paternelle et maternelle, le *de cuius* ne laisse aucun parent au degré successible. Lorsqu'il existe plusieurs veuves, les parts ainsi fixées se partagent entre elles par tête.

De ce qui précède, il ne fait aucun doute que les règles sus énoncées tendent à protéger la femme. Cependant, la protection ainsi accordée à la femme paraît relative dans la mesure où, le C.T.P.F. précise que ces dispositions ne s'appliquent qu'à ceux qui auraient déclaré renoncer à l'application de la coutume. En effet, en droit togolais, les questions relatives à la succession, sont normalement régies par les coutumes du *de cuius* sauf, renonciation expresse de celui-ci. Cette renonciation doit se faire soit devant l'officier de l'état civil, soit par testament⁹². Or, dans la pratique, il est rare de voir les hommes renoncer à l'application de la coutume, ce qui rend inapplicable cette partie de l'article 391 du C.T.P.F. Dans le même sens, il est

⁸⁹ Article 430 du C.T.P.F.

⁹⁰ Article 432 du C.T.P.F.

⁹¹ Article 433 du C.T.P.F.

⁹² Article 391 alinéa 2 du C.T.P.F.

un constat que la règle de l'article 391 du C.T.P.F. s'applique rarement. De même, il faut souligner la tendance des juges à reconnaître de nos jours, des droits successoraux à la femme en dépit de la non renonciation du mari.

En définitive, l'examen des droits successoraux révèle, malgré les incohérences soulevées, une véritable volonté de promouvoir le statut juridique de la femme dans le but de parvenir à l'égalité des époux. Cette même volonté conduit à la reconnaissance de la capacité juridique des époux (**Chapitre II**).

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Chapitre II

L’AFFIRMATION DE LA CAPACITE RECIPROQUE DES EPOUX

Le mariage ne porte pas atteinte à la capacité juridique des époux⁹³. La capacité ici, s’entend selon le Professeur CORNU⁹⁴, de l’aptitude générale à pourvoir par soi-même, à ses propres intérêts et à accomplir seul les actes de la vie civile. Par la capacité juridique, « *chaque époux conserve les éléments de son état* »⁹⁵. La capacité réciproque des époux a été affirmée dans deux domaines. D’abord sur le plan ménager (**Section 1**), ensuite dans le domaine professionnel (**Section 2**).

Section 1 : L’autonomie ménagère des époux

L’indépendance des époux dans la vie ménagère est relative d’une part à la faculté reconnue à l’un et à l’autre de passer seul des contrats dans l’intérêt du ménage (**Paragraphe 1**). D’autre part, elle a trait à la possibilité pour chaque époux de représenter son conjoint (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les pouvoirs des époux pour les besoins du ménage

Les exigences de la vie commune ont rendu nécessaire l’octroi d’un pouvoir ménager légal aussi bien au mari qu’à la femme (**A**). En vertu de ce pouvoir, les époux sont dotés de la capacité de conclure avec des tiers, tous les contrats relatifs aux besoins du ménage. Mais, dans le but de protéger les tiers qui contracteront avec les époux, le pouvoir ménager s’accompagne de la solidarité des époux face aux éventuelles dettes en rapport avec les contrats conclus (**B**).

⁹³ Article 105 du C.T.P.F.

⁹⁴ G. CORNU, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 8^e éd., 2003, p. 46.

⁹⁵ G. CORNU, *id.*, p. 43.

A- Le pouvoir légal de chaque époux pour les besoins du ménage

Le pouvoir ménager du mari pour engager le ménage n'a jamais posé problème. Seule celle de l'épouse fera donc l'objet de ce développement. En effet, dans la législation française, la femme étant considérée comme une incapable, elle était dépourvue de tout pouvoir pour conclure des contrats engageant le ménage. Toutefois, malgré l'incapacité qui la frappait, la jurisprudence française avait élaboré la théorie du mandat tacite de la femme, en vertu duquel celle-ci était censée recevoir de son mari, le mandat d'accomplir les actes ménagers. Ce mandat tacite, conforme aux aptitudes traditionnelles de ménagère de la femme, fut transformé en un mandat légal par la loi du 22 Septembre 1942. Ainsi pour les besoins pratiques du ménage, la femme avait le pouvoir de représenter son mari et d'accomplir les actes ordinaires de la vie domestique⁹⁶ (nourriture, vêtements...). Mais, loin d'être satisfaisante, cette théorie admettait la possibilité pour le mari de révoquer le mandat à tout moment.

Conformément au droit français, l'article 108 du C.T.P.F. dispose également que « *chacun des époux a le pouvoir de faire tous les actes justifiés par les charges du mariage* ». Ce texte qui ne fait que consacrer dans une certaine mesure le mandat tacite d'origine jurisprudentielle, permet surtout d'affirmer la capacité de la femme. En effet, l'épouse tout comme le mari, dispose dorénavant d'un pouvoir propre d'engager le ménage par des actes normaux de gestion. Bien que les textes ne l'énoncent pas clairement, l'étendue de ces pouvoirs ménagers est large. Sont inclus dans cette catégorie, les contrats conclus pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants tels les contrats qui ont pour objet de se procurer des aliments, des vêtements, les contrats conclus avec les domestiques... Il suffit que les actes passés aient pour but la satisfaction des besoins du ménage. Pour MALAURIE et AYNES⁹⁷, les actes ménagers sont les actes de gestion courante relatifs à ce qui est nécessaire à la vie du ménage.

La capacité ainsi proclamée par le pouvoir légal des époux et surtout celui de la femme est renforcée par le principe de la solidarité des dettes ménagères, principe destiné à assurer la protection des créanciers du ménage.

⁹⁶ Ce pouvoir correspond au "pouvoir des clefs" reconnu à la femme dans la législation allemande. Cf. F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La Famille, Les incapacités*, D., 7^e éd., 2005, p. 392.

⁹⁷ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil la Famille*, éd. Cujas, 1987, p. 472.

B- La solidarité des dettes ménagères

Dans l'objectif de renforcer les pouvoirs ménagers des époux et de donner des garanties fiables et sérieuses aux créanciers⁹⁸, le code togolais a posé le principe de la solidarité des dettes contractées dans l'intérêt du ménage. Tout contrat conclu par un conjoint dans l'intérêt du ménage engage ainsi solidairement l'autre sauf refus de celui-ci porté préalablement à la connaissance du créancier. La notion de dette ménagère s'étend à toute dette même non contractuelle, ayant pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. Il en est ainsi d'un arriéré de cotisations dues au titre du régime légal d'assurance maladie⁹⁹.

La portée pratique de la solidarité ménagère est qu'elle favorise l'interdépendance des époux et garantit la protection des tiers qui contracteront avec l'un des époux puisque, le tiers contractant pourra exiger de l'un quelconque des époux l'entier montant de sa créance¹⁰⁰. Par ailleurs, la règle édictée déroge sous le régime de séparation de biens, au principe selon lequel chaque époux répond sur ses biens personnels des dettes qu'il a personnellement contractées. Dans les régimes communautaires, la protection des créanciers est dérogatoire au fait que les obligations personnelles des époux n'engagent que leurs propres et non la communauté. L'époux ayant contracté ne sera donc pas seul engagé car les tiers pourront se faire payer sur les biens communs et les propres tant de l'un que de l'autre époux.

Mais, contrairement au pouvoir ménager dont le domaine d'application est très étendu, la solidarité est écartée dans certains cas. Telle est par exemple la solution en droit béninois où le premier obstacle au principe concerne les dettes manifestement excessives eu égard au train de vie du ménage. C'est ce qu'énonce l'article 179 alinéa 2 du C.P.F.B. en ses termes : « Néanmoins, la solidarité n'a pas lieu pour des dépenses excessives eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant ». Il s'agit non seulement de protéger la famille contre les dépenses somptuaires ou inutiles mais aussi de contrôler les dépenses qu'un époux pourrait engager dans le cadre du ménage. Trois critères permettent d'apprécier le caractère excessif des dépenses.

⁹⁸ J. J.CODJOVI, *Le régime matrimonial légal dans les législations nouvelles des Etats francophones de l'Afrique de l'Ouest*, R.B.S.J.A., n° 8, Mai 1987, p. 13.

⁹⁹ Civ. 1^{re}, 20 Nov. 2001, *Droit de la famille*, Fév. 2002, p. 16.

¹⁰⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille, Les incapacités*, Presses Universitaires de Paris, 1977, p. 112.

- D'abord, le train de vie du ménage conduit à analyser l'importance de la dette par rapport aux ressources de la famille.
- Ensuite, l'utilité ou l'inutilité de l'opération.
- Enfin, la mauvaise foi¹⁰¹ du tiers créancier du ménage. Dans cette hypothèse, il revient à l'époux qui désire écarter la solidarité de faire la preuve de la mauvaise foi du tiers dans la mesure où la bonne foi est toujours présumée.

Mais ces trois éléments sont-ils cumulatifs ou alternatifs ? Dans le silence de la loi, le caractère excessif de la dépense peut à notre avis être apprécié par rapport à l'un de ces éléments.

Le second obstacle à la solidarité des dettes ménagères résulte des achats à tempérament ou des emprunts. « *La solidarité n'a pas lieu non plus pour les obligations résultant d'achats à tempérament ou d'emprunts, à moins que ces engagements ne soient modestes et nécessaires aux besoins de la vie courante* » (article 179 alinéa 3 C.P.F.B.). Cette limitation étant faite dans l'optique de protéger les ménages contre les endettements, il semble justifier que la validité de ces actes soit subordonnée à leur utilité et à leur caractère modeste.

Mais, en dépit de tout ce qui a été dit, l'analyse des pouvoirs ménagers des époux révèle parfois des circonstances où les époux agissent en représentation l'un de l'autre (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 2 : Les règles de représentation entre époux

Nous aborderons ici la représentation conventionnelle entre époux en période normale (**A**) et les représentations judiciaires en cas de crise (**B**).

A- La représentation conventionnelle en période normale

Nonobstant la capacité réciproque des époux, il peut arriver que l'un des conjoints donne pouvoir à l'autre de le représenter dans l'exercice des actes de la vie civile. Il en est ainsi en cas de mandat entre époux. Souvent considéré comme un service d'ami, le mandat entre époux apparaît non seulement comme l'expression de la capacité réciproque des époux mais, il témoigne également de la confiance et de

¹⁰¹ La mauvaise foi suppose que le tiers contractant ait eu par exemple connaissance du caractère excessif de la dépense engendrée par l'époux ou, de l'opposition du conjoint à l'acte objet de la dépense.

l'harmonie qui règne entre les époux. Ainsi, le mandat, ayant depuis longtemps¹⁰² acquis une place dans les relations entre époux, le codificateur togolais n'a fait que légaliser une situation préexistante.

En vertu des dispositions de l'article 106 du C.T.P.F., chacun des époux peut donner à son conjoint mandat général ou particulier de le représenter¹⁰³. Cette disposition permet « *d'assouplir les règles relatives à l'organisation des pouvoirs entre époux [...] puisqu'un époux pourra exercer les pouvoirs que le régime choisi attribue à l'autre et engager directement celui-ci* »¹⁰⁴. Par le biais du mandat, la femme peut par exemple, exercer en plus des pouvoirs que lui confère la loi, ceux qui appartiennent à son conjoint. Le mandat apparaît comme un contrat permettant aux époux de « *réaménager les pouvoirs que leur attribue le régime matrimonial* »¹⁰⁵. Le mari peut donc donner mandat à sa femme d'administrer ses biens sous le régime de séparation des biens ou ses propres sous un régime communautaire. Inversement, la femme peut donner pareil mandat à son mari.

Le mandat entre époux, qu'il soit exprès ou tacite, peut être général ou spécial. Toutefois, conformément aux règles de droit commun¹⁰⁶, il est utile de préciser que le mandat conçu en termes généraux ne peut concerner que les actes d'administration. Lorsqu'il s'agira d'accomplir des actes de disposition tels, aliéner ou hypothéquer, le mandat doit être spécial. De même, les époux, dans le cadre du mandat qu'ils se donnent ne peuvent déroger au principe de révocabilité du mandat. « *Un mandat irrévocable modifierait la répartition des pouvoirs [...] et contreviendrait au principe d'immutabilité du régime matrimonial, hormis le changement homologué suivant la procédure...* »¹⁰⁷.

Mais, alors que le droit togolais soumet le mandat entre conjoints aux règles ordinaires, il précise que l'époux mandataire ne rend compte des fruits que si la procuration l'exige¹⁰⁸. L'obligation de rendre compte est-elle indispensable dans le cadre du mandat entre époux ? Il nous semble utile suite à cette interrogation, de

¹⁰² Dans le droit français, avant la loi de 1942, les rédacteurs du Code civil avaient institué à l'article 218 de ce Code, le mandat entre époux. Il était même précisé que ce mandat pouvait être réciproque.

¹⁰³ Dans la législation béninoise, il est écrit qu'un époux peut donner mandat à l'autre de le représenter dans l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue. Article 176 du C.P.F.B.

¹⁰⁴ R. ADIDO, « Transfert des pouvoirs de gestion des biens matrimoniaux et représentation entre époux dans le Code des Personnes et de la Famille du Bénin », in *La Personne, la Famille et le Droit en République du Bénin, Contribution à l'étude du Code des Personnes et de la Famille*, éd. Juris Ouaniilo, 2007, p. 107.

¹⁰⁵ J. J.CODJOVI, *ibid.*, p. 16.

¹⁰⁶ Article 1988 du C. civ.

¹⁰⁷ F. TERRE, D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 393.

¹⁰⁸ Article 353 du C.T.P.F.

nous référer aux règles du mandat ordinaire selon lesquelles tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant¹⁰⁹. Le mandat n'est toutefois pas le seul mode de représentation entre les époux. Il existe aussi des hypothèses de représentation judiciaire ?

B – Les représentations judiciaires en cas de crise

La nécessité de faire fonctionner le ménage même en temps de crise entre les époux, a conduit le législateur à élaborer diverses mesures destinées à favoriser l'accomplissement d'actes dans l'intérêt du ménage. Deux mesures ont été prévues. Il s'agit de l'autorisation et de l'habilitation judiciaires.

1°) L'autorisation judiciaire

L'article 106 alinéa 2 du C.T.P.F. dispose qu'un « époux qui veut faire un acte pour lequel le consentement ou le concours de l'autre époux est nécessaire, peut être autorisé par justice à agir sans le consentement ou le concours de celui-ci, s'il est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille¹¹⁰ ». L'autorisation permet donc d'éviter par exemple que [la femme] ne soit paralysée en raison de l'incapacité de son conjoint à manifester sa volonté ou même sa simple mauvaise volonté¹¹¹. Toutefois, l'intervention du juge aux fins d'autoriser la femme à passer un acte pour lequel le concours des deux époux est nécessaire ne peut avoir lieu que sous certaines conditions :

- L'acte à accomplir doit nécessiter le consentement des deux époux. Il en est ainsi dans l'hypothèse où les conjoints ont des pouvoirs égaux sur certains biens (logement familial et meubles le meublant, biens communs...). L'autorisation n'est donc pas envisageable lorsque la femme est sans pouvoir pour passer l'acte, peu importe que ce soit un acte d'administration ou de disposition. Par exemple, elle ne peut être autorisée à accomplir un acte sur les biens personnels de son conjoint car elle ne dispose d'aucun pouvoir sur ces biens.

¹⁰⁹ Article 1993 du C. civ.

¹¹⁰ Article 178 du C.P.F.B.

¹¹¹ J. CHAMPION, *Contrats de mariage et régimes matrimoniaux*, J. Delmas et Cie, 8^e éd., 1989, p. 34.

- Il faut un refus non justifié par l'intérêt de la famille. La notion d'intérêt de la famille n'est pas clairement définie par le législateur. Elle est laissée à l'appréciation souveraine des juges¹¹².

- Le conjoint doit être hors d'état de manifester sa volonté. L'expression vise « l'éloignement, la disparition, l'absence ou l'incapacité de l'époux »¹¹³. Il a ainsi pu être jugé que le conjoint d'un malade mental peut obtenir du tribunal, l'autorisation de procéder seul à l'acquisition d'immeuble pour le compte de la communauté avec affectation hypothécaire sur ce bien, sans avoir au préalable à déclencher une procédure destinée à assurer la protection de l'incapable majeur¹¹⁴.

Dès lors que toutes ces conditions sont remplies, les textes précisent que l'acte passé dans les conditions fixées par l'autorisation est opposable à l'époux dont le concours ou le consentement a fait défaut. Mais l'opposabilité dans ce cas suppose-t-il que l'époux non consentant sera engagé par l'acte ? En effet, contrairement au Code civil qui précise que l'acte est opposable à l'époux dont le concours a fait défaut, sans qu'il en résulte à sa charge aucune obligation personnelle¹¹⁵, les textes togolais restent muets sur la question. Comment faut-il alors analyser la notion d'opposabilité dans cette hypothèse ? A notre avis, la notion d'opposabilité, n'exclut pas que le jugement ne produise ses effets qu'entre les parties¹¹⁶. Cependant, si l'on considère que l'autorisation a été accordée en fonction de l'intérêt de la famille, il nous paraît opportun qu'elle crée une obligation à l'égard du conjoint dont le concours ou le consentement a fait défaut.

Outre l'autorisation, la loi prévoit qu'un époux peut se faire habilitier en justice à représenter son conjoint défaillant.

2°) L'habilitation judiciaire

Aux termes de l'article 107 du C.T.P.F., «chaque fois que l'exige l'intérêt de la famille, lorsque l'un des époux est incapable ou défaillant, l'autre époux peut se faire habilitier par justice à représenter son conjoint soit d'une manière générale, soit pour

¹¹² Il a ainsi été déclarée irrecevable pour manque d'intérêt, la demande d'une femme commune en biens, introduite pour être autorisée à réaliser la vente d'un immeuble à elle propre sans concours de son conjoint. En l'espèce, l'acte n'a pas besoin en circonstance normale, du consentement des deux époux. V. TGI Paris, 29 mars 1968, D. 1968, 630, note E. S. de la MARNIERRE.

¹¹³ CARBONNIER, note sous, Poitiers, 13 nov. 1946, D. 1947. 397. cité par R. ADIDO, ibid., p.109.

¹¹⁴ TGI Nevers, 29 nov. 1972, D. 1973, 415.

¹¹⁵ Article 217 alinéa 2 du C.civ.

¹¹⁶ Cf. *Lexique des Termes Juridiques*, R. GUILLIEN et J. VINCENT, (sous la dir.), D., 14^e éd., 2003.p. 404.

des actes particuliers »¹¹⁷. L'habilitation judiciaire a surtout pour but de suppléer la volonté défaillante d'un époux¹¹⁸. Ici, l'étendue de cette représentation est fixée par le juge qui détermine si elle peut être totale ou partielle. Mais que l'habilitation soit générale ou spéciale, les actes à accomplir doivent se situer dans le cadre de l'exercice des pouvoirs du régime matrimonial. Il s'agit ici des pouvoirs que l'époux acquiert du mariage et de ceux qu'il avait sur ses biens personnels. La règle est donc valable aussi bien pour les biens communs, les biens réservés et même pour les propres des époux.

Remarquons pour finir, que dans la vie quotidienne, l'un des époux représentera souvent son conjoint sans mandat ni interventions judiciaires. Dans ce cas, les textes édictent que les actes accomplis seront régis par les règles de la gestion d'affaires¹¹⁹.

De ce qui précède, il est évident que la femme jouit d'une grande capacité juridique dans le ménage. Cette capacité ne se limite pas au domaine ménager. La femme jouit aussi de la liberté professionnelle (**Section 2**).

Section 2 : L'autonomie professionnelle des époux.

L'innovation ici concerne la femme dans la mesure où, le code togolais consacre désormais, l'indépendance professionnelle de la femme. Suite à cet état de chose, il convient d'abord d'analyser le principe de l'autonomie professionnelle de la femme (**Paragraphe 1**) avant d'en préciser les effets (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Le libre exercice d'une profession par la femme.

L'indépendance professionnelle de la femme repose sur le principe de la liberté d'exercer la profession de son choix (**A**) ; principe assorti d'un corollaire nécessaire : la libre perception des gains et salaires (**B**).

¹¹⁷ Le Code béninois énonce quant à lui en son article 177 que si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté, l'autre peut se faire habilitier en justice à le représenter, d'une manière générale ou pour certains actes particuliers dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial, les conditions et l'étendue de cette représentation étant fixées par le juge.

¹¹⁸ J. J. CODJOVI, op. cit., p. 18.

¹¹⁹ La gestion d'affaires peut se définir comme le fait pour une personne, le gérant, d'accomplir des actes d'administration dans l'intérêt d'un tiers, le géré ou maître de l'affaire, sans que ce dernier l'en ait chargé et en dehors de tout pouvoir légal ou judiciaire. Article 177 alinéa 2 du C.P.F.B.

A- La liberté pour la femme de choisir sa profession.

La liberté professionnelle de la femme a pour fondement l'article 109 du C.T.P.F. qui proclame que : « *La femme peut exercer une profession séparée de celle de son mari...* ». Pour le mari, exercer une profession a toujours été perçu comme une évidence. Mais, la question de l'activité professionnelle de la femme a pendant longtemps soulevé maintes polémiques, notamment dans la législation française. Les nombreux débats suscités par l'activité professionnelle de la femme trouvent leur fondement dans l'idée que la vocation première de la femme est d'assumer les tâches domestiques. Mieux, selon une théorie dite des "trois K" relatée par le Doyen CARBONNIER¹²⁰, la femme mariée avait pour domaine essentiel dans les sociétés occidentales, l'ordonnance de la cuisine (Kürche), l'éducation des enfants (Kinder) et la participation à la vie de l'église (Kirche). Ainsi, le Code civil n'avait envisagé la profession de la femme qu'avec le consentement du mari¹²¹. Telle n'était toutefois pas la conception du droit coutumier en Afrique. En effet, même si le rôle de la femme se limitait principalement aux travaux domestiques et à l'éducation des enfants, la femme avait toujours participé à la vie économique des sociétés africaines. Elle pouvait librement exercer des activités génératrices de revenus¹²². Même si elle se fait souvent le devoir de demander l'autorisation de son mari sous forme de conseil, avant d'entreprendre une activité, aucune disposition ne l'obligeait juridiquement à requérir cette autorisation. Mieux, le mari lui-même s'opposait rarement à ses activités¹²³. Dans ces conditions, la reconnaissance de l'indépendance professionnelle de la femme au Togo, même si elle témoigne de la volonté des législateurs de promouvoir la femme, apparaît comme une consécration de la coutume ; le législateur moderne ne pouvant se permettre sur ce point, d'ignorer la pratique traditionnelle. Désormais, il est une règle légale que la femme

¹²⁰ J. CARBONNIER, *Flexible droit, Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2^e éd., 1971, p. 161.

¹²¹ Il est utile toutefois de préciser que cette situation a depuis connu de nombreux progrès. Déjà avec la loi de 1942, le mari ne disposait plus que d'un droit d'opposition et encore sous contrôle judiciaire. La loi du 23 décembre 1985 abolit définitivement l'incapacité de la femme lorsqu'elle énonce que chaque époux peut librement exercer une profession.

¹²² Cf. Points 123 et 127 du Coutumier du Dahomey. Le point 123 édicte que le mari ne doit que nourriture et logement à la femme. Pour le reste, elle a recours à un petit commerce. Quant au point 127, il précise entre autres que la femme peut se constituer un pécule avec le produit de la vente de certains objets de sa fabrication.

¹²³ M. FOLI, *La femme mariée dans le Code de la famille*, Annales de l'Université du Bénin, Série Droit – Economie, 1984, p. 7.



peut librement exercer la profession de son choix quelle que soit la nature de celle-ci¹²⁴. Elle acquiert de ce fait la même capacité professionnelle que le mari¹²⁵.

Néanmoins, si théoriquement, les époux sont libres l'un et l'autre d'exercer la profession de leur choix, l'inégalité réapparaît souvent dans la pratique. Cette analyse est confirmée par Madame GAUDEMET-TALLON lorsqu'elle affirme que « la femme est défavorisée sur le marché de l'emploi (embauche, salaire, promotion), sans parler de la double journée de travail qu'elle effectue souvent pour assurer les tâches ménagères et les soins des enfants »¹²⁶. A l'égalité théorique prônée par les textes, subsiste donc toujours une inégalité matérielle.

Ce constat ne doit toutefois pas nous faire perdre de vue les mérites du principe de la liberté professionnelle, principe qui généralement s'accompagne de la libre perception des gains et salaires.

B- La libre perception des gains et salaires.

L'indépendance professionnelle de la femme est à la mesure de ses pouvoirs sur ses gains et salaires. Ainsi, l'autonomie professionnelle de la femme doit s'accompagner de la liberté de percevoir les gains et salaires découlant de l'exercice de la profession.

Les notions de gains et salaires doivent ici s'entendre au sens large. La notion de salaire englobe toutes les formes de rémunération prévues par le droit social telles, le salaire stricto sensu, les accessoires et compléments de salaire, les primes, les commissions, les indemnités... Quant à la notion de gains, elle vise les produits d'une activité non subordonnée c'est-à-dire, les bénéfices, honoraires,...

Contrairement au système juridique béninois qui précise que, «*chacun des époux perçoit ses gains et salaires mais ne peut en disposer librement qu'après s'être acquitté des charges du ménage*»¹²⁷, aucun texte togolais ne proclame expressément le principe de la libre perception des gains et salaires. Ce principe semble découler d'une part, de l'indépendance professionnelle des époux. La liberté professionnelle inclut donc la liberté de percevoir les salaires. D'autre part, le

¹²⁴ Toutes les professions sont visées (civiles, commerciales, libérales, artisanales, agricoles....).

¹²⁵ Nous reviendrons plus loin sur la loi togolaise qui conserve à regret, le système de la loi française de 1942 qui avait supprimé la nécessité de l'autorisation du mari mais a laissé subsister le droit d'opposition de celui-ci.

¹²⁶ H. GAUDEMET-TALLON, *De quelques paradoxes en matière de droit de la famille*, R.T.D. Civ. 1981, p. 746.

¹²⁷ Article 174 alinéa 2 du C.P.F.B.

principe de la libre perception des gains et salaires se déduit de l'article 360 du C.T.P.F. qui énonce que la femme qui exerce une profession commerciale séparée, possède pour les besoins de son commerce, l'administration et la disposition des biens qu'elle a acquis dans l'exercice de cette profession. Selon cette analyse, c'est parce qu'elle a le droit de percevoir ses gains et salaires, qu'elle peut en disposer librement.

Cependant, si le droit de percevoir librement son salaire ou les fruits de son activité et le droit de les administrer en toute liberté consacre une véritable indépendance de la femme, la liberté professionnelle de la femme n'est pas sans connaître des restrictions dans la législation togolaise. En effet, il est précisé à l'article 359 du C.T.P.F. que le débiteur des salaires dus à la femme, en rémunération de son activité personnelle, est toutefois valablement libéré par la remise qu'il en fait à celle-ci, si le mari ne lui a pas signifié, par exploit d'huissier, qu'il doit s'en acquitter entre ses mains. Ainsi, le mari peut par exploit d'huissier, obtenir que soient versés entre ses mains les salaires de sa femme. Cette règle bat en brèche la liberté professionnelle de la femme et anéantit toute la promotion qui lui est faite. Mais, quoi qu'il en soit, ce constat n'altère pas l'efficacité du principe de l'autonomie financière de la femme, au regard des incidences qui en découlent (Paragraphe 2).

Paragraphe 2 : Les incidences de l'autonomie professionnelle.

L'autonomie professionnelle a pour corollaire l'autonomie bancaire de la femme (A). De cette indépendance bancaire découle aussi une présomption légale de pouvoir (B). En effet, en vertu de la liberté professionnelle dont elle bénéficie, la femme peut librement se faire ouvrir un compte bancaire. A l'égard du dépositaire, elle est réputée avoir la libre disposition des fonds déposés.

A- L'autonomie bancaire de la femme.

Elle est la « *résultante non seulement de la pleine capacité juridique de la femme mais aussi de l'autonomie professionnelle des époux et de leur droit de disposer librement de leurs revenus*¹²⁸ ». Sous l'empire de l'ancienne loi française, le Code civil n'accordait à l'épouse la possibilité d'ouvrir un compte bancaire que dans le cadre du mandat domestique en représentation de son mari. Dans ce cas, l'ouverture du compte devait être notifié au mari ; le banquier devant aussi veiller à ce que la balance du compte ne soit jamais déficitaire sauf mandat exprès du mari¹²⁹.

Dès lors, comme conséquence de la liberté professionnelle de la femme, la liberté d'ouvrir un compte bancaire a été consacrée par les rédacteurs africains en un principe applicable aussi bien au mari qu'à l'épouse. Toutefois, cette consécration ne s'est pas faite partout de la même manière. Si par exemple dans le système juridique béninois, il est expressément prévu que chacun des époux peut se faire ouvrir sans le consentement de l'autre tout compte de dépôt¹³⁰ ou de titres en son nom¹³¹, l'autonomie bancaire se déduit plutôt dans la législation togolaise, de la reconnaissance à chacun des époux des pouvoirs propres dans l'intérêt du ménage et des enfants¹³². Ainsi, si la femme a la pleine capacité juridique, elle peut ouvrir un compte bancaire.

La reconnaissance de l'autonomie bancaire de la femme marque une évolution considérable et « *participe d'un mouvement de droit tendant à ériger certains attributs pécuniaires en prérogatives inséparables de la personne humaine* »¹³³. Grâce à la liberté bancaire, la femme peut se faire ouvrir un compte bancaire sans le consentement de son conjoint. La liberté bancaire signifie pour la femme la capacité d'être titulaire d'un compte bancaire ou assimilé, seul ou joint

¹²⁸ N. ZINZINDOHOUE, « L'égalité des époux dans le Code béninois des personnes et de la famille », in *La Personne, la Famille et le Droit en République du Bénin, Contribution à l'étude du Code des Personnes et de la Famille*, éd. Juris Ouanilo, 2007, p. 131.

¹²⁹ Ancien article 221 du C. civ.

¹³⁰ L'expression compte de dépôt vise non seulement les comptes de dépôt ou de chèques, mais aussi les comptes courants. Cf. F. TERRE, D. FENOUILLET, *ibid.*, p. 397.

¹³¹ Au sujet des comptes de titres, l'interprétation extensive de la notion conduit à considérer tant les titres au porteur que les titres nominatifs. Relativement aux titres nominatifs, ceux-ci ont longtemps été exclus du domaine de la liberté bancaire. Ils n'ont été retenus qu'avec la dématérialisation des valeurs mobilières ; l'inscription en compte étant en principe le seul mode de détention de celles-ci, qu'elles soient au porteur ou nominatives. Cf. F. TERRE, D. FENOUILLET, *ibid.*, p. 397.

¹³² S. MELONE, « Les effets du mariage dans l'ordre des rapports patrimoniaux », in *Encyclopédie Juridique de l'Afrique, Droit des personnes et de la famille*, Les Nouvelles Editions Africaines, Tome VI, 1982, p. 248.

¹³³ D. MARTIN, *L'indépendance bancaire des époux*, D., 1989, p. 135, cité par N. GBAGUIDI, *op. cit.*, p. 12.

avec des tiers ou non et naturellement de le faire fonctionner sans restriction¹³⁴. Concrètement, la femme est désormais capable d'ouvrir seule un compte bancaire et de le faire fonctionner sans aucune restriction du mari. L'autonomie bancaire se double de la présomption légale de pouvoir.

B- La présomption légale de pouvoir.

Contrairement au droit béninois, le législateur togolais n'a donné aucune précision sur la présomption légale de pouvoir découlant de l'autonomie bancaire. Cette présomption se déduit naturellement de la reconnaissance de l'autonomie bancaire et est renforcée par le principe même de la liberté professionnelle. De façon précise, la présomption tend à rendre absolue l'indépendance bancaire de la femme.

En vertu de cette présomption légale, la femme peut accomplir toutes opérations sur son compte bancaire, sans avoir à justifier de ses pouvoirs. A l'appui de cette affirmation, nous énonçons en substance, l'article 221 du code civil aux termes duquel, l'époux titulaire de compte est réputé, à l'égard du dépositaire, avoir la libre disposition des fonds et titres en dépôt.

Le dépositaire ne peut exiger des justifications sur l'origine des fonds ou du régime matrimonial. Comme l'affirme M. GUINCHARD¹³⁵, l'établissement dépositaire doit seulement vérifier l'identité du déposant et sa qualité d'époux. Ainsi, la présomption légale de pouvoir, loin d'être uniquement favorable à la femme, s'impose également au banquier car, ce dernier engagerait sa responsabilité s'il s'oppose à l'ouverture du compte en fondant son refus sur des questions d'ordre matrimonial.

La réflexion sur la promotion du statut juridique de la femme a été l'occasion d'apprécier les avancées remarquables opérées en la matière. Nonobstant ces progrès, il n'en demeure pas moins que des insuffisances existent ; ce qui relativise la promotion faite à la femme **(Seconde Partie)**.

¹³⁴ DUPUIS, *Une institution dérogeant aux règles des régimes matrimoniaux : Le compte bancaire joint*, D. 1988, p. 39. ; RUBELLIN-DEVICHI, *L'article 221 du Code civil*, RTD Civ., 1985, p. 709 et s., cité par A. N. GBAGUIDI, *Egalité des époux, Egalité des enfants et le projet de Code de la Famille et des Personnes du Bénin*, RBSJA, n° Spécial, Oct. 1995, p. 12.

¹³⁵ S. GUINCHARD, *Le droit de la famille au Sénégal*, .LG.D.J., 1980, p. 105, cité par S. MELONE, *Les effets du mariage dans l'ordre des rapports patrimoniaux* in *Encyclopédie Juridique de l'Afrique, Droit des personnes et de la famille*, Les Nouvelles Editions Africaines, Tome VI, 1982, p. 248.

SECONDE PARTIE

LA RELATIVITE DE LA PROMOTION DU STATUT JURIDIQUE DE LA FEMME : DE LA SURVIVANCE DE L'INEGALITE ENTRE LES EPOUX.

Ce n'est point un "complexe d'uxorius"¹³⁶ qui nous pousse à analyser les dispositions discriminatoires à l'égard de la femme dans le Code des Personnes et de la Famille du Togo.

Mais, alors que les législateurs togolais se sont lancés dans un mouvement de promotion du statut juridique de la femme voire d'égalité entre les époux, force est de constater, qu'ils ne sont pas allés jusqu'au bout de la réforme entreprise.

En effet, il n'est pas sans intérêt de rappeler que, suite au dilemme auquel ont été confrontés les réformateurs des institutions privées en Afrique, l'élaboration des codes africains a été sous-tendue par diverses philosophies. Pour certains auteurs, les législateurs africains devaient résolument tourner le dos aux coutumes accusées d'être une entrave au développement¹³⁷. Selon d'autres par contre, le droit de la famille devait être « un droit qui soit à la fois tourné vers le développement et conscient des résistances du passé »¹³⁸.

L'ordre juridique togolais, qui fut l'un des rares où la recherche de l'égalité entre les époux avait été la plus avancée¹³⁹, s'est largement inspiré du dernier courant de pensées. Le législateur togolais a répondu à la variété des options par le pluralisme juridique en faisant du droit de la famille, un droit imprégné des règles du droit moderne avec plus ou moins de concession au droit traditionnel.

¹³⁶ Le complexe de l'uxorius est un ensemble de tendances plus ou moins obscures qui portent le législateur à se faire, dans les ménages, le champion des intérêts des femmes. V. J. CARBONNIER, *V^{BIS} Famille, Législation et quelques autres*, in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., L.G.D.J., 1995, p. 253.

¹³⁷ A. GBAGUDI, *De l'option de monogamie à l'option de polygamie : la nouvelle voie béninoise*, in R.B.S.J.A., p. 31 et s.

¹³⁸ S. M. SY, *Négritude et droit moderne*, in *Colloque sur la négritude, série de communications*, numéro spécial du «soleil», 8 Mai 1971, p. 43 et s.; cité par M. POCONAM, *Quelques aspects du Code Togolais de la Famille*, Annales de l'université du Bénin, Série Droit, Economie, Tome XI, 1987- 1993, p. 7.

¹³⁹ P. G. POUGOUE, « Les effets du mariage dans l'ordre des rapports personnels » in Encyclopédie Juridique de l'Afrique, Droit des personnes et de la famille, Les Nouvelles Editions Africaines, Tome VI, 1982, p. 216.

Ainsi, du fait de la coexistence du droit moderne et des coutumes, des inégalités persistent toujours entre les époux. Ces inégalités subsistent à la fois sur le plan personnel (**Chapitre I**) et sur le plan patrimonial dans les rapports entre les époux (**Chapitre II**).

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Chapitre I

LA SURVIVANCE DE L'INEGALITE DANS LES RAPPORTS PERSONNELS ENTRE EPOUX.

Dans les relations personnelles entre les époux, l'aspiration à l'égalité n'a pas eu pour conséquence, l'éradication de l'hégémonie du mari. En dépit des efforts d'amélioration du statut juridique de la femme, la direction de la famille reste marquée par une certaine prééminence du mari (**Section 1**). De même, il survit toujours les institutions traditionnelles telles la dot et la polygamie qui renforcent la prééminence du mari. En vertu de cette prééminence, le mari jouit de prérogatives particulières (**Section 2**).

Section 1 : La prééminence du mari dans la direction de la famille.

La prépondérance du mari s'explique ici par la qualité de chef de famille qui lui est reconnue dans la législation togolaise. Le maintien de cette qualité se justifie par la pratique qui fait état d'une certaine résistance culturelle à la notion. Nous analyserons donc d'abord, la qualité de chef de famille du mari (**Paragraphe 1**) avant d'en préciser les fondements (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La qualité de chef de famille du mari.

L'article 101 du C.T.P.F. dispose : « *Le mari est le chef de famille. Il exerce ce pouvoir dans l'intérêt commun du ménage et des enfants...* ».

Que recouvre cette notion de chef de famille et quelle en est l'étendue (**A**) ?
Admet-elle des atténuations (**B**) ?

A- La notion de chef de famille.

Contrairement à la législation béninoise où la notion de chef de famille a disparu¹⁴⁰, celle-ci a été maintenue dans la réglementation togolaise.

En instituant le mari chef de famille, le législateur togolais s'est largement inspiré de l'ancien système français¹⁴¹. En effet, dans la législation française, la notion de chef de famille était venue remplacer l'ancienne puissance maritale¹⁴² consacrée par le code napoléon de 1804. Toutefois, la qualité de chef de famille ne doit pas être assimilée à la puissance maritale qui, autrefois, conférait un pouvoir quasi absolu au mari dans le ménage et un pouvoir de contrôle sur les correspondances et la conduite personnelle de sa femme¹⁴³.

Deux idées fondamentales sous-tendent le concept de chef de famille dans le droit togolais.

D'une part, sur le plan moral, l'expression chef de famille signifie que le mari assure la direction du ménage. Il a de ce fait « *une certaine prééminence et un pouvoir de décision en ce qui concerne les intérêts communs des époux et de la famille*¹⁴⁴ ». C'est lui qui représente le couple à l'extérieur et le dirige à l'intérieur¹⁴⁵. De façon plus précise, parce qu'il est le premier responsable du ménage, le mari a en main la destinée de la famille et doit assurer la sécurité de tous ses membres.

D'autre part, sur le plan matériel, en raison de sa qualité de chef de famille, le mari assume à titre principal les charges du ménage. Il est tenu de pourvoir principalement aux besoins de la famille¹⁴⁶. La femme n'a qu'un rôle subsidiaire.

La notion de chef de famille traduit donc la prééminence du mari qui, selon le Doyen CARBONNIER, paraît incarner à lui seul tout le ménage¹⁴⁷.

Mais, cette affirmation du doyen CARBONNIER bien que pertinente, doit néanmoins être nuancée. En effet, bien qu'il soit le chef de famille, le mari ne jouit

¹⁴⁰ Comme il a déjà été exposé, la notion de chef de famille a été supprimée en droit béninois car contraire au principe d'égalité des époux. À la place de la suprématie du mari, le C.P.F.B. a institué une collégialité dans la direction du ménage. Cf. article 155 du C.P.F.B.

¹⁴¹ Ancien article 213 de la loi de 1942. Selon ce texte, le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance au mari. Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, Tome 2, PUF, 1955, p. 130. Précisons toutefois que cette qualité a été supprimée du code civil par la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale.

¹⁴² Article 214 Code Napoléon.

¹⁴³ A. WEIL, F. TERRE, *Droit civil, Les Personnes, La Famille, Les Incapacités*, 5^e éd., D., 1993, p. 280, n° 317.

¹⁴⁴ A. WEIL, F. TERRE, *id.*, p. 281.

¹⁴⁵ A. BENABENT, *Droit civil, La Famille*, Litec, 1993, p. 138.

¹⁴⁶ Article 102 alinéa 2 du C.T.P.F.

¹⁴⁷ J. CARBONNIER, *ibid.*, p. 121.

pas d'un droit discrétionnaire. Il doit exercer ce pouvoir dans des conditions bien définies par le législateur (B).

B- Les atténuations apportées à la notion de chef de famille.

La notion de chef de famille comporte une double limitation. En premier lieu, la notion de chef de famille n'est concevable que s'il y a communauté d'intérêts entre les membres de la famille¹⁴⁸. Ainsi, la qualité de chef de famille est conférée au mari non dans son intérêt personnel, comme une prérogative discrétionnaire, mais dans l'intérêt commun de toute la famille. Ses pouvoirs ne sont ni absolus ni discrétionnaires. C'est ce qu'exprime le texte de l'article 101 du C.T.P.F., lorsqu'il précise que le mari exerce ce pouvoir dans l'intérêt commun du ménage et des enfants. Ainsi, pour les Professeurs WEILL et TERRE, cette qualité est « *non un droit mais une fonction* »¹⁴⁹.

Mais, si la fonction de chef de famille du mari doit se limiter à "l'intérêt commun du ménage et des enfants", que recouvre précisément cette expression ? Doit-elle être assimilée à la notion d'intérêt de la famille ?

Dans la négative, nous estimons que le législateur aurait plutôt dans ce cas retenu directement la notion d'intérêt de la famille. Néanmoins, dans l'affirmative, l'intérêt de la famille étant défini comme « *ce qui est utile à la famille, [...] ce qui concourt à la sécurité matérielle et morale du ménage et à la sauvegarde de son patrimoine* »¹⁵⁰, il s'inscrit dans la droite ligne de la préoccupation du législateur. C'est pourquoi, une confusion des deux notions n'est pas à exclure totalement.

Mais, quoi qu'il en soit, précisons que, dans l'exercice de sa fonction de chef, le mari doit agir non pas selon ses convenances personnelles, mais dans l'intérêt de tous les membres de la famille. En tout état de cause, il ne peut mettre en péril ni la vie de sa femme ni celle de ses enfants.

En second lieu, conformément aux dispositions de l'article 101 du C.T.P.F., la fonction de chef de famille n'incombe pas exclusivement au mari. La femme concourt avec lui à assurer la direction morale et matérielle de la famille. Il se doit donc de

¹⁴⁸ G. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, éd. A. Pedone, 1974, P. 238.

¹⁴⁹ A. WEILL, F. TERRE, *ibid.*, p. 282.

¹⁵⁰ J. J. CODJOVI, *Le régime matrimonial légal dans les législations nouvelles des Etats francophones de l'Afrique de l'Ouest*, R.B.S.J.A., n°8, Mai 1987, p. 9.

consulter sa femme pour toutes les décisions concernant la famille. En outre, pour bien marquer les atténuations aux pouvoirs du mari, la loi précise les cas dans lesquels cette qualité cesse d'exister au profit du mari. Il en est ainsi, lorsqu'il est hors d'état de manifester sa volonté, lorsqu'il est incapable ou absent...¹⁵¹.

Toujours dans la même logique, mentionnons que les textes consacrant la prééminence du mari donnent un droit de recours à la femme contre les décisions abusives prises par celui-ci¹⁵².

En somme, il est évident que la qualité de chef de famille du mari constitue une atteinte au principe d'égalité des époux malgré les atténuations qui y sont apportées. Cependant, bien que cette qualité soit discriminatoire à l'égard de la femme, de nombreux arguments militent en faveur de son maintien **(B)**.

Paragraphe 2 : Les fondements de la qualité de chef de famille.

La primauté reconnue au mari dans la famille trouve des justificatifs aussi bien dans la conception religieuse de l'homme **(A)** que dans des facteurs sociologiques **(B)**.

A- Les fondements tenant à la conception religieuse de l'homme.

Il ne s'agit pas ici de confondre droit et religion mais plutôt de mettre en relief l'influence de l'une sur l'autre dans un domaine qui s'y prête bien.

L'homme dans la religion a toujours été considéré comme un être supérieur à la femme.

Dans les sociétés de civilisation chrétienne, même si le christianisme prône l'égalité spirituelle de l'homme et de la femme, il reconnaît la primauté de l'homme sur la femme.

En effet, dans les familles chrétiennes, les époux sont certes associés dans le gouvernement de la famille, toutefois, cette association a pour chef le mari considéré comme plus apte à assumer les responsabilités et à remplir les lourdes tâches qu'exige la direction de la famille. C'est ce que traduit Saint Paul lorsqu'il écrit : «

¹⁵¹ Article 101 alinéa 2 du C.T.P.F.

¹⁵² V. articles 104, 109 du C.T.P.F.

*femmes, soyez soumises à vos maris, comme vous l'êtes au Seigneur. Car le mari est le chef de sa femme*¹⁵³ ... ».

Par ailleurs, la supériorité du mari trouve ses bases dans le fait que, la femme aurait été créée par la transformation d'une côte de l'homme¹⁵⁴.

Outre la religion chrétienne, l'islam fait également état de l'autorité du mari sur sa femme. Ainsi, il est précisé dans le Coran que les hommes ont autorité sur les femmes, en raison des faveurs qu'Allah accorde aux uns sur les autres¹⁵⁵. Mieux, en vertu de cette autorité, il incombe à l'homme seul de loger, nourrir et entretenir sa famille. Ici aussi, l'autorité est accordée à l'homme en raison de sa nature physique et morale apte à remplir les obligations de la vie familiale.

En résumé, de même que la religion chrétienne, l'islam prône l'égalité entre le mari et la femme tout en reconnaissant à l'homme une certaine autorité qui relève de la compétence plutôt que du pouvoir¹⁵⁶.

Tous ces arguments fondés sur la religion ne s'opposent pas à la conception de l'homme dans les sociétés animistes. En effet, dans les sociétés animistes, l'homme occupe la même place que dans les sociétés traditionnelles. Ainsi, comme il a déjà été observé, l'homme dans la religion animiste a également une certaine autorité sur la femme.

À ces facteurs religieux, qui sans avoir déterminé le législateur togolais, l'ont influencé, viennent s'ajouter d'autres qui sont d'ordre sociologique (B).

B- Les fondements liés aux facteurs sociologiques.

Du point de vue sociologique, de nombreux arguments ont été apportés à la qualité de chef de famille du mari.

Selon une première conception, la qualité de chef de famille conférée au mari relève de la nécessité de l'unité de direction de tout groupement¹⁵⁷. En effet, comme

¹⁵³ Sainte Bible, Ephésiens 5, 22-23.

¹⁵⁴ Sainte Bible, Genèse 2, 21-22.

¹⁵⁵ Coran 4 : 34.

¹⁵⁶ www.angelfire.com/journal/sunnah.

¹⁵⁷ A. M. BOURGEOIS, *La loi du 13 juill. 1965 et les séquelles du statut d'infériorité juridique de la femme mariée*, Rev. Trim. Dr. Civ. 1968. p. 101, cité par A. COLOMER, *La réforme des régimes matrimoniaux ou : vingt ans après (premières réflexions sur la loi du 23 décembre 1985)*, Recueil Dalloz Sirey, 1986, chron. VII, p. 51.

toute société, il est normal que la société conjugale soit confiée à la direction d'une seule personne. C'est dans ce sens que M. KOUASSIGAN affirme que, la famille étant un groupement de personnes, son fonctionnement exige l'existence d'un chef¹⁵⁸.

Selon une deuxième conception, l'existence d'une autorité, d'un pouvoir de décision dans la famille se justifie par le besoin de stabilité sans laquelle, la famille serait vouée à l'échec¹⁵⁹. En effet, sera-t-elle viable la famille dans laquelle personne, ni le mari, ni la femme ne commande? L'institution d'un chef de famille relève donc de la nécessité de pallier les mésententes entre époux en cas de conflit¹⁶⁰.

Cependant, au vu de ces argumentations, si l'institution d'un chef paraît justifié à certains égards, reste à savoir auquel des époux cette autorité doit être accordée.

Pour le Professeur MAZEAUD, dont nous ne partageons pas l'opinion, l'homme étant généralement, par sa grande force et son caractère plus ferme, mieux apte à porter le fardeau des charges familiales et la responsabilité de la direction, il convient de lui accorder la prééminence¹⁶¹. Cette affirmation nous semble sans fondement et dépourvue d'objectivité.

Quoi qu'il en soit, bien que nous partageons l'analyse selon laquelle la société conjugale a dans une certaine mesure, besoin d'une autorité, il est évident que l'institution du mari chef de famille contrevient à l'égalité des conjoints et constitue une discrimination à l'égard de la femme. C'est pourquoi, il est à notre avis, préférable qu'au lieu d'instituer le mari en chef de famille, et à défaut de réaliser l'égalité parfaite entre les époux, la loi accorde à l'un et à l'autre les mêmes droits dans le fonctionnement du ménage. Il y va de la limitation des recours en justice ; causes de rupture du mariage.

Corrélativement, il s'avère utile de supprimer les prérogatives relatives à la prééminence du mari (**Section 2**).

¹⁵⁸ G. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 237.

¹⁵⁹ A. N'DIAYE, *Le droit malien sur les régimes matrimoniaux, Les structures de base des rapports patrimoniaux des époux*, Penant Oct. - Déc. 1991, p. 332.

¹⁶⁰ En d'autres termes, dans l'hypothèse où le foyer n'a aucune autorité, les divergences d'opinions entre conjoints risquent d'entraîner des situations de crise. Mais, prévoir un recours au juge en cas de conflit constituerait peut être un moyen de scissure de l'union conjugale.

¹⁶¹ H. MAZEAUD, *ibid.*, p. 143.

Section 2 : Les prérogatives liées à la prééminence du mari.

Cette section sera analysée sous l'angle de la prérogative relative à la qualité de chef de famille du mari (**Paragraphe 1**), et, des prérogatives relatives à la survivance des institutions traditionnelles (**Paragraphe 2**). En effet, parce qu'il est le chef de famille, le mari jouit d'un droit particulier. A cela s'ajoute la légalisation de la polygamie et de la dot ; deux institutions traditionnelles qui renforcent les pouvoirs mari.

Paragraphe 1 : La prérogative liée à la qualité de chef de famille du mari

Traiter de la prérogative liée à la qualité de chef de famille du mari, conduit à examiner en premier lieu, le droit d'opposition du mari à l'exercice d'une profession par sa femme (**A**). Et en second lieu, à préciser les conditions de mise en œuvre de ce droit d'opposition (**B**).

A- Le droit d'opposition du mari à l'exercice d'une profession par sa femme.

Le mari étant le chef de famille, il dispose à ce titre, du droit de s'opposer à l'exercice d'une profession par sa femme. Ce principe trouve son fondement dans l'article 109 du C.T.P.F. qui édicte que la femme peut exercer une profession à moins que son mari ne s'y oppose. L'imprécision des termes employés par le législateur permet de déduire que l'opposition peut être exercée quelle que soit la profession exercée par la femme.

Par ce principe, « *vestige de la loi française de 1942* »¹⁶², le législateur togolais tout en affirmant l'autonomie professionnelle de la femme, maintient l'autorité du mari chef de famille, réduisant ainsi considérablement, la portée de la liberté professionnelle de la femme.

Mais, fort heureusement, la liberté professionnelle de la femme n'est pas totalement restreinte. En effet, la notion d'intérêt de la famille reste «... *l'élément régulateur qui permet au juge de contrôler la décision du mari et de faire de ce droit marital, non une prérogative personnelle, mais un instrument au service du*

¹⁶² J. J. CODJOVI, op. cit., p. 9.

*mariage... »*¹⁶³. Ainsi, le mari ne peut s'opposer à l'exercice d'une activité professionnelle par la femme que, s'il établit la preuve que cette activité est préjudiciable à l'intérêt de la famille (article 109 du C.T.P.F.). Il en sera ainsi par exemple lorsque, l'exercice de la profession risque de se solder par des pertes ou des dettes excessives, ou lorsque la femme exerce une activité déshonorante (strip-tease, prostitution...)

Lorsqu'elle n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille, la femme peut obtenir la mainlevée de l'opposition du mari. Le recours de la femme a pour conséquence la suspension des effets de l'opposition (article 109 du C.T.P.F.). Ainsi, la décision du juge lorsqu'elle est favorable à la mainlevée de l'opposition, entraîne la validation de tous les actes accomplis depuis l'opposition¹⁶⁴.

Le droit de recours de la femme semble ainsi constituer une protection contre les abus de pouvoir de la part du mari. Toutefois, il présente l'inconvénient qu'un recours en justice occasionnera peut être la rupture de l'union.

Pour finir, il est évident que le droit d'opposition du mari, bat en brèche le principe tant affirmé de la capacité professionnelle de la femme. Cette situation instaure une inégalité entre les époux ; ce qui nous conduit à analyser la mise en œuvre du droit d'opposition du mari (B).

B- La mise en œuvre du droit d'opposition.

L'article 109 du C.T.P.F. précise que, le mari qui désire s'opposer à l'exercice d'une profession par sa femme, doit porter son opposition à la connaissance des tiers par lettre recommandée avec accusé de réception. Si, la nécessité d'informer les tiers s'impose pour l'efficacité du droit d'opposition, le formalisme imposé par le législateur togolais semble dépourvu d'objectivité.

En effet, il est difficilement concevable surtout, lorsque la femme, dans le cadre de sa profession, est en contact avec le public, que le mari surveille toutes ses activités et informe tous les tiers par lettre recommandée avec accusé de réception. Même, dans l'hypothèse où la femme conclut des contrats précis avec une ou

¹⁶³ J. J. CODJOVI, *op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁴ Article 364 alinéa 3 du C.T.P.F.

plusieurs personnes déterminées, l'exigence d'une lettre recommandée avec accusé de réception n'est pas pour faciliter la mise en œuvre de l'opposition¹⁶⁵.

Une autre limite au droit d'opposition relève du fait que la femme peut, sans recours judiciaire et en dépit de l'opposition du mari, exercer sa profession, d'autant plus que celle-ci n'est assortie d'aucune mesure coercitive. Toutefois, dans ce cas, les engagements pris par elle sont sans effet à l'égard du mari, si les tiers ont connaissance au moment où ils contractent, de l'opposition du mari¹⁶⁶. Mais, parce que la sanction du non respect de l'opposition se résume au fait que les actes produiront uniquement effet à l'égard de la femme et de ses créanciers, la femme peut continuer en toute quiétude l'exercice de sa profession malgré l'opposition du mari.

L'inopposabilité paraît donc à notre avis inefficace si, l'intention du législateur est d'interdire à la femme l'exercice d'une profession en raison de l'intérêt de la famille. La nullité des engagements contractés est souhaitable puisqu'elle protège beaucoup mieux l'intérêt de la famille. Cependant, le prononcé de la nullité dans ce cas risque de se heurter à la règle : "pas de nullité sans texte"¹⁶⁷.

En définitive, si sur le plan théorique, le texte de l'article 109 du C.T.P.F. tend, à « *émanciper la femme dans la mesure du possible tout en sauvegardant l'autorité du mari*¹⁶⁸ », il demeure tout de même sans grande portée dans la pratique. De même, peu d'hommes s'opposent à l'exercice d'une profession par leurs femmes puisque, cela risque de réduire le budget familial.

La prééminence du mari ne se limite pas à son droit d'opposition à l'exercice d'une profession par sa femme en raison de sa qualité de chef de famille. Elle résulte aussi de l'existence de la dot et de la polygamie (Paragraphe 2).

¹⁶⁵ La lettre recommandée avec accusé de réception est une lettre confiée à un service professionnel pour être remise en mains propres à son destinataire auquel il sera demandé de signer pour attester la réalité de cette remise. V. Dictionnaire du vocabulaire juridique, R. CABRILLAC sous la dir., 2^e éd., Litec, 2004, p. 240.

¹⁶⁶ Article 364 du C.T.P.F.

¹⁶⁷ S. MELONE, *Les effets du mariage dans l'ordre des rapports patrimoniaux* in Encyclopédie Juridique de l'Afrique, Droit des personnes et de la famille, Les Nouvelles Éditions Africaines, Tome VI, 1982, p. 247.

¹⁶⁸ J. J. CODJOVI, *Le régime matrimonial légal dans les législations nouvelles des États francophones de l'Afrique de l'Ouest*, R.B.S.J.A., n°8, Mai 1987, p. 10.

Paragraphe 2: Les prérogatives résultant de la survivance des institutions traditionnelles.

Nous envisagerons ici successivement les problèmes de la dot **(A)** et de la polygamie **(B)**. L'étude de la dot est utile parce qu'elle apparaît comme une institution qui vient confirmer la prééminence du mari. Relativement à la polygamie, celle-ci accentue l'inégalité entre les époux eu égard aux prérogatives qui en découlent pour le mari.

A – La dot, institution de renforcement de la prééminence du mari.

La dot consiste dans le fait pour le jeune homme ou sa famille de procurer certains avantages à celui qui a autorité sur la jeune fille¹⁶⁹.

La légalisation de la dot dans les systèmes juridiques béninois et togolais n'est pas sans susciter un débat entre partisans et adversaires de cette institution. En effet, alors que se développe une tendance voulant ravalier la dot à une institution ayant pour but de renforcer l'autorité du mari chef de famille, sa survivance dans les codes suscite de nombreuses polémiques.

Autrefois, la dot revêtait principalement deux fonctions. D'une part, elle était un gage d'alliance et de reconnaissance entre les familles des mariés¹⁷⁰. Elle constituait également une preuve de la paternité de l'époux¹⁷¹. Le père d'un enfant était ainsi celui qui a versé la dot pour la mère de cet enfant. Mais, l'évolution de l'économie et la désintégration de l'organisation sociale, a eu pour conséquence la perte de la « pureté originelle¹⁷² » de l'institution. Désormais, la dot devient un instrument de spéculation et est considérée comme le « *prix d'achat de la mariée*¹⁷³ ». De ce fait, elle constitue un moyen de sauvegarde de l'autorité du mari. Mieux, selon certains auteurs, supprimer la dot, serait favoriser l'insoumission de la femme à son mari puisqu'elle ne s'exposera plus à devoir la rembourser en cas de divorce.

¹⁶⁹ M. POCANAM, *Quelques aspects du code togolais de la famille (L'ordonnance n°80-16 du 31 janv. 1980)*, Ann. Univ. Bénin, Sér. Droit, écon. Tome XI, 1987- 1993, p. 24.

¹⁷⁰ Selon M. SOLUS, le versement de la dot matérialisait aussi la perte subie par la famille qui s'appauvissait avec le départ de la fille nubile. V. H. SOLUS, *Le problème actuel de la dot en Afrique noire*, R.J.P.U.F., 1950, p. 458 ; cité par M. POCANAM, *ibid.*, p. 24.

¹⁷¹ S. KANJI, F. CAMARA, *L'union matrimoniale dans la tradition des peuples noirs*, l'Harmattan, 2000, p. 99.

¹⁷² L'expression est de G. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, éd. A. Pedone, 1974, P. 256.

¹⁷³ V. S. KANJI, F. CAMARA, *id.*, P. 90.

L'acuité de la question de la dot revient donc lorsque malgré la redéfinition de la dot et sa répercussion sur l'égalité des époux, une concession est faite à l'institution dans les législations béninoise¹⁷⁴ et togolaise¹⁷⁵.

Selon M. POCANAM, le maintien de la dot se justifie dans le code togolais dans la mesure où il est bien délicat de rompre avec les mœurs millénaires¹⁷⁶. De plus la dot est « *une valeur de la civilisation africaine à sauvegarder en raison de sa fonction historique*¹⁷⁷ ». C'est d'ailleurs dans ce sens, et pour prévenir les abus auxquels ont donné lieu l'institution qu'elle acquiert désormais une valeur symbolique dans la législation togolaise¹⁷⁸.

S'inscrivant dans la même logique, le code béninois énonce aussi que la dot a une valeur symbolique. Toutefois, la solution du législateur togolais¹⁷⁹ est préférable à l'imprécision de la loi béninoise. En effet, au Bénin, le caractère symbolique de la dot revient-il à considérer la dot comme facultative ou obligatoire ?

Quoi qu'il en soit, et face à l'imprécision du C.P.F.B., la dot semble marquée la prééminence du mari lorsqu'elle est interprétée ou conçue comme la signification du prix d'achat de la femme¹⁸⁰. Cette prééminence du mari est encore plus remarquable dans les régimes polygamiques **(B)**.

¹⁷⁴ Article 142 du C.P.F.B. qui dispose que, la dot a un caractère symbolique.

¹⁷⁵ Pour le législateur togolais, la dot demeure une condition de forme du mariage dont le non paiement entraîne la nullité relative du mariage. L'article 58 du code togolais dispose à cet égard que « *la dot a le caractère de symbole. Elle peut être payée en nature ou en espèces ou sous les deux formes. En aucun cas son montant ne peut excéder la somme de dix mille francs* ».

¹⁷⁶ M. POCANAM, *ibid.*, p. 23.

¹⁷⁷ A. MIGNOT, *Le Droit de la Famille au Togo*, Textes et Documents, Publications de l'Université du Bénin, Lomé, 1987, p. 37.

¹⁷⁸ Cependant dans la réalité, il est un constat que la dot dépasse largement le montant fixé par le code. Mais, en fixant le prix trop bas ne risque t-on pas de faire perdre à la dot sa fonction stabilisatrice du ménage ? Inversement, un autre inconvénient serait de le fixer trop élevé car on condamnerait ainsi au célibat les hommes à revenus modestes.

¹⁷⁹ Relevons à cet égard, que le codificateur togolais assorti le caractère symbolique de la dot d'une limitation de son montant. Elle ne peut excéder la somme de 10.000 Francs CFA.

¹⁸⁰ L'on comprend ainsi aisément pourquoi le législateur togolais veut la supprimer dans l'avant projet¹⁸⁰. Néanmoins, il est difficilement concevable, dans nos sociétés, d'envisager des mariages sans dot. La dot constitue une pratique solidement ancrée dans les mœurs dont la suppression semble impossible en l'état actuel de nos sociétés.

B – L'option de polygamie du mariage.

La polygamie peut se définir comme l'institution qui permet à un individu de se marier et de vivre avec plusieurs épouses¹⁸¹.

Pratique institutionnalisée par les sociétés traditionnelles, la polygamie remplissait plusieurs fonctions : économique, hygiénique et politique¹⁸².

L'institution de la polygamie pose problème dans la mesure où, la concession faite à la polygamie par la loi heurte le principe d'égalité des époux dans le mariage et constitue une discrimination à l'égard de la femme. En effet, de même qu'il n'a pas supprimé la dot, de même, le législateur togolais a conservé la polygamie avec toutefois une légère modification. La polygamie est désormais une option que les époux peuvent souscrire lors de la célébration du mariage¹⁸³.

Le caractère discriminatoire de cette institution s'expliquait par le fait que l'homme peut entretenir des relations avec plusieurs femmes sans être coupable d'adultère alors que la femme ne peut avoir des relations avec un autre homme¹⁸⁴. Allant dans le même sens, le professeur S. MELONE pose le problème en ses termes : «...Est-ce que sociologiquement il est contraire aux bonnes mœurs d'avoir des relations d'homme à femme avant le mariage car le polygame peut toujours se marier avec toutes les femmes qu'il fréquente»? En effet, bien que les textes disposent que les époux se doivent mutuellement fidélité¹⁸⁵, dans le contexte polygamique, le devoir de fidélité constitue une inégalité entre les époux puisque, la preuve de l'adultère de l'homme est difficile à établir étant donné qu'on ne peut distinguer entre les prémices d'un nouveau mariage et l'adultère. Cet argument ne nous paraît pas pertinent puisque, l'adultère étant une relation hors mariage, l'homme polygame peut être coupable d'adultère s'il entretient des relations avec

¹⁸¹ S. MELONE, *Le poids de la tradition dans le droit africain contemporain*, Penant, 1971, p. 421; cité par M. POCANAM, *ibid.*, p. 26.

¹⁸² La fonction économique était liée pour l'essentiel au besoin de main d'œuvre pour les travaux champêtres. Celle hygiénique s'explique par le fait que la polygamie rendait possible le maintien d'un espacement entre les grossesses, au cours desquelles la mère se consacre à l'allaitement du nouveau-né. La fonction politique elle s'inscrit dans le cadre de la préservation de l'intégrité ethnique. V. G. DIMY TCHETCHE, *Thérapie familiale et contextes socioculturels en Afrique noire*, l'Harmattan, 1996, p. 101.

¹⁸³ Articles 42 et 52 du C.T.P.F.

¹⁸⁴ N. GBAGUIDI, *id.*, p. 10, Point 122 du Coutumier du Dahomey selon lequel « ... La femme doit fidélité au mari... [L'homme] n'est pas tenu à la fidélité... ».

¹⁸⁵ Articles 154 du C.P.F.B. et 100 du C.T.P.F.

d'autres femmes que ses épouses¹⁸⁶. De plus, au Bénin, l'inégalité est accentuée par la répression et les moyens de preuve de l'adultère¹⁸⁷.

Outre le devoir de fidélité, le caractère discriminatoire de la polygamie se justifie par le manque de réciprocité. C'est d'ailleurs, l'avis de la cour constitutionnelle du Bénin qui, saisie de la vérification de la conformité d'une disposition autorisant la polygamie dans le C.P.F.B., estime qu'une telle disposition viole le principe de l'égalité de l'homme et de la femme devant la loi, consacré par la constitution. Pour la cour, il en est ainsi parce que, ce texte permet à l'homme d'être polygame alors que la femme ne peut être que monogame.

Cependant, bien qu'elle soit discriminatoire à l'égard de la femme, de nombreux arguments sont invoqués pour justifier le maintien du phénomène.

Pour M. POCANAM, la polygamie s'expliquait par des raisons d'ordre physiologique, par un appétit sexuel exacerbé qui ne saurait rester inassouvi en particulier pendant la grossesse de la femme et l'allaitement de l'enfant¹⁸⁸. A cet argument, s'ajoute la « *sex ratio* » selon laquelle parce qu'il y aurait une plus grande proportion de femmes que d'hommes, l'homme africain doit épouser plusieurs femmes¹⁸⁹. Poussant plus loin, certains auteurs prétendent qu'il vaut mieux une polygamie avouée qu'une monogamie sans fidélité¹⁹⁰. Un autre argument d'ordre social expliquant le choix de la polygamie tient au fait que « *nous sommes dans une société où ne pas se marier constitue un véritable drame. Les femmes qui ne trouvent pas de maris après 25-30 ans sont stigmatisées et pointées du doigt. Elles sont considérées comme des prostituées, des femmes stériles ou porteuses de maladies* »¹⁹¹. Tous ces qualificatifs jouent en faveur de la polygamie car pour ces

¹⁸⁶ Mentionnons qu'au Togo, il existe en la matière, une jurisprudence qui contredit cette affirmation. L'argumentation de cette décision s'énonce comme suit : « Attendu qu'au Togo, la polygamie tout comme la monogamie est de règle ; que le certificat de mariage ne faisant état d'aucune disposition spéciale, il ne peut ne peut être reproché au sieur A... son comportement, étant admis dans les mentalités de nos pays que la monogamie est l'exception ». T.P.I. Lomé, 30 Oct. 1984, cité par K. WOLOU, Cours de Droit civil, Première année de Licence, Formation et effets du mariage, 2006-2007, annexe n° 15.

¹⁸⁷ En effet, au Bénin, l'adultère du mari n'est établi que s'il entretient une concubine dans la maison conjugale alors que les modes de preuve retenus contre la femme sont le flagrant délit, les lettres et autres pièces émanant du prévenu (article 338 alinéa 2 C. pén.). De même, la femme coupable d'adultère encourt une peine allant de trois mois à deux ans plus une amende comprise entre 24000 et 480.000 francs (article 337 C. pén.) tandis que le mari coupable d'adultère encourt uniquement une amende comprise entre 24.000 et 480.000 francs. Pour pallier cette inégalité, une réforme du code pénal s'impose.

¹⁸⁸ M. POCANAM, op. cit., p. 26. Mais, si cet argument s'avère vérifié, pourquoi tous les hommes ne sont-ils polygames ?

¹⁸⁹ M. POCANAM, op. cit., p. 27.

¹⁹⁰ A cet argument nous opposons le fait que rien ne prouve a priori qu'un homme polygame soit plus fidèle qu'un monogame.

¹⁹¹ www.afrik.com/article8223.html, "Sénégal : ces femmes qui militent pour la polygamie", 29 mai 2008.

femmes, il faut coûte que coûte se marier, quitte à être deuxième ou troisième épouse ; la bague en vaut la chandelle. Mieux encore, la polygamie serait un choix de vie car elle assure la sécurité¹⁹² et donne plus de liberté à la femme.

Cependant, si tous ces facteurs concourent au maintien de la polygamie, c'est sans compter avec les nombreux inconvénients qu'elle crée. Il est en réalité un constat que les co-épouses se livrent souvent des guerres sans merci pour s'imposer dans le foyer et dans le cœur du mari. Pire, eu égard à la crise économique qui s'observe un peu partout, la polygamie a tendance à réduire le niveau de vie des ménages concernés. Suite à ces constats, nous approuvons la position du législateur togolais qui accorde le droit à la femme mariée sous un régime polygamique de s'opposer au remariage de son mari si elle rapporte la preuve qu'elle-même et ses enfants sont abandonnés par le mari¹⁹³. Cette disposition est renforcée par l'interdiction faite au mari d'utiliser les revenus de l'une des épouses au profit de l'autre.

De tout ce qui précède, et nonobstant les justifications, il est évident que le système polygamique consacre la prééminence du mari et constitue une source d'inégalité entre les époux. Elle doit de ce fait être supprimée.

A ces inégalités observées dans les rapports personnels entre les époux, s'ajoutent d'autres disparités dans leurs relations pécuniaires (Chapitre II).

¹⁹² Pour les défenseurs de cette thèse, la polygamie s'explique par le fait que bon nombre de femmes, par exemple, suite à un divorce se retrouvent seules sans moyens de subsistance ou par le fait qu'elles ne trouvent pas de travail et préfèrent épouser un homme plus âgé qui les entretient.

¹⁹³ Article 65 du C.T.P.F.

Chapitre II

LA SURVIVANCE DE L'INEGALITE DANS LES RELATIONS PECUNIAIRES ENTRE EPOUX

L'inégalité entre époux ne se limite pas uniquement aux rapports personnels. On note également des disparités entre les époux dans la gestion des masses de biens, qu'il s'agisse de régime de communauté (**Section 1**) ou de séparation (**Section2**).

Section 1 : La survivance de l'inégalité dans les régimes de communauté de biens

Le mari est non seulement le chef de la famille, mais aussi celui de la communauté. A ce double titre, le code togolais organise une concentration de la quasi-totalité des pouvoirs entre les mains du mari dans le régime de communauté de biens. Ainsi, la prééminence du mari s'observe dans la gestion des biens communs (**Paragraphe1**) et même dans l'administration des biens personnels de la femme (**Paragraphe 2**).

Paragraphe1 : La prééminence du mari dans la gestion des biens communs

Les rapports entre époux dans les régimes de communauté sont aménagés dans le sens d'une inégalité au profit du mari et au détriment de la femme puisque, en sa qualité de chef de famille, le mari jouit de prérogatives particulières dans la gestion des biens communs (**A**). Toutefois, les pouvoirs du mari suivent un régime prédéterminé par la loi (**B**).

A- Les prérogatives du mari dans l'administration des biens communs.

En premier lieu, il n'est pas sans intérêt de rappeler que le régime de communauté de biens est caractérisé par une distinction des biens propres et des biens communs. Sont communs les salaires et revenus des époux et tous les biens

acquis par eux durant le mariage, de même que tous ceux qui leur sont donnés ou légués conjointement.

Parce qu'il est le chef de famille et de la communauté, le mari administre seul les biens communs. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 359 du C.T.P.F. aux termes desquelles, les biens communs sont administrés par le mari, sous réserve de ce qui est dit aux articles 360 et 361.

Auparavant considérée comme le résultat d'une nécessité¹⁹⁴ ; l'unité de gestion ainsi consacrée par le C.T.P.F. constitue une « *inégalité fondamentale*¹⁹⁵ ». Selon M. KOUASSIGAN, les droits patrimoniaux de la femme « ... sont immolés à la mystique de l'unité de la nouvelle famille conjugale qui conduit à l'unité d'administration des biens¹⁹⁶ ».

En effet, la qualité de chef conférée au mari le rend maître quasi absolu des biens communs¹⁹⁷, qu'il a seul le pouvoir d'administrer. La femme ne dispose pratiquement d'aucun pouvoir sur les biens communs. Les pouvoirs du mari apparaissent d'autant plus considérables dans la mesure où la communauté est constituée des salaires et revenus des époux. C'est peut être d'ailleurs la raison pour laquelle le code togolais accorde au mari, le droit de percevoir les salaires de sa femme¹⁹⁸.

Comme conséquence de l'unité d'administration, le mari peut seul engager la communauté. De même que la femme n'a aucun pouvoir sur les biens communs, de même, les dettes contractées par elle pour un objet autre que l'intérêt du ménage ou les besoins de sa profession, sans autorisation expresse ou tacite du mari, ne peuvent être poursuivies sur les biens communs¹⁹⁹. La femme ne peut donc engager la communauté pour un objet autre que l'intérêt du ménage ou les besoins de la profession, qu'avec l'autorisation du mari. Ainsi, lorsqu'elle exerce par exemple une

¹⁹⁴ Cette société conjugale particulière qu'est la communauté ne pouvait, dit-on, avoir qu'un chef sous peine de sombrer dans l'anarchie. V. en ce sens, A. M. BOURGEOIS, *La loi du 13 juill. 1965 et les séquelles du statut d'infériorité juridique de la femme mariée*, R.T.D. Civ., 1968, p. 101., cité par G. GOUDET, *De l'égalité des époux dans le régime légal*, R.T.D. civ., 1981, p. 759.

¹⁹⁵ L'expression est de G. GOUDET, *ibid.*, p. 759.

¹⁹⁶ G. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 242.

¹⁹⁷ G. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 244.

¹⁹⁸ Article 359 alinéa 2 du C.T.P.F.

¹⁹⁹ Article 365 alinéa 2 du C.T.P.F.

activité commerciale, elle n'engage que ses biens réservés²⁰⁰ sauf autorisation expresse du mari pour les dettes contractées.

Les prérogatives du mari dans l'administration des biens communs ainsi énoncées, il convient de s'interroger sur le régime juridique de celles-ci.

B- Le régime juridique des pouvoirs du mari.

Parce qu'il peut donc seul engager les biens communs, cela emporte pour corollaire imputation à celui-ci des conséquences de toute éventuelle gestion défectueuse²⁰¹. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 380 du C.T.P.F. selon lesquelles, des dommages et intérêts peuvent, nonobstant toute stipulation contraire, être accordés à l'un des époux en raison d'actes accomplis par son conjoint et qui ont affecté les biens communs ou les biens propres de l'un ou l'autre. Il en est ainsi, lorsque le conjoint qui a accompli ces actes n'avait pas le droit de les accomplir; ou lorsque ces actes constituent des actes de mauvaise administration ou ont été accomplis en fraude des droits du demandeur. L'initiative est donc réservée à la femme de demander des indemnités si le mari utilise par exemple ses pouvoirs dans un intérêt égoïste pour s'enrichir personnellement ou, dans le seul but de lui nuire²⁰². Il en sera de même s'il détourne ou dissipe les revenus générés par les biens dont il a l'administration. La même solution est envisageable si la femme établit que les biens propres de son conjoint se sont enrichis au détriment des siens ou des biens communs²⁰³.

Dans la même logique, les pouvoirs du mari ne sont ni absolus ni discrétionnaires. On en veut pour preuve le verbe « administrer » employé par le législateur. En effet, en règle générale, l'acte d'administration s'oppose à celui de disposition. L'administration s'entend de l'accomplissement d'actes nécessaires à la conservation et à la mise en valeur d'un bien ou d'un patrimoine²⁰⁴. Elle n'entraîne donc pas, contrairement à l'acte de disposition, le transfert d'un droit réel sur le bien objet de l'acte.

²⁰⁰ Les biens réservés sont des biens que la femme vient à acquérir avec ses gains et salaires dans l'exercice d'une profession séparée de celle de son mari²⁰⁰. Ils sont conçus comme une catégorie spéciale de biens communs laissés à l'administration exclusive de la femme, par opposition aux biens communs ordinaires gérés par le mari. V. G. GOURDET, *De l'égalité des époux dans le régime légal*, R.T.D. civ., 1981, p. 764.

²⁰¹ A. FOURNIER, *ibid.*, p. 455.

²⁰² F. CHEVALLIER-DUMAS, *La fraude dans les régimes matrimoniaux*, R.T.D. civ. 1979, p. 45.

²⁰³ Article 382 du C.T.P.F.

²⁰⁴ R. GUINCHARD J. VINCENT, sous la dir., *Lexique des termes juridiques*, 14^e éd., D., 2003, p. 24.

Pris dans ce sens, les pouvoirs du mari administrateur des biens communs se limitent aux simples actes de gestion sans pouvoir s'étendre aux actes de disposition. Certes, le mari demeure le chef de la communauté mais, ses prérogatives sont réduites pour tous les actes pouvant affecter la fortune communautaire. Ainsi, il ne peut sans le consentement de la femme, vendre, aliéner et hypothéquer, ni même disposer entre vifs à titre gratuit des biens de la communauté. De même, les legs faits par lui ne peuvent excéder sa part dans la communauté²⁰⁵.

Loin d'être une unité d'administration au vrai sens du terme, le code togolais semble instituer une cogestion des biens communs pour les actes les plus graves²⁰⁶.

Outre ce système de cogestion, la loi togolaise édicte d'autres mesures destinées à réduire les pouvoirs du mari dans l'administration des biens communs.

Ainsi, l'un des moyens retenus par le C.T.P.F. pour pallier les inconvénients de l'unité d'administration consiste pour la femme à demander le retrait des pouvoirs d'administration du mari sur les biens acquis par elle dans l'exercice de sa profession. Trois hypothèses sont à envisager relativement à cette restriction aux prérogatives du mari.

D'abord, lorsque le mari ne s'acquitte pas dans les conditions prévues par la loi des obligations résultant du mariage, la femme peut obtenir que lui soient confiées par la justice, l'administration et la disposition des biens par elle acquis dans l'exercice de son activité professionnelle²⁰⁷.

Ensuite, l'administration et la disposition des biens acquis par la femme dans l'exercice de sa profession peuvent lui être confiées lorsque le désordre des affaires du mari compromet ses droits²⁰⁸. Ce texte laisse supposer que le mari peut par exemple se rendre coupable de négligence en laissant dépérir les biens.

Somme toute, la gestion exclusive des biens communs par le mari rompt l'équilibre entre les conjoints et rend illusoire la promotion faite à la femme. Il convient donc à notre avis, afin de parvenir à l'égalité entre les époux, de faire disparaître les prérogatives exceptionnelles du mari. Ce vœu semble avoir été pris

²⁰⁵ Article 362 du C.T.P.F.

²⁰⁶ S. MELONE, *Les effets du mariage dans l'ordre des rapports patrimoniaux* in Encyclopédie Juridique de l'Afrique, Droit des personnes et de la famille, Les Nouvelles Editions Africaines, Tome VI, 1982, p. 260.

²⁰⁷ Article 361 du C.T.P.F.

²⁰⁸ Article 368 du C.T.P.F.

en considération dans l'avant projet de réforme du C.T.P.F. qui prévoit que les biens communs sont conjointement administrés par les époux²⁰⁹.

Pour finir, notons que les pouvoirs d'administration du mari, chef de la communauté ne se limitent pas uniquement aux biens communs. Elles concernent également les propres de la femme (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 2 : La prééminence du mari dans l'administration des biens personnels de la femme.

Nous aborderons d'abord le principe qui fait du mari l'administrateur des biens propres de la femme (**A**) avant de préciser l'étendue de ce pouvoir d'administrateur du mari qui vient réduire les prérogatives de la femme sur ces biens personnels (**B**).

A- L'administration des propres de la femme par le mari.

De prime abord, rappelons ici aussi que les propres sont les biens que les époux possèdent à la date du mariage, ou qu'ils acquièrent postérieurement au mariage, par succession ou donation. « Sont également propres à chacun des époux, les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage, lorsque cette acquisition a été faite en échange d'un bien propre ou avec des deniers propres ou provenant de l'aliénation d'un bien propre²¹⁰ ».

Outre l'administration des biens communs, le mari a également la gestion des propres de la femme. Ce principe est consacré par le même article 359 précité qui énonce que « ...les biens personnels sont administrés par le mari ».

En reprenant les dispositions de la loi française de 1965, le législateur togolais prive la femme des prérogatives que le droit traditionnel lui accordait²¹¹. De même, cette règle semble à priori, ôter tout intérêt à la distinction faite entre biens communs

²⁰⁹ Article 393 de l'avant projet de réforme du C.T.P.F. Toutefois, mentionnons que la rédaction de ce texte soulève quelques incertitudes. En effet, la gestion conjointe suppose t-elle que chaque époux puisse seul administrer les biens communs ou suppose t-elle l'accord des deux époux pour tout acte d'administration ? Une précision s'impose à ce niveau avant l'adoption du projet.

²¹⁰ Article 355 alinéa 2 du C.T.P.F.

²¹¹ En effet, en droit coutumier où le régime matrimonial était la séparation des biens, la femme avait la libre administration et disposition de ses biens personnels.

et biens propres. En effet, si tant est que le mari doit gérer les deux masses de biens, ne serait-il pas plus simple d'occulter la distinction opérée²¹² ?

Sur un autre plan, priver la femme de la gestion de ses propres semble paradoxal si l'on sait que, dans le régime de séparation des biens, elle conserve la plénitude des pouvoirs sur son patrimoine personnel. En effet, si dans la séparation des biens la femme conserve le droit d'administrer librement ses biens, pourquoi ne le peut-elle dans le régime de communauté ? Fort heureusement, les pouvoirs du mari ne sont pas absolus.

B- L'étendue des pouvoirs du mari sur les biens personnels de la femme.

L'étendue des prérogatives du mari sur les propres de la femme, ne saurait conduire à lui conférer des pouvoirs exorbitants. C'est dire que, la prééminence du mari n'est pas ici non plus totale. Elle connaît des limites dans la mesure où, il ne peut disposer des propres de la femme sans le consentement de celle-ci. Comme il a été observé plus haut, le législateur prône ici ainsi la cogestion en ce qui concerne la disposition des propres de la femme.

Cette limitation aux pouvoirs du mari, faute de pouvoir rétablir l'égalité entre les conjoints, nous incite à prôner une révision des dispositions du C.T.P.F. en ce qui concerne la gestion des propres de la femme dans le régime de communauté.

A cet égard, nous accueillons favorablement l'article 397 de l'avant projet qui prévoit que : « *chaque époux conserve la pleine propriété de ses propres. Il en a l'administration et la jouissance. Toutefois, il ne peut, sans en avoir avisé l'autre, vendre, aliéner et hypothéquer ses propres ni en disposer entre vifs à titre gratuit* ».

Mais, bien que cette disposition semble plus favorable à la femme, une analyse plus approfondie nous permet de voir sur un premier plan, qu'elle est sans réelle portée s'agissant des meubles. Sur un autre plan, cette disposition contrevient à l'essence même du droit de propriété. En effet, si tant est que chaque époux conserve la pleine propriété de ses propres, pourquoi ne peut-il en disposer librement ?

²¹² Bien que cette hypothèse paraisse pertinente, ce serait malheureusement occulter les autres avantages de la distinction, notamment à la dissolution du lien.

La volonté de protéger le ménage ne saurait à notre avis, suffire à dénaturer le droit de propriété, constitué de l'usus, du fructus et de l'abusus.

S'il est vrai que toutes ces mesures ont pour but de rétablir l'équilibre entre les pouvoirs des époux dans la communauté de biens, force est de constater que la femme n'est pas non plus protégée dans le régime de séparation de biens (**Section2**).

Section 2 : La survivance de l'inégalité dans le régime de séparation de biens.

Si le régime de séparation semble à priori plus favorable à la femme, il ne s'agit que d'un mirage. En effet, de nombreux facteurs rendent illusoire la protection faite à la femme et remettent ainsi en cause l'efficacité du régime de séparation de biens. Ces facteurs tiennent d'une part à la composition des patrimoines (**Paragraphe 1**) et d'autre part à l'ingérence du mari dans la gestion des biens personnels de la femme (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les inégalités tenant à la composition des patrimoines.

La séparation des patrimoines qui caractérise le régime séparatiste connaît ici quelques restrictions. Les unes sont dues à la présomption d'indivision (**A**), les autres sont le contrecoup des règles de preuve (**B**).

A- La présomption d'indivision.

En principe, caractérisé par la séparation complète des intérêts pécuniaires, le régime de séparation de biens suppose une absence de biens communs et une autonomie de gestion des patrimoines des époux. Chaque époux, aussi bien le mari que la femme conserve la libre administration et disposition de ses biens personnels.

Cependant, la séparation des intérêts est rarement aussi nette dans la réalité²¹³. La vie commune et ses contingences entraînent inévitablement une certaine confusion des patrimoines.

²¹³ S. MELONE, *Les effets du mariage dans l'ordre des rapports patrimoniaux* in Encyclopédie Juridique de l'Afrique, Droit des personnes et de la famille, Les Nouvelles Éditions Africaines, Tome VI, 1982, p. 271.

Contrairement à certains auteurs, qui pensent qu'il est significatif de voir ainsi s'établir une union d'intérêts pécuniaires²¹⁴, cette situation crée une présomption d'indivision entre les conjoints. En vertu de cette présomption tous les biens dont le caractère personnel n'est pas démontré sont considérés comme indivis. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 352 du C.T.P.F. qui dispose qu'en l'absence de preuve de la propriété exclusive d'un bien, celui-ci appartiendra indivisément aux deux époux, à chacun pour moitié et sera partagé entre eux ou leurs ayants cause, à la dissolution du régime matrimonial.

Si à priori cette présomption d'indivision ne soulève aucune difficulté à la dissolution du régime, il n'en est pas de même pendant le mariage. En effet, elle soulève la question de savoir qui du mari ou de la femme administrera les biens indivis ?

Certes à priori, les époux disposent l'un et l'autre, sur ces biens présumés indivis des pouvoirs identiques. Mais, au risque d'occasionner des conflits dans le couple, ces biens doivent être gérés par une seule personne.

Ainsi, à notre avis, dans un système où le mari est le chef de famille, il semble évident que l'administration de ces biens lui incombera. C'est donc une apparence non moins trompeuse que voile la séparation de biens dans la mesure où, la présomption d'indivision tend à renforcer les pouvoirs du mari et rend quelque peu illusoire les pouvoirs de la femme. Elle renvoie aux pouvoirs d'administration du mari sur les biens communs²¹⁵.

Toutefois, relevons que celui-ci ne peut, sans le consentement de sa conjointe, donner à bail les immeubles, contracter des emprunts, constituer des hypothèques ou des sûretés réelles sur les biens indivis encore moins les aliéner²¹⁶.

Au regard de l'inégalité que peut ainsi engendrer la présomption d'indivision, seule la preuve des biens personnels pourra permettre de la réduire.

²¹⁴ S. MELONE, id., p. 270.

²¹⁵ E.S. de LA MARNIERRE, *Des conventions d'indivision*, Gaz. Pal., 1977, 2, Doct., p. 350.

²¹⁶ Article 497 du C.T.P.F.

B- La preuve des biens personnels.

Le problème de la preuve se pose non seulement dans les rapports entre époux mais aussi à l'égard des tiers.

Hormis le cas où un époux qui entend exercer ses droits sur un bien, doit combattre la présomption qui considère ce bien comme indivis, il peut arriver qu'un époux fasse valoir ses droits sur un bien qui ne lui appartient pas. Les difficultés de preuve peuvent également surgir au cours du régime lorsqu'un créancier prétend saisir un bien dont le conjoint de son débiteur se prétend propriétaire. De même, lors de la liquidation du régime, un conflit peut opposer les époux sur la propriété d'un bien.

Dans le but de faciliter la preuve des biens personnels dans de telles hypothèses, il a été institué des présomptions. Ainsi, sont présumés personnels, les biens meubles qui d'après leur nature et leur destination ont un caractère propre. Dans le même sens, la preuve est facilitée par la présomption qui attribue au mari la propriété des biens meubles meublant la principale habitation. Cette présomption s'étend également à chaque épouse pour les meubles trouvés dans la demeure qui lui a été fixée par le mari²¹⁷.

Cependant, l'efficacité de ces présomptions paraît relative. En effet, d'une part, la preuve contraire pourra se faire par tous moyens propres à établir que les biens n'appartiennent pas au conjoint que la loi désigne. D'autre part, parce que la loi ne peut tout prévoir, la preuve des biens qui ne se retrouvent pas dans les catégories prévues par le législateur doit être rapportée.

Ainsi, en dépit des présomptions instaurées par la loi, il est des cas où la preuve des biens personnels s'avère indispensable. Elle n'est toutefois pas sans soulever une difficulté particulière.

En effet, dans nos sociétés, où les relations juridiques s'établissent sans preuve préconstituée, et où les obligations s'exécutent en fonction de la bonne foi de leurs débiteurs, nous estimons que les époux, (en particulier la femme) auront fort à faire pour sauver leurs biens de la présomption d'indivision²¹⁸. Concrètement, même si, la preuve de la propriété exclusive d'un bien pourra se faire par tous moyens,

²¹⁷ Article 351 alinéa 3 du C.T.P.F.

²¹⁸ G. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, éd. A. Pedone, 1974, p. 244.

sous réserve des dispositions spéciales aux immeubles immatriculés, cette preuve ne sera guère aisée.

Face à ces analyses, on comprend pourquoi la protection de la femme semble relative dans la séparation de biens. De plus, à cela, on peut ajouter l'hypothèse de l'ingérence du mari dans la gestion des biens personnels de sa femme (Paragraphe2).

Paragraphe 2 : L'ingérence du mari dans la gestion des biens personnels de sa femme.

Ici aussi, l'autonomie de gestion des biens personnels connaît quelques atteintes dans le régime de séparation des biens. Certaines sont dues aux techniques de représentation entre époux. Mais, d'autres atteintes résultent de l'ingérence volontaire du mari dans l'administration des biens de sa conjointe. Cette ingérence peut être au su de celle-ci et sans opposition de sa part (A). Toutefois, il est des cas où l'époux s'immisce dans l'administration des biens de sa femme malgré l'opposition de celle-ci (B).

A- L'ingérence sans opposition de la femme.

Normalement, dans le régime de séparation de biens, chaque époux administre personnellement ses biens. L'ingérence du mari dans les affaires de son conjoint semble donc a priori incompréhensible et présente un caractère équivoque. En effet, serait-elle une faute, un excès de pouvoir, ou encore la manifestation de l'entraide mutuelle que se doivent les époux²¹⁹ ?

Pour M. DAVID, une première analyse conduit à voir dans l'ingérence, un aménagement des pouvoirs entre les époux dans le but de faciliter la gestion des biens du conjoint passif par l'époux dynamique²²⁰. Ainsi, l'un des époux peut librement solliciter la participation de son conjoint dans la gestion de ses biens.

Nous sommes donc dans l'hypothèse où l'ingérence est connue et voulue par le conjoint. Dans ce cas, celui-ci donne mandat à son conjoint d'administrer ses biens. A cet égard, conformément à l'article 353 du C.T.P.F., les règles du droit

²¹⁹ J. DAVID, *Observations sur l'ingérence maritale en régime légal*, R.T.D. civ. 1974, p. 2.

²²⁰ J. DAVID, *id.*, p. 6.

commun du mandat sont applicables. Toutefois, contrairement au droit commun, le mandataire n'est pas obligé de rendre compte des fruits si la procuration ne l'y oblige pas expressément.

Selon une seconde analyse, l'immixtion d'un époux dans la gestion des biens de son conjoint, peut se révéler être une simple tolérance. Elle résulte dans ce cas, d'un accord non exprimé de l'époux dont les biens sont gérés par son conjoint. Ainsi, l'époux est censé avoir reçu mandat tacite uniquement pour les actes d'administration, à l'exclusion de tout acte de disposition²²¹. Il doit rendre compte des fruits existants et sa responsabilité peut être engagée pour ceux qu'il aurait négligé de percevoir ou consommé frauduleusement dans la limite des cinq dernières années.

A l'examen de ce qui vient d'être énoncé, il est un constat que souvent dans la réalité, c'est le mari qui prend en main la gestion des biens personnels de la femme. La femme abandonne l'administration de ses biens au mari. Pour notre part, c'est donc à tort que le régime séparatiste semble plus protecteur des intérêts de la femme. La séparation tourne au profit du mari à qui la femme laisse l'essentiel de ses pouvoirs d'administration²²².

Mais alors que l'ingérence du mari dans la gestion des biens personnels de sa femme peut être l'expression d'un accord exprimé ou non entre les deux, cette ingérence peut engendrer une crise lorsqu'elle n'est pas souhaitée par la femme (B).

B- L'ingérence malgré l'opposition de la femme.

Ici, la gestion des biens d'un époux par son conjoint se traduit par un abus ou un détournement de pouvoir dans la mesure où, malgré l'interdiction de son conjoint, un époux s'immisce dans l'administration de ses biens personnels.

Dans cette hypothèse, le mari risque par exemple, d'user de sa qualité de chef de famille pour détourner le régime matrimonial à son profit exclusif. En d'autres termes, il peut intervenir dans la gestion des biens de son épouse malgré l'opposition de celle-ci en sa qualité de chef de famille.

²²¹ Article 353 alinéa 2 du C.T.P.F.

²²² J. J. CODJOVI, *Le régime matrimonial légal dans les législations nouvelles des Etats francophones de l'Afrique de l'Ouest*, R.B.S.J.A., n°8, Mai 1987, p. 29.

Cette situation, permet au mari, auteur de l'immixtion, d'exercer des pouvoirs que le régime matrimonial ne lui attribue pas. Au contraire, elle empêche l'épouse qui subit l'ingérence d'exercer les pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue.

Ainsi, dans le but d'éviter cet état de choses, et de permettre aux époux de jouir de la plénitude des pouvoirs sur leurs biens propres, le conjoint qui s'immisce dans les affaires de l'autre doit être sanctionné pour avoir manqué à un devoir implicite de non-ingérence²²³. C'est d'ailleurs ce qu'édicte les dispositions du code togolais en la matière aux termes desquelles, lorsqu'un époux s'ingère dans les affaires de l'autre, il engage entièrement sa responsabilité pour les suites de son immixtion. Il est comptable, sans limitation, de tous les fruits tant existants que consommés²²⁴.

En ce qui concerne les effets des actes accomplis nonobstant l'opposition, la loi garde le silence. Toutefois, la logique voudrait que ces actes soient inopposables au conjoint propriétaire des biens puisqu'il n'y a pas consenti²²⁵.

Au total, si le régime de séparation des biens paraît à priori plus protecteur des intérêts de la femme, son efficacité reste relative. On pourrait donc à la suite du professeur GBAGUIDI²²⁶, parler du mythe du régime de la séparation de biens.

²²³ J. DAVID, *ibid.*, p. 3.

²²⁴ Article 353 alinéa 5 du C.T.P.F.

²²⁵ P. VOIRIN, *Manuel de droit civil*, L.G.D.J., 15^e éd., 1990, p. 66.

²²⁶ A. N. GBAGUIDI, *Egalité des époux, Egalité des enfants et le projet de Code de la Famille et des Personnes du Bénin*, RBSJA, n° Spécial, Oct. 1995, p. 14.

CONCLUSION

Au terme de cette étude sur la protection juridique de la femme, il ne fait aucun doute que le mouvement universel de promotion des droits de la femme a trouvé un écho favorable dans la quasi- totalité des Etats africains et particulièrement au Togo. La codification du droit de la famille a été l'occasion pour le législateur togolais, soucieux d'assurer le développement économique et social, de modifier les structures sociales préexistantes.

En effet, il est utile de rappeler que les relations familiales longtemps régies par le droit coutumier étaient caractérisées par la prééminence du mari et l'infériorité de la femme. A l'ère coloniale, bien que la volonté du législateur colonial ait été de réaliser l'uniformisation du droit par référence au système français, le mouvement colonial s'est traduit par la coexistence de deux ordres juridiques. D'un côté, les règles traditionnelles et de l'autre, le droit moderne hérité de la colonisation. Cependant, malgré cette dualité, le statut de la femme ne connu pas une grande amélioration.

Dès lors, la nécessité d'une réforme des structures s'est imposée au législateur togolais aux lendemains de l'accession du Togo à la souveraineté nationale. Les structures familiales préexistantes étant jugées incompatibles avec les exigences du développement, il s'est agi de réaliser dans le domaine du droit de la famille, une véritable réforme de structures et d'ouvrir de larges perspectives de promotion à la femme togolaise.

Entre plusieurs options, les auteurs du code togolais des personnes et de la famille ont, au nom de l'unité et de la cohésion, opté pour un droit unifié avec toutefois des concessions aux coutumes.

Ainsi, s'inspirant largement du droit français, le codificateur togolais a élaboré diverses mesures destinées à l'amélioration de la condition féminine. Sur la base de ces mesures, les femmes béninoises et togolaises ont acquis des droits nouveaux.

Désormais, dans les relations personnelles entre époux, des prérogatives propres sont reconnues à la femme dans la direction du ménage. Collaboratrice du mari, elle peut même par le biais du transfert de pouvoirs entre époux ou de la substitution judiciaire, remplacer son mari. L'autorité parentale a été substituée à la puissance paternelle et est exercée aussi bien par le père que la mère. Corrélativement à ces droits, la femme a l'obligation de contribuer aux charges du ménage tout comme le mari. Toujours dans la droite ligne du mouvement de promotion du statut juridique de la femme, celle-ci jouit d'une grande liberté dans sa vie professionnelle. En vertu de cette autonomie, elle perçoit librement les gains de son activité et peut se faire ouvrir un compte bancaire.

En ce qui concerne les relations patrimoniales des époux, le code togolais prévoit trois régimes matrimoniaux : la séparation de biens, la communauté de biens et le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts. Dans la gestion de ces masses de biens, le désir d'aménagement d'une protection à la femme pousse les législateurs à lui attribuer les pouvoirs de libre administration, jouissance et disposition de ses biens personnels dans le régime de séparation des biens. L'extension des pouvoirs de la femme aboutit également à lui reconnaître des droits successoraux au décès de son conjoint.

Eu égard à toutes ces mesures, il n'est pas excessif d'affirmer que le code togolais des personnes et de la famille a réalisé un progrès considérable dans le sens de la protection juridique de la femme mariée.

Néanmoins, en dépit de toutes ces dispositions favorables à la femme, on peut regretter la survivance dans le code togolais des personnes et de la famille, de l'inégalité entre les conjoints. En effet, l'homme demeure toujours le chef de famille et jouit à ce titre de certaines prérogatives. Outre, la qualité de chef de famille reconnue au mari, le codificateur togolais n'a pu se départir de la polygamie et de la dot, deux institutions du droit coutumier qui tendent à renforcer la prééminence du mari. La polygamie demeure ainsi une option que les époux peuvent choisir au moment de la célébration du mariage. La dot quant à elle est érigée en une condition de forme du mariage.

Bien que ces imperfections fragilisent la protection faite à la femme, elles ne sauraient masquer les mérites du législateur dans la mesure où, un rejet total de la tradition peut se révéler dangereux et arbitraire. Il est arbitraire parce que, comme l'a souligné le Professeur KOUASSIGAN, il n'a jamais été établi par la science économique moderne qu'il existe un "archétype de famille" seul susceptible de créer les conditions favorables au développement²²⁷. Il est dangereux car, « *les transformations sociales souhaitées par le législateur peuvent se refuser à s'insérer dans le cadre juridique qui leur est tracé* »²²⁸. En d'autres termes, il est grand de voir ces innovations demeurer théoriques faute de pouvoir être réellement appliquées par la population. C'est d'ailleurs ce qui s'observe au Bénin où, bien que les textes prônent la promotion du statut juridique de la femme, la réalité fait toujours état d'une certaine résistance culturelle de la prépondérance du mari.

Mais quoi qu'il en soit, il faut souligner que, le droit du mariage ne prend tout son intérêt qu'en période de crise. L'objet du droit de la famille est surtout de régler les situations difficiles, les crises car, « *les idylles et la famille heureuse se passent du droit* »²²⁹.

En définitive, nulle œuvre humaine n'est marquée de sceau de la perfection²³⁰. Le C.T.P.F. tiendra son efficacité à notre avis, d'autres réformes. La véritable protection de la femme ne peut se faire que par un changement des mentalités dans la mesure où, la condition féminine reste influencée par la tradition et certains préjugés défavorables à la femme. De même, l'inefficacité de la protection de la femme relève de la méconnaissance et de l'ignorance par les femmes de leurs droits et des moyens de les défendre. De ce qui précède, la véritable protection de la femme passe d'abord par l'éducation qui est la clé de toute transformation sociale, économique et juridique.

²²⁷ G. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, éd. A. Pedone, 1974, p. 282.

²²⁸ G. KOUASSIGAN, *id.*, p. 282.

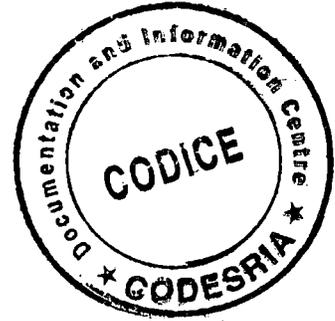
²²⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil, La famille*, éd. Cujas, 1993-1994, Tome III, p.23.

²³⁰ A. COLOMER, *La réforme de la réforme des régimes matrimoniaux ou : vingt ans après (premières réflexions sur la loi du 23 décembre 1985)*, Recueil Dalloz Sirey, 1986, chron. VII, p. 57.

Pour finir, il est donc à craindre que le chemin à parcourir ne soit encore plus long, plus difficile. Toutefois, il est permis d'espérer surtout quand on sait que le code togolais des personnes et de la famille est en cours de révision.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

BIBLIOGRAPHIE



I- OUVRAGES

A- OUVRAGES GENERAUX

- AUBRY et RAU, *Droit Civil Français*, Librairies Techniques, 7^e éd., Paris, 1973, 709 p.
- BENABENT (Alain), *Droit Civil, La Famille*, Litec, 6^e éd., Paris, 1994, 582 p.
- CARBONNIER (Jean), *Droit civil, La famille, Les incapacités*, Presses Universitaires de Paris, coll. « Thémis », 1977, Paris, 708 p.
- CARBONNIER (Jean), *Droit civil, La famille*, PUF, 18^e éd., Coll «Thémis », Paris, 1997.
- CORNU (Gérard), *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 8^e éd., coll. « Domat Droit Privé », 2003, 693 p.
- DOUCHY (Mélina), *Droit Civil, 1^{ère} année, Introduction- Personnes- Famille*, Dalloz, 2^e éd., Paris, 2003, 226 p.
- GHESTIN (Jacques) sous la dir., *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, 2^e éd. L.G.D.J., 1993, 943 p.
- HAUSER (Jean), HUET-WEILLER (Danièle), *Traité de Droit Civil, La Famille*, L.G.D.J., 2^e éd., Paris, 1993, 456 p.

B- OUVRAGES SPECIAUX

- BEUDANT (Robert), LEREBOURS- PIGEONNIERE (Paul), *Cours de Droit Civil Français, Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux*, Rousseau & Cie, 2^e éd., Paris, 1937, 633 p.
- CABRILLAC (Rémy), sous la dir., *Le dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2^e éd., Litec, éd du Jurisclasseur, Paris, 2004, 401 p.
- CARBONNIER (Jean), *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 8^e éd., 1995, 441p.
- CHAMPION (Jean), *Contrats de mariage et régimes matrimoniaux*, J. Delmas et Cie, 8^e éd., Coll « ce qu'il vous faut savoir », Paris, 1989, 235 p.

- COLOMER (André), *Droit Civil, Régimes Matrimoniaux*, Litec, 9^e éd., Paris, 1998, 688 p.
- CORNU (Gérard), *Les Régimes matrimoniaux*, PUF, 9^e éd., Paris, 1997.
- CORNU (Gérard) (sous la dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 6^e éd., PUF, Paris, 2004, 968 p.
- DIMY TCHETCHE (Georges), *Thérapie familiale et contextes socioculturels en Afrique noire*, l'Harmattan, Paris, 1996, 271 p.
- DUMETZ (Marc), *Le droit du mariage en Côte d'Ivoire*, L.G.D.J., Paris, 1975, 228 p.
- GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), sous la dir., *Le lexique des termes juridiques*, 14^e éd., Dalloz, Paris, 2003, 619 p.
- KANJI (Saliou S.M.), CAMARA (Fatou K.), *L'union matrimoniale dans la tradition des peuples noirs*, L'harmattan, coll. « Logiques Juridiques », Paris, 2000, 309 p.
- KOUASSIGAN (Guy A.), *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Editions A. Pedone, Paris, 1974, 311 p.
- MALAURIE (Philippe), AYNES (Laurent), *Droit civil, La famille*, éd. Cujas, 1993-1994, Tome III, 565 p.
- MARTY (Gabriel), RAYNAUD (Pierre), *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Sirey, 2^e éd., 1986, 490 p.
- MIGNOT (Alain), *Le Droit de la Famille au Togo*, Textes et Documents, Publications de l'Université du Bénin, Lomé, 1987, 451 p.
- PATARIN (Jean), ZAJTAY (Imre), *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, Editions A. Pedone, Paris, 1974.
- REVEL (Janine), *Les Régimes Matrimoniaux*, Dalloz, 2^e éd., Coll « Cours Dalloz », Paris, 2003, 389 p.
- TERRE (François), FENOUILLET (Dominique), *Droit civil, Les personnes, La Famille, Les incapacités*, Dalloz, 7^e éd., Paris, 2005, 1170 p.
- TERRE (François), SIMLER (Philippe), *Droit Civil, Les Régimes Matrimoniaux*, Dalloz, 2^e éd., Coll « Précis Droit Privé », Paris, 1994, 670 p.
- VOIRIN (Pierre), *Manuel de Droit Civil*, L.G.D.J., 15^e éd., Tome 2, Paris, 1990, 354 p.
- WEILL (Alex), TERRE (François), *Droit civil, Les Personnes, La Famille, Les Incapacités*, Dalloz, 5^e éd., Paris, 1993, 981 p.

II-ARTICLES DE DOCTRINE

- ADIDO (Roch), « Transfert des pouvoirs de gestion des biens matrimoniaux et représentation entre époux dans le Code des Personnes et de la Famille du Bénin », in *La Personne, la Famille et le Droit en République du Bénin, Contribution à l'étude du Code des Personnes et de la Famille*, éd. Juris Ouaniolo, 2007, p. 105 et s.
- CHEVALLIER-DUMAS (F.), « La fraude dans les régimes matrimoniaux », *R.T.D. civ.*, 1979, p. 45 et s.
- CODJOVI (Jean Julien), « Le régime matrimonial légal dans les législations nouvelles des Etats francophones de l'Afrique de l'Ouest », *R.B.S.J.A.*, n° 8, Mai 1987, p. 1 et s.
- COLOMER (André), « La réforme des régimes matrimoniaux ou vingt ans après (premières réflexions sur la loi du 23 décembre 1985) », *Recueil Dalloz Sirey*, 1986, chronique VII, p. 49 et s.
- DAVID (Jacques), « Observations sur l'ingérence maritale en régime légal », *R.T.D. Civ.*, 1974, p. 1 et s.
- DJOGBENOU (Joseph), « Les personnes et la famille en République du Bénin : De la réalité sociale à l'actualité juridique » in *La Personne, la Famille et le Droit en République du Bénin, Contribution à l'étude du Code des Personnes et de la Famille*, éd. Juris Ouaniolo, 2007, p. 13.
- FOURNIER (Alain), « Une nouvelle étape dans la réforme des régimes matrimoniaux : la loi du 23 décembre 1985 », *R.T.D. Civ.*, 1989, p. 447.
- GBAGUIDI (A. Noël), « Egalité des époux, Egalité des enfants et le projet de Code de la Famille et des Personnes du Bénin », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, N° spécial Octobre 1995, p. 3 et s.
- GBAGUIDI (Noël A.), « De l'option de monogamie à l'option de polygamie : la nouvelle voie béninoise », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, Sept. 1993, p. 25 et s.
- GAUDEMET- TALLON (Hélène), « De quelques paradoxes en matière de droit de la famille », *R.T.D. Civ.*, 1981, p. 719 et s.
- GOURDET (Geneviève), « De l'égalité des époux dans le régime légal », *R.T.D. Civ.*, 1981, p. 752.
- de LA MARNIERRE (E.S.), « Des conventions d'indivision », *Gaz. Pal.*, 1977, 2, Doct., p. 348.
- MAZEAUD (Henri), « Une famille sans chef », *Dalloz* 1951, chronique 141, p. 140 et s.

- MELONE (Stanislas), « Les effets du mariage dans l'ordre des rapports patrimoniaux », in *Encyclopédie Juridique de l'Afrique, Droit des personnes et de la famille*, Les Nouvelles Editions Africaines, Tome VI, 1982, p. 225 et s.
- MESSANVI (Foli), « La femme mariée dans le code de famille », *Annales de l'Université du Bénin, Série Droit- Economie*, Tome VIII, 1984, p. 1 et s.
- N'DIAYE (Amadou), « Le Droit malien sur les régimes matrimoniaux, Les structures de base des rapports patrimoniaux des époux », *Penant*, Oct.–Déc., 1991, p. 319 et s.
- POCONAM (Mêyêba), « Quelques aspects du Code Togolais de la Famille », *Annales de l'Université du Bénin, Série Droit- Economie*, Tome XI, 1987-1993, p. 3 et s.
- POUGOUE (Paul G.), « Les effets du mariage dans l'ordre des rapports personnels » in *Encyclopédie Juridique de l'Afrique, Droit des personnes et de la famille*, Les Nouvelles Editions Africaines, Tome VI, 1982, p. 207 et s.
- REVEL (Janine), « L'article 214 du Code civil et le régime de la séparation de biens », *Dalloz*, 1983, Chron. 21.
- ROUHETTE (Annie), « Afrique Noire et Madagascar », in *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, éd. A. Pedone, 1974, p. 41.
- RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), « La famille et le droit au logement », *R.T.D. civ.*, 1990, (2), avr.- juin 1991, p. 245 et s.
- ZINZINDOHOUE (Nadège S.), « L'égalité des époux dans le Code béninois des personnes et de la famille », in *La Personne, la Famille et le Droit en République du Bénin, Contribution à l'étude du Code des Personnes et de la Famille*, éd. Juris Ouaniilo, 2007, p. 129.

III- THESES ET MEMOIRES

- d'ALMEIDA (Pierrette Akouavi), *Le Nouveau Droit du Mariage au Togo: l'Ordonnance n° 80- 16 du 31 Janvier 1980*, Mémoire maîtrise Es- Sciences Juridiques, Option Droit des Affaires, Université de Lomé, 1983.
- da COSTA (Jean-Marie), *Réflexions sur le principe d'égalité des époux dans le Code des Personnes et de la Famille au Bénin*, Mémoire de maîtrise Es- Sciences Juridiques, Université d'Abomey-Calavi, 2005-2006.

- DJOBO (Garba), *Les Régimes Matrimoniaux au Togo*, Mémoire de maîtrise Es -Sciences Juridiques, Option Droit des Affaires, Université de Lomé, 1983.
- GBESSI (Laurent), GUEDOU(Blaise), *Le mariage dans le Code béninois des Personnes et de la Famille*, Mémoire de maîtrise Es- Sciences Juridiques, Université d'Abomey-Calavi, 2005-2006.
- KONAN (Kouakou Etienne), *Droits de la femme dans le régime matrimonial ivoirien: les innovations de la loi du 2 Août 1983*, Mémoire maîtrise Es- Sciences Juridiques, Option Droit Judiciaire, Lomé, 1985.
- LASSANE (Yabre), *La place et le rôle de la femme dans deux sociétés en pleine mutation : Togo- Burkina Faso*, Mémoire de maîtrise Es- Sciences Juridiques, Université de Lomé, 1989-1990.

IV-AUTRES SOURCES

A- CODES, REVUES ET PERIODIQUES

- Code Civil, Dalloz, 107^{ème} éd. 2008.
- Coutumier du Dahomey introduit par la circulaire A.P. 128 du 19 Mars 1931 du Gouvernement Général de l'Afrique Occidentale Française, 43 p.
- Gazette du Palais
- Loi N° 2002- 07 du 24 Août 2004 portant Code des Personnes et de la Famille du Bénin.
- Ordonnance N° 80-16 du 31 Janvier 1980 portant Code des Personnes et de la Famille au Togo.
- Revue Trimestrielle de Droit Civil
- Recueil Dalloz
- Recueil Dalloz Sirey

B- SOURCES NU MERIQUES

[http:// www.la.portedudroit.com](http://www.la.portedudroit.com)

<http://www.ledroitdunet.fr>

<http://www.legifrance.gouv.fr>

<http://www.angelfire.com>

<http://www.afrik.com>

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
Première partie : La promotion du statut juridique de la femme : Vers l'égalité dans les rapports entre époux.....	9
Chapitre I : L'uniformisation des pouvoirs des époux.....	10
Section 1 : La direction collégiale de la famille.....	10
Paragraphe 1 : La collaboration des époux dans la direction matérielle de la famille	11
A- La contribution réciproque des époux aux charges du ménage.....	11
B- Les droits concurrents des époux sur le logement familial.....	14
Paragraphe 2 : La codirection morale de la famille : l'exercice conjoint de l'autorité parentale.....	17
A- De la puissance paternelle à l'autorité parentale.....	18
B- Les attributs de l'autorité parentale.....	20
Section 2 : La réciprocité des droits patrimoniaux des époux.....	21
Paragraphe 1 : Les pouvoirs réciproques des époux dans la gestion des patrimoines	22
A- La composition des patrimoines.....	23
B- L'indépendance des époux dans la gestion de leur patrimoine respectif...	24
Paragraphe 2 : L'affirmation des droits successoraux du conjoint survivant.....	25
A- La vocation héréditaire de la femme.....	25
B- Les droits successoraux du conjoint survivant.....	26
Chapitre II : L'affirmation de la capacité réciproque des époux.....	29
Section 1 : L'indépendance ménagère des époux.....	29
Paragraphe 1 : Les pouvoirs des époux pour les besoins du ménage.....	29
A- Le pouvoir légal de chaque époux pour les besoins du ménage...	30
B- La solidarité entre époux pour les dettes du ménage.....	31

Paragraphe 2 : Les règles de représentation entre époux.....	32
A- La représentation conventionnelle en période normale.....	32
B- Les représentations judiciaires en cas de crise.....	34
Section 2 : L'autonomie professionnelle des époux.....	36
Paragraphe 1 : La libre exercice d'une profession par la femme.....	36
A- La liberté pour la femme de choisir sa profession.....	37
B- La libre perception des gains et salaires.....	38
Paragraphe 2 : Les incidences de l'autonomie professionnelle.....	39
A- L'autonomie bancaire de la femme.....	40
B- La présomption légale de pouvoir.....	41
<u>Seconde partie:</u> La relativité de la promotion du statut juridique de la femme :	
De la survivance de l'inégalité entre les époux.....	42
Chapitre I: La survivance de l'inégalité dans les rapports personnels entre époux	44
Section 1: La prééminence du mari dans la direction de la famille.....	44
Paragraphe 1: La qualité de chef de famille du mari.....	44
A- La notion de chef de famille.....	45
B- Les atténuations apportées à la notion de chef de famille.....	46
Paragraphe 2 : Les fondements de la qualité de chef de famille.....	47
A- Les fondements tenant à la conception religieuse de l'homme.	47
B- Les fondements liés aux facteurs sociologiques.....	48
Section 2 : Les prérogatives liées à la prééminence du mari.....	50
Paragraphe 1 : La prérogative liée à la qualité de chef de famille.....	50
A- Le droit d'opposition du mari à l'exercice d'une profession par sa femme.....	50
B- La mise en œuvre du droit d'opposition.....	51

Paragraphe 2 : Les prérogatives résultant de la survivance des institutions traditionnelles.....	53
A- La dot, institution de renforcement de la prééminence du mari ..	53
B- L'option de polygamie du mariage.....	55
Chapitre II: La survivance de l'inégalité dans les relations pécuniaires des époux.....	58
Section I: La survivance de l'inégalité dans les régimes de communauté de biens.....	58
Paragraphe 1: La prééminence du mari dans un ménage commun en biens.....	58
A- Les prérogatives du mari dans l'administration des biens communs	58
B- Le régime juridique des pouvoirs du mari.....	60
Paragraphe 2: La prééminence du mari dans l'administration des biens personnels de la femme.....	62
A- L'administration des propres de la femme par le mari.....	62
B- Le régime juridique des pouvoirs du mari sur les biens personnels de la femme.....	63
Section 2 : La survivance de l'inégalité dans le régime de séparation de biens.....	64
Paragraphe 1: Les inégalités tenant à la composition des patrimoines	64
A- La présomption d'indivision.....	64
B- La preuve des biens personnels.....	66
Paragraphe 2: L'ingérence du mari dans l'administration des biens personnels de sa femme.....	67
A- L'ingérence sans opposition de la femme.....	67
B- L'ingérence malgré l'opposition de la femme.....	68
CONCLUSION.....	70
BIBLIOGRAPHIE.....	74
TABLE DES MATIERES.....	79