



Marième N'Diaye

La réforme du droit de la famille Une comparaison Sénégal-Maroc

Presses de l'Université de Montréal

Chapitre 5. Une appropriation défaillante du droit

DOI : 10.4000/books.pum.3376
Éditeur : Presses de l'Université de Montréal
Lieu d'édition : Montréal
Année d'édition : 2016
Date de mise en ligne : 7 novembre 2017
Collection : PUM
EAN électronique : 9782821895386



<http://books.openedition.org>

Référence électronique

N'DIAYE, Marième. *Chapitre 5. Une appropriation défaillante du droit* In : *La réforme du droit de la famille : Une comparaison Sénégal-Maroc* [en ligne]. Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2016 (généré le 15 mai 2023). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/pum/3376>>. ISBN : 9782821895386. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.pum.3376>.

CHAPITRE 5

Une appropriation défaillante du droit

La norme familiale va acquérir, par son caractère juridique, une certaine autonomie vis-à-vis des contenus de la décision politique et des intentions des légistes, entraînant le transfert de la décision politique d'une institution (le législateur) à une autre (le judiciaire) et d'un niveau (celui du décideur) à un autre (celui de l'utilisateur). La mise en œuvre ne peut donc se réduire à son aspect technique, les enjeux de pouvoir qu'elle implique faisant d'elle une expression indiscutable de la production politique et de l'action publique¹. L'analyse de la mise en œuvre nécessite par conséquent de comprendre la relation qui s'instaure entre les passeurs et le public, destinataire de la loi. C'est de cette rencontre dont dépendent les effets de la politique, lesquels vont permettre de déterminer la capacité de l'État à légitimer ou non, au sein de la société, la nouvelle norme familiale. La mise en œuvre effective repose en effet sur la confiance entre les citoyens et la communauté politique (incluant les autorités politiques et administratives) et pose la question de la relation entre État et société. Cette question apparaît d'autant plus centrale dans un contexte de pluralisme normatif que le passeur doit être en mesure d'articuler différents champs

1. Ce que montrent tous les travaux étudiant le pouvoir des *street-level bureaucrats*. Voir l'ouvrage fondateur de Lipsky, M. (1980), *Street-level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in the Public Services*, *op. cit.*

sociaux semi-autonomes² autour de la règle étatique, en la traduisant et donc en l'adaptant à ses différents publics.

En ce qui concerne le droit de la famille, ce rôle est d'abord et avant tout tenu par les juges, qui ont la responsabilité et le pouvoir d'interpréter le texte. L'analyse de la jurisprudence, couplée à une comparaison du corps des magistrats au Sénégal et au Maroc, va servir à cerner et à expliquer les obstacles qui se posent à l'application du droit dans les tribunaux. Ils sont principalement liés à un décalage entre une politique d'affichage des autorités politiques d'une part et le conservatisme du corps judiciaire et de la société d'autre part. La combinaison de cette approche par les professionnels du droit avec une approche focalisée sur les destinataires du droit de la famille complétera l'analyse de ces difficultés de mise en œuvre. Qui sont les justiciables ? Sont-ils véritablement des citoyens à même de comprendre et de saisir leurs droits et obligations ? L'enjeu de la citoyenneté est central dans la compréhension du décalage entre pays légal et pays réel et renvoie à la problématique de la crise de la pénétration administrative dans des États à fort mimétisme³.

Le difficile rôle de « passeur » des juges

L'évaluation de la mise en œuvre du droit de la famille nécessite de travailler d'abord sur l'application concrète du texte du point de vue judiciaire. Il s'agit de s'interroger sur l'orientation de la jurisprudence par rapport au texte et donc à l'esprit qui a présidé à son élaboration. C'est bien le travail d'interprétation du juge qui va être au cœur de l'analyse. Après avoir montré les écarts importants entre loi et jurisprudence et ce qui, en droit, rend possible une telle distorsion, je chercherai à déterminer comment et pourquoi les magistrats prennent, pour certaines matières, le contre-pied du législateur.

Un décalage entre esprit de la loi et jurisprudence

Les réformes phares des droits des femmes dans les législations familiales ne sont pas entièrement assumées par le législateur, qui laisse au juge la

2. Falk Moore, S. (1973), « Law and Social Change: the Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », *Law and Society Review*, vol. 7, n° 4, p. 719-746.

3. Voir notamment l'ouvrage fondateur de Lalpalombara, J. (dir.) (1963), *Bureaucracy and Development*, *op. cit.*

responsabilité des sujets les plus épineux, ce qui traduit une stratégie pensée sur le long terme : on mise sur la pratique judiciaire pour entériner une modification effective de la structure des rapports sociaux de sexe. Le discours politique volontariste et ambitieux du législateur contraste ainsi avec la stratégie choisie pour la mise en œuvre, qui renvoie à une conception incrémentale du changement, fondée sur un modèle permettant aux autorités politiques d'afficher leur intention de diriger tout en organisant la prise en compte des conceptions normatives qui se construisent aux marges de l'État. La gestion de ce pluralisme est confiée au juge qui dispose d'un important pouvoir d'appréciation. Ce pouvoir concerne essentiellement le droit de succession au Sénégal (art. 571), mais touche plusieurs domaines au Maroc : dispense d'âge pour le mariage d'un(e) mineur(e) (art. 20), autorisation de polygamie (art. 40 à 46) et partage des biens acquis pendant le mariage (art. 49). Sur ces différents sujets, la jurisprudence a plutôt tendance à méconnaître l'esprit égalitariste qui a présidé à l'élaboration du droit de la famille, créant de fait un décalage important entre la loi et une pratique judiciaire marquée par des inégalités de genre⁴.

*Sénégal : les successions de droit musulman
ou quand l'exception devient la règle*⁵

En matière de succession, le législateur a instauré des dispositions générales communes et deux régimes de dévolution : l'un moderne et le second conforme au droit musulman. Ce dernier est régi par l'article 571 du CF : « Les dispositions du présent titre s'appliquent aux successions des personnes qui, de leur vivant, ont, expressément ou par leur comportement, indiscutablement manifesté leur volonté de voir leur héritage dévolu selon les règles du droit musulman. » La notion de « comportement » relève de la seule appréciation du magistrat, qui a donc le pouvoir d'aller ou non dans le sens de la laïcisation du droit. En effet, si l'appartenance du *de cujus*⁶ à la religion musulmane fait présumer de sa volonté de se voir appliquer les règles de droit musulman, elle ne détermine pas l'application

4. Le recul sur la jurisprudence ne peut être équivalent puisque le code sénégalais était en vigueur depuis 40 ans quand le code marocain a fêté son 10^e anniversaire en 2014.

5. Voir également N'Diaye, M. (2012), « Ambiguïtés de la laïcité sénégalaise : la référence au droit islamique », in Dupret, B. (dir.) (2012), *La charia aujourd'hui*, Paris, Éditions La Découverte, collection « Recherches », p. 209-222.

6. Le *de cujus* désigne la personne dont la succession est en cours.

de celles-ci. D'ailleurs, il revient en principe à ceux qui souhaitent que la succession soit régie selon le droit musulman d'apporter la preuve de la volonté du défunt.

Pourtant, le bilan montre que la tendance de la jurisprudence est au renversement de la charge de la preuve. Les rares chiffres existants le confirment : en 1998, sur 842 jugements d'hérédité rendus par le tribunal départemental de Dakar, le juge a appliqué le droit musulman dans 708 jugements, soit dans 84 % des cas⁷. Le dépouillement des dossiers ainsi que les entretiens réalisés avec des magistrats et avocats ont permis de consolider cette hypothèse en faisant ressortir comment, des années 1970 à nos jours, les successions de droit musulman sont devenues le droit commun officieux.

Dans les premières années d'application du code, la jurisprudence semblait pourtant aller dans le sens voulu par le législateur, comme en témoigne la décision rendue par la Cour suprême le 22 juillet 1971 : « La volonté [de voir sa succession dévolue selon les règles du droit musulman] doit apparaître d'un ensemble de faits sérieux, libres et éclairés, accomplis par le *de cujus* de son vivant, observables objectivement. » C'est le fait précis qui a été recherché ici, ce que désapprouve un ancien juge de paix : « C'est l'affaire I. Diop. Il avait une épouse catholique, des enfants naturels musulmans [...] La Cour suprême a tranché ainsi : "celui qui commet un péché n'est pas musulman donc on lui applique le droit commun". Enfin, quand même, commettre des péchés n'empêche pas d'être musulman ! » (entretien, 2008).

Dans certains cas, le jugement est allé jusqu'à exclure le comportement comme preuve de volonté, comme en témoigne cette décision en appel : « la loi requiert formellement de la personne une manifestation non équivoque de la volonté ». Ces décisions tendent à montrer que semble fonctionner la stratégie d'un État qui fixe le droit commun et laisse cette borne agir comme une référence active attirant tout à elle.

Néanmoins, une jurisprudence favorable aux successions de droit musulman va progressivement s'imposer. Cette évolution tient sans doute à la mise en cause progressive de l'idéologie de la modernité qui a inspiré le code. Le terme « comportement » est interprété de manière beaucoup plus souple et la volonté des héritiers se substitue à celle du défunt. Ainsi,

7. Voir Chalak, R. (2000), *L'option de législation en droit des successions ab intestat au Sénégal*, mémoire de DEA en études africaines (option droit), sous la direction de C. Bontemps, Paris I.

la tendance des magistrats est de régler la succession des musulmans selon les règles du droit musulman, en se fiant uniquement aux déclarations de deux témoins lors du jugement d'hérédité. Or, celles-ci consistent souvent en une simple réponse de oui ou non à la question posée quant à l'islamité du défunt, sans qu'aucune preuve du comportement ne soit demandée. Le jugement d'hérédité pose donc de nombreuses difficultés : « Dans la rigueur des principes juridiques, ce n'est pas un jugement. Par définition, un jugement se fonde sur le principe du contradictoire [...] Là, au départ, vous ne connaissez pas les parties. C'est pour ça qu'il arrive qu'on fasse un jugement et que par la suite on découvre qu'il y a d'autres héritiers qui n'ont pas été intégrés dans le jugement⁸. »

Le problème de la procédure relative au jugement d'hérédité est à la source de l'affaire Tancelin contre Diallo. Le jugement d'hérédité faisait de P. Diallo Tancelin l'unique héritière de son défunt père D. Diallo selon les règles fixées par la succession de droit commun. Les collatéraux du défunt ont formé tierce opposition et réclamé l'application du droit musulman au motif que « feu D. Diallo était un musulman pratiquant, qu'il a effectué son pèlerinage à la Mecque, qu'il se rendait souvent au pèlerinage à Médina Gounass, qu'il priait régulièrement, accomplissait le jeûne, s'acquittait de l'aumône et surtout partageait ses biens avec sa famille ». En réponse, sa fille affirme que « feu D. Diallo n'a jamais vécu en musulman [...], qu'il vendait et consommait de l'alcool et exploitait un débit de boisson aussi bien à Paris qu'à Dakar ». Lors du jugement en première instance, elle ajoutait que « le défunt a vécu comme citoyen français pendant des dizaines d'années en France, qu'il n'a respecté aucune interdiction de l'islam : outre l'alcool, il a eu des relations extraconjugales, a reconnu un enfant naturel, a vécu pendant 84 ans dans le célibat et est mort célibataire » et que les requérants n'ont jamais vécu avec son défunt père.

Cet exemple montre la complexité de ce genre de procédure, les parties rivalisant de « preuves » que seul le juge peut apprécier. Se fondant sur le fait que les requérants n'avaient jamais vécu avec le défunt et que celui-ci avait accompli, de son vivant, « des actes contraires aux règles coraniques classiques », le tribunal conclut à l'impossibilité de « déduire sa volonté de voir

8. La plupart des citations utilisées dans cette partie sont des extraits d'entretiens réalisés avec des magistrats au Sénégal et au Maroc entre 2008 et 2010. Je me réfère également à des entretiens avec des avocats ou militantes d'associations de défense des droits des femmes.

sa succession dévolue selon les règles du droit musulman ». Cette affaire est souvent citée comme l'un des rares cas où le juge n'a pas dénaturé la règle⁹.

À l'inverse, l'affaire O. Diouf/K. Ndiaye (2007) montre l'obligation qui est faite en pratique aux parties souhaitant l'application du droit commun de prouver qu'il s'agissait du souhait du défunt. Dans cette affaire, la veuve Ndiaye demande, sans la motiver, l'application du droit commun puisque son époux n'avait pas expressément manifesté sa volonté de voir sa succession dévolue selon les règles du droit musulman. Son beau-frère conteste, considérant que l'article 571 permet de se référer au comportement du défunt « pour détecter sa volonté implicite de voir appliquer à sa succession les règles musulmanes ». Le juge tranche en ce sens, considérant que les témoignages concordent quant à l'islamité du défunt tout en précisant que « l'article 571 n'exige aucunement une volonté expresse, car admettant le comportement comme preuve de la volonté du défunt¹⁰ ».

Le terme « comportement » est donc compris de manière souple et extensive par les juges, ce qui témoigne du poids du référentiel religieux sur les pratiques. Il existe en fait un droit commun officiel relevant d'un modèle moderne à faible pertinence dans les usages sociaux et un droit d'exception qui est le « droit commun » du profane... au point de conduire certains praticiens du droit à confondre licite et légal. Ainsi, un notaire indiquait en entretien qu'il suggérerait à ses clients de notifier par écrit la dévolution testamentaire qu'ils souhaitaient s'ils ne voulaient pas se voir appliquer le droit commun, « c'est-à-dire le droit musulman ». Bien que cette confusion soit inquiétante de la part d'un professionnel du droit, elle traduit cependant une réalité : les rares personnes qui font connaître leur volonté avant leur décès sont en général des musulmans qui souhaitent voir leur succession dévolue... selon les règles de droit commun. Celles-ci sont sous-utilisées, d'autant que bon nombre de successions font en fait l'objet d'un partage préalable, homologué par le juge dans un deuxième temps.

Maroc : le faible impact judiciaire des réformes phares

Au Maroc, on relève également un écart entre esprit de la loi et jurisprudence en certaines matières. Le juge est le seul à pouvoir décider s'il

9. À l'instar de cette affaire, beaucoup de cas de ce type remontent en appel, entraînant des procédures souvent très longues.

10. La décision a été confirmée en appel.

accorde ou non une autorisation permettant le mariage du mineur¹¹ ou de la mineure avant l'âge l'égal de 18 ans et sa décision n'est susceptible d'aucun recours (art. 20), ce qui confirme son rôle décisif dans l'orientation de la jurisprudence.

Or, à peine un an après l'entrée en vigueur du code, la question des dispenses d'âge accordées pour le mariage des mineures a constitué l'un des chevaux de bataille des associations de défense des droits de la femme et de l'enfant parce que l'exception est devenue la règle, comme en attestent les statistiques du ministère de la Justice. En 2005, on enregistrait en effet une hausse de 8,9 % des mariages de mineurs, qui augmentait encore pour passer à 9,7 % en 2006 (soit 26 500 unions sur un total de 273 000). Cette même année, seulement 10 % des demandes de dispense ont fait l'objet d'un refus, et ce, malgré le fait que 40 % d'entre elles avaient fait l'objet d'une enquête sociale et 60 %, d'une expertise médicale. Le ministère de la Justice tente de relativiser l'impact des autorisations en insistant sur l'âge des mineurs concernés. Ainsi, en 2006, 23 % des jeunes filles mariées ont atteint la majorité dans l'année civile de leur mariage, 44 % avaient plus de 16 ans et les moins de 15 ans représentaient moins de 9 % du total¹². En 2009, les dispenses concernaient à 70 % des filles de 17 et 18 ans. Néanmoins, le nombre de mariages sans dispense ou avec dispense reste stable entre 2007 (196 559 mariages de personnes majeures – soit 66,03 % – contre 29 847 unions de mineurs – soit 10,03 %) et 2009 (208 003 mariages de personnes majeures – soit 66,16 % – contre 33 253 mariages de mineurs – soit 10,58 %). Et surtout, le nombre de mariages de mineurs a quasiment doublé en dix ans, passant de 7 % en 2004 à 12 % en 2013¹³. Ces différentes données mettent ainsi en question la capacité du droit commun (qui fait du mariage à la majorité la norme) à jouer son rôle d'attraction¹⁴.

11. En 2006, les statistiques montrent que seules 2,45 % des demandes soumises au tribunal concernaient les garçons mineurs. Ces demandes pour les garçons sont en baisse continue: 379 cas, soit 0,38 % en 2007 et 174 cas, soit 0,37 % en 2009.

12. « Le code marocain de la famille victime de son succès », *Note de l'ambassade de France au Maroc*, 28 février 2007.

13. Données tirées du rapport du CNDH (2015), « État de l'égalité et de la parité au Maroc », *op. cit.*

14. Selon le même rapport, le léger fléchissement des autorisations délivrées à partir de 2011 (et qui se maintient en 2013) n'est pas à la hauteur des mobilisations de la société civile et des engagements des pouvoirs publics sur la question.

Les chiffres sont également matière à polémique pour une autorisation de polygamie¹⁵, censée n'être délivrée que pour « des motifs objectifs et exceptionnels » (art. 42), laissés à l'appréciation du juge. Certaines conditions objectives doivent accompagner la demande d'autorisation¹⁶, et le juge ne peut théoriquement y répondre favorablement si « une injustice est à craindre envers les épouses » (art. 40). Toutefois, quand il considère que toutes les conditions sont réunies, son accord est « non susceptible de recours » (art. 44). Le bilan, après six ans d'application, montre que les autorisations sont obtenues assez facilement (43,2 % de demandes acceptées en 2006¹⁷; 40,4 % en 2009 et 43,4 % en 2010). Afin de relativiser ces chiffres, le ministère de la Justice insiste sur le caractère minoritaire des unions polygames qui, en 2006, ne représentaient que 0,3 % du nombre total de mariages et respectivement 0,27 % et 0,31 % en 2007 et 2009. Les associations récusent cet argument en pointant un biais dans l'interprétation des chiffres. En effet, les statistiques ne font pas la distinction, dans le cadre de la procédure de reconnaissance de mariage, entre les premières unions et les unions polygames, alors que les hommes y ont recours pour faire valider un deuxième mariage. Cette stratégie participe donc de l'augmentation de la reconnaissance de mariage¹⁸, mais il est impossible de savoir dans quelle proportion. Elle reste en tout cas d'actualité puisqu'elle est rendue possible par l'utilisation frauduleuse des dispositions de l'article 16 du NCF relatif à la période transitoire de recevabilité de l'action en reconnaissance de mariage. Passée de cinq à dix ans en 2010, elle va sans doute se voir de nouveau prolongée en 2016¹⁹.

Quant à la possibilité d'établir un contrat entre les époux sur la gestion commune des biens acquis après le mariage, finalement, le juge joue aussi

15. Si le Coran autorise l'homme à avoir jusqu'à quatre épouses, l'article 41 du NCF montre que le législateur ne prévoit en fait que le cas de bigamie puisque l'une des conditions nécessaires à l'obtention d'une autorisation est que le mari puisse « entretenir également les deux familles » (je souligne).

16. Absence dans le contrat de mariage d'une condition fixée par l'épouse en vertu de laquelle le mari s'engage à ne pas prendre une deuxième femme; déclaration de la situation matérielle du demandeur servant à évaluer sa capacité à entretenir deux foyers.

17. Les écarts sont marqués entre les villes; ainsi, le taux d'acceptation reste important dans certaines grandes villes comme Casablanca (73,12 %), Rabat (51,96 %) ou Marrakech (50,69 %), preuve que la polygamie n'est pas une question qui ne concerne que le monde rural.

18. Entre 2004 et 2008, la croissance générale du nombre de mariages et celle du nombre de mariages reconnus tardivement ont été continues.

19. Données tirées du rapport du CNDH (2015), « État de l'égalité et de la parité au Maroc », *op. cit.*

un rôle central en cas de divorce. En l'absence de ce type d'accord²⁰, « il est fait recours aux règles générales de preuve, tout en prenant en considération le travail de chacun des conjoints, les efforts qu'il a fournis et les charges qu'il a assumées pour faire fructifier les biens de la famille » (art. 49). Le roi a justifié cette réforme en rappelant qu'elle permettait une contractualisation favorable au développement de l'esprit de solidarité au sein de la famille. L'article 49 a également été légitimé par une coutume berbère du Souss marocain dont il est directement inspiré: le *kad* ou *s'ayaa*²¹. Selon cette coutume, tout effort pour constituer ou faire fructifier un capital doit être récompensé selon le principe de la proportionnalité. Le sexe n'a pas de caractère discriminatoire, les femmes étant considérées comme les partenaires de leurs époux. Mais dans les faits, l'effort de la femme dans le milieu rural était facilement évalué à partir de sa contribution à la productivité agricole. La coutume ayant été adaptée et généralisée dans le droit de la famille, se pose alors la question de savoir comment apprécier le travail de la femme au foyer. Sur ce point, la jurisprudence montre la difficulté pratique des femmes à faire valoir leurs droits si elles ne disposent pas de preuves de participation financière, comme le confirme l'étude de l'Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes (AMVEF) en 2007²². En effet, si les études de cas présentées révèlent des jugements plutôt favorables aux femmes, il est important de noter que toutes avaient été en mesure de fournir des preuves matérielles de leur participation à la mise en valeur de leur ménage. Or, il s'agit de cas finalement peu fréquents, les titres de propriété étant généralement au nom du mari et les femmes ne conservant que rarement les preuves des dépenses qu'elles ont consacrées au foyer. Si, dans les décisions citées, les juges évoquent aussi la contribution non matérielle des femmes – à l'éducation des enfants par exemple –, ce type de motif n'intervient qu'en appui aux preuves avérées de participation financière.

20. Et c'est la situation la plus courante puisque le contrat relatif à la gestion des biens reste optionnel et ne concernait que 312 cas, soit 0,12 % du total des unions en 2004. Bien que le nombre de contrats progresse (il a presque triplé entre 2004 et 2007, avec 900 contrats signés), la proportion sur le nombre de mariages total reste faible (0,3 %).

21. Le *kad* fait référence à l'effort dans le travail, et inclut une idée de pénibilité. Le *s'ayaa* constitue la récompense de l'effort, du travail fourni.

22. AMVEF (2007), *Code de la famille au Maroc: égalité de genre dans le partage du patrimoine*, Casablanca. Cette étude empirique est basée sur des enquêtes menées au sein de quatre tribunaux marocains.

Au Sénégal comme au Maroc, la jurisprudence tend donc à prendre le contre-pied de l'intention du législateur. Ce bilan paraît finalement logique si l'on tient compte du fait que la norme légale n'est pas la norme de référence majeure au sein de la société, obligeant l'État à négocier avec les autres normes en présence dans le cadre qu'il a prédéfini. C'est pourquoi il est pertinent de s'attarder au rapport qu'entretiennent les magistrats avec les différents systèmes de normes pour essayer d'expliquer cet écart entre la jurisprudence et les orientations données par le législateur.

Les juges , des professionnels du droit ou de simples citoyens ?

Interrogés sur les décisions jurisprudentielles qui font débat en raison de leur éloignement de l'intention du législateur, la plupart des magistrats ont défendu leur devoir de responsabilité, qui se traduit par une attitude décrite comme « pragmatique » ou encore « réaliste ». Au Sénégal comme au Maroc, ils soulignent le caractère avancé de la législation par rapport aux mentalités et à certaines réalités sociales qu'ils ne peuvent ignorer. Néanmoins, les considérations morales et religieuses émergent, entre autres lorsque sont abordées les questions relatives au concept d'égalité. Elles permettent de comprendre en partie pourquoi le juge ne fait qu'un usage très limité de son pouvoir d'interprétation.

Un conservatisme sous le couvert du pragmatisme

Au Sénégal, le fossé entre justice et justiciables est particulièrement marqué. Au tribunal de Mbacké²³, deux magistrats m'expliquaient qu'il était rare qu'ils aient à traiter des affaires de succession, la plupart des gens préférant se tourner vers le marabout. Ainsi, quand celles-ci sont portées devant les tribunaux, les magistrats expliquent qu'il est important d'éviter de heurter les justiciables dans leurs convictions. Un autre juge rencontré à Dakar a beaucoup insisté sur le rôle de pédagogue qu'il devait jouer, la plupart des gens ignorant totalement le contenu de la loi. C'est pourquoi il a mis en place des « modèles de requête » avec une case à cocher concernant le choix du régime de dévolution. Critiqué par certains de ces collègues qui considèrent qu'il n'a pas à « provoquer les héritiers par rap-

23. Le tribunal de Mbacké a en charge toutes les affaires de la région de Touba, cité religieuse de la confrérie Mouride.

port à leurs choix», le juge se justifie comme suit : « On sait que les gens sont analphabètes. Pour eux, ça coule de source que les successions se font selon le droit musulman [...] Et c'est au moment de liquider la succession que surviennent les problèmes. Ils contestent et vous disent que le juge ne leur a rien dit. En fait, il n'y est pas tenu. Mais ça pose problème quand même. Pour moi, une décision n'a de sens que si elle est comprise, tant qu'on ne viole pas la loi. » S'il est le seul des magistrats interrogés à avoir mis en place ce type de système, la plupart de ses pairs le rejoignent sur le fait que « juger dans l'ignorance ne présente pas d'intérêt ».

Le deuxième point central qui se dégage du discours des juges touche à la nécessité de respecter les croyances religieuses. C'est l'argument à partir duquel la majorité d'entre eux justifient le choix de prendre en considération la volonté des héritiers, la seule qu'ils puissent connaître avec certitude. Et pour expliquer la prise de distance avec la jurisprudence assez rigoriste des années 1970, un magistrat évoque une nécessaire adaptation aux mœurs : « À l'époque, il y avait un fort ancrage des valeurs traditionnelles, peu d'enfants naturels. Ça a bien changé aujourd'hui et on ne refuserait pas une succession de droit musulman sur ce seul motif. » Sur les éventuels conflits que pourrait provoquer une succession de droit musulman, notamment par rapport aux femmes concernées qui se trouvent lésées, les juges considèrent que c'est un cas théorique auquel ils ne sont pas confrontés. Si la plupart d'entre eux ont affirmé qu'il faudrait que les héritiers souhaitant l'application du droit musulman apportent les preuves, certains ont admis que « des juges ont parfois dérapé allant même jusqu'à apprécier la foi et que ça, ce n'est pas le rôle du juge ». C'est également le discours de plusieurs avocats qui dénoncent une attitude très conservatrice des magistrats.

Il ressort en effet des entretiens avec les juges que ceux-ci considèrent la question des successions à partir du référentiel religieux. Ainsi, quand on leur demande leur avis sur une éventuelle réforme de la succession dans un sens plus égalitaire, la plupart s'y montrent opposés, se justifiant par le souci de réalisme et de pragmatisme. Mais quand on leur demande si l'article 571 leur paraît en contradiction avec le principe d'égalité entre les sexes, les convictions religieuses ressortent plus clairement, la plupart préférant le terme « complémentarité » pour évoquer les rapports au sein de la famille et du couple : « Dans le droit musulman, c'est prévu comme ça dans la genèse, dans la source des choses ».

Certains juges trouveraient par ailleurs souhaitable d'avoir recours (à titre consultatif) à des imams sur les dossiers de succession, parce qu'ils considèrent que la compétence de ces derniers en droit musulman les aiderait à mieux traiter de questions directement liées à la loi religieuse. Certains d'entre eux n'ont d'ailleurs pas caché leur intérêt pour le projet du CIRCOFS. En outre, la plupart des juges se sont défendus d'avoir une attitude conservatrice sur la question des successions, rappelant régulièrement que « le code fait la part belle aux femmes » sur plusieurs questions et que le texte est donc globalement équilibré.

Au Maroc, le caractère conservateur du discours des juges s'exprime également en partie sous le couvert d'un souci de pragmatisme. Néanmoins, le droit musulman étant resté la référence centrale de la loi, les considérations morales ou religieuses des magistrats s'expriment de manière plus explicite qu'au Sénégal.

S'agissant du mariage des mineurs, plusieurs juges font d'abord valoir les réalités sociales. Ils pointent notamment une jurisprudence sensiblement différente selon que la demande est soumise à un tribunal urbain ou rural : « Dans le milieu rural, le poids des coutumes et des traditions est très fort. Une fille non mariée, ce n'est pas bon pour la famille [...] Dans les grandes villes, on tient compte du fait que le ou la mineur(e) doit terminer ses études. C'est pour ça qu'il n'y a pas de dérogation avant l'âge de 17 ans au moins. Par contre, en milieu rural, vous avez des dérogations dès l'âge de 14 ou 15 ans ». Tous les juges interrogés ont également souligné les stratégies de contournement utilisées par les justiciables : « J'ai eu le cas d'une fille de 14 ans enceinte de six mois. Le mariage avait été arrangé par les familles. Quelle solution adopter ? On donne l'autorisation [...] Si le juge dit non, la famille va quand même procéder au mariage, mais il n'y aura pas d'acte [...] Imaginez ensuite que le couple ait deux ou trois enfants et que le mari prenne la fuite. Là, on va se retrouver face à un vrai problème. » Si certains juges ont conscience des problèmes que cela pose, en particulier des risques physiques et psychologiques encourus par une jeune fille mariée trop jeune, il n'en reste pas moins qu'aucun âge minimal n'est fixé par la loi et que plusieurs juges évaluent la maturité de la fille en fonction du *ainek mizane* (l'œil ou le coup d'œil comme seul élément d'appréciation). Une bénévole d'une association des droits des femmes dénonce ce pouvoir laissé au juge qui « va considérer que si la fille a des seins, ça suffit pour donner l'autorisa-

tion [...] parce qu'il n'a ni la formation, ni la capacité ou la croyance nécessaire pour s'y opposer». Les magistrats se fondent également sur les certificats médicaux dont plusieurs associations ont cependant dénoncé le bien-fondé, mettant en avant la corruption et les passe-droits qui permettent d'obtenir de faux certificats.

À côté de ces arguments « biologiques », le fait qu'il n'existe aucun corps d'assistantes sociales explique l'absence d'enquêtes sociales approfondies, qui devraient constituer le second volet de la décision. Si beaucoup évoquent les problèmes liés à la pauvreté et ses conséquences, certains juges n'hésitent pas à donner une signification morale aux autorisations accordées, en soulignant que c'est un moyen d'éviter le « *fassad* » (conduite immorale), c'est-à-dire les scandales de mœurs liés à une vie sexuelle hors mariage.

Concernant l'autorisation de polygamie, les juges évoquent aussi le fait qu'ils sont souvent mis devant le fait accompli par les justiciables : « Si le couple a un enfant, pour protéger les intérêts de cet enfant issu de liens hors mariage, alors on permet au couple de faire une confirmation de mariage. » Au reste, les juges reconnaissent une certaine souplesse par rapport aux critères demandés, la plupart d'entre eux se contentant d'exiger la preuve que l'homme peut subvenir de manière égale aux besoins de ses deux foyers. Des motifs objectifs exceptionnels peuvent intervenir, comme la stérilité de la première épouse ou encore son accord envers la deuxième union, mais ils ne sont pas systématiquement exigés²⁴. Un magistrat reconnaît d'ailleurs que les enquêtes restent relativement sommaires. Cette facilité d'obtenir des autorisations est confirmée par un avocat : « Je n'ai jamais vu aucune demande refusée. Je n'ai jamais gagné mes plaidoiries sur ce sujet. »

Pour légitimer leur position, les juges n'hésitent pas à mettre en cause un système dans son ensemble, dont les femmes seraient les principales actrices : « Il faut savoir que ce n'est pas l'homme, mais bien la femme qui entretient cette institution en acceptant de s'y soumettre. » Mais l'argument religieux, à savoir que la polygamie est un droit reconnu à l'homme par le Coran, reste le plus fréquent. Il permet au juge de justifier une approche plus souple d'une législation qui a tenté de poser des conditions plus restrictives à la polygamie.

24. Si la première épouse refuse la deuxième union de son époux, le juge l'oriente vers une procédure de divorce *chitaaq* (divorce pour discorde).

Le jeu entre les différents registres de normes est tout à fait intéressant si l'on compare le cas de la polygamie à celui de l'application de l'article 49. Comme le souligne Mouaquit²⁵, si le NCF est plus restrictif que le *fiqh* en matière de polygamie, c'est exactement le contraire en matière de partage des biens, la coutume *kad* ou *s'aaya* prévoyant un partage qui n'est pas soumis au strict régime de preuves prévu par la loi. Les rapports des associations²⁶ et les entretiens menés révèlent une réelle disparité entre la jurisprudence du nord et du sud qui tend à renforcer cette hypothèse. Dans la région du Souss, où cette coutume est historiquement ancrée, l'application de l'article 49 pose beaucoup moins de difficultés. Plusieurs associations ont indiqué que très peu de contrats de partage sont signés dans des villes comme Casablanca ou Rabat. Par contre, dans le Souss, ce type de contrat est courant et la jurisprudence est clairement inspirée du *kad* ou *s'aaya*.

Néanmoins, malgré les disparités entre régions, les associations s'accordent à reconnaître que des efforts sont faits par les magistrats sur l'application de l'article 49, notamment parce qu'en l'absence de preuve, ils prennent progressivement en compte la durée du mariage et n'excluent pas le travail de la femme au foyer. Cependant, comme me l'expliquait un avocat : « Je n'ai pas vu un jugement qui leur accorde plus de la moitié des biens maximum, un tiers quand elles peuvent fournir des justificatifs. » Enfin, la nature des biens alloués à chacun des deux conjoints traduit une vision très stéréotypée des rôles de l'homme et de la femme de la part des juges : « On va plus logiquement attribuer la voiture à l'homme qui en a besoin pour aller travailler alors que les appareils électroménagers seront sans doute bien plus utiles à la femme. »

Le caractère très caricatural de ces propos ne doit toutefois pas être imputé à un conservatisme qui serait l'apanage du seul corps judiciaire. Les enquêtes d'opinion menées un an après l'entrée en vigueur du NCF montrent que le partage des biens est l'une des dispositions les moins bien acceptées par les hommes²⁷, un magistrat évoquant d'ailleurs une plai-

25. Mouaquit, M. (2008), *L'idéal égalitaire féminin à l'œuvre au Maroc. Féminisme, islam(isme), sécularisme, op. cit.*

26. Voir notamment le rapport de l'AMVEF (2007), *Code de la famille au Maroc: égalité de genre dans le partage du patrimoine.*

27. Ounnir, A. (2007), « Les justiciables dans le circuit judiciaire relatif au contentieux », in Benradi, M. (dir.), *Le code de la famille. Perceptions et pratique judiciaire*, Rabat, Fondation F. Ebert, p. 89-140.

santerie assez révélatrice de ce rejet : « Cela parlait d'un homme qui disait que dans cette situation, il préférerait se suicider, comme ça la femme ne pourrait pas lui prendre la moitié de sa fortune mais seulement un huitième. »

De plus, si la culture du juge peut expliquer l'orientation de la jurisprudence, on ne peut lui imputer le faible nombre de contrats signés, pour lequel les *adouls* (notaires traditionnels) ont une grande responsabilité. En effet, au moment de la signature du contrat de mariage, ils sont censés informer les époux de la possibilité de signer un contrat relatif à la gestion des biens. Or, très peu d'entre eux le font, considérant que le sujet est trop délicat à aborder au moment de l'union et que leur intervention risque donc de susciter l'hostilité des familles²⁸.

Au-delà de la prégnance des stéréotypes sur le genre, la loi religieuse influence fortement les décisions prises par les magistrats. Leur interprétation restrictive de l'article 400, relatif aux sources supplétives à utiliser en cas de silence du texte, tend à confirmer cette hypothèse. L'article précise que le juge doit se référer « aux prescriptions du rite malékite et/ou aux conclusions de l'effort jurisprudentiel (*ijtihad*) ». S'il n'évoque pas les conventions internationales, l'article fixe comme objectif au juge d'exprimer les valeurs de « justice, d'égalité et de coexistence harmonieuse dans la vie commune que prône l'islam ». Pourtant la plupart des juges excluent les conventions internationales. Les avocats militants interrogés ont reconnu que la plupart de leurs confrères n'avaient pas non plus la culture des droits de la personne, ce qui n'incitait pas le juge à aller vers le droit international puisque personne ne lui en réclamait l'application.

L'enquête menée à partir du dépouillement de la jurisprudence et des entretiens avec les professionnels du droit permet de faire ressortir le conservatisme des magistrats. Leur profil autorise néanmoins à penser que des évolutions sont envisageables. La plupart des juges sénégalais interrogés sont issus de familles polygames et ont pourtant opté pour un modèle familial monogamique qui symbolise leur trajectoire sociale ascendante, la monogamie traduisant une attitude considérée comme moderniste²⁹. Au Maroc, les juges se situent dans une trajectoire sociale

28. Témoignages recueillis par l'AMVEF.

29. Chez les femmes juges plus jeunes (entre 35 et 40 ans), il est intéressant de noter que le célibat peut conduire certaines d'entre elles à envisager une place de deuxième, voire de troisième épouse.

équivalente qui les amène à se confronter à différentes cultures sociales et à se construire dans une logique d'hybridité caractéristique des tensions entre traditionalisme et sécularisme qui traversent l'ensemble de la société. Ces différents éléments invitent à s'interroger sur les nuances éventuellement perceptibles au sein du corps des magistrats. Je tâcherai donc maintenant d'identifier les individus qui le composent. Au vu de l'importance de la problématique du genre dans l'interprétation du droit de la famille, il est intéressant d'analyser la place occupée par les femmes juges ainsi que les éventuels (non-) effets sur les décisions rendues.

Une spécificité des femmes juges ?

Au Sénégal et au Maroc, les femmes ont accès à la profession de juge au même titre que les hommes, à l'exception notable des affaires de succession marocaines³⁰. Au Sénégal, bien qu'aucune matière ne leur soit interdite, les femmes juges sont en position encore plus minoritaire que leurs homologues marocaines. Il n'y avait effectivement que 60 femmes sur les 418 juges recensés en 2008 (soit environ 14 %), les chiffres n'étant pas meilleurs pour le barreau avec 45 femmes pour un total de 350 avocats (soit environ 12,8 %)³¹. Au vu de leur faible nombre, il s'avère difficile d'inférer l'existence de différences significatives entre femmes et hommes magistrats dans l'exercice de leurs fonctions³². L'enquête de terrain tend à confirmer la difficulté de faire émerger une hypothèse relative aux considérations de sexe, le discours juges hommes et femmes s'étant révélé sensiblement égal³³.

Au Sénégal, on peut le remarquer sur la question du droit de succession. Deux femmes juges se montrent sceptiques quant à l'idée de le

30. Selon le ministère de la Justice, en 2009, le corps de la magistrature compterait 611 femmes, soit 20 % du total.

31. Voir Scales-Trent, J. (2010), « Women Lawyers, Women's Rights in Senegal: The Association of Senegalese Women Lawyers », *Human Rights Quarterly*, n° 32, p. 115-143.

32. À ce titre, l'enquête auprès des magistrats, bien qu'offrant des pistes de recherches intéressantes, ne peut prétendre à une montée en généralité. En effet, au Sénégal, je n'ai pu interroger que cinq femmes, soit un peu moins du tiers du total des juges interrogés. Au Maroc, j'ai rencontré trois femmes juges qui ont bien voulu m'accorder un entretien parce qu'elles étaient intéressées et favorables à la réforme du NCF, ce qui introduit nécessairement un biais.

33. Il aurait été intéressant de compléter l'enquête qualitative par une enquête quantitative, qui aurait permis de comparer le type de décisions rendues en matière familiale selon le sexe du juge. Néanmoins ce type d'investigation aurait nécessité un temps d'enquête beaucoup plus important, mais aussi des autorisations qu'il n'était pas possible d'obtenir.

réformer, en raison du poids de la religion au sein de la société : « C'est le droit musulman. On est nés avec. On ne peut pas se réclamer de l'égalité. » La troisième, et la seule de l'ensemble des juges interviewées, se démarque cependant et considère qu'une telle réforme n'est pas « irréaliste au vu de la conjoncture économique actuelle », s'écartant ainsi du référentiel islamique.

Quand est évoqué le sobriquet de « code de la femme » accolé au code de la famille, les magistrates émettent de nombreuses réserves et se démarquent de leurs homologues masculins, assez prompts à parler de « discrimination positive ». Elles restent assez évasives sur la notion d'égalité, que deux d'entre elles définissent comme une égalité des chances. Les femmes juges abordent donc la question de l'égalité uniquement par rapport au milieu professionnel, mais ne s'expriment pas sur l'égalité dans la famille. L'une d'entre elles préfère d'ailleurs parler de complémentarité : « Je pense que le chef de famille, ce sera toujours l'homme. Car dans sa nature, il a besoin de sentir qu'il détient l'autorité [...] La femme a un pouvoir inestimable qu'on n'a pas besoin de consacrer par les textes. » Les propos de la juge traduisent une naturalisation des relations hommes-femmes qui sert à justifier une forme de fatalisme concernant le rapport inégalitaire qui s'instaure dans la famille. C'est d'ailleurs selon cette même logique qu'elle suggérerait une réforme vers plus de souplesse concernant les options de l'époux pour le mariage : « Il faudrait une réversibilité aussi bien dans le[s] cas de réduction que d'augmentation du nombre d'épouses, les hommes étant ce qu'ils sont... » Une seule des femmes juges a finalement évoqué le genre comme problématique centrale, ce concept étant en effet resté le grand absent des entretiens avec le corps judiciaire, un juge (homme) considérant qu'il s'agit d'une « question d'ONG ».

Au Maroc, les femmes juges interrogées se sont montrées plus audacieuses. Elles sont ainsi les seules à avoir évoqué la possibilité de recourir aux conventions internationales dans le cadre de l'article 400. Ce sont également les femmes qui ont insisté sur la nécessité de lutter contre les stratégies de contournement mises en place par les hommes pour épouser des mineures, fait que l'une d'entre elles n'a pas hésité à qualifier de « crime » quand cela concernait des jeunes filles de 13 ou 14 ans. L'une des magistrates parle d'« un vrai problème de mentalité des gens, du juge » et fait de l'« héritage culturel » l'enjeu fondamental de l'application du code.

Dans son enquête, Mouaquit³⁴ souligne aussi le fait que les femmes magistrates sont les seules à avoir tenté d'appliquer de manière rétroactive certaines dispositions du NCF plus favorables aux femmes, ce qui est juridiquement non fondé et tendrait à montrer qu'elles ne pèchent pas par incompétence, mais en raison d'un parti-pris féministe.

Néanmoins, on ne peut généraliser ces résultats, l'enquête portant sur un nombre réduit de femmes juges, qui ont par ailleurs un profil bien spécifique de « juges militantes ». Au sujet de l'application du code, plusieurs travaux consultés et les propos recueillis auprès des avocats ou des associations ont plutôt tendance, au contraire, à pointer leur conservatisme : « Les femmes veulent montrer que ce sont des professionnelles, qu'elles n'ont pas de parti-pris » ; « Pour moi, c'est une question de mentalité des juges, pas de sexe. »

Au vu du déséquilibre entre le nombre de femmes et d'hommes juges, il est cependant difficile d'envisager que la variable sexe puisse primer sur des facteurs tels que la formation des magistrats et la socialisation professionnelle, qui contribuent à la formation d'un esprit de corps. Ainsi, dans un milieu masculin, les femmes cherchent à s'imposer par une attitude conformiste visant à démontrer qu'elles ont les mêmes aptitudes que les hommes. Par conséquent, elles refusent de prendre des positions qui pourraient laisser penser que leur « nature » féminine les inclinerait à plus d'indulgence envers les femmes. Cette hypothèse semble d'autant plus fondée que Maroc et Sénégal ont tous deux hérité de la culture du système juridique français, fondée sur le modèle de l'universalisme juridique que les théories féministes n'ont guère réussi à pénétrer³⁵.

De manière générale, les juges ont un rapport ambivalent à la fois aux normes sociales existantes et au projet de normalisation du droit moderne parce qu'ils sont aux prises avec plusieurs systèmes de valeurs. En effet, les juges jouent sur différents registres normatifs pour justifier des décisions qui restent assez largement fidèles aux normes sociales en vigueur et peuvent donc être qualifiées de conservatrices par rapport à la norme juridique légale. Cela dit, ces décisions traduisent une forme de pragmatisme : le rôle des juges n'est pas de se couper de la société mais bien d'en

34. Mouaquit M. (2008), *L'idéal égalitaire féminin à l'œuvre au Maroc*, op. cit.

35. Boigeol, A. (2010), « L'exercice de la justice au prisme du genre : un non-objet ? », in Cadiet, L. et al. (dir.), *Figures de femmes criminelles. De l'Antiquité à nos jours*, Paris, Publications de la Sorbonne, p. 329-342.

garantir l'ordre, d'où la nécessité de savoir s'adapter aux normes sociales existantes. Pour autant, l'absence de recours aux conventions internationales qui consacrent l'égalité entre les sexes tend à confirmer la position des juges *dans* la société et non pas *au-dessus* d'elle : ils sont eux aussi imprégnés des normes sociales en vigueur, bien qu'ils fassent partie de l'élite la plus sensibilisée au projet de normalisation du droit moderne. C'est pourquoi on ne peut occulter la part de conservatisme moral et religieux du juge qui motive les décisions rendues.

Si le rôle des juges est primordial dans l'orientation de la jurisprudence, d'autres facteurs aident à comprendre le décalage entre texte et pratique. Quelle que puisse être l'attitude du juge, celle-ci n'a finalement d'impact qu'à partir du moment où les individus choisissent d'ester en justice. Or, le rapport des potentiels justiciables au droit se révèle très complexe, particulièrement dans la gestion des questions familiales qui relèvent d'ordres normatifs en concurrence. Partir du point de vue des justiciables va permettre de montrer que la problématique de la mise en œuvre ne doit pas être appréhendée uniquement à partir de l'analyse du juge en tant qu'individu, mais bien au niveau du système judiciaire dans son ensemble.

Des justiciables fuyants

Les effets de la loi dépendent de son appropriation par les potentiels usagers, d'où l'intérêt d'étudier le rapport au droit des personnes ordinaires, appréhendé ici à partir des travaux sur la conscience du droit³⁶. Ayant *a priori* un caractère indéterminé, le droit va se définir dans les pratiques multiples d'acteurs sociaux concrets et la conscience du droit va émerger de ces usages. Néanmoins, dans des pays comme le Sénégal et le Maroc, où la mise en œuvre du droit et son utilisation sont problématiques, l'étude de l'usage social du droit comme cadre interprétatif ne va pas de soi et doit être justifiée.

36. Dans ce chapitre, on se réfère principalement à : Ewick, P. et Silbey, S. (1992), « Conformity, Contestation and Resistance: An Account of Legal Consciousness », *New England Law Review*, vol. 26, p. 731-749 ; Péliisse, J. (2005), « A-t-on conscience du droit ? Autour des *Legal Consciousness Studies* », *Genèses*, vol. 59, n° 2 ; Merry, S. (1990), *Getting Justice and Getting Even: The Legal Consciousness among Working Class Americans*, Chicago, The University of Chicago Press.

Le droit de la famille reste dans les deux cas largement méconnu et sous-utilisé, créant un fossé entre la *law in books* et la *law in action*³⁷. Toutefois, cet état de fait n'invalide pas le recours aux travaux sur la conscience juridique puisque, loin d'exclure les cas de non-recours au droit, ils en font au contraire l'une des configurations possibles. Il s'agit donc d'établir qui sont celles et ceux qui n'utilisent pas le droit et pourquoi. Dans cette optique, j'analyserai le type d'interaction entre les individus et l'institution judiciaire pour déterminer quels peuvent être les « obstacles au *claiming*³⁸ ». Cette question soulève l'enjeu de la construction de la citoyenneté, qui dépend notamment de la capacité d'une personne à comprendre quelles sont les responsabilités de l'État à son égard ainsi que ses droits et devoirs. C'est pourquoi j'ai choisi d'intégrer à l'analyse la perspective du genre, afin de voir s'il existe ou non des différences significatives entre hommes et femmes dans le (non-) rapport au système judiciaire, élément important pour évaluer les effets d'une politique du droit de la famille qui a fait de la réduction des inégalités entre les sexes l'un de ses buts affichés.

Un droit réservé et confidentiel³⁹

Ewick et Silbey⁴⁰ distinguent trois types de comportements à l'égard du droit : la conformité « *face* » au droit, l'arrangement « *avec* » le droit et la résistance, ou être « *contre* » le droit. Dans la première configuration, le droit est perçu comme objectif et impartial et constitue une sphère autonome et légitime. Dans le deuxième cas, le droit s'inscrit dans le cadre d'une négociation qui implique de détenir les compétences nécessaires

37. Distinction établie par l'école du *legal realism*. Celle-ci est divisée en plusieurs courants, mais le dénominateur commun reste la dénonciation du mythe de la justice. Ces travaux montrent le fossé entre les espoirs fondés dans une loi et les effets minimaux que les décisions de justice produisent sur les comportements. Ils critiquent également le caractère conservateur de la loi, qui a plutôt tendance à légitimer le *statu quo* qu'à amorcer le changement. Ils consacrent enfin un intérêt important au *cause lawyering* et à ses effets sur l'appropriation du droit.

38. Bumiller, K. (1992), *The Civil Rights Society: The Social Construction of Victims*, Baltimore et Londres, The Johns Hopkins University Press.

39. Darbon, D. (2008), « L'institutionnalisation de la confiance politique dans les sociétés projetées : du prêt-à-porter institutionnel à l'ingénierie sociale des formules politiques », *op. cit.*

40. Ewick, P. et Silbey, S. (1992), « Conformity, Contestation and Resistance: An Account of Legal Consciousness », *op. cit.*

pour utiliser la loi dans son propre intérêt, ce qui rend la frontière avec la vie quotidienne beaucoup plus poreuse. Enfin, appréhendé dans une logique de résistance, le droit est subi par des individus incapables de le tenir à distance ou de jouer avec ses règles. Ces attitudes restent cependant des idéaux-types qui ne sont pas exclusifs les uns des autres, signe du pluralisme et de la contingence des formes de rapport au droit.

Appliquée aux cas marocain et sénégalais, cette grille met en évidence une forte dissymétrie entre les différentes attitudes rencontrées. En effet, la croyance dans le droit positif n'est guère ancrée dans les pays étudiés, où le pluralisme normatif reste de mise. Aussi les attitudes de conformité *face* au droit restent-elles minoritaires. Cependant, l'existence de plusieurs systèmes normatifs offre *a priori* de vraies potentialités d'arrangements *avec* le droit. Seulement, les compétences requises échappent à une large majorité de la population, qui se situe plutôt dans une position *contre* le droit.

Les ambiguïtés de l'élite vis-à-vis du droit

Avoir une attitude de conformité *face* au droit implique d'adopter un comportement de loyauté à l'égard des procédures légales. Cette attitude découle principalement de la croyance dans le droit, historiquement rattachée à la définition du droit moderne entendu comme un droit fondé sur la raison et caractérisé par les principes de systématisme, de généralité et de stabilité. C'est cette croyance dans le droit comme élément de justice et de progrès qui fonde le respect du justiciable à l'égard de la norme légale. L'attitude de conformité est donc théoriquement définie à partir d'une conception historiquement située du droit, celle du droit moderne occidental. Dès lors, comment peut-elle se manifester au Sénégal et au Maroc ?

Le comportement conformiste repose nécessairement sur le *trust* (la confiance-croyance) envers la loi. Ainsi, une loi légitime est une loi dont les normes ont été intériorisées et mises en pratique au quotidien, c'est-à-dire une loi à laquelle les gens obéissent sans y être contraints. Si le *trust* est absent, la légalité ne peut suffire à fonder la légitimité et le droit ne peut apparaître comme l'expression de la volonté générale. Et l'instauration du *trust* dépend en grande partie des principes d'inclusion et de délibération. En effet, la loi ne peut atteindre ses objectifs si ceux à qui elle est censée s'appliquer ne connaissent pas ceux qui la font et ceux qui l'appliquent. Le type d'attitude à l'égard du droit dépend donc directement du processus de production de la loi. Si la loi est imposée dans une logique

top-down, elle a moins de chance d'être perçue comme légitime que si elle a fait l'objet d'un dialogue et d'une concertation préalable, à travers lesquels les individus ont pu expérimenter leur état de citoyen.

Or, on a pu voir au Sénégal comme au Maroc que la stratégie des autorités politiques visant à légitimer le code de la famille en communiquant sur un processus d'élaboration ouvert et démocratique (*process legitimacy*) restait largement discutable et discutée. Dans aucun des deux cas la loi n'a été ratifiée par un vote populaire (*downstream legitimacy*), mais elle a transité par le processus législatif habituel (*upstream legitimacy*). Celui-ci a été critiqué par les opposants du code sénégalais, qui en contestent le caractère démocratique puisqu'il a été voté par une Assemblée nationale issue d'un régime de parti unique. Le même type de critique a émergé au Maroc en raison de l'intervention de Mohammed VI en sa qualité de commandeur des croyants.

Les autorités politiques sont également pointées du doigt pour avoir validé plusieurs dispositions relatives aux droits des femmes jugées non conformes aux valeurs culturelles et sociales dominantes. Il est d'ailleurs intéressant de voir qu'elles ne sont pas critiquées uniquement par les mouvements islamiques, mais aussi par des associations de femmes qui agissent sur le terrain de l'application. Ces dernières ne contestent pas le bien-fondé des réformes, mais dénoncent le manque de moyens dans leur mise en œuvre ainsi que le caractère *réservé* du droit, au sens où ses dispositions phares traduiraient la prise en compte de réalités sociales qui ne concernent pas la majorité des femmes. Au Maroc, certains bailleurs déplorent ainsi un processus de réforme peu connecté avec les besoins réels des femmes : « Au lieu d'aller devant le Parlement et le gouvernement, il faudrait d'abord voir les femmes parler aux autorités locales et ne pas se concentrer sur les besoins de Casablanca et Rabat » (entretien, 2010).

Le NCF est ainsi perçu comme un outil au service des seules femmes ayant les ressources et les capacités nécessaires pour comprendre et défendre leurs droits, et souligne encore un peu plus la difficulté qu'éprouvent les femmes à se reconnaître dans un même texte, du fait de la pluralité des conditions féminines. Les premiers rapports sur l'application sont à ce titre révélateurs, l'un d'eux évoquant la nécessité pour les femmes de « se hisser au niveau du féminin que présuppose le NCF⁴¹ ».

41. AMVEF (2007), *Code de la famille au Maroc : égalité de genre dans le partage du patrimoine*.

Cette pluralité caractérise également la situation des femmes au Sénégal, d'où la présence d'un même discours chez les associations de base qui critiquent le fossé entre les réalités auxquelles les femmes sont confrontées et un texte qui, en se référant à une philosophie des droits individuels, ne parle pas nécessairement à une large majorité d'entre elles, dans une société où les femmes sont d'abord définies à partir de leur rôle de mère et d'épouse. Les dispositions favorables à une plus grande protection des droits des femmes existent formellement, mais n'interviennent que marginalement dans la vie quotidienne, et les chiffres corroborent ce caractère élitiste du droit. En effet, la possession d'un certificat de mariage et un niveau d'instruction élevé augmentent respectivement de 7 et 7,5 fois la probabilité pour une femme d'intenter une action en justice pour demander le divorce⁴².

La question du *trust* est donc à la fois centrale et problématique, puisque dans les deux cas les autorités politiques ont misé sur une réforme juridique pour créer une nouvelle société et non l'inverse. De ce point de vue, l'importante marge de manœuvre laissée au juge témoigne du choix de miser sur la pratique du « fait accompli », autrement dit sur le pouvoir de la forme, ou plus précisément sur sa capacité à engendrer à elle seule la confiance-croyance nécessaire à une bonne application de la loi. C'est pourquoi le droit de la famille ne s'est pas affirmé comme le système de normes indiscutablement partagé par l'ensemble de la population, mais plutôt comme un droit réservé à l'élite qui l'a produit. La logique voudrait que celle-ci adopte donc une attitude de conformité à l'égard du droit. Or en réalité, elle se situe plutôt dans une attitude d'*arrangement* avec le droit. L'attitude conformiste n'est pas exclue, mais elle n'empêche pas d'autres types de comportements, y compris chez les élites féminines.

Si l'on reprend les mesures phares des deux textes étudiés, on peut supposer qu'elles bénéficient essentiellement à une catégorie de femmes éduquées, insérées dans le monde du travail et issues d'un milieu urbain. Ce sont en général celles qui sont le plus à même de faire respecter leurs droits. Pour les deux pays, on a cependant pu faire ressortir d'une part un comportement beaucoup plus ambivalent de ces femmes à l'égard du droit ainsi que, d'autre part, le caractère stratégique du rapport qu'entretiennent avec le droit les élites sociales et politiques en général.

42. Dial, F.-B. (2008), « Mariage et divorce à Dakar », *Itinéraires féminins*, Paris, Karthala.

En effet, les femmes des milieux favorisés ne font pas nécessairement valoir leurs droits et restent dans une attitude souvent traditionnelle. Au Sénégal, on a vu par exemple que même certaines juristes militantes de l'AJS étaient engagées dans des unions polygames, d'où des jugements assez sévères de certains professionnels du droit à leur égard : « Toutes ces femmes, vous les suivez en caméra cachée, vous allez voir que dans leur vie privée elles sont la manifestation concrète de la femme la plus traditionnelle du Sénégal » (entretien, Dakar, 2007). Au Maroc, certaines réformes ne font pas l'unanimité, y compris chez les femmes issues des catégories sociales les plus favorisées, comme me l'expliquait une avocate : « Très peu de filles ont recours au mariage sans la présence du père ou du grand frère parce que c'est mal vu. Même chez les femmes, on a cette réticence » (entretien, Rabat, 2008). La résistance à la suppression de la tutelle obligatoire souligne l'opposition globale à cette réforme révélée par l'enquête du Haut-Commissariat au Plan (2006) : ce sont en effet 71 % des hommes et 75 % des femmes qui se positionnent contre le mariage sans tuteur. L'élite ne joue donc pas nécessairement le rôle moteur qu'on lui prête. C'est en tout cas ce que tendent à montrer les résultats de l'enquête d'Harrami⁴³ sur les valeurs de la jeunesse marocaine, qui établissent qu'une position plus dévalorisée dans l'échelle sociale conduit à une plus grande contestation du modèle traditionnel, que les privilégiés ont tendance à reproduire.

Si on élargit la focale à l'ensemble de l'élite sociale et politique, le constat est similaire : le recours à l'institution judiciaire ou à l'état civil n'est pas systématique. C'est ainsi qu'au Sénégal, plusieurs juges déplorent de voir que les procédures de reconnaissance tardive du mariage ou de la naissance peuvent concerner des catégories de populations très diverses : « Si vous saviez combien de jugements d'autorisation j'ai dû faire auprès des intellectuels, des ministres... combien ? [Rires] » (entretien, Dakar, 2008). Le non-respect ou la négligence à l'égard de l'état civil touche également jusqu'aux professionnels du droit : « Il m'est arrivé de recevoir un avocat qui est venu me demander un jugement d'autorisation d'inscription de naissance pour son enfant qui devait aller à l'école » (entretien, Dakar,

43. Harrami, N. (2005) : « Le pouvoir de la femme et sa représentation dans la société marocaine », *Les femmes au Maghreb, Afkar/idées*, n° 7, www.afkar-ideas.com/wp-content/uploads/files/3-7-11-fr.pdf.

2008). Plus révélateurs encore sont les témoignages de la violation du droit par ces mêmes personnes, qui vont par exemple chercher à s'arranger avec les juges pour faire valider un cinquième mariage.

Ainsi, principalement dans le cas du Sénégal, on a pu montrer que le droit étatique n'était pas beaucoup plus mobilisé par les plus favorisés, qui assoient leur domination par d'autres moyens. S'il n'est pas nécessairement central, le droit de la famille fait toujours partie des stratégies mises en place par les dominants qui, même quand ils cherchent à le contourner, s'y réfèrent systématiquement. Or, ce n'est pas le cas d'une large majorité de la population qui marginalise, voire exclut le droit étatique de ses usages.

L'attitude dominante : être contre le droit

Peut-on cependant considérer que ces individus se situent complètement *hors* du droit ? Un tel positionnement ne paraît pas tenable étant donné que le choix de s'inscrire dans une attitude de fuite ou de rejet est pensé par rapport au droit et ne peut donc être défini complètement en dehors de lui, ce que confirment les résultats de l'enquête. J'ai donc préféré opter pour la catégorie *contre* le droit, qui traduit une logique de résistance. Dans la définition qu'en donnent Ewick et Silbey à partir de leur terrain américain, cette attitude suppose néanmoins un caractère fortement contraignant du droit, dans lequel les individus ont le sentiment d'être « emprisonnés », ce qui n'est pas le cas au Sénégal et au Maroc. En effet, l'ignorance et la violation du droit n'y engendrent pas les mêmes coûts puisque pendant longtemps, la résistance au droit n'a pas été combattue par les pouvoirs publics.

Au Sénégal, plusieurs dispositions du code de la famille sont largement ignorées par les populations, y compris celles relatives au mariage, alors même qu'elles ont été pensées sur une base pluraliste. Le droit sénégalais reconnaît deux types de mariages : le mariage célébré et le mariage constaté par l'officier d'état civil (art. 114). Une troisième forme de mariage est également reconnue, le mariage ni célébré ni constaté, qui n'est cependant pas opposable à l'État (art. 146). Cette pluralité des formes traduit le caractère incitatif du code qui vise à amener progressivement les gens à se saisir de l'état civil. C'est pour cette raison que j'ai fait le choix d'étudier le cas des mariages dont l'évolution permet de montrer que malgré le

caractère incitatif de la loi, celle-ci reste globalement absente du quotidien des gens⁴⁴.

Les chiffres en témoignent : en 2000, seuls 22 % des 649 centres d'état civil ont procédé à l'enregistrement de mariages⁴⁵. Dans son enquête sur les mariages et divorces à Dakar, Dial⁴⁶ confirme le constat, et remarque même que la situation s'est aggravée. Non seulement le nombre de mariages célébrés ou constatés est faible, mais il régresse dans la capitale : 30 % des personnes nées entre 1967 et 1976 y auraient eu recours contre 60 % pour la génération 1942-1956. Pour compléter ces données, j'ai mené une enquête dans le centre principal d'état civil de Dakar qui a consisté à dépouiller les actes de mariage des années 1975, 1985 et 1995 pour établir les principales évolutions sur 20 ans. Je me suis intéressée à deux variables : le type de mariage dont il s'agissait (célébré ou constaté) et l'option de l'époux (monogamie, polygamie limitée à deux ou trois épouses, polygamie illimitée). La première variable est un indicateur de l'évolution des comportements des individus face à l'état civil : théoriquement, une progression des mariages célébrés par rapport aux mariages constatés confirmerait l'hypothèse selon laquelle le rôle joué par l'état civil dans l'institution du mariage tend à être mieux accepté. La question de l'option permet quant à elle de voir l'évolution du choix de la monogamie par rapport à celui de la polygamie, et donc de déterminer si la loi réussit ou non à inciter les gens à s'orienter vers le régime monogamique. Les résultats sont clairs : c'est une évolution inverse aux prédictions qui s'est produite.

Les mariages constatés et l'option de polygamie illimitée ont progressé de manière constante, au point de devenir la norme officieuse. Ainsi en 1975, les mariages célébrés représentaient 62,5 % des unions, pour tomber à 19,3 % dès 1985. À l'inverse, les unions constatées sont passées de 37,4 % à 75,8 % sur la même période. En 1975, 53,1 % des époux choisissait la polygamie ; en 1985, 30,2 % d'entre eux le faisait, et 39 % en 1995. La polygamie domine largement, dépassant les 60 % depuis 1985 (autour de 46 % en 1975). On choisit habituellement la polygamie à quatre : en 1975, sur les 46 % de

44. Voir également N'Diaye, M. (2015), « Interpréter le non-respect du droit de la famille au Sénégal : la légitimité et les capacités de l'État en question », *Droit et Société*, vol. 3, n° 91, p. 607-622.

45. *Exploitation des statistiques d'état civil en 2001*, ministère de l'Économie et des Finances, Dakar, 2003.

46. Dial, F-B. (2008), *Mariage et divorce à Dakar*, op. cit.

polygames, 76 % d'entre eux choisissaient la polygamie illimitée⁴⁷. Ce chiffre a grimpé jusqu'à 79,6 % en 1985 avant d'atteindre 92,4 % dix ans plus tard. Le caractère incitatif du code a donc échoué, les tendances inverses semblant se dessiner : les nouvelles générations de Dakarois ont un rapport beaucoup plus distant à l'état civil, mais aussi une conception du mariage beaucoup plus ancrée dans les coutumes⁴⁸.

Outre le manque d'information et la désorganisation des centres d'état civil qui peuvent avoir un effet dissuasif, le non-recours à l'état civil semble surtout motivé par les possibilités de contournement du droit qu'il ouvre : mariage de mineurs, mariage forcé, violation de l'option de monogamie ou de polygamie et répudiation ne peuvent être empêchés ou sanctionnés.

Dans le cas du Maroc, s'interroger sur le rapport au droit quotidien des citoyens implique d'intégrer à l'analyse la période de familiarisation aux nouveaux changements qui suit inévitablement la promulgation d'une loi. Or, ce temps de latence montre que, malgré l'importance prise par le débat sur les scènes publique et médiatique au moment de la réforme, la connaissance du NCF un an après son adoption restait superficielle. L'enquête de Mellakh⁴⁹, menée en zones urbaines et rurales en 2005, montre que si 88 % de la population interrogée a entendu parler du texte, de fortes disparités existent. Ainsi, bien que 90 % des citoyens soient au fait de l'existence de la loi, seuls 38 % des urbains analphabètes la connaissent. La différence est également notable entre les deux sexes ; parmi les analphabètes, c'est 44 % des hommes qui n'ont jamais entendu parler du NCF contre 67 % de femmes. La connaissance du droit a toutefois progressé puisqu'avant la réforme, moins du tiers de la population déclarait connaître le code de la famille⁵⁰.

47. J'ai inclus ici les actes dans lesquels aucune option n'était indiquée puisque le silence de l'optant entraîne l'application du droit commun, à savoir la polygamie illimitée.

48. Le nombre de déclarations à l'état civil a néanmoins clairement augmenté : de 446 actes en 1975, on passe à 975 en 1985 pour atteindre 2326 en 1995. Cependant, la population dakaroise a aussi nettement augmenté au cours de ces 20 années ; on ne peut donc pas interpréter cette augmentation comme la preuve d'un recours plus massif et plus fréquent à l'état civil.

49. Kamal Mellakh, « De la *Moudawwana* au nouveau code de la famille au Maroc : une réforme à l'épreuve des connaissances et perceptions "ordinaires" », *L'année du Maghreb*, II | 2007, 35-54.

50. ADFM, *L'égalité entre les hommes et les femmes, point de vue de la population marocaine*, Rapport d'analyse, Rabat 2004.

Cependant, la connaissance du contenu du NCF ne suit pas. Près de 57 % des personnes interrogées ne savent pas quels points du droit ont été réformés (55 % chez les urbains et 59 % chez les ruraux). Par ailleurs, la perception du code comme un outil pouvant aider au changement des conditions de vie des femmes n'est partagée que par 20 % de la population, dont seulement 6 % d'analphabètes en général et 2 % de femmes analphabètes en particulier.

Du point de vue judiciaire, le constat va dans le même sens. Dans son étude sur « Les justiciables dans le circuit judiciaire relatif au contentieux de la famille », Ounnir (2007) a bien montré que les Marocains ne sont globalement pas procéduriers. Sur 102 personnes interrogées, 82 avouaient avoir privilégié d'autres voies de résolution des conflits⁵¹, le tribunal constituant l'ultime recours. Parmi les personnes interviewées, la plupart s'étaient donné un délai de réflexion d'une durée moyenne de six mois, qui était souvent prolongée quand il s'agissait de femmes en raison de la pression sociale qu'elles subissaient et de leur situation de dépendance économique. Néanmoins cette enquête témoigne du fait que des évolutions se dessinent dans le rapport des individus au droit. Comme le soulignait une avocate : « Après ce refus brutal dans les deux premières années, les gens commencent à admettre » (entretien, Rabat, 2008). Le temps et la mise en pratique jouent donc un rôle fondamental en contribuant à l'apprentissage de la norme, qui ne passe pas seulement par le savoir explicite ou la compétence construite, mais également par la confrontation aux pratiques des autres. Ainsi, un individu peut ne pas mobiliser la nouvelle norme parce qu'il l'ignore ou parce qu'il s'y oppose, mais il va être amené à en admettre la normalité et les effets légaux parce que d'autres y ont recours. Cet apprentissage au contact, par observation des comportements et pratiques d'autrui, renvoie au processus du *social learning*, qui favorise l'apprentissage de nouveaux comportements qui deviennent plus fréquents et tendent à s'imposer progressivement comme la norme. L'incorporation se fait donc par la « routine », définie comme « le caractère habituel, tenu pour acquis, de la vaste majorité des activités qu'accomplissent les agents dans la vie sociale de tous les jours⁵² ». La

51. 65 % ont eu recours à la médiation familiale; 25,8 % ont fait appel à leurs amis et 8,6 % à leurs voisins.

52. Giddens, A. (1987), *La constitution de la société: éléments de la théorie de la structuration*, Paris, Puf.

routine renvoie à la « conscience pratique », c'est-à-dire à « tout ce que les acteurs connaissent de façon tacite, tout ce qu'ils savent faire dans la vie sociale sans pouvoir l'exprimer directement de façon discursive⁵³ ». Elle est nécessaire aux institutions sociales puisque leur caractère institutionnel dépend de sa reproduction. C'est donc sur cette routinisation que misent les autorités, une fois le débat éteint et la loi mise en application.

Pourtant, il ne faut pas sous-estimer la première réaction à l'encontre du droit de la famille, qui a été celle d'un très fort rejet. L'ensemble des acteurs interrogés s'accorde pour reconnaître que les nouveaux droits accordés aux femmes sont à l'origine des tensions. Beaucoup d'hommes se sont déclarés mécontents, comme le montre l'enquête d'Ounnir (2007). Pour eux : « Le nouveau code ne protège que la femme à laquelle il a donné tous les droits, trop de droits ! » Les multiples stratégies d'évitement mises en place et recensées dans l'étude de la jurisprudence témoignent concrètement de la résistance à la nouvelle norme.

Dans le cas du Maroc, on adopte aussi une attitude d'évitement et de contournement du droit qui peut être interprétée comme la traduction d'une ignorance, mais aussi d'un rapport de défiance à l'égard d'une loi qui a suscité des débats dans lesquels les gens se sont largement impliqués. On peut donc dégager l'hypothèse d'une attitude de rejet et de contournement plus politisée qu'au Sénégal, où d'autres facteurs comme la souplesse du texte ou le manque d'investissement de l'État dans l'administration de l'état civil contribuent à expliquer pourquoi les gens ont finalement peu recours au code de la famille.

Mais dans les deux cas, l'interaction entre le droit et la population à laquelle il est censé s'appliquer a bien du mal à s'établir. Il paraît donc nécessaire de s'interroger sur les causes de ce fossé entre la *law in books* et la *law in action*, et ce à partir de l'*individu*, qu'il faudra s'attacher à qualifier plus précisément afin d'en mieux saisir le rapport à l'État et au droit.

La difficile émergence du citoyen

La capacité d'un individu à se saisir de ses droits et à prendre conscience de ses obligations est liée à un processus d'intériorisation et d'acceptation

53. Corcuff, P. (2011), *Nouvelles sociologies*, Paris, Armand Colin, 3^e édition.

des normes qui permet de donner à la citoyenneté son sens pleinement politique. Or ce processus d'apprentissage, censé permettre la transformation du *sujet* en *citoyen*, se révèle très complexe au Sénégal et au Maroc. En effet dans les deux pays, l'appareil d'État a échoué à faire le lien entre citoyens et sujets, qui restent deux catégories distinctes dont la séparation recoupe finalement assez bien l'écart existant entre milieux urbain et rural, qui n'ont historiquement pas fait l'objet des mêmes formes de domination politique⁵⁴.

J'aborderai cette question de l'émergence problématique du citoyen en cherchant à comprendre et à qualifier son (non-) rapport au service public de la justice. Deux types de problèmes sont à prendre en considération. D'abord, il existe une difficulté d'ordre matériel et structurel sur le plan de la confrontation physique à la norme moderne promue par l'État. Lorsque celle-ci reste occasionnelle, voire absente, il est impossible d'envisager une socialisation par des pratiques quotidiennes. Un deuxième type de problème émerge alors, relatif aux questions de *trust*, de légitimité et d'acceptation. La relation de l'individu à l'administration est indissociable de la manière dont est conçu le lien politique. C'est bien de la confiance et de la coopération établies entre le citoyen et l'administration que dépend la mise en œuvre d'une politique publique et donc le processus de légitimation des institutions responsables de la mener.

La question reste de savoir comment qualifier l'individu destinataire de la politique du droit de la famille. Est-il assujetti, usager, administré, consommateur, coproducteur ? Comme le rappelle Spanou, la tendance à utiliser ces termes de manière interchangeable contribue à en brouiller le sens alors qu'ils renvoient à une définition précise du lien entre l'individu et la communauté politique⁵⁵. J'ai fait le choix de qualifier ces justiciables d'*usagers* (du service public de la justice), non pas parce que les

54. Au Sénégal, la distinction ressort clairement du traitement différencié entre les habitants « citoyens » des quatre communes et la grande majorité d'« indigènes ». Au Maroc, les centres urbains ont joué un rôle fondamental dans l'émergence du mouvement nationaliste, ce qui contraste avec un milieu rural fondé sur des solidarités horizontales et inscrit dans une logique de collaboration avec le pouvoir en place.

55. Voir Spanou, C. (2003), *Citoyens et administrations. Les enjeux de l'autonomie et du pluralisme*, *op. cit.* Selon l'auteur, le citoyen administré ou assujetti renvoie au modèle bureaucratique classique. L'usager renvoie quant à lui au modèle de l'État-providence, alors que le consommateur se réfère à celui du marché. Le dernier modèle proposé, celui du citoyen coproducteur, renvoie à une logique de démocratie participative dans un État postmoderne.

pays étudiés répondraient à la définition de l'État-providence auquel on rattache généralement le terme⁵⁶, mais parce qu'il permet de considérer l'individu dans son rapport au droit de manière isolé, et non pas l'individu au sein d'un collectif, comme une association par exemple. Cette approche amène à s'interroger sur sa capacité à participer à titre individuel – en tant que citoyen – au politique, non par le *politics* (activités politiques classiques) mais à travers la *policy* ou, autrement dit, la mise en œuvre d'une politique publique. On considère que le rapport entre individu et communauté politique qu'implique l'emploi du terme « usager » ne se différencie pas fondamentalement de celui lié au terme d'« administré », puisqu'ils renvoient tous deux à une conception de l'individu tenu à l'écart du processus de production d'offre et de services (ici la norme juridique familiale), et qui se situe ainsi dans une logique de forte hétéronomie caractérisée par l'absence d'un sujet politique ayant une capacité d'influence sur les décisions qui le concernent. L'administré et l'usager sont dans une logique de soumission au pouvoir qui réduit leur capacité de négociation. Parler d'usager, c'est aussi admettre la reconnaissance par les autorités publiques d'un certain degré de diversité et de pluralisme des référents normatifs parmi les citoyens⁵⁷. Dans le cas du Sénégal mais aussi du Maroc, cette reconnaissance reste cependant très limitée⁵⁸, la question du pluralisme normatif et de sa traduction au niveau juridique n'étant pas reconnue comme centrale par les autorités politiques.

À partir de ces questions d'autonomie/hétéronomie et d'uniformité/diversité, j'analyserai les difficultés que l'individu éprouve à se transformer en citoyen. Au regard du caractère central du pluralisme normatif dans les deux pays, la faible prise en compte par l'État de la diversité des conceptions de la famille et du droit contribue à accroître le fossé entre pays légal et pays réel. Mais l'argument culturel reste ici trop réducteur, parce que les causes du fossé entre les usagers et le service public de la justice

56. La typologie de Spanou, fondée sur les différents types d'État, ne semble à ce titre pas pertinente pour classer le Sénégal et le Maroc, dont les problématiques sont spécifiques aux États du Sud.

57. Voir Spanou, C. (2003), *Citoyens et administrations*, op. cit.; Warin, P. (1993), *Les usagers dans l'évaluation des politiques publiques : étude des relations de service*, op. cit.

58. Le code sénégalais n'a intégré que la coutume wolof islamisée, et ce, pour les seuls domaines du mariage et de la succession. Au Maroc, la désacralisation de la Moudawana a permis d'intégrer de nouvelles réformes plus conformes aux prescriptions des conventions internationales, mais en les justifiant par rapport à leur compatibilité avec le référentiel islamique.

tiennent principalement au fort degré d'hétéronomie des usagers, dû à des facteurs techniques relatifs à l'inégalité d'accès à la justice, aussi bien pour des raisons physiques, économiques et linguistiques.

Les facteurs politiques et culturels

L'explication du fossé entre droit étatique et population a souvent été proposée à partir de facteurs culturels dans les études d'anthropologie juridique portant sur l'Afrique subsaharienne⁵⁹. En effet, contrairement à un pays comme le Maroc, où le droit musulman – malgré d'importantes évolutions dans son interprétation – continue de régir la famille, les pays subsahariens ont introduit des textes en rupture avec les normes coutumières et religieuses; d'où l'intérêt que présente l'hypothèse culturelle pour expliquer les phénomènes de contournement et de détournement du droit, basés sur un décalage entre deux différentes conceptions de la modernité judiciaire⁶⁰. Cette approche culturelle, malgré ses limites découlant d'une vision trop statique des sociétés en question, permet de nourrir la réflexion sur la problématique des transferts juridiques. De fait, la question de la culture a été totalement absente de la réflexion quant à la manière de concevoir les politiques de transferts. Seul le volet technique a été pris en compte sans finalement qu'aucune réflexion ait été menée sur les conditions de réception des normes, préalable pourtant indispensable à toute forme d'appropriation, en particulier dans un contexte de multijuridisme⁶¹. En donnant systématiquement un caractère prédominant au droit de l'ancienne métropole au nom de l'unité, les États indépendants ont en somme ignoré la spécificité du contexte et ont donc

59. Voir Rouland, N. (1988), *L'anthropologie juridique*, Paris, Puf; Vanderlinden, J. (1996), *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz; Le Roy, E. (2004), *Les Afriques et l'institution de la justice: entre mimétismes et métissages*, Paris, Dalloz; Kuyu, C. (dir.) (2005), *À la recherche du droit africain du 21^e siècle*, Paris, Éditions Connaissances et Savoirs.

60. Alors qu'en Occident, « le règlement des conflits est le produit d'une force neutre parce qu'extérieure et supérieure aux parties, réputée omnipotente et omnisciente, l'expérience africaine privilégie toujours le règlement du conflit au sein du groupe qui l'a vu naître [...] Un juge étranger au groupe y est vu comme incompétent à recoudre le tissu social car l'objet de l'instance n'est pas, à titre principal, de dire qui est en droit ou en faute mais de gérer le lien social ». Voir Le Roy, E. (2002), « Présentation. De la modernité de la Justice contemporaine en Afrique francophone », *Droit et Société*, n^{os} 51-52, p. 297-300.

61. À ce sujet, voir Darbon, D. (2008), « L'institutionnalisation de la confiance politique dans des sociétés projetées: du prêt-à-porter institutionnel à l'ingénierie sociale des formules politiques », *op. cit.*; Péliasse, J. (2005), « A-t-on conscience du droit? », *op. cit.*

échoué à mettre en forme la pluralité. En faisant du droit l'outil plutôt que le reflet de la société, l'État tendrait à le rendre impuissant et échouerait à saisir des occasions de transformer les sujets en citoyens. Au vu de ces différents éléments, les anthropologues du droit s'interrogent sur la pertinence du maintien de la logique unitaire.

Des universitaires sénégalaises pointent les dangers de cette remise en cause qui traduit toute la difficulté à gérer la question du pluralisme juridique au sein de sociétés confrontées à des mutations sociales nombreuses et contradictoires. En se penchant sur le cas de l'excision, Sow Sidibé montre par exemple comment les intérêts des femmes sénégalaises peuvent être sacrifiés au nom de la préservation de l'harmonie sociale quand on passe par la médiation familiale ou religieuse. La volonté de préserver à tout prix l'harmonie sociale influencerait également l'attitude d'un ministère public qualifié de tiède et expliquerait la peur des femmes de porter plainte face à la pression sociale⁶². Mais la critique centrale tient au fait que l'argument culturel en faveur du pluralisme juridique se concentre essentiellement sur le droit de la famille et donc sur la place de la femme au sein de la famille et de la société.

Derrière la problématique juridique émerge à nouveau le débat politique et idéologique entre l'universalisme et le culturalisme qui pose aux militantes féministes le défi suivant : défendre la culture au nom de la « dignité civique⁶³ », mais une culture qui n'opprime pas les femmes. Au-delà de la différence d'appréhension du droit, ce sont bien les différentes conceptions de la famille qu'il s'agit d'analyser pour voir en quoi elles contribuent à creuser le fossé entre pays légal et pays réel.

Sur la question de la famille, on retrouve en fait l'opposition classique entre familialisme et féminisme. Au vu des droits importants qu'ils accordent aux femmes, les textes sénégalais et marocain sont accusés par leurs détracteurs de faire prévaloir une logique féministe (promotion des droits de la femme en tant qu'individu) au détriment d'une logique familialiste (préserver la structure familiale comme ciment de l'harmonie

62. Sow Sidibé, A. (1992), *Le pluralisme juridique en Afrique, l'exemple du droit successoral sénégalais*, Paris, LGDJ.

63. Wing définit la dignité civique comme le fait de parler de sa propre voix (culturelle), de ne pas être obligé de parler le langage dominant. Voir son ouvrage Wing, S. (2008), *Constructing Democracy in Transitioning Societies of Africa: Constitutionalism and Deliberation in Mali*, New York, Palgrave Macmillan.

sociale). La même crainte a émergé dans les deux cas : celle de voir la cellule familiale déstabilisée par le processus d'individualisation des droits et de transformation des rôles.

Cette crainte est liée au rôle central accordé à la femme dans l'équilibre de la famille. Au Sénégal, on attend de la femme-mère qu'elle fasse preuve de discrétion (*sutura*) et de pudeur (*maslaa*⁶⁴). Mais c'est sans doute le *mun* qui traduit le mieux les devoirs de la femme envers la famille : pour préserver le foyer, la femme doit faire preuve d'une patience à toute épreuve, le terme « endurer » donnant sans doute une traduction plus fidèle de ce qui peut être considéré comme un sacrifice de la femme pour sa famille⁶⁵.

Au Maroc, la même défiance à l'égard d'une individualisation des droits des femmes s'exprime. Le pouvoir de la femme dans la société, et particulièrement dans la famille, reste mal accepté dans les représentations collectives. La cellule familiale est en effet considérée comme relevant de l'autorité du mari. Un père effacé est réduit à l'état de féminité sociale par sa femme. Ses enfants sont donc les *oulâd oumhûm* (les enfants de leur mère), terme à connotation péjorative dans une société définie selon la descendance patrilinéaire⁶⁶. Ce système de représentation reste prégnant, y compris chez les jeunes, comme en témoigne l'enquête « Valeurs des jeunes et système socioculturel⁶⁷ ». Les 125 sujets interrogés (63 % de garçons et 37 % de filles) ont tous entre 15 et 23 ans, sont majoritairement issus de la classe moyenne et ont des parents au niveau d'éducation faible. Parmi eux, 75,5 % adhèrent aux valeurs dites traditionnelles, dont le respect des parents (92 %), la stigmatisation de l'alcool, de l'absence de foi ou des relations sexuelles hors mariage (90 %), mais surtout l'attachement au rôle traditionnel de la femme dans la famille et la société (94 %), le tiers des jeunes seulement se déclarant favorables à la suppression de la tutelle obligatoire à laquelle restent attachées 80 % des filles interrogées. La religion reste par conséquent au fondement de la définition de l'identité collective et personnelle.

64. Attitude qui consiste à éviter absolument les conflits et crises en refusant notamment les conflits ouverts.

65. Voir Amelot, A. (2011), *La loi des femmes. La parité au Sénégal : enjeux, représentations et stratégies*, thèse de doctorat, sous la direction de S. Mappa, Paris XII.

66. Voir Harrami, N. (2005) : « Le pouvoir de la femme et sa représentation dans la société marocaine », *op. cit.*

67. Bendaoud, N. (2003), « Valeurs des jeunes et système socioculturel », *Bulletin économique et social du Maroc - Rapport du social*, Éditions OKAD, p. 23-32.

Bien que le pouvoir de la femme au sein de la famille soit plus valorisé dans les représentations sociales au Sénégal qu'au Maroc, on retrouve dans les deux cas une même réticence à l'égard d'un droit qui autonomise la femme par rapport à la famille. Face à ces résistances d'ordre culturel, il apparaît donc difficile pour les femmes d'oser faire valoir leurs droits. En effet, quand une femme choisit de faire appel aux tribunaux, elle prend le risque de s'attirer les foudres de la communauté. C'est un risque d'autant plus difficile à courir qu'en sortant de la famille, la femme se prive *a priori* de tout soutien puisqu'elle a une vie publique beaucoup moins dense que celle des hommes⁶⁸.

Néanmoins, si la moindre saisine de la justice par les femmes trouve des explications d'ordre culturel, elle ne peut s'y résumer. Certes, l'institution familiale et les normes sociales ne facilitent pas la démarche, mais les tribunaux sont saisis et les femmes sont souvent à l'initiative de ces démarches. Déjà à l'époque de la colonisation, les Sénégalaises saisissaient des juridictions coloniales pour faire valoir leurs droits et s'émanciper de certaines pesanteurs sociales. Aujourd'hui, elles sont souvent à l'initiative des procédures judiciaires, notamment en matière de divorce⁶⁹. Même constat au Maroc où les femmes sont les premières à s'être saisies du NCF. Dans son enquête, Ounnir (2007) montre par exemple que ce sont un peu plus de la moitié des procédures (53,3 %) qui sont engagées par les femmes en matière de divorce⁷⁰.

Le facteur culturel constitue donc un obstacle, mais il n'est pas entièrement dissuasif. L'éloignement des tribunaux renvoie à d'autres types

68. Voir Wing, S. (2008), *Constructing Democracy in Transitioning Societies of Africa: Constitutionalism and Deliberation in Mali*, *op. cit.*

69. Selon le troisième recensement général de la population et de l'habitat (ministère de l'Économie et des Finances, 2006), le divorce est en hausse et concerne particulièrement les femmes : parmi les personnes divorcées dans la tranche d'âge 30-34 ans, le rapport hommes/femmes est équilibré (respectivement 18 % et 16 %). Mais dans la catégorie des 40-44 ans, la différence est plus nette, les femmes représentant 16 % des divorcés contre 11 % des hommes. L'enquête conclut d'ailleurs à la prégnance du divorce dans la population féminine, quatre fois plus touchée que la population masculine. Toutefois, comme le souligne Amelot, ces chiffres doivent être relativisés eu égard à l'importance de la polygamie, qui permet aux hommes d'avoir plusieurs femmes sans nécessairement engager de procédures de divorce. Voir Amelot A. (2011), *La loi des femmes. La parité au Sénégal : enjeux, représentations et stratégies*, *op. cit.*

70. L'introduction du divorce *chiqaq* (discord) autorise les femmes à obtenir un divorce sans devoir le monnayer (*khôl*) ou prouver le préjudice subi. Jusqu'à la réforme de 2004, il s'agissait des deux seules voies possibles pour sortir du mariage.

d'explications : face à la confrontation aux pratiques divergentes et innovantes, quelles chances les justiciables, et les femmes en particulier, ont-ils d'obtenir gain de cause ? Une part de calcul stratégique n'est pas absente de l'attitude *contre* le droit, bien au contraire. La perception globalement très négative du système judiciaire, jugé lent et corrompu⁷¹, n'incite pas les individus à se saisir de manière plus fréquente d'un outil juridique rendu inaccessible par une série de contraintes d'ordre structurel, indépendantes de la question culturelle.

Les facteurs techniques

Concrètement, qui a les moyens de se saisir de la justice familiale ? Comme nous le verrons, il existe de grandes disparités entre les usagers potentiels, d'abord en matière d'accès physique aux lieux de justice, pour ce qui est de l'accessibilité financière ensuite et, enfin, en ce qui a trait à la compréhension du fonctionnement du monde judiciaire.

Plusieurs juges sénégalais et marocains ont insisté au cours des entretiens sur le caractère simple et accessible des procédures engagées devant les juridictions familiales. Cette facilité d'accès reste néanmoins théorique, comme en témoigne la nette différence de point de vue entre magistrats et usagers du service public de la justice. En effet, au Sénégal comme au Maroc, le coût de la justice est généralement perçu comme important par les populations, qui ne limitent pas leur définition du coût au tarif formel induit par l'engagement d'une procédure, mais incluent l'ensemble des dépenses générées par cette démarche.

Au Sénégal, ces dépenses sont nombreuses en raison d'une inégalité d'accès à la justice à l'échelle territoriale, ce que reconnaissent les magistrats : « Le maillage territorial n'est pas bon. Des grandes villes comme

71. Une enquête menée par le RADi (Réseau africain pour le développement intégré) en 2010 fait état d'une fracture alarmante entre la population sénégalaise et le système judiciaire. Basée sur un échantillon de 400 personnes, dans la tranche d'âge 18-36 ans, l'enquête donne les résultats suivants : 94 % des personnes interrogées se déclarent insatisfaites du fonctionnement de la justice. Les sources principales de mécontentement se situent dans la lenteur du règlement des conflits et de l'exécution des décisions de justice (60 %), l'absence de transparence de la justice (30 %) et les difficultés d'accès à la justice (5 %). Au Maroc, la réforme de la justice est notamment fondée sur la nécessité d'en modifier l'image en profondeur, celle-ci étant écornée par les procès en incompétence et en corruption.

Dakar et Thiès sont privilégiées⁷². » En région, si les populations ne disposent pas d'une juridiction à proximité et qu'elles souhaitent y avoir recours, elles doivent parfois engager de véritables périples : « Quand j'étais en poste à Kanel, je me rappelle que c'était une expédition pour les gens qui pouvaient se lever à 5 h pour arriver à 13 h au tribunal. Il faut prendre une charrette, puis une voiture, c'est très compliqué. » Mais l'avantage de ce type de petites juridictions reste que les juges maîtrisent leurs agendas : « À Kanel, vraiment, on veut éviter aux gens des déplacements inutiles. On fixe les audiences, mais on prévient bien qu'il faut venir avec telle ou telle pièce. Ici, il y a plus d'intermédiaires, c'est moins évident d'anticiper. » Ce problème de la prise en charge s'accroît en raison de l'absence de tribunaux dans certaines zones du territoire⁷³. Dans ce cas, les gens doivent provisoirement se référer aux tribunaux les plus proches, qui se retrouvent débordés et sont donc moins aptes à répondre aux attentes des usagers. Un magistrat considère pourtant que la situation des régions de manière générale reste privilégiée par rapport à celle de la Casamance où il a eu à exercer : « Là-bas, vous devez traverser le fleuve, éviter les rebelles... vraiment, ça devient toute une affaire d'aller au tribunal. » Le problème du manque de juridictions se pose dans les mêmes termes pour l'état civil, dont les centres restent inégalement répartis sur le territoire.

Ces divers éléments révèlent que dans la pratique, la justice de proximité qu'est censée constituer la justice familiale reste un vœu pieux. Les audiences foraines, qui consistent en un déplacement des tribunaux en région dans le cadre de campagnes d'inscription à l'état civil, tentent de résoudre une partie du problème. Mais certains magistrats dénoncent le caractère insuffisant et très politique de ces initiatives qui ont souvent lieu à la veille de campagnes électorales pour préparer des réserves d'électeurs. Aucune politique de vulgarisation n'a été menée en tant que telle et il n'y a pas de mesures coercitives prévues en cas de non-respect de la loi : « Des

72. Cette citation et les suivantes sont des extraits d'entretiens réalisés avec des magistrats entre 2007 et 2010.

73. En effet, si en 1999 chaque chef-lieu de département était pourvu d'un tribunal départemental, ce n'est plus le cas aujourd'hui. Après la réforme administrative de 2002, deux nouveaux départements ont été créés, mais l'un d'entre eux ne dispose toujours pas d'une juridiction en matière familiale. La situation s'est aggravée en 2008, puisque la nouvelle réforme administrative a augmenté le nombre de régions et de départements, de sorte que certains d'entre eux sont encore dépourvus de tribunaux régionaux ou de tribunaux départementaux.

pénalités sont applicables aux chefs de village qui ne déclareraient pas certains événements. Mais le texte n'a jamais été appliqué alors qu'aucun chef de village ne fait son travail correctement.» Même à Dakar, qui concentre l'essentiel du contentieux, les usagers rencontrent de vraies difficultés pour accéder aux services de la justice : « Si vous voulez faire un jugement d'autorisation d'inscription de naissance, [...] vous venez au greffe, on vous fait remplir un imprimé et on vous donne une quittance et vous allez à la direction des impôts, rue Tiong⁷⁴, pour payer. On vous met votre cachet et vous revenez ici pour qu'on puisse enrôler votre affaire. C'est déjà un problème. Parce que c'est décourageant. Non seulement on vous fait valser entre deux services de l'État qui n'ont rien à voir, [mais] ensuite on vous fait payer de l'argent. »

Au Maroc, on retrouve le même décalage qu'au Sénégal quant à la perception du coût de la justice : si ses procédures restent abordables, les usagers critiquent pourtant son coût global, comme le montre l'enquête d'Ounnir auprès de 102 personnes dans les tribunaux de Rabat, Kénitra et Tanger : 70 % d'entre elles jugent les frais demandés trop élevés. L'étude menée par l'UNIFEM sur l'application du code un an après son entrée en vigueur confirme cette perception négative, amplifiée par le fait que les justiciables estiment payer pour rien ou pas grand-chose. En effet, ce qui ressort de ces différentes enquêtes, c'est le mécontentement à l'égard du service public de la justice : la lenteur des procédures et le manque d'orientation et d'écoute sont au cœur des critiques. Le NCF prévoit pourtant la création de sections de justice de la famille au sein des tribunaux de première instance afin d'accroître l'efficacité et la rapidité des procédures. Seulement, ces mesures tardent à se mettre en place, comme me l'expliquait un avocat : « À Casablanca, vous avez 5 millions d'habitants et un seul tribunal de la famille qui se compose de quatre salles et 25 bureaux. Il y a un vrai problème d'accès à la justice. Des gens sont obligés de se lever à 5 h pour être au tribunal à 9 h » ; « Les délais ne sont pas respectés. Les femmes abandonnent souvent, les justiciables sont sans espoir. » Ces problèmes sont confirmés par l'enquête de satisfaction de l'offre de services des sections de la justice de la famille commanditée par le ministère de la Justice en 2011 : les justiciables, principalement les plus pauvres,

74. Géographiquement éloignée du lieu où se situe le tribunal départemental.

mettent en cause la complexité des procédures judiciaires⁷⁵, la faiblesse des structures de soutien et les frais associés aux services⁷⁶. Plusieurs juges adoucissent néanmoins le tableau, considérant qu'il s'agit d'une question de temps liée à la mise en œuvre de la réforme, mais pas d'un problème structurel.

L'inégalité devant la justice engendrée par le coût d'un avocat est par contre une véritable problématique, au centre des critiques que les usagers adressent à la justice. On touche ici au problème de l'accessibilité financière. Certes, le coût de la procédure reste relativement abordable en matière familiale, l'objectif étant, au Sénégal comme au Maroc, de faire de la justice familiale une justice de proximité. Néanmoins, cette évaluation du coût ne tient pas compte des honoraires d'un avocat. En général, ce sont principalement les personnes issues de catégories moyennes ou aisées et résidant en milieu urbain qui peuvent en payer les services, ce qui fait ressortir une inégalité de fait entre les usagers.

Au Sénégal, le clivage urbain/rural ressort et s'explique d'abord et avant tout par la concentration des avocats dans la capitale dakaroise, leur présence étant très faible en région, voire nulle par endroits. La plupart des magistrats interrogés font le même constat : « Si l'on fait une comparaison entre Dakar et l'intérieur, à Dakar, les gens ont plus le réflexe de venir devant les juridictions qu'à l'intérieur du pays. C'est peut-être dû à l'environnement, au fait qu'à Dakar ils ont plus facilement accès à un avocat. » Pourtant, les observations au sein du tribunal départemental de Dakar et en particulier celle d'une audience d'état civil (réalisée le 3 mars 2010) conduisent à relativiser le recours des particuliers à un avocat dans la capitale. En effet, au court de cette audience d'environ deux heures, 22 affaires sont passées devant le juge et un avocat n'était présent que pour cinq d'entre elles. Au-delà du clivage urbain/rural, c'est bien la question des honoraires et donc des moyens des particuliers qui est posée. Payer un avocat reste un « luxe » dans un pays où « beaucoup de gens n'ont même pas de quoi manger ». L'assistance judiciaire ne peut servir à corriger ce déséquilibre puisqu'elle sert essentiellement à financer les affaires de petite délinquance et n'est que très rarement, voire pas du tout saisie par les femmes. Au vu de tous ces éléments, on comprend mieux pourquoi le

75. 70 % des femmes et 56 % des hommes indiquent n'avoir eu aucune connaissance préalable des démarches à accomplir avant d'ester en justice.

76. Voir le rapport du CNDH (2015), *État de l'égalité et de la parité au Maroc*, op. cit.

nombre de particuliers qui diligentent une affaire reste largement supérieur au nombre de cas portés par les avocats.

Cette inégalité entre classes sociales ressort aussi clairement au Maroc. Dans son enquête, Ounnir (2007) montre que si quasiment la moitié des justiciables interrogés ont consulté un avocat avant d'entamer une procédure judiciaire, ils avaient tous les « moyens économiques et culturels » d'aller chercher l'information. C'est pourquoi une avocate considère que bien que le NCF constitue désormais la norme légale, il reste en pratique un espoir inaccessible pour beaucoup de femmes : « Le NCF, c'est comme un bus flambant neuf [...] Seulement, pour pouvoir monter dans ce bus, il faut 4 dirhams. Et si vous ne les avez pas en poche, vous ne pouvez pas monter dans le bus. »

Cette inégalité dans le recours à l'avocat est essentielle, car elle induit une inégalité dans les chances d'être en capacité de remporter une victoire devant les tribunaux, des avocats et magistrats confessant au Sénégal comme au Maroc que plusieurs personnes perdaient leurs affaires simplement parce qu'elles n'étaient pas suffisamment renseignées sur les procédures. De manière générale, le rôle de l'avocat apparaît en effet déterminant. Il constitue l'intermédiaire qui permet aux particuliers d'exprimer leurs sentiments subjectifs en langage juridique, chose qui ne va pas de soi quand on n'est pas un professionnel du droit. La relation d'un client à son avocat peut ainsi avoir des vertus « pédagogiques » et « initiatiques » puisque le second donne au premier les clés d'accès au langage et au raisonnement juridique, lui permettant à la fois de distinguer les réalités sociales et juridiques, mais aussi de trouver le moyen de les connecter dans la formulation de ses doléances : l'individu n'est plus uniquement saisi par le droit, il est aussi capable de s'en saisir à son tour⁷⁷.

Au Sénégal, avocats et magistrats reconnaissent que le recours à l'avocat constitue souvent un soutien indispensable puisque celui-ci garantit la sécurité juridique par sa maîtrise des procédures. Mais l'avocat, c'est aussi un gage d'efficacité qui accroît les chances du client de gagner. On a pu observer lors des audiences d'état civil que les rares affaires diligentées par les avocats étaient celles qui étaient réglées le plus efficacement puisque les clients avaient généralement apporté toutes les pièces néces-

77. Buton, F. (2005), « Le droit comme véhicule. Portrait sociologique d'un justiciable », in Israël, L. et al. (dir.) (2005), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, Puf.

saires au règlement de leur cas. Mais les affaires aux mains des avocats étaient aussi souvent celles qui étaient traitées de manière prioritaire. En effet, à plusieurs reprises lors de l'audience, on a remarqué que certains avocats demandaient à voir leurs dossiers passer en premier, requête qui leur était généralement accordée. Au-delà du résultat, il y a donc une inégalité qui se crée dans le traitement des affaires entre ceux qui ont les moyens de se faire représenter et les autres.

Au Maroc, les avantages du recours à un avocat sont également bien perçus par les particuliers qui sont en général satisfaits d'avoir fait appel à lui (67 % des personnes interrogées dans l'enquête d'Ounnir, 2007). Il convient néanmoins de relativiser cette appréciation, notamment en ce qui concerne les femmes. En effet, dans plusieurs rapports relatifs à l'application de la loi est évoquée la souffrance des femmes face à un avocat jugé peu investi et travaillant plutôt dans une logique alimentaire. Ces plaintes concernent principalement les avocats commis d'office, qui se voient reprocher leur manque de diligence pour obtenir l'exécution rapide des jugements. Il est à noter cependant que l'aide juridictionnelle peut être utilisée en matière familiale et qu'elle peut donc constituer une ressource pour les femmes marocaines dont sont par contre privées les femmes sénégalaises.

De manière générale, cette inégalité devant le recours à un avocat se traduit enfin par une vulnérabilité face aux différentes impostures et arnaques, courantes dans les tribunaux marocain et sénégalais. Au sein des tribunaux, de faux professionnels du droit proposent leurs services à des particuliers souvent en manque de repères et d'information : « Les intermédiaires sont dangereux pour plusieurs raisons : ils corrompent le juge ou promettent de le faire » ; « Les arnaqueurs, les faux avocats ont pour proie les femmes aussi bien que les hommes. Ce sont des malfaiteurs, de vrais bandits. » Ces problèmes d'escroquerie sont directement liés au manque d'organisation des tribunaux. Un magistrat sénégalais parle ainsi du tribunal départemental de Dakar comme d'un « vrai moulin » dans lequel « beaucoup de gens sont perdus, ce qui donne lieu à beaucoup de dérives avec la corruption, le démarchage ».

Les inégalités entre usagers renvoient à des capacités très variables à comprendre le droit et le fonctionnement de la machine judiciaire. L'adage « Nul n'est censé ignorer la loi » reste une fiction théorique au Sénégal et au Maroc en raison de l'analphabétisme massif et de la non-prise en

compte du pluralisme linguistique qui font de l'alphabétisation juridique une véritable gageure, voire une illusion.

L'analphabétisme est au cœur du problème, comme le montrent les données statistiques existantes. Selon la définition de l'UNESCO, l'illettré est « une personne qui ne sait ni lire, ni écrire, ni comprendre une courte ou simple expression de sa vie quotidienne à un certain âge. » Au Sénégal, c'est près de 58,2 % de la population qui est concernée, avec un écart notable entre les sexes. Parmi les analphabètes, on compte en effet près de 67,1 % de femmes⁷⁸. Au Maroc, sur les 43 % d'analphabètes que compte le pays, on a 54,7 % de femmes⁷⁹. À cette incompréhension de la langue écrite s'ajoute une incompréhension de la langue parlée qui amplifie considérablement la distance entre les usagers potentiels et la justice. Il faut tenir compte du fait que la langue officielle de l'administration peut véritablement constituer une langue étrangère pour certaines catégories de la population.

Au Sénégal, le français est resté la langue officielle, situation qui se révèle problématique dans l'enceinte des tribunaux puisque celle-ci est de moins en moins maîtrisée par une grande partie de la population⁸⁰. C'est pourquoi l'AJS a demandé, lors de son symposium sur le droit de la famille (juillet 2009), que les principaux textes de loi soient traduits dans les langues nationales. Au cours des observations dans les juridictions, on a effectivement pu constater ce problème de la langue. Lors de l'audience d'état civil, sur les 22 affaires traitées, à peine trois l'ont été exclusivement en français, dix d'entre elles ayant vu les échanges entre le juge et les justiciables alterner entre le français et le wolof et les neuf restantes s'étant déroulées exclusivement en wolof. Lors de cette même audience, la magistrate a été prise au dépourvu par une femme qui ne savait s'exprimer qu'en pulaar (peul), langue qu'elle ne maîtrisait pas. La juge a donc dû faire appel, au pied levé, à un interprète volontaire dans l'assistance qui devait parler pour une femme dont il ne connaissait pas du tout la situation. Lors des audiences de conciliation, le constat était similaire : sur dix

78. Chiffres de l'Agence nationale de la statistique et de la démographie (ANDS) pour l'année 2005-2006 : www.ansd.sn/senegal_indicateurs.html.

79. Chiffres du Haut-Commissariat au Plan pour l'année 2004 : www.hcp.ma/Alphabetisme_a413.html.

80. La langue officielle n'est en fait la langue maternelle que de 0,2 % de la population qui ne compte que 10 % de francophones réels (cf. AJS, 2009, *Symposium sur le droit de la famille*).

audiences, cinq se sont déroulées en wolof, trois en français et deux ont alterné entre les deux langues.

Au Maroc, le problème de la langue est un sujet extrêmement controversé, car il est directement lié à la revendication amazighe historiquement considérée par le mouvement nationaliste marocain comme une mise en cause de l'unité nationale. Ainsi, malgré l'arabisation de l'administration judiciaire en 1964, les difficultés de compréhension continuent de se poser pour les populations berbères. Par exemple, si plusieurs émissions de vulgarisation du NCF ont été mises en place, la plupart sont en langue arabe et ne sont traduites qu'ensuite en amazighe, sur cassette. Les incompréhensions se posent également dans la langue arabe elle-même. La langue parlée couramment est le darija (arabe dialectal marocain) alors que les décisions sont rendues en fousra (arabe littéral), que les analphabètes ne maîtrisent pas. Le recours aux interprètes est donc fréquent dans l'enceinte du tribunal, comme me l'expliquait un avocat : « Les femmes ont des problèmes pour se défendre dans la langue officielle [...] On demande à un interprète choisi sur le tas de le faire à sa place. Mais quelle certitude a-t-on quant à la validité de la traduction ? » Les magistrats et avocats s'adaptent et alternent entre fousra et darija. Ils ont par contre l'interdiction de s'exprimer en amazighe⁸¹. Les usagers sont donc là encore handicapés par un problème linguistique dont les enjeux politiques priment sur toute autre considération.

L'analphabétisme et la non-prise en compte du pluralisme linguistique constituent de véritables obstacles à l'appropriation du droit⁸² par les populations et en particulier par les femmes qui ne peuvent développer ni conscience juridique, ni conscience de la problématique genre. C'est pourquoi leur investissement dans une procédure judiciaire apparaît d'autant plus improbable. La non-maîtrise du droit ne peut en effet qu'accroître la crainte de perdre le contrôle du lancement d'une action en

81. La Constitution votée en juillet 2011 devrait néanmoins introduire des changements notables de ce point de vue. En effet, l'article 5 dispose que : « L'amazighe constitue une langue officielle de l'État, en tant que patrimoine commun à tous les Marocains sans exception » et qu'« une loi organique définit le processus de mise en œuvre du caractère officiel de cette langue, ainsi que les modalités de son intégration dans l'enseignement et aux domaines prioritaires de la vie publique, et ce afin de lui permettre de remplir à terme sa fonction de langue officielle ».

82. Dans l'enquête de satisfaction diligentée par le ministère de la Justice en 2011, l'utilisation exclusive de la langue arabe comme langue de travail au sein des sections de la justice de la famille était jugée problématique.

justice, censée pourtant protéger les droits des victimes. Comme l'admettent les magistrats, l'analphabétisme ne fait qu'accroître le problème de l'analphabétisme juridique, qui favorise à son tour une attitude de fuite à l'égard du droit.

Pour expliquer le fossé entre droit et pratiques sociales, les juges sénégalais évoquent presque systématiquement l'ignorance, causée par le manque d'éducation et d'instruction. Devant ce phénomène général d'ignorance du droit, la plupart des magistrats considèrent qu'il se traduit principalement en un clivage urbain/rural: « Les ruraux ne connaissent rien au code. » Pourtant, l'analphabétisme juridique constitue un obstacle majeur à la saisine du droit, y compris dans la capitale. L'affaire très médiatisée de la chanteuse Fatou Gewël en témoigne. Poursuivie par son « ex-mari » pour s'être remariée alors qu'ils n'étaient pas encore légalement divorcés, la chanteuse a été condamnée début 2008 à verser une amende de 50 000 FCFA⁸³ pour délit de bigamie. L'avocat de la chanteuse a estimé dans la presse que sa cliente a été « victime de son analphabétisme » et a plaidé sa bonne foi, la chanteuse ayant considéré qu'un divorce coutumier suffisait à rompre un mariage du même type. Ayant fait pendant plusieurs semaines la une de nombreux médias, cette affaire a eu le mérite de rappeler le caractère impératif du divorce judiciaire. Les mauvaises surprises qui attendent les justiciables mal informés sur leurs droits sont ainsi monnaie courante à Dakar, notamment pour les femmes: « Beaucoup de femmes s'étonnent quand le divorce est prononcé à leurs torts. Elles oublient que la charge de la preuve incombe au demandeur ».

Au Maroc, les premiers rapports sur l'application du droit de la famille pointent également l'analphabétisme juridique comme obstacle central à l'appropriation de la loi. L'enquête d'Ounnir (2007) dans les tribunaux de Rabat, Kénitra et Tanger confirme que l'analphabétisme juridique s'ajoute à l'analphabétisme au sens large. En effet, parmi les personnes interrogées, seules 24 % d'entre elles n'avaient jamais été scolarisées, ce qui témoigne d'un premier obstacle causé par l'analphabétisme. Mais pour ces 24 % d'analphabètes qui engagent une procédure, leur handicap va à nouveau contribuer à les inscrire dans une attitude *contre* le droit. L'analphabétisme juridique génère ensuite beaucoup de difficultés pour s'orienter dans le circuit judiciaire et contribue à l'exclu-

83. Soit environ 112 dollars CAD ou 76 euros.

sion de cette catégorie de personnes, comme le montrent les témoignages de femmes recueillis par l'UNIFEM : « Je ne peux même pas connaître le contenu du dossier que j'ai entre les mains, je dois toujours demander » ; « Ils me donnent des informations contradictoires... à la fin, je me sens perdue. »

Le fort taux d'analphabétisme associé aux difficultés pratiques posées par la non-reconnaissance du pluralisme linguistique rend donc très difficile l'acquisition d'une alphabétisation juridique (*legal literacy*), condition *sine qua non* à la transformation du sujet en citoyen.

*

Au Sénégal comme au Maroc, le code de la famille a indubitablement des effets sur les relations sociales. J'ai choisi à dessein le terme « effet », car il permet de les recenser et de les analyser pour ce qu'ils sont et ainsi d'éviter de s'enfermer *a priori* dans la logique plus évaluative de l'effectivité et de l'efficacité. Car si l'on s'en tient à ces deux derniers termes, force est de constater qu'il y a tout à la fois un problème d'ineffectivité (défaut de mise en œuvre) et d'inefficacité (non-obtention des résultats escomptés par la mise en œuvre de la norme) de la loi. Partant de ce constat, il faudrait alors en conclure que les injonctions étatiques restent lettre morte.

Or, on a vu qu'il n'existait pas d'attitude unique à l'égard du droit et que les justiciables, y compris les femmes, tenaient compte du droit étatique dans la définition de leurs stratégies pour régler leurs conflits familiaux. La norme de droit, même non appliquée, est intégrée dans la définition des enjeux et dans la détermination des pensables, ce qui peut amener à considérer qu'il y a finalement une forme paradoxale, mais bien réelle d'*ineffectivité efficace*.

Pour comprendre dans quelle mesure celle-ci peut être la traduction d'un processus d'action publique, il est nécessaire de repenser l'État à partir de ses *outcomes*, c'est-à-dire en s'attachant à analyser ses capacités à « résoudre des problèmes dans un environnement changeant⁸⁴ ». Plus précisément, il s'agit de s'interroger sur la capacité de l'État à poursuivre, dans la phase de mise en œuvre, la logique de gouvernance consistant à

84. Engueleguele, M. (2002), « L'analyse des politiques publiques dans les pays d'Afrique subsaharienne. Les apports de la notion de référentiel et du concept de médiation », *L'Afrique politique*, Paris, Karthala-CEAN, p. 233-253.

associer d'autres acteurs à la politique définie en amont. Pour asseoir son autorité, l'État ne peut se contenter des effets mitigés du code de la famille sur la société. Le droit reste à la vérité l'une des composantes centrales de l'État, qui contribue aux effets de celui-ci, qu'il s'agisse d'effets cognitifs ou de construction de collectifs et d'individus⁸⁵. C'est pourquoi il est nécessaire de se pencher sur la manière dont l'État appréhende et traite les difficultés liées à la mise en œuvre du droit de la famille, mais également sur le rôle que joue la société civile de ce point de vue.

85. Guibentif, P. (2010), *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*, Paris, LGDJ, collection «Droit et société», n° 53.