

Congrès AFSP Strasbourg 2011

ST52 : La justice au prisme du genre : approches comparées.

N'Diaye Marième

LAM, Sciences Po Bordeaux

m-ndiaye@hotmail.fr

DU TEXTE A LA PRATIQUE : LES JUGES ET L'APPLICATION DU DROIT DE LA FAMILLE AU MAROC ET AU SENEGAL¹

La famille constitue la cellule de base de la société. Aussi, l'ordre juridique ne peut se permettre de l'ignorer au « *risque de perdre sa finalité et son autorité puisqu'il doit refléter le souci du bien-être de l'ordre social* »². Néanmoins, légiférer sur le droit de la famille se révèle particulièrement délicat dans les pays musulmans³ en raison de la place centrale que le statut des femmes occupe dans les débats. Celles-ci constituent « *le point de focalisation de la tension entre ce qui se donne comme continuité, perpétuation, tradition, et ce qui se veut modernité* »⁴. Déjà à l'époque coloniale, le droit de la famille faisait l'objet d'un traitement particulier en raison de son caractère très sensible. Qu'il s'agisse du Sénégal ou du Maroc, la France n'a jamais cherché à imposer ses normes en matière familiale, la préservation de l'ordre public primant sur la « mission civilisatrice »⁵. C'est pourquoi, dans les deux cas, les Français ont autorisé une pluralité de statuts permettant à chacun d'être soumis à sa religion et/ou à sa coutume. Après l'indépendance, le législateur marocain a conservé une attitude de retrait par rapport au droit de la famille (Moudawana) qui, bien qu'inscrit dans le droit positif, était explicitement fondé sur le droit musulman⁶. Ce n'est qu'en 2003 que la Monarchie marocaine, profitant d'une étroite fenêtre d'opportunité⁷, a introduit des réformes substantielles. Le Sénégal constituant une République laïque, les autorités politiques ont eu une marge de manœuvre plus importante pour engager cette réforme difficile dès 1973. Néanmoins, le législateur s'est également montré très prudent puisque le code de la famille

¹ La comparaison en termes de contrastes dramatiques que nous opérons entre le Maroc et le Sénégal s'inscrit plus largement dans le cadre de notre thèse intitulée : « *La politique constitutive au Sud : Repenser le droit de la famille au Sénégal et au Maroc* » qui se propose de questionner les différentes ressources de l'Etat en termes de légitimité et de capacité pour gérer une problématique similaire.

² S.Kane (2001), « Le statut de la famille en droit sénégalais », *Spécial droit de la famille en Afrique, EDJA*, n°48, p.19.

³ Plus de 95% de la population sénégalaise est de confession musulmane. Au Maroc, l'islam est religion d'Etat (art.6 de la Constitution). La minorité juive marocaine est soumise au droit hébraïque en matière de statut personnel.

⁴ S.Dayan Hezbrun (2005), *Femmes et politique au Moyen-Orient*, Paris, L'Harmattan, p.48.

⁵ Sur la politique française en Afrique subsaharienne voir M.Rodet (2007) « Genre, coutumes et droit colonial au Soudan français (1918-1939) », *Cahiers d'études africaines* [En ligne], 187-188 | 2007, mis en ligne le 15 décembre 2010, consulté le 04 juin 2011. URL : <http://etudesafricaines.revues.org/8162>. Sur le Maroc voir Roussillon et Zryouil (2006), *Etre femme en Egypte, au Maroc et en Jordanie*, Aux Lieux d'être.

⁶ Plus précisément à la codification du rite malékite.

⁷ En 1999, le gouvernement d'alternance d'A.Youssoufi avait dû renoncer à faire passer son plan d'action pour l'intégration de la femme au développement en raison des vives contestations qu'avait suscité le volet relatif au droit de la famille. Le Roi Mohamed VI avait alors repris le dossier et désigné une commission pour la réforme du code de la famille qui connaissait de nombreux blocages en raison des positions antagoniques (islamiques vs universalistes) qui s'y exprimaient. Cependant, les attentats islamistes de Casablanca en 2003 ont considérablement affaibli les composantes légalistes de l'islam politique, ce qui a permis au Roi d'introduire la réforme en intégrant plusieurs changements importants relatifs aux droits des femmes dans la famille.

est le dernier des codes fondamentaux à avoir été adopté, après un processus qui s'est étalé sur plus de 10 ans⁸.

Les codes de la famille sénégalais (1973) et marocain (2004) ont donc fait l'objet de débats politiques et sociétaux particulièrement clivés en raison des transformations qu'ils ont introduites concernant le statut des femmes. Privilégiant le principe de laïcité, le droit de la famille sénégalais a ainsi mis fin à la tutelle matrimoniale sur les femmes, au mariage forcé et à la répudiation. Il a également autorisé les femmes à se marier avec l'homme de leur choix, quelle que soit sa religion. Enfin, il a reconnu les droits de l'enfant naturel et autorisé l'adoption. Par contre, par le biais d'un système d'options, le législateur a permis aux musulmans qui le souhaitent d'être en conformité avec leur religion dans les domaines du mariage et de la succession. Ainsi, l'article 116 dispose que l'époux a le choix entre un régime de monogamie ou de polygamie⁹. Néanmoins, en cas de silence de l'optant, la polygamie est instituée régime de droit commun. Dans le domaine des successions, le législateur s'est montré plus hardi par rapport au droit islamique. En effet, si un musulman peut choisir de se faire appliquer le régime successoral musulman, il s'agit cette fois de l'exception et non du droit commun. Au Maroc, le nouveau code de la famille (NCF) a mis fin à la tutelle matrimoniale, instauré l'autorité parentale et l'égalité entre les sexes concernant l'âge du mariage. Il a également limité de manière très stricte l'usage de la polygamie et de la répudiation et a par contre élargi les possibilités de divorce judiciaire. Enfin, il a autorisé la mise en place d'un contrat entre époux qui permet de gérer les biens acquis en commun pendant le mariage. Néanmoins, l'ensemble de ces réformes est toujours justifié par rapport au référentiel islamique. Bien qu'ambitieuses sur le papier, les réformes relatives aux droits des femmes dans les codes marocain et sénégalais ne sont pas entièrement assumées par le législateur qui se décharge sur le juge pour les matières les plus sensibles, ce qui traduit une stratégie pensée sur le moyen voire le long terme : on mise sur la pratique judiciaire pour entériner une modification effective de la structure des rapports sociaux de sexe. Cet important pouvoir d'appréciation laissé au juge s'exprime dans le droit de succession au Sénégal (art.571) et touche des domaines plus nombreux 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 (art.49). Avec un recul certes différent¹⁰, on constate néanmoins que dans ces différentes matières, la jurisprudence a plutôt tendance à méconnaître l'esprit égalitariste qui a présidé à l'élaboration du droit de la famille.

C'est pourquoi, il s'agira de *comprendre les causes du décalage entre une loi à visée égalitaire et une pratique judiciaire marquée par des inégalités de genre. Comment la notion de justice de genre est-elle comprise, mise en œuvre ou ignorée, délibérément ou non, dans la pratique judiciaire ?*

En nous attachant d'abord à une étude de la jurisprudence, nous chercherons à montrer comment l'exception tend à devenir la règle pour essayer ensuite de comprendre pourquoi, et ce à partir de l'étude du corps judiciaire sur lequel nous testerons deux hypothèses : celle du conservatisme des juges d'une part, celle d'une éventuelle spécificité des femmes magistrates dans la manière de juger, d'autre part¹¹.

⁸ En 1961, la commission de codification établit une liste de 69 coutumes officiellement reconnues. A partir de cette liste, un comité des options élabore des propositions qui servent de base à l'avant projet de loi (1966). Celui-ci n'est voté qu'en 1972 parce que le Président Senghor a préféré repousser l'échéance après la crise politique qui a secoué le pays à la suite de sa réélection contestée de 1968.

⁹ Polygamie limitée = de 2 à 3 épouses ; polygamie illimitée = 4 épouses.

¹⁰ Le code sénégalais est entré en vigueur depuis bientôt 40 ans alors que le code marocain fêtera son 10^e anniversaire dans deux ans.

¹¹ Sur l'élaboration de cette problématique, voir Collectif (2003), « Women in the Legal Profession », *International Journal of the Legal Profession*, vol.10, n°2 et Schultz U., Shaw H. (2003), *Women in the Legal Profession*, Oxford, Hart.

Les résultats présentés dans ce travail sont principalement issus du matériau empirique collecté lors de nos enquêtes de terrain réalisées dans le cadre de notre thèse de doctorat (respectivement 6 mois et 5 mois passés au Sénégal et au Maroc entre 2007 et 2010). C'est pourquoi nous souhaitons apporter quelques précisions quant à notre protocole d'enquête. Notre analyse se fonde sur une combinaison de différentes méthodes. Il s'agit d'abord d'un dépouillement de décisions de justice relatives aux différents articles de loi évoqués. Au Sénégal, l'absence quasi totale d'études sur le sujet a rendu ce travail long et fastidieux mais absolument nécessaire pour saisir la problématique genre au sein de l'institution judiciaire. Au Maroc, les statistiques établies respectivement par le ministère de la Justice et les associations des droits des femmes ainsi que les nombreux rapports de suivi sur la mise en œuvre du code nous ont permis d'avoir accès à un échantillon plus représentatif de l'ensemble des décisions rendues. Nous avons ensuite complété ce travail par des entretiens avec des magistrats en charge des affaires familiales. Comme le rappelle M.Mouaqit, une enquête qui porterait uniquement sur la jurisprudence ne permettrait pas d'évaluer « *la relation entre les dispositions culturelles et le système de valeurs du juge et l'orientation que peut prendre l'opinion judiciaire dans l'application de telle ou telle disposition de la loi ou, d'une manière générale, dans l'application d'un dispositif légal dans son ensemble* ». Si ces dispositions ne sont pas absentes de la jurisprudence, « *elles s'y trouvent enrobées dans la neutralité du langage juridique et insérées dans la généralité et l'impersonnalité de la règle de droit, de sorte que la subjectivité du juge s'y trouve accordée à/ et occultée par/ l' 'objectivité' de la loi* »¹². Nous avons donc entrepris d'interroger les magistrats à partir d'une grille de lecture similaire¹³, à partir de trois points de vue :

- leur situation personnelle et professionnelle,
- leur opinion en tant que citoyen sur les débats relatifs au droit de la famille,
- leur expertise en tant que professionnel du droit quant à l'application de certains textes.

Au Sénégal, nous n'avons rencontré aucune difficulté au niveau du ministère de la Justice pour mener cette enquête, ce qui nous a permis de nous entretenir avec une vingtaine de magistrats à Dakar et en région. Au Maroc par contre, il a été très difficile d'obtenir des autorisations et au final il n'a été possible d'interroger que quelques magistrats, tous détachés au ministère. Même si des entretiens « en off » avec des magistrats du siège ont été menés, ils ne permettent pas de prétendre à une quelconque exhaustivité. C'est pourquoi, nous travaillons ici à partir d'une mise en discussion de nos résultats avec les enquêtes menées à plus grande échelle et déjà disponibles dans la littérature. Nous avons complété ces entretiens avec d'autres professionnels du droit, qu'il s'agisse d'avocats ou d'associations de défense de droits des femmes.

¹² M.Mouaqit (2008), *L'idéal égalitaire féminin à l'œuvre au Maroc. Féminisme, islam(isme), sécularisme*, Paris, L'Harmattan.

¹³ Dans son enquête sur l'application du code marocain un an après son entrée en vigueur, à lire dans Collectif (2007), *Le code de la famille, Perceptions et pratique judiciaire*, Fondation F.Ebert.

I. Une jurisprudence à contre-courant

a. *Les successions de droit musulman au Sénégal : quand l'exception devient la règle*¹⁴.

Ne voulant pas trancher entre les impératifs fixés par le Coran et les principes constitutionnels de laïcité et d'égalité devant la loi, le législateur a choisi de renvoyer au principe de responsabilité personnelle : « *Il est apparu en définitive qu'il s'agissait avant tout d'un problème à régler par chacun selon le choix de sa conscience* »¹⁵. Il a donc instauré des dispositions générales communes et deux régimes de dévolution : moderne et 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* »¹⁶. La notion à la fois centrale et totalement ambiguë de « comportement » relève de la seule appréciation du magistrat qui a donc le pouvoir d'aller ou non dans le sens souhaité par le législateur, à savoir la laïcisation du droit de succession. En effet, si l'appartenance du de cujus à la religion musulmane fait présumer de sa volonté de se voir appliquer les règles de droit musulman, elle ne détermine pas l'application de celles-ci. D'ailleurs, en cas de conflit entre les héritiers, 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 par exemple, sur 842 jugements d'hérédité rendus par le tribunal départemental de Dakar, le juge a appliqué le droit musulman dans 708 jugements, soit dans 84,08% des cas. Le droit commun ne représente que 13,08% des cas. Les 2,84% restant correspondent à l'absence d'indication sur le jugement¹⁷. Notre analyse qualitative de dépouillement des dossiers a consolidé cette hypothèse. Elle montre comment des années 1970 à nos jours, les successions de droit musulman sont devenues le droit commun officieux.

Pourtant, dans les premières années d'application du code, la jurisprudence semblait aller dans le sens voulu par le législateur. Le juge avait tendance à rechercher le fait précis : « *(...) Cette volonté doit apparaître d'un ensemble de faits sérieux, libres et éclairés, accomplis par le de cujus de son vivant, observables objectivement* »¹⁸. Dans cette affaire, les écarts avérés du défunt par rapport à la loi religieuse (en l'occurrence le fait qu'il ait eu des enfants naturels) ont justifié l'application du droit commun. Dans certains cas, le jugement est allé jusqu'à exclure le comportement comme preuve de volonté en exigeant une preuve de volonté expresse : « *L'individu peut naître, vivre, se comporter, mourir et être enterré en musulman sans aucunement vouloir que sa succession soit dévolue selon les normes fixées par le droit musulman ; le comportement de l'individu ne peut, en aucune manière, permettre de connaître son intention, son souhait, sa résolution et sa détermination par quoi se définit la volonté ; la loi requiert formellement de la personne une manifestation non équivoque de la volonté* »¹⁹.

¹⁴ Pour une analyse plus détaillée de la jurisprudence en la matière, voir M.N'Diaye, *La référence au droit islamique au Sénégal : les ambiguïtés de la laïcité sénégalaise* (à paraître).

¹⁵ A.R. Diop (1972), *Rapport de présentation du projet de loi portant code de la famille*, Dakar, p.21.

¹⁶ *Code de la famille du Sénégal annoté* (2009), Éditions EDJA, p.272.

¹⁷ Enquête réalisée par R. Chalak (1999/2000), *L'option de législation dans le droit des successions ab intestat au Sénégal*, mémoire de DEA, études Africaines, Paris I.

¹⁸ Penant, n°780, 1983, pp.223-225.

¹⁹ S.Guinchard (1980), *Droit patrimonial de la famille au Sénégal*, LGDJ, Paris.

Néanmoins, une jurisprudence favorable aux successions de droit musulman va progressivement s'imposer et s'éloigner de manière toujours plus nette de l'intention du législateur. Le terme de comportement est interprété de manière beaucoup plus souple et la volonté des héritiers se substitue finalement à celle du de cujus comme l'ont exprimé sans ambiguïté plusieurs magistrats interviewés : « *En général, si c'est un musulman ça ne pose pas de problèmes, les gens sont d'accord sur le fait que la dévolution doit se faire selon les règles du droit musulman* » ; « *Dans la pratique, c'est rare d'avoir des difficultés sur cet article. Les héritiers choisissent le droit. On se borne à demander si le défunt était chrétien ou musulman. S'il était chrétien on applique le droit commun et s'il était musulman le droit musulman. Mais dès l'instant que la personne est décédée musulmane, l'application devient comme évidente* » ; « *Le réflexe des juges c'est d'entériner la volonté des héritiers. Et cela me semble en parfait accord avec les dispositions du texte* ». Ainsi, 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 oui/non à la question posée quant à l'islamité du défunt sans qu'aucune preuve du comportement du défunt ne soit demandée. En cas de litige, ce sont souvent les parties qui réclament l'application du droit commun qui sont sommées d'apporter la preuve de la volonté du défunt.

Dans l'affaire *O.Diouf vs K.Ndiaye*²⁰ par exemple, la veuve K.N demande, sans la motiver, l'application des successions ab intestat partant du principe qu'il s'agit du droit commun et que son époux n'avait pas expressément manifesté sa volonté de voir sa succession dévolue selon les règles du droit musulman. Son beau-frère conteste sa demande 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 défunt de voir ses biens dévolus selon les règles du droit musulman* ». L'affaire *Edmond Marie vs S. Ba* (1991) confirme l'utilisation de l'article 571 comme quasi droit commun. Dans cette affaire, trois veuves s'affrontent autour de la succession du défunt. La première, dont l'union est la seule légale aux yeux de l'Etat²¹, réclame l'application du droit commun, rappelant que son mari était de nationalité française et que le code civil français ne reconnaît pas la polygamie. Se basant sur la double nationalité du défunt, le juge a en réalité fait primer le principe de religion sur le principe de nationalité : « *ce n'est pas la nationalité de l'individu qui détermine si sa succession doit être dévolue selon les règles du droit musulman mais son comportement, son intention manifeste, sa pratique dans la religion musulmane* ».

Le terme « comportement » est donc compris de manière souple et extensive par les juges, ce qui témoigne du poids du référentiel religieux qui, bien que marginalisé dans le texte, pèse sur les pratiques. Certains praticiens du droit vont parfois même jusqu'à confondre licite et légal. Ainsi un notaire nous expliquait qu'il suggérait 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 personnes de confession musulmane qui souhaitent voir leur succession dévolue...selon les règles de droit commun. Celles-ci sont véritablement sous utilisées, d'autant que bon nombre de successions font en

²⁰ Dossier remis par un cabinet d'avocat.

²¹ Le mariage était sous le régime de la monogamie, option violée par le défunt en épousant, selon la coutume, une 2^e femme alors qu'il n'était pas encore divorcé. Durant ce second mariage, il a également pris une troisième épouse. Des enfants sont issus de ces trois différentes unions.

fait l'objet d'un partage préalable, homologué par le juge dans un 2^e temps, et qui suivent les règles du droit musulman classique. Le juge les valide pour mettre fin à une situation d'indivision qui génère de nombreux problèmes²².

b. Maroc : le faible impact judiciaire de réformes phares (mariage des mineurs, polygamie et partage des biens).

Au Maroc, le juge est également seul apte à décider s'il accorde ou non une autorisation permettant le mariage du ou de la mineur/e²³ avant l'âge l'égal de 18 ans, et ce « *par décision motivée précisant l'intérêt et les motifs justifiant ce mariage* » (art.20). Bien que l'article précise que le juge doit entendre les parents ou le représentant légal du mineur, il stipule également que « *La décision du juge autorisant le mariage d'un mineur n'est susceptible d'aucun recours* », 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 constitue 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 26500 unions sur un total de 273000). Cette même année, seules 10% des demandes de dispense ont fait l'objet d'un refus et ce malgré le fait que 40% d'entre elles aient fait l'objet d'une enquête sociale et 60% d'une expertise médicale. Face aux nombreuses critiques émanant de la société civile, 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 total²⁴. Dans son enquête de 2006, la LDDF²⁵ a néanmoins noté que les variations entre tribunaux pouvaient être importantes, le tribunal de Mohammedia, dont le taux d'acceptation du mariage des mineures s'élevait par ailleurs à 89,8%, avait par exemple enregistré le mariage de 7 mineures de moins de 14 ans sur l'année. Les statistiques les plus récentes (2009) montrent que la proportion de demandes admises reste constante (90,7%) et concerne 70% des filles de 17/18 ans.

Les chiffres donnent également matière à polémique pour les autorisations de polygamie²⁶, censées n'être délivrées que pour « *des motifs objectifs et exceptionnels* » (art.42), laissés à l'appréciation du juge. Si certaines conditions objectives doivent accompagner la demande d'autorisation (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 2^e femme ; déclaration de la situation matérielle du demandeur servant à évaluer sa capacité à entretenir deux foyers), le juge ne peut théoriquement pas autoriser la polygamie si « *une injustice est à craindre envers les épouses* » (art.40), la notion d' « injustice » étant par contre totalement subjective. Toutefois, si le juge considère que toutes les conditions sont réunies, il peut alors accorder l'autorisation de polygamie qui est également « *non susceptible de recours* »

²² R. Chalak, *L'option de législation...*, *op.cit.*

²³ En 2006, les statistiques officielles 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.

²⁴ « Le code marocain de la famille victime de son succès », *Note de l'Ambassade de France au Maroc*, 28/02/07.

²⁵ Ligue démocratique des droits des femmes.

²⁶ Si le Coran autorise l'homme à avoir jusqu'à 4 épouses, l'article 40 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 ».

(art.44). Au vu des nombreuses restrictions stipulées par le texte, le bilan, après 6 ans d'application, tend à souligner que les autorisations sont obtenues assez facilement (43,2% de demandes acceptées en moyenne, en 2006²⁷), même si leur taux reste néanmoins bien inférieur à celui des dispenses accordées pour le mariage des mineurs. Les différences entre tribunaux sont cependant marquées. La LDDF a ainsi relevé qu'à Mohammedia, plus de 83,3% des demandes ont été acceptées en 2006. 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 (soit 811 sur 273000) et respectivement 0,27% et 0,31% en 2007 et 2009. Les associations récusent cet argument en pointant un biais dans l'interprétation globale des chiffres. En effet, les statistiques officielles ne distinguent pas dans le cadre de la procédure de reconnaissance de mariage entre les premières unions et les unions polygames, alors que les hommes y ont largement recours pour faire valider un deuxième mariage comme nous l'ont confirmé les magistrats interrogés. Cette stratégie adoptée par certains justiciables participe donc de l'augmentation de la reconnaissance de mariage²⁸, mais en l'absence de statistiques affinées, il est impossible de savoir dans quelle proportion.

Enfin, concernant la possibilité d'établir un contrat entre les époux relatifs à la gestion commune des biens acquis après le mariage, le juge joue également un rôle central en cas de divorce. En effet, en l'absence de ce type d'accord, « *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). Dans son discours du 10/10/03, le Roi a justifié cette réforme en rappelant que tout en respectant le principe du régime de la séparation des biens²⁹, elle permettait une contractualisation favorable au développement de l'esprit de solidarité au sein de la famille. Au-delà de son bien fondé moral, l'article 49 a été légitimé par une coutume berbère du Souss marocain dont il est directement inspiré : le « Kad ou S'ayaa³⁰ ». Selon cette coutume, tout effort pour constituer ou fructifier un capital (ici familial) doit être récompensé selon le principe de la proportionnalité (et non de l'égalité). Le sexe n'a pas de caractère discriminatoire, les femmes étant considérées comme les partenaires de leurs époux, chacun étant reconnu pour les efforts fournis, qu'il s'agisse d'un travail direct ou un apport de capital, d'un travail à l'intérieur comme à l'extérieur du foyer. Mais dans les faits, l'effort de la femme dans le milieu rural du Souss était facilement évalué à partir de son travail physique, de sa contribution à la productivité agricole. La coutume ayant été adaptée et généralisée via le droit de la famille, se pose alors la question de savoir comment apprécier l'importance, la nature et les effets des efforts accomplis sur les profits réalisés pendant la période de mariage, s'agissant du travail de la femme au foyer. Il est d'ailleurs important de noter que l'article n'y fait pas directement référence, ce qui n'induit pas qu'il ne faille pas en tenir compte, mais qui montre qu'aucune obligation n'est faite au juge³¹. Dans son analyse de la jurisprudence un an après l'entrée en vigueur du code, R.Zeidguy ne commente qu'une seule décision relative au partage des biens mais qui témoigne de la difficulté pratique des femmes à faire valoir leurs

²⁷ 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.

²⁸ Entre 2004 et 2008, la croissance générale du nombre de mariages et celle du nombre de mariages reconnus tardivement ont été continues.

²⁹ Le partage ne porte pas sur le patrimoine initial mais sur « *le différentiel de valeur entre l'état du patrimoine avant sa valorisation et après sa mise en valeur* » (Définition de l'Amvef, association marocain de lutte contre les violences à l'égard des femmes).

³⁰ Le Kad fait référence à l'effort dans le travail, inclut une idée de pénibilité. Le S'ayaa constitue la récompense de l'effort, du travail fourni.

³¹ Sur l'étude de l'article 49, voir également M.Mouaquit, *L'idéal égalitaire...*, op.cit.

droits au titre de l'article 49. A la suite de son divorce sous contrôle judiciaire, une femme a réclamé la moitié de la valeur d'un appartement acheté par le couple et a produit un justificatif démontrant sa participation financière. Elle a cependant été déboutée au motif que l'attestation produite n'était pas un titre foncier, nécessaire pour prouver la propriété comme le stipule l'article 62 du dahir sur l'immatriculation des immeubles. Le juge a également appuyé sa décision sur une citation religieuse qui traduit le besoin d'un surcroît légitimation à travers l'islam³². Cet exemple montre que l'absence de preuves (de participation financière) peut être très préjudiciable aux femmes, ce que tend à confirmer l'étude sur l'application de l'article 49 publiée par l'Amvef³³ en 2007. En effet, si les 9 études de cas présentées révèlent des jugements plutôt favorables aux femmes, il est important de noter que toutes ont été en mesure de fournir des preuves matérielles de leur participation à la mise en valeur de leur ménage. Or de manière générale, nos entretiens avec des associations de défense des droits des femmes et des avocats nous ont confirmé qu'il s'agissait de cas finalement peu fréquents. En effet, les titres de propriété sont généralement au nom du mari et les femmes ne conservent que rarement les preuves des dépenses qu'elles ont consacrées au foyer (frais de scolarité, factures diverses comme les courses alimentaires, la visite chez le médecin, etc.). Si dans les décisions citées, les juges évoquent aussi la contribution non matérielle des femmes à travers l'éducation des enfants par exemple, ce type de motif n'intervient qu'en appui des preuves avérées qui constituent le cœur de la décision du magistrat. D'ailleurs, dans 7 cas sur 9, il n'est pas fait mention d'une enquête sur la valeur du patrimoine³⁴ ni d'une tentative de mesure objective du temps consacré par la femme au travail domestique, qui reste évoqué simplement en tant qu'argument de principe dans le jugement mais n'est finalement jamais quantifié. Enfin, l'évocation par le magistrat de versets ou citations religieuses notée par R.Zeidguy, se confirme dans le temps³⁵. On pourrait donc considérer que malgré des difficultés persistantes, les magistrats ont plutôt tendance à aller dans le sens voulu par le législateur en matière de partage des biens. Néanmoins, l'impact de ce type de décisions est moindre 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%)³⁶.

Au Sénégal comme au Maroc, la jurisprudence tend donc à prendre le contre pied, de manière plus ou moins marquée selon les domaines, de l'intention du législateur. Nous allons nous attacher maintenant à essayer de comprendre cette inversion de la tendance en analysant le rôle des juges de la famille, leur rapport à l'enjeu politique de l'égalité entre les sexes et l'éventuel impact du genre des juges sur les décisions rendues.

³² Jugement n°249, dossier 25/04/19 du 06/10/04, cité par R.Zeidguy dans Collectif, *Le code de la famille. Perceptions et pratiques judiciaires, op.cit.*, p.261.

³³ Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes (2007), *Code de la famille au Maroc : Egalité de genre dans le partage du patrimoine*, Casablanca. Cette étude empirique est basée sur des enquêtes sociologiques et judiciaires menées au sein de quatre tribunaux marocains. L'enquête a consisté en un dépouillement de dossiers complété par des entretiens avec des professionnels de justice.

³⁴ Ainsi les femmes ne sont pas toujours en mesure de prouver la valeur exacte du patrimoine familial et obtiennent donc des compensations moindres, calculées par rapport au patrimoine porté à la connaissance du juge.

³⁵ Le recours aux références religieuses n'est néanmoins pas spécifique à l'article 49.

³⁶ Le nombre de mariages augmentant de manière continue, avec un taux de variation positif depuis 2004.

II. Le rôle du magistrat dans l'orientation de la jurisprudence

Interrogés sur les décisions jurisprudentielles qui font débat au vu de leur éloignement de l'intention du législateur, la plupart des magistrats défendent 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, au-delà de ce discours, les considérations morales et religieuses émergent, notamment lorsqu'on aborde les questions relatives au concept d'égalité. La présence de femmes magistrates ne semble pas modifier sensiblement la donne et nous tâcherons de comprendre pourquoi.

a. *Le conservatisme des juges*

Sénégal : conservatisme sous couvert de pragmatisme

Concernant le droit des successions au Sénégal, le fossé entre justice et justiciables est particulièrement marqué. Au tribunal de Mbacké³⁷, les deux magistrats que nous avons rencontrés nous expliquaient ainsi qu'il était rare qu'ils aient à traiter des affaires de succession :

- *Le facteur religieux joue. Ici les successions sont réglées par le marabout.*
- *C'est vrai. Par exemple, personnellement en deux ans, je n'ai eu aucun dossier de succession à gérer.*
- *Ah moi j'en ai eu, deux ou trois depuis trois mois que je suis ici...peut être que le marabout a échoué, je ne sais pas (rires).*

Ainsi, quand des affaires de succession sont portées devant les tribunaux, les magistrats expliquent qu'il est important d'éviter de heurter les justiciables dans leurs convictions. Un juge de la banlieue de 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, dans son tribunal, il a mis en place des « modèles de requête » avec une case à cocher concernant le choix du régime de dévolution successorale (droit commun ou droit musulman). Critiqué par certains de ces collègues qui considèrent qu'il n'a pas à « provoquer les héritiers par rapport à leurs choix », le juge se justifie comme suit : « Normalement, si le juge ne voit pas une option dans la requête, c'est automatiquement le droit commun qui s'applique, c'est le principe. Mais on est aussi les juges d'une société. On sait que les gens sont analphabètes et qu'ils se font écrire la demande par des gens qui ignorent cette dualité de régimes. Pour eux, ça coule de source que les successions se font selon le droit musulman, mais ce n'est pas écrit. Mais ils pensent que le jugement d'hérédité est fait selon le droit musulman, or ce n'est pas le cas. 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. Donc on a confectionné des modèles de requête (...) Certains juges sont contre ça. Mais personne n'a tort quoiqu'il fasse. Dans un cas on respecte le droit, dans l'autre on ne le viole pas. On ne fait que diffuser l'information ». S'il est le seul des 17 magistrats interviewés à avoir mis en place ce type de système, la plupart de ses pairs le rejoignent sur la nécessité d'opter pour une attitude réaliste : « Juger dans l'ignorance ne présente pas d'intérêt ».

Le deuxième point central qui se dégage du discours sur le pragmatisme touche à la nécessité de respecter les croyances religieuses. Tous conscients de la sensibilité d'une matière qui a trait directement à la religion, la plupart des juges évoquent la difficulté de trancher la

³⁷ Le tribunal de Mbacké a en charge toutes les affaires de la région de Touba, cité religieuse de la Confrérie Mouride.

question du « comportement »³⁸ et soulignent le caractère « *subjectif* » et « *difficile* » d'une telle démarche, plusieurs d'entre eux appelant de leurs vœux un arrêt de principe de la Cour Suprême sur ce point « *qui serait le bienvenu pour départager tout le monde* ». Néanmoins, les décisions que nous avons consultées et les entretiens que nous avons menés par la suite nous ont confirmé dans l'idée qu'une position consensuelle semblait finalement se dégager, la plupart des juges choisissant de prendre en considération la volonté des héritiers qu'ils peuvent 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 : « *Même si la Cour Suprême a rendu une décision, elle ne fait pas loi, c'est relatif. Il faut voir le contexte. Être musulman dans les années 1970, ce n'est pas être musulman aujourd'hui. A cette époque par exemple, avoir un enfant naturel rendait la succession de droit musulman impossible car on n'était pas considéré comme un bon musulman. Ca se comprend par rapport à l'époque. Il y avait un fort ancrage des valeurs traditionnelles, peu d'enfants naturels. Ca a bien changé aujourd'hui et on ne refuserait pas une succession de droit musulman sur ce seul motif. La jurisprudence est appelée à évoluer en fonction du contexte. Les positions par rapport à la religion sont également différentes* ». Finalement peu de juges nous donnent des exemples concrets des critères dont ils tiennent compte³⁹ et s'en rapportent la plupart du temps à la demande des héritiers. Sur les éventuels conflits que pourrait provoquer une succession de droit musulman, notamment par rapport aux femmes concernées qui se retrouvent 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 normalement que les héritiers souhaitant l'application du droit musulman apportent les preuves, certains ont admis « en off » 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 évoquent, eux, de nombreux dossiers qui font l'objet de procédures longues et complexes, liées à un conflit entre héritiers sur le régime de dévolution à appliquer, et pour lesquels ils dénoncent une attitude très conservatrice des magistrats. Pour un avocat spécialiste du droit de la famille, il est clair que dans ce type de bataille juridique, les magistrats « *rechignent en tant que musulmans à ne pas appliquer le régime de droit musulman à des personnes de confession musulmane* ». Il ressort en effet des entretiens avec les juges que ceux-ci considèrent la question des successions à partir du référentiel religieux, pourtant sensé n'être qu'optionnel. Ainsi, quand on leur demande leur point de vue 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 que nous avons développé. Mais quand on leur demande ensuite si cette disposition prévue par 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, certains évoquant directement leurs divergences culturelles et religieuses sur la question : « *Cela dépend de ce que l'on entend par égalité. Dans le droit musulman, ce n'est pas vu comme ça. Hors contexte musulman oui. Mais dans le droit musulman non, c'est prévu comme ça dans la genèse, dans la source des choses. Tout dépend de l'angle duquel on se place : droit musulman ou philosophie du droit moderne* ». 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. Bien que cela soit souvent sur le mode de la plaisanterie,

³⁸ Et à laquelle ils font généralement face puisque la plupart des gens ne prennent pas d'option avant leur décès.

³⁹ L'un d'entre eux nous a donné sa liste de critères : l'accomplissement des prières, le fait de ne pas avoir plus de quatre épouses, le pèlerinage à la Mecque, la réputation du défunt et, dans une moindre mesure, l'absence d'enfants naturels.

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. Certains juges ont par ailleurs dénoncé le manque de cohérence des femmes qui réclameraient plus d'égalité tout en refusant de renoncer à la dot et à l'obligation d'entretien faite au mari, avantages qui, en réalité, participent d'une conception inégalitaire du couple.

Maroc : le jeu entre les différents systèmes de normes permet au juge d'asseoir une position conservatrice

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

S'agissant du mariage des mineurs, plusieurs juges font d'abord valoir les réalités sociales qui ne ressortent pas des statistiques. Ils pointent notamment une jurisprudence sensiblement différente selon que la demande est soumise à un tribunal en milieu urbain ou rural : *En milieu urbain, on fait preuve d'une plus grande sévérité. 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. Donc le juge est moins sévère que dans les régions urbaines. Cela justifie l'élasticité sur la question. 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 qui les placent face à un dilemme dont témoigne l'exemple suivant : *« J'ai eu le cas d'une fille de 14 ans enceinte de 6 mois. Le mariage avait été arrangé par les familles Quelle solution adopter ? On donne l'autorisation (...) Si le juge dit non à une demande de dispense, la famille va quand même procéder au mariage mais il n'y aura pas d'acte. C'est le mariage traditionnel, la Fatiha. Imaginez ensuite que le couple ait 2 ou 3 enfants et que le mari prenne la fuite. Là on va se retrouver face à un vrai problème. Dans ce cas là, je préfère qu'il y ait un acte (...) Le juge doit préserver l'intérêt de la femme et de l'enfant* ». Si certains juges ont conscience des problèmes que cela pose, en particulier les risques physiques et mentaux que cela peut faire courir à 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 de « *aynak mizane* » (simple coup d'œil). 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'autorisation (...) parce qu'il n'a ni la formation, ni la capacité ou la croyance nécessaire pour s'y opposer* ». Les magistrats se basent 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 à certaines familles d'obtenir de faux certificats.

A côté de ces arguments « biologiques », le fait qu'il n'y ait pas un corps d'assistantes sociales habilité a pour conséquence une absence d'enquêtes sociales approfondies qui doivent normalement 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. C'est d'ailleurs l'argument central que le parti islamiste PJD avait développé pour justifier son opposition à l'article 20 du NCF, comme nous l'a rappelé l'un de ses

députés : « *Ils ont fixé l'âge du mariage à 18 ans. Mais les femmes veulent parfois se marier avant. Donc on accepte qu'il y ait des relations sexuelles illégitimes mais on refuse aux femmes le droit de se marier ! Il ne faut pas interdire aux filles de se marier avant 18 ans. Elles sont parfois précoces (...) Je suis contre la dictature. Ils ne veulent pas qu'on force une fille à se marier. Mais la loi vient la forcer à attendre d'avoir 18 ans. Il ne faut pas limiter la liberté* ».

La manière qu'a le juge de se situer « entre moralisme et juridisme »⁴⁰ se retrouve également quand il s'agit de l'autorisation de polygamie. Comme pour le mariage des mineur/e/s, les juges évoquent le problème qu'ils rencontrent face aux justiciables qui les mettent devant le fait accompli : « *Par exemple, 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. C'est-à-dire qu'on considère qu'on fait comme s'ils s'étaient mariés avant, selon la loi musulmane, c'est-à-dire avec deux témoins, avec la dot, voilà* ».

Mais en dehors de ces circonstances exceptionnelles, 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 aux besoins de ses deux foyers de manière égale : « *Les motifs ça se situe d'abord du côté matériel* » ; « *Généralement, on est très sévère sauf si le mari a des revenus suffisants pour entretenir les 2 familles et également s'il y a un motif exceptionnel qui puisse justifier le 2^e mariage* ». Des motifs objectifs exceptionnels peuvent intervenir comme par exemple la stérilité de la première épouse ou encore son accord pour la 2^e union (qui reste néanmoins exceptionnel) mais ils ne sont pas systématiquement exigés⁴¹. Un magistrat reconnaît d'ailleurs que les enquêtes restent relativement sommaires : « *Ce sont des questions et des réponses et surtout des certificats, des attestations de salaire, de propriété foncière* ». Cette facilité d'obtenir des autorisations nous est confirmée par un avocat, militant des Droits Humains : « *Je n'ai jamais vu aucune demande refusée jusqu'à aujourd'hui. Je suis avocat, et je n'ai jamais gagné mes plaidoiries sur ce sujet. Si l'homme a les moyens matériels, on lui donne l'autorisation. C'est lié à la culture du juge* ».

Pour légitimer leur position face aux nombreuses critiques, les juges n'hésitent pas (y compris les femmes), à l'instar de leurs homologues sénégalais, à mettre en cause un système dans son ensemble, dont les femmes seraient les principales actrices : « *Je n'encourage pas cette institution qui pour moi va contre la dignité de la femme. Mais il faut savoir que ce n'est pas l'homme mais bien la femme qui entretient cette institution en acceptant de s'y soumettre. C'est la mentalité de la femme* ». Mais l'argument religieux, à savoir que la polygamie est un droit reconnu à l'homme par le Coran, texte sacré des musulmans, reste le plus fréquent. Les juges situent ici leur discours entre « positivisme et fiqhisme »⁴². Le droit musulman duquel s'inspire le NCF leur permet ainsi de justifier une approche plus souple de la législation qui, sans supprimer le droit de polygamie, a néanmoins tenté de poser des conditions plus restrictives à son application.

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 l'a souligné M.Mouaqit, 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'ayaa » prévoyant un partage des biens de principe qui n'est pas soumis au strict régime de preuves stipulé par la loi. Les rapports des associations et les entretiens menés avec la société civile et les bailleurs font révéler une réelle disparité entre la jurisprudence du nord et du sud qui tend à renforcer cette hypothèse.

⁴⁰ M.Mouaqit, *L'idéal égalitaire...*, *op.cit.*, p. 198.

⁴¹ Si la première épouse refuse la 2^e union de son époux, le juge l'oriente vers une procédure de divorce chiqaq (divorce pour discorde).

⁴² M.Mouaqit, *op.cit.* Le fiqh peut être défini comme ce qu'on appelle communément le droit musulman, c'est à dire le corpus jurisprudentiel tiré de la loi sacrée (Coran et Sunna).

En effet, dans la région du Souss, dans laquelle cette coutume est historiquement ancrée, l'application de l'article 49 pose beaucoup moins de difficultés alors que dans d'autres régions, « *la femme est privée de son héritage. Elle ne va même pas penser à réclamer un tel droit* ». Sur cette disparité, plusieurs associations nous indiquent que très peu de contrats de partage sont signés dans des villes comme Casablanca ou Rabat. Un tribunal d'une ville moyenne comme Khemisset n'en a par exemple enregistré aucun au cours de l'année 2007. Par contre, dans le Souss, ce type de contrat est plus courant et la jurisprudence est clairement inspirée du « Kad ou S'ayaa » : « *Il faut regarder les décisions du tribunal de première instance d'Agadir. Par exemple, le cas d'une femme mariée sans travail. Après le tremblement de terre, l'homme a construit une maison à deux étages pour la famille mais il l'a mise à son nom. Puis il veut divorcer pour prendre une autre femme. La femme a réclamé le Kad ou S'ayaa et demandé un étage de la maison pour elle. Elle a fait valoir l'effort qu'elle a fourni au foyer et le tribunal a tranché en sa faveur. Or au vu de la formulation de l'article 49, le juge aurait pu considérer que la maison étant enregistrée au nom du mari, c'est la propriété de l'homme et donc il n'est pas question de droits des femmes* ».

Néanmoins, malgré les disparités entre régions, les associations s'accordent à reconnaître que de véritables 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. Néanmoins, comme nous l'expliquait un avocat : « *Je n'ai pas vu un jugement qui leur accorde plus de la moitié des biens, maximum 1/3 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 au sein de la famille. Selon un bailleur de fonds, « *En général la femme récupère le frigo et le mari la voiture. Cela peut paraître caricatural et c'est pourtant vrai* ». Un magistrat a confirmé cette logique du partage :

- *Alors bien sûr, il y a des biens qui sont par nature réservés et donnés à la femme et d'autres naturellement destinés à l'homme qui lui reviennent.*
- *Pourriez-vous préciser ?*
- *Par exemple, 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 cependant 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 consacré par l'article 49 est l'une des dispositions les moins bien acceptées par les hommes⁴³, un magistrat évoquant d'ailleurs au cours de notre entretien une plaisanterie qui circulait beaucoup à l'époque et qui est assez révélatrice de ce rejet : *Les gens s'étaient imaginés qu'en cas d'incompatibilité d'humeur, la femme pouvait prendre la moitié de la fortune de son mari. Une blague résumait bien cela. 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 1/8* ».

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 lesquels les adouls (notaires traditionnels) ont une grande responsabilité. En effet, au moment de la signature du contrat de mariage, ils sont sensés 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

⁴³ A. Ounnir (2007), « Les justiciables dans le circuit judiciaire relatif au contentieux de la famille », dans Collectif (2007), *Le code de la famille...*, op.cit.

moment où les deux époux s'engagent l'un envers l'autre et que leur intervention a tendance à susciter l'hostilité des familles⁴⁴.

Au-delà de la prégnance des stéréotypes sur le genre, la loi religieuse influence donc 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 stipule 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 interprètent l'article de manière exclusive, excluant les conventions internationales, voire même les autres rites sunnites. Les avocats militants que nous avons rencontrés ont reconnu que la plupart de leurs confrères n'avaient pas non plus la culture des Droits Humains, ce qui n'incitait pas le juge à aller vers le droit international puisque personne ne lui en réclamait l'application.

b. Une spécificité des femmes juges ?

L'enquête que nous avons menée au Sénégal et au Maroc a donc fait clairement ressortir le conservatisme du corps judiciaire qui permet de comprendre en grande partie pourquoi la jurisprudence peut aller à contre courant de l'esprit plus égalitaire de la législation familiale. Il nous est cependant difficile d'inférer l'existence de différences significatives entre femmes et hommes magistrats. En effet, au Sénégal, nous n'avons pu interroger que 5 femmes sur un panel de 17 magistrats, soit un peu moins d'1/3. Au Maroc, nous avons rencontré trois femmes qui nous ont accordé un entretien « en off » parce qu'elles étaient intéressées et favorables à cette réforme, ce qui introduit nécessairement un biais et ne permet pas une montée en généralité. Par ailleurs, la capacité des femmes juges à introduire une pratique différente de la justice reste une question difficile à traiter sur le plan théorique. Comme le rappelle A.Boigeol, les magistrates ont tendance à se braquer, considérant que le chercheur met en cause leur impartialité⁴⁵, une juge américaine étant allée jusqu'à considérer que chercher à savoir si les femmes professionnelles de justice parlaient d'une voix différente était une question « *dangereuse et indémontrable* »⁴⁶.

Un discours hommes/femmes sensiblement égal

Au Sénégal, les femmes juges interrogées ne tiennent pas un discours significativement différent de celui de leurs homologues masculins, concernant la question des successions. Deux d'entre elles se montrent sceptiques quant à l'idée d'une réforme du droit des successions, en raison du poids de la religion au sein de la société : « *La succession est ce qu'elle est. C'est le droit musulman. On est né avec. On ne peut pas se réclamer de l'égalité* ». La troisième, et la seule de l'ensemble du panel interviewé, se démarque cependant et considère qu'une telle réforme n'est pas « *irréaliste au vu de la conjoncture économique actuelle* », s'écartant ainsi du dogme islamique que même un magistrat catholique ne remet pas en question : « *Il faut tenir compte des préoccupations de tous. C'est en procédant ainsi qu'on a prévu deux types de succession. Je ne pense pas qu'il faille forcément les supprimer* ».

⁴⁴ Témoignages recueillis par l'association Amvef.

⁴⁵ A.Boigeol (2010) : « L'exercice de la justice au prisme du genre : un non-objet ? », dans L.Cadiet (dir.), *Figures de femmes criminelles, de l'Antiquité à nos jours*, Paris, Publications de la Sorbonne.

⁴⁶ S.O'Connor (1991) (citée dans A.Boigeol, *ibid.*), « Portia's Progress », *New York University Law Review*, 66, p.1557.

S'agissant du sobriquet de « code de la femme » régulièrement accolé au code de la famille, les magistrates émettent de nombreuses réserves et se démarquent ainsi de leurs homologues masculins, assez prompts à parler de « discrimination positive ». Néanmoins, elles restent assez évasives sur la notion d'égalité que deux d'entre elles définissent comme une égalité des chances, c'est à dire « *Avoir les mêmes chances d'accéder à l'emploi, à l'école. L'égalité c'est aussi respecter son patron de la même manière, qu'il soit homme ou femme* ». 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. Le même constat que celui effectué par E.B Junquerueira à propos du Brésil semble pouvoir être fait au Sénégal, à savoir que les femmes se montrent peut-être plus sévères avec les femmes en matière de droit de la famille parce qu'elles évaluent la situation des femmes à l'aune de leur propre réussite⁴⁷. L'une des juges n'hésite pas à récuser le terme d'égalité et préfère parler de « complémentarité » au sein du foyer : « *Contrairement aux féministes, et bien qu'on se batte pour le même idéal, je pense que le chef de famille, ce sera toujours l'homme. Car dans sa nature, il a besoin de se sentir fort, de sentir qu'il détient l'autorité (...). Il faut laisser à l'homme ses prérogatives même si on est le chef de famille de fait. Cela a toujours été le cas d'ailleurs. La femme a un pouvoir inestimable qu'on n'a pas besoin de consacrer par les textes. Chacun est ce qu'il est. On est dans la complémentarité, je n'ai pas de problème à ce niveau. L'essentiel, c'est qu'il n'y ait pas de jalousies sur les prérogatives de l'un ou de l'autre* ». Les propos de la juge traduisent une naturalisation des rapports hommes/femmes qui sert à justifier une forme de fatalisme par rapport au 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 cas de réduction que d'augmentation du nombre d'épouses, les hommes étant ce qu'ils sont... Ils ont des coups de tête... L'homme par nature réfléchit après coup* ». Une seule des femmes juges a finalement évoqué le genre comme problématique centrale dans les débats autour du droit de la famille, qui reste finalement le grand absent de ces entretiens avec le corps judiciaire, un juge (homme) considérant qu'il s'agit d'une « *question d'ONG* ».

Au Maroc, les juges femmes interrogées se sont montrées plus audacieuses que les hommes. Elles sont ainsi les seules à avoir évoqué la possibilité (théoriquement du moins) de recourir aux conventions internationales dans le cadre de l'article 400 : « *On peut utiliser tout ce qui est dans l'intérêt de l'enfant et de la famille, y compris les conventions internationales. Et la Constitution, qui est la loi suprême, s'y réfère d'ailleurs* ». Ce sont également les femmes qui ont particulièrement 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' « *l'héritage culturel* » l'enjeu fondamental de l'application. Alors que la plupart des magistrats, et même plusieurs associations, reconnaissent les efforts faits sur l'application de l'article 49, une femme juge ne peut s'empêcher de douter de l'égalité de traitement entre les justiciables hommes et femmes en évoquant une affaire qui a défrayé la chronique : « *Quatre mois après le décret d'application, il n'y a eu qu'une affaire relative à l'article 49. Il s'agissait d'un couple marié. Le mari avait mis les biens au nom de sa femme. Mais la femme ayant été surprise en flagrant délit d'adultère, il a demandé le divorce. Mais il a perdu tous ses biens. Il est venu au tribunal. Elle, elle travaillait pour un traiteur, gagnait un peu d'argent. Le juge a refusé d'appliquer l'article 49 parce que les biens étaient enregistrés au nom de la femme, les titres fonciers étaient nominatifs. La décision du juge a*

⁴⁷ Enquête citée par A.Boigeol, « L'exercice de la justice... », *op.cit.*

été confirmée en appel, les biens ont été rendus à la femme. La Cour Suprême a changé les choses. Elle a jugé qu'on ne devait pas considérer les titres mais l'effort, la participation et le travail de chacun. Elle a cassé le jugement. C'est fou qu'il ait fallu aller jusqu'à la Cour Suprême. Mais si la situation avait été inverse, si c'est la femme qui avait été flouée, la Cour Suprême aurait-elle rendue le même arrêt ? Je n'ai pas la réponse...J'hésite franchement (rires) ». Dans son enquête, M.Mouaqit souligne également 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 qui tendrait à montrer que les femmes ne pêchent pas par incompetence mais plutôt par un parti pris féministe, ou en tout cas en nette rupture avec la « patriarcalité » ambiante⁴⁸.

Néanmoins, nous ne pouvons généraliser ces résultats, notre enquête portant sur un nombre réduit de femmes juges, qui ont par ailleurs un profil bien spécifique. Plusieurs travaux que nous avons consultés au sujet de l'application et les propos recueillis auprès des avocats ou des associations ont plutôt tendance, au contraire, à mettre en cause le conservatisme des femmes juges, ou en tout cas leur manque d'audace ou d'initiative : *Il n'y a pas vraiment d'impact des femmes magistrats sur les décisions. C'est lié à leur formation. Parfois même, on a des résistances plus féminines que masculines. Il n'y a pas de différences. Les femmes veulent montrer que ce sont des professionnelles, qu'elles n'ont pas de parti-pris. Ce qui les conduit d'ailleurs à être plutôt des opposantes. C'est vraiment une question de formation, pas de sexe » ; « Pour moi c'est une question de mentalité des juges, pas de sexe » ; « D'après mon expérience dans ces sections de famille, il n'y a pas de différences entre femmes juges et hommes juges. Au contraire, on trouve parfois des femmes juges qui sont beaucoup ...moins compréhensives que les hommes juges. Les femmes progressistes sont surtout dans les milieux politique et associatif ».*

Comment peut-on donc expliquer cette attitude globalement en retrait sur l'enjeu de l'égalité entre les sexes ?

Eléments d'explication

Dans les deux pays, transparaît la volonté des femmes de s'imposer et de se faire respecter dans un corps majoritairement masculin. Au Sénégal, si aucune matière ne leur est interdite, il n'y avait que 60 femmes sur les 418 juges recensés en 2008, les chiffres n'étant pas meilleurs pour le barreau avec 45 femmes pour un total de 350 avocats⁴⁹. Au Maroc, les femmes juges sont dans l'impossibilité de prendre des affaires relatives aux successions, ce domaine étant exclusivement réservé aux hommes. Le déséquilibre entre juges hommes et femmes peut donc être considéré comme un premier élément permettant d'expliquer le manque d'impact des femmes sur l'orientation des décisions judiciaires.

La position minoritaire des femmes dans la profession permet également d'avancer une hypothèse quant à leur attitude : dans un milieu largement masculin, les femmes cherchent à s'imposer à travers une attitude ultra-conformiste qui vise à démontrer qu'elles ont les mêmes aptitudes que les hommes. Par conséquent, elles refusent de prendre certaines positions qui pourraient laisser penser qu'elles ont un parti pris pour les femmes ou que leur « nature » féminine les inclinerait à plus d'indulgence envers les femmes⁵⁰. Cette hypothèse semble d'autant plus fondée que Maroc et Sénégal ont tous deux hérité du système juridique français et de sa culture. Les juges ne sont pas élus comme dans les pays de common law et la fonction

⁴⁸ M.Mouaqit, *L'idéal égalitaire...*, *op.cit.*, p.176.

⁴⁹ J.Scales Trent, « Women Lawyers, Women's Rights in Senegal : The Association of Senegalese Women Lawyers », *Human Rights Quarterly*, 32, 2010, p.115-143.

⁵⁰ A.Boigeol, « La magistrature française au féminin : entre spécificité et banalisation », *Droit et Société*, 25, 1993.

judiciaire est donc beaucoup moins personnalisée. On reste dans le modèle de l'universalisme juridique que les théories féministes n'ont guère réussi à pénétrer⁵¹.

La formation des juges contribue a priori à renforcer cette homogénéisation des comportements. Respectivement formés au CFJ (centre de formation judiciaire) et à l'INEJ (institut national d'études judiciaires), les juges sénégalais et marocains reçoivent une même formation en droit moderne. Au Sénégal, le droit de la famille ne fait pas l'objet d'un traitement particulier dans la formation du magistrat malgré sa complexité et les difficultés rencontrées par les juges nommés aux affaires familiales, notamment dans le domaine des successions qui fait intervenir le droit musulman. Au Maroc, même si certains juges ont un profil fiqhiste, la plupart d'entre eux sont issus des facultés de droit moderne (et n'ont d'ailleurs pas exercé sous l'ancien code de la famille). Si leur formation en droit musulman reste donc moindre et peut laisser penser qu'elle peut ne pas favoriser des interprétations audacieuses ou progressistes des dispositions relatives à la loi religieuse, le manque de formation sur les conventions internationales, et surtout la quasi absence d'intégration de la problématique genre dans leur cursus, ne plaident pas pour un changement d'attitude des juges. Au Maroc, un programme de formation mis en place par le ministère de la Justice et l'ABA (American Bar Association) témoigne de ces difficultés structurelles qui ne pourront être surmontées que par des actions conduites sur le long terme. Ce programme incluait trois formations : le principe de l'équité en islam, l'approche genre dans les standards internationaux et les principales institutions de protection des Droits Humains et leurs interaction avec le NCF. Le cours sur le genre, dont l'objectif était selon l'un des concepteurs du programme, « *d'imposer une vision pédagogique, c'est à dire d'amener l'apprenant à se construire une certaine manière de réfléchir* » constituait un cours inédit. Pourtant, si tous les cours ont été mis en ligne et qu'un forum a été créé pour permettre aux juges de poser leurs questions aux différents intervenants, le professeur en charge de la formation sur le genre est la seule à n'avoir reçu aucune question, preuve de la difficulté de faire émerger la question dans un milieu dont la culture est doublement marquée par la culture juridique française et le droit musulman.

Néanmoins, le profil sociologique des juges, de manière générale, autorise à penser que des évolutions sont envisageables. En effet, la plupart des juges sénégalais interrogés, hommes et femmes, 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 moderniste, vision particulièrement marquée chez les élites⁵². Chez les femmes juges plus jeunes (entre 35 et 40 ans), il est cependant intéressant de noter que le célibat n'est pas rare et peut conduire certaines d'entre elles à accepter une place de deuxième voire troisième épouse⁵³. Au Maroc, les juges se situent également dans une trajectoire sociale ascendante qui les amène à se confronter à différents milieux, 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 société⁵⁴. L'interventionnisme assez marqué du ministère de la Justice, via des circulaires, recommandations ou sessions de formation, incite par ailleurs le juge à adopter une position plus progressiste, et en ce sens plus conforme aux vœux de la Monarchie, qui a fait de la réforme du NCF un symbole de sa politique d'ouverture.

⁵¹ Voir l'analyse d'A.Boigeol sur les femmes magistrates en France : « L'exercice de la justice... », *op.cit.*

⁵² P.Antoine, J.Nanitelamio (1995), Peut-on échapper à la polygamie à Dakar ?, *Les dossiers du Ceped*, n°32 ; DIAL Fatou Binetou, *Mariage et divorce à Dakar, Itinéraires féminins*, Karthala, 2008.

⁵³ Cette hypothèse développée par P.Antoine et J.Nanitelamio, *ibid.*, a été corroborée par nos entretiens.

⁵⁴ Mouaqit, *L'idéal égalitaire...*, *op.cit.*

Conclusion

La tendance plutôt conservatrice de la jurisprudence pour les matières les plus sensibles incite à relativiser le caractère révolutionnaire des codes de la famille marocain et sénégalais. Au regard du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré, le juge a une grande responsabilité dans le décalage constaté entre loi et jurisprudence. Les femmes, minoritaires au sein du corps judiciaire, n'influencent pas véritablement les orientations de la pratique judiciaire. Néanmoins, l'explication ne peut se réduire à la seule attitude des magistrats. Il faut élargir la focale à l'ensemble du système judiciaire. En effet, comme nous l'indiquait une parlementaire marocaine, en se déchargeant de très lourdes responsabilités sur le juge à travers des textes souvent ambigus, le législateur pouvait prévoir à l'avance les difficultés d'application qui allaient se poser. La même remarque pourrait être faite pour le Sénégal. Les conditions structurelles dans lesquelles exercent les magistrats sont donc aussi en cause et révèlent plus largement les défaillances de deux systèmes judiciaires nées d'un manque d'investissement des pouvoirs publics dans la mise en œuvre du droit de la famille. Le manque de moyens matériels et humains a un impact sur les modalités d'exécution de la justice mais aussi sur le choix des justiciables, et plus particulièrement des femmes, à saisir les tribunaux, deux éléments qui peuvent également contribuer à expliquer l'absence d'une jurisprudence reflet d'une justice de genre.