

INTERPRÉTER LE NON-RESPECT DU DROIT DE LA FAMILLE AU SÉNÉGAL. LA LÉGITIMITÉ ET LES CAPACITÉS DE L'ÉTAT EN QUESTION

Marième N'Diaye

Ed. juridiques associées | « Droit et société »

2015/3 N° 91 | pages 607 à 622

ISSN 0769-3362

ISBN 9782275028972

Article disponible en ligne à l'adresse :

<http://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2015-3-page-607.htm>

!Pour citer cet article :

Marième N'Diaye, « Interpréter le non-respect du droit de la famille au Sénégal. La légitimité et les capacités de l'État en question », *Droit et société* 2015/3 (N° 91), p. 607-622.

Distribution électronique Cairn.info pour Ed. juridiques associées.

© Ed. juridiques associées. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Interpréter le non-respect du droit de la famille au Sénégal. La légitimité et les capacités de l'État en question

Marième N'Diaye

Département de science politique, Université de Montréal, 3150, rue Jean Brillant, Pavillon Lionel Groulx. H3T 1N8. Montréal, Qc, Canada.

<marieme.claire.ndiaye@umontreal.ca>

■ Résumé

L'article se propose de réfléchir aux manifestations et aux causes du non-recours généralisé au droit de la famille au Sénégal. Les controverses suscitées par le bouleversement des rapports de genre et la mise en cause de l'islam comme cadre de référence ont conduit à appréhender le non-recours comme un acte de résistance politique. Néanmoins, en réaction à la fragilisation croissante de sa légitimité et face à la montée d'un mouvement islamique radical, l'État a mis en place une politique en faveur d'un meilleur accès à la justice (2004) dont les résultats tendent à montrer que les populations se saisissent progressivement de leurs droits. La résistance à la norme étatique semble ainsi plus subie que choisie et invite à repenser les notions de légalité et de légitimité à partir de la norme pratique émergente.

Droit de la famille – Effectivité – Islam – Maisons de justice – Norme pratique – Pluralisme normatif.

■ Summary

Interpreting Non-Compliance with Family Law in Senegal: State Legitimacy and Capacities in Debate

This article analyzes the manifestations and causes of the extensive non-use of family law in Senegal. Because it has generated controversies about gender and the Islamic religion, this non-use is generally presented as an act of political resistance. Facing a growing weakening of its legitimacy and the rise of a radical Islamic movement, the state has, nevertheless, developed a policy to promote better access to justice (2004). Its results show that people gradually learn how to use their rights. Mistrust towards state standards thus appears as something more endured than actually chosen. This result invites the reconsideration of the notions of legality and legitimacy through the lens of the rising practical norm.

Effectiveness – Family Law – Islam – Legal pluralism – Maisons de justice – Practical norm.

Au Sénégal, le Code de la famille constitue le seul texte de loi, dans un arsenal législatif par ailleurs entièrement laïcisé, à reconnaître le droit musulman comme source du droit, en matière de mariage et de succession¹. Il s'agit cependant d'un pluralisme hégémonique puisque, en intégrant le droit musulman sous le label de *coutume wolof islamisée*, le législateur a procédé à une disqualification des règles religieuses qui lui a permis de légitimer la subsidiarité de la coutume par rapport aux règles de droit écrites, largement inspirées du droit civil français. C'est pourquoi les organisations islamiques ont appelé au boycott du texte, rendant le processus d'appropriation et d'objectivation de la loi plus difficile. L'application du code s'en est trouvée compromise, l'État Sénégalais étant par ailleurs un État aux capacités limitées, ne disposant pas des moyens de promouvoir son droit sur l'ensemble du territoire face à des ordres normatifs concurrents. Aujourd'hui, l'écart entre droit formel et droit réel est patent : la majorité de la population s'inscrit en effet dans une attitude de fuite ou de défiance à l'égard du droit étatique, comme on le verra à travers l'analyse de données chiffrées relatives au mariage.

Peut-on lire ce non-recours généralisé au droit comme une forme de résistance politique collective au projet étatique de modernisation/sécularisation de la société ?

Interpréter le non-recours au droit implique de réfléchir plus largement à la question du pluralisme normatif et de son impact sur les rapports entre droit et société au Sénégal. La prise en compte à la marge du pluralisme dans le droit officiel est en effet généralement présentée comme la cause centrale du manque d'enracinement du droit de la famille au sein de la société². Cependant, la critique du droit étatique et l'appel à une réhabilitation d'autres normes socialement légitimes à côté de celui-ci peuvent conduire à deux écueils importants : d'une part, à celui de raisonner à partir d'une opposition binaire réductrice : droit moderne (légal) *vs* droit traditionnel (légitime) ; d'autre part, au risque d'idéaliser la norme dite traditionnelle sans intégrer une discussion sur l'articulation entre pluralisme normatif et respect des droits fondamentaux³. C'est pourquoi, on a choisi de traiter du non-recours en privilégiant une approche fondée sur le concept plus empirique de *norme pratique*.

Après avoir montré l'ampleur des phénomènes d'ignorance et de contournement de la loi, on verra qu'ils sont en partie dus à la politisation de la question par les groupes islamiques, qui ont fait du boycott de la loi un acte de résistance politique face à l'État laïc. Néanmoins, le bilan des maisons de justice, mises en place en 2004 dans le cadre d'une politique visant à rapprocher la justice du justiciable,

1. L'exception faite en matière familiale tient à l'importance de l'islam au Sénégal (environ 95 % de musulmans, dont plus de 80 % sont affiliés à une Confrérie).

2. Le pluralisme normatif en Afrique a fait l'objet de nombreux travaux en anthropologie juridique. On peut citer notamment : Étienne LE ROY, *Les Afriques et l'institution de la justice : entre mimétismes et métissages*, Paris : Dalloz, 2004 ; Norbert ROULAND, *L'anthropologie juridique*, Paris : PUF, 1988 ; Jacques VANDERLINDEN, « Les droits africains, entre positivisme et pluralisme », *Bulletin des séances de l'Académie royale d'Outre-Mer*, 46, 2000, p. 279-292.

3. Question qui se pose notamment pour les droits des femmes, comme l'a montré Suzanna Wing dans le cas du Mali : Suzanna WING, *Constructing Democracy in Transitioning Societies of Africa: Constitutionalism and Deliberation in Mali*, New York : Palgrave Mac Millan, 2008.

souligne l'appropriation croissante du code par les populations, qui se traduit par l'émergence d'une norme pratique, fondée sur une mobilisation croisée des normes étatiques, coutumières et religieuses. Les causes du non-recours sont donc multiples et invitent à rompre avec l'opposition binaire légalité *vs* légitimité pour considérer le rapport des individus au droit étatique dans toute sa complexité.

L'analyse se fonde principalement sur les résultats d'enquêtes de terrain menées entre 2007 et 2010. Elle mobilise des données tirées des entretiens avec différents acteurs : magistrats, médiateurs (au sein des maisons de justice), opposants religieux (incarnés principalement par le Comité islamique pour la réforme du Code de la famille sénégalais) et acteurs institutionnels (ministère de la Justice et Coopération française). L'analyse repose également sur des observations réalisées au sein des tribunaux et maisons de justice⁴. Elle se base enfin sur le dépouillement de plusieurs sources (données statistiques officielles, procès-verbaux, débats parlementaires) et l'élaboration de données statistiques relatives au mariage (dépouillement des registres d'état civil du centre principal de Dakar réalisé en juin 2010).

I. Un non-recours au droit généralisé

Si l'on considère que le développement de la conscience juridique a trait aussi bien à l'action et aux choix des individus qu'aux contraintes structurelles auxquelles ils font face, on peut distinguer trois types de comportements à l'égard du droit : *la conformité, l'arrangement et la résistance*⁵. Dans le premier cas, le droit est perçu comme objectif et impartial et constitue une sphère autonome et légitime. Dans le deuxième, le droit s'inscrit dans le cadre d'une négociation qui implique de détenir les compétences nécessaires pour l'utiliser dans son intérêt. Enfin, appréhendé dans une logique de résistance, le droit est subi par les individus qui le considèrent comme un pouvoir sur lequel ils n'ont aucune prise et qu'ils préfèrent fuir. Ce dernier type de comportement est largement prédominant au Sénégal où la croyance dans le droit étatique n'est pas ancrée. L'instauration récente d'une domination étatique sur des espaces sociaux déjà pourvus de systèmes de régulation permet d'examiner cette distance à l'égard de la norme officielle et de comprendre pourquoi les attitudes de conformité *face* au droit restent minoritaires. Par contre, 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 logique de résistance *contre* le droit⁶. Le non-recours au code se révèle donc généralisé, y compris au sein de l'élite francophone.

4. Les observations ont pu être réalisées grâce à l'accord du ministère de la Justice. Les juges et médiateurs nous ont présentée comme une magistrate stagiaire. Les situations et personnes évoquées ont été anonymisées.

5. Patricia EWICK et Susan SILBEY, « Conformity, Contestation and Resistance: An Account of Legal Consciousness », *New England Law Review*, 26, 1992, p. 731-749.

6. Sur ce point, la conception d'une attitude contre le droit diffère de celle proposée par Patricia Ewick et Susan Silbey : il y a résistance au sens où la norme légale est connue mais non appropriée, considérée comme extérieure aux enjeux personnels. Cette résistance n'ayant pas été combattue par les autorités

1.1. Un droit de la famille absent du quotidien des populations

Le mariage constitue un bon exemple de mise à distance de la norme légale. Deux types de mariages sont reconnus par la loi : le mariage célébré et le mariage constaté par l'officier d'état civil, lorsque les époux se marient selon une coutume matrimoniale en usage (article 114 du Code de la famille). Une autre forme de mariage existe mais celle-ci n'est pas reconnue par l'État. Il s'agit du mariage ni célébré ni constaté, valable « *inter partes* » mais non opposable à l'État (article 146). Cette pluralité des formes de mariage traduit le caractère incitatif du code, qui vise à amener progressivement les gens à se saisir de l'état civil. Or, l'évolution des mariages permet de montrer que la législation reste absente du quotidien des populations. Ainsi, en 2000, seuls 22 % des 649 centres d'état civil ont procédé à l'enregistrement de mariages. Dans son enquête sur la capitale de Dakar, Fatou Binetou Dial⁷ aggrave le constat : non seulement le nombre de mariages célébrés ou constatés est faible mais il régresse. 30 % de la cohorte des personnes nées entre 1967 et 1976 y auraient eu recours contre 60 % pour la génération 1942-1956. L'enquête que nous avons menée dans le centre principal d'état civil de Dakar aboutit aux mêmes conclusions. Il s'agissait d'étudier les actes de mariage des années 1975, 1985 et 1995 pour établir les principales évolutions sur 20 ans. Nous nous sommes intéressée au type de mariage (célébré ou constaté) et à l'option de l'époux (monogamie, polygamie limitée ou illimitée). La première information est un indicateur de l'évolution des comportements des individus face à l'état civil : théoriquement, une progression des mariages célébrés confirmerait l'hypothèse d'une meilleure acceptation du rôle joué par l'état civil. La question de l'option permettrait quant à elle de déterminer si la loi réussit ou non à inciter les gens à s'orienter vers le régime monogamique. Les résultats sont clairs : ce sont les évolutions inverses qui se sont produites. Les mariages constatés et l'option de la polygamie illimitée (quatre épouses) ont progressé de manière continue. 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. Si la monogamie était l'option choisie par 53,1 % des époux en 1975, ils n'étaient plus que 30,2 % en 1985 pour remonter à 39 % en 1995. La polygamie domine cependant largement, dépassant les 60 % depuis 1985 (autour de 46 % en 1975). Parmi les options de polygamie, c'est la polygamie illimitée qui est généralement choisie : en 1975, sur les 46 % d'options « polygamie », 76 % d'entre elles étaient des options de polygamie illimitée. Ce chiffre a grimpé jusqu'à 79,6 % en 1985 avant d'atteindre 92,4 % en 1995. L'hypothèse selon laquelle les nouvelles générations ont un rapport plus distant à l'état civil et une conception du mariage plus ancrée dans les coutumes se voit confortée. Outre le manque d'informations 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 : mariages de mineur(e)s,

étatiques, le rapport des individus au droit apparaît moins tactique puisque son ignorance mais aussi sa violation n'engendrent pas les mêmes coûts.

7. Fatou Binetou DIAL, *Mariage et divorce à Dakar. Itinéraires féminins*, Paris : Karthala, 2008.

mariages forcés, violation de l'option de monogamie ou de polygamie et répudiation ne peuvent en effet pas être sanctionnés.

1.2. Une attitude ambivalente des élites à l'égard de « leur » droit

Si l'élite politique a d'abord cherché à *montrer l'exemple*, force est de constater, qu'aujourd'hui, le code est loin d'être la norme qu'elle privilégie. Il faut chercher l'explication dans la fragilisation de l'idéologie de la modernité-laïcité qui constituait son principal socle de légitimation au moment de l'indépendance. La crise économique et sociale que traverse le Sénégal depuis les années 1980 a en effet contribué à la remise en cause de la « démocratie des lettrés », qui s'est notamment traduite par une évolution du comportement du personnel politique vers une forme de retraditionalisation à connotation religieuse⁸. Au niveau juridique, ce changement s'est manifesté par le passage d'une attitude de conformité à une attitude d'arrangement avec le droit, c'est-à-dire à un comportement stratégique qui traduit « le pouvoir de chacun avec le droit » et non le « pouvoir du droit »⁹.

Le droit de l'État constitue en fait une ressource parmi d'autres pour les élites, y compris féminines. En effet, les femmes ne font pas nécessairement valoir leurs droits et restent dans une attitude souvent plus traditionnelle. Par exemple, parmi les membres de l'Association des juristes sénégalaises, certaines sont engagées dans des unions polygames, d'où des jugements assez sévères de certains juges à leur endroit.

Toutes ces femmes, dans leur vie privée, elles sont la manifestation concrète de la femme la plus traditionnelle du Sénégal. Et ce sont elles qui veulent libérer les femmes ?
(Entretien avec un juge, Dakar, 2007)

Si l'on élargit la focale à l'ensemble de l'élite sociale et politique, le constat est similaire. En effet, le recours au droit étatique n'est pas systématique. Ainsi, plusieurs juges insistent sur le fait que les procédures de reconnaissance tardive de mariage ou de naissance peuvent concerner aussi les intellectuels.

Si vous saviez combien de jugements d'autorisation j'ai dû faire auprès des intellectuels, des ministres... combien ? [Rires]
(Entretien avec un juge, Dakar, 2008)

Le non-respect ou la négligence à l'égard de l'état civil touche 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. On lui a fait la décision mais j'ai pris mon téléphone pour appeler le bâtonnier en lui demandant de le traduire en conseil de discipline.
(Entretien avec un magistrat, Dakar, 2008)

Plus révélateurs encore sont les témoignages sur la violation du droit par ces mêmes personnes, qui vont par exemple chercher à s'arranger avec les juges pour

8. Aminata DIAW, « Les intellectuels entre mémoire nationaliste et représentation de la modernité », in Momar-Coumba DIOP (dir.), *Le Sénégal contemporain*, Paris : Karthala, 2002.

9. Jérôme PÉLISSE, « A-t-on conscience du droit ? Autour des *Legal Consciousness Studies* », *Genèses*, 59, 2005, p. 114-130.

faire valider un cinquième mariage. Au vu de ce constat sans appel, la position des organisations islamiques, qui dénoncent l'inadéquation culturelle entre droit de la famille et valeurs de la société sénégalaise, s'est considérablement renforcée avec les années. L'attitude d'ignorance ou de contournement de la norme légale étant largement dominante, les résistances individuelles peuvent ainsi être plus facilement interprétées comme la preuve d'une forme de résistance culturelle et de la nécessité d'instaurer la charia en matière familiale.

II. Une désobéissance due à un déficit de légitimité du texte : la lecture des organisations islamiques

En adoptant une démarche inscrite dans le temps long¹⁰, le législateur sénégalais espérait dégager un consensus et lever les résistances des chefs religieux. Le défi était ambitieux : en effet, à la question de la religion s'ajoutait celle de la redéfinition des rapports de genre sur une base plus égalitaire. Cette double difficulté aide à comprendre pourquoi le législateur n'a pas réussi à obtenir l'assentiment des autorités islamiques. Ces dernières, très critiques quant au processus d'adoption de la loi et à son contenu, récusait le nouveau rapport de force entre pouvoir politique et pouvoir religieux que l'État tentait d'instaurer. Sur le long terme, la non-réactivité de l'État face au boycott annoncé de la loi a contribué à entériner une lecture politique et collective de la désobéissance à l'égard du droit de la famille¹¹.

II.1. Une critique du code sur la forme et le fond

Dans un contexte post-indépendance, marqué par un discours autour des notions de modernisation et de construction nationale, les décideurs (députés, membres de la commission et du comité des options, assises du parti unique) étaient favorables au changement. Ils sont allés dans le sens d'une modernisation dont ils étaient l'émanation même : la conciliation reposait en effet sur l'accord général autour d'un cadre d'évolution, celui du droit moderne occidental, considéré comme inéluctable et qui, avec le temps, pourrait être adopté par la majorité d'une population que les élites et le droit se chargeraient de sortir de la tradition.

C'est cette mainmise de l'élite acquise à l'idéologie de la modernité occidentale sur le processus d'élaboration du Code de la famille qui a d'abord été mise en cause par les organisations islamiques. Les dignitaires religieux ont notamment critiqué le mode de délibération, resté selon eux inscrit dans une logique *top down*. Ils n'ont eu de cesse de dénoncer les modalités de la consultation, en particulier le fait que leur lettre de contestation n'ait été remise aux députés que quelques semaines

10. Si le code a été adopté en 1972, le processus a démarré dès 1961 avec la nomination par le gouvernement d'une commission de codification chargée de recenser l'ensemble des coutumes familiales. En 1965, un comité des options a été créé pour élaborer des propositions au gouvernement. Celles-ci ont ensuite été discutées par le conseil national de l'Union progressiste sénégalaise (UPS) du 10 juillet 1966. L'avant-projet de code (1967) n'a été définitivement adopté qu'en 1972, Léopold Sédar Senghor ayant préféré attendre un apaisement de la situation politique après la crise de 1968-1969.

11. Pour une chronologie des principaux débats et réformes du droit de la famille au Sénégal, se référer à l'annexe en fin d'article.

avant le vote du texte, soit plus d'un an après sa rédaction. Les organisations islamiques ont également déploré le fait que la loi n'ait pas été ratifiée par un vote populaire. Elle a en effet transité par le processus législatif habituel et a donc été votée par une Assemblée nationale issue d'un régime de parti unique. C'est pourquoi le Code de la famille a été présenté comme le « produit intellectuel de la pseudo-élite », « formée à l'école française » et qui « se croit investie du droit de faire des lois conformes à ses aspirations personnelles, en contradiction avec les aspirations de la grande masse de la population, profondément attachée à ses convictions musulmanes » (entretiens avec des opposants au Code de la famille, Dakar, 2007-2009).

Cette critique du manque de représentativité des instances de décision débouche logiquement sur celle du contenu du code. Les organisations islamiques ont toujours dénoncé la marginalisation de l'islam dans un texte dont la philosophie se base sur les valeurs de laïcité et de responsabilité individuelle. Derrière la question de l'islam, une autre critique transparait : celle du rejet d'un texte qui autonomise la femme par rapport à la famille, elle-même désormais fondée sur le modèle nucléaire. On retrouve ici l'opposition classique entre familialisme et féminisme¹², la conception individualiste des droits étant considérée par les organisations islamiques comme source de destruction de la famille.

On acclimate des programmes qui ont pour finalité de casser la famille en individus, au nom des droits de l'homme, droits de la femme, droits de l'enfant... Il y a tellement de droits ici !

(Entretien avec un sympathisant du CIRCOFS¹³, 2009)

Néanmoins, si les organisations islamiques ont critiqué avec virulence le code, elles n'ont jamais vraiment cherché à négocier. Ainsi, le document compilant leurs objections était un texte rédigé en arabe (donc peu accessible pour la majorité des députés) dans lequel étaient énumérés les articles considérés comme anti-islamiques, mais sans qu'aucune explication ne soit fournie, de sorte qu'il n'y avait pas de place pour la discussion.

II.2. L'organisation de la résistance islamique et ses enjeux

Le Conseil supérieur islamique a d'abord adressé une lettre aux députés pour affirmer son refus de se soumettre : « Nous réaffirmons notre volonté inébranlable de rejeter catégoriquement toute mesure, même officielle, qui ne respecterait pas les principes sacrés de la religion. » Néanmoins, l'Assemblée nationale ayant quand même voté la loi, les leaders des différentes confréries ont opté pour la résistance passive, appelant leurs disciples à ne pas recourir à la justice étatique.

La fronde des dignitaires religieux trouvait du soutien au sein même du parti unique. Les arguments des parlementaires opposés au code faisaient ainsi écho à ceux des groupes religieux dénonçant un code à la fois anti-islamique et anti-démocratique. Le député Boubacar Guèye avait, par exemple, demandé l'adoption d'une motion préjudicielle pour un report du vote : « Il ne suffit pas de s'enfermer

12. Jacques COMMAILLE, *Les stratégies des femmes*, Paris : La Découverte, 1993.

13. Comité islamique pour la réforme du Code de la famille sénégalais.

dans une salle pour se dire représentants du peuple et faire ce qu'on veut¹⁴. » En réalité, plus que l'organisation des rapports des individus au sein de la famille, c'est la définition de la société et de la place du religieux en son sein qui était à la source du conflit entre État et organisations religieuses.

Les opposants religieux considéraient que la législation familiale constituait le moyen pour l'État de justifier l'extension de son pouvoir au sein du champ politique. Jusque-là, l'État fonctionnait à partir de l'héritage pluraliste de l'époque coloniale, qui avait conduit les Français à collaborer avec les institutions religieuses, posant ainsi les bases du contrat social sénégalais¹⁵. Ce contrat liait dès l'origine l'État aux confréries, qui détenaient un pouvoir spirituel, économique et politique sans égal, en faisant les alliés indispensables de l'État en construction. Mais cette association le maintenait dans une logique de dépendance vis-à-vis du pouvoir religieux.

Dès lors, il est possible d'adopter une lecture plus stratégique du processus d'élaboration du code : l'État n'aurait pas subi une réforme qui se présentait comme inéluctable sur le plan social mais l'aurait volontairement mise en œuvre pour en faire un instrument lui permettant de réaliser son projet de passage d'un État mou à un État intégral¹⁶. On comprend dès lors mieux pourquoi le code a constitué la première confrontation majeure entre l'État et les confréries. En intervenant dans le domaine du droit de la famille, les élites politiques ont empiété sur un domaine jusque-là laissé aux autorités religieuses pour faire prévaloir un nouveau cadre d'allégeance, celui du citoyen envers la nation.

Or, cette allégeance est censée prendre corps dans le principe de laïcité critiqué par les organisations religieuses qui font de l'islam le principe fondateur de la société. Dans les années 1970, la montée en puissance de l'islam politique a renforcé ce discours autour de l'identité islamique du Sénégal et du rejet du modèle de la modernité et de la sécularisation à l'occidentale. C'est finalement le débat islam *vs* laïcité qui se retrouve en filigrane et, derrière la contestation du code, c'est bien la demande d'un retour au pluralisme juridique qui est souhaitée, autrement dit le retour de la charia pour les musulmans. Pour les organisations islamiques, l'État a procédé à une réforme par le haut et produit un code qui ne peut apparaître comme l'expression de la volonté générale, seule apte à lui conférer le sacre démocratique nécessaire à sa légitimation¹⁷.

II.3. Une lecture politique entérinée par un État passif

Concernant l'application du code et face à l'opposition des islamistes, les autorités politiques ont misé sur le long terme. La priorité de l'État était en effet d'agir sur la dimension procédurale – pour tirer son autorité de la mise en forme – et non

14. Les citations des députés sont tirées du *Journal officiel de la République du Sénégal*, « Débats parlementaires de l'Assemblée nationale », n° 70 à 72, 1972.

15. Donald Cruise O'BRIEN, *Symbolic Confrontations. Muslims Imagining the State in Africa*, Londres : Hurst and Company, 2003.

16. Christian COULON, *Le marabout et le Prince*, Paris : Pedone, 1981.

17. Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris : LGDJ, coll. « Droit et Société », 3^e éd., 2008, p. 102.

d'imposer d'emblée de nouvelles pratiques sociales. Le discours des autorités politiques aux chefs religieux pouvait d'ailleurs être considéré comme le discours du reniement. Conscient de l'impossibilité de rallier les leaders des grandes confréries religieuses au nouveau code, le président du comité des options, Kéba M'Baye, était allé à leur rencontre pour les rassurer.

Il leur a dit que ne seraient jugés selon le code que ceux qui le voulaient bien. Cela a permis de couper court à toute discussion.

(Entretien avec un ancien juge de paix, Dakar, 2008)

Finalement, la résistance au code s'est retrouvée quasiment légalisée ou tout au moins officiellement admise. Cette capitulation n'était cependant qu'apparente puisque l'objectif était d'*inculquer l'État*¹⁸ de manière progressive. Les autorités publiques savaient que, si elles pouvaient jouer sur les marges du contrat social, elles ne pouvaient se permettre de le rompre car l'élite politique occidentalisée restait minoritaire. C'est pourquoi les options retenues dans la loi reflètent une recherche d'équilibre : de par son caractère non contraignant, le code constituait davantage un code de transition qui, à terme, devait obtenir l'adhésion de l'ensemble de la population. Derrière la rupture symbolique affichée par l'État, on trouvait une politique fondée sur une conception plus incrémentale qu'héroïque du changement social.

Du fait de leur marge de manœuvre limitée, les autorités politiques n'ont pas investi dans une politique de vulgarisation, misant sur la « pratique du fait accompli »¹⁹, autrement dit sur le pouvoir de la forme, c'est-à-dire sur sa capacité à engendrer à elle seule la confiance-croyance nécessaire à une bonne application de la loi. Les idéologies de progrès et de modernité ont, en réalité, évacué la question de la confiance en la réglant par anticipation. Aucune réflexion n'a été menée sur les conditions de réception des normes, préalable pourtant indispensable à toute forme d'appropriation, en particulier dans un contexte de multijuridisme²⁰. En refusant de traduire le pluralisme sociologique en pluralisme juridique, sans pour autant donner au code les moyens d'être le vecteur d'un nouveau projet de société, l'État a finalement échoué à saisir des opportunités de transformer les sujets en citoyens.

III. Désobéissance choisie ou subie ? La mise en cause des capacités de l'État

Si le problème de la gestion de la pluralité est indéniablement l'une des causes du fossé entre pays légal et pays réel, il n'en est cependant pas la seule. Les faibles capacités de l'État expliquent certaines difficultés pratiques d'accès à la justice et invitent à relire sous un autre angle les attitudes *contre* le droit²¹, qui semblent à

18. Jean-François BAYART, « Les sociétés africaines face à l'État », *Pouvoirs*, 25, p. 23-39, 1983.

19. Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris : PUF, coll. « Quadrige », 2^e éd., 2004.

20. Dominique DARBON, « L'institutionnalisation de la confiance politique dans des sociétés projetées : du prêt à porter institutionnel à l'ingénierie sociale des formules politiques », in Jean DU BOIS DE GAUDUSSON et al. (dir.), *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation. Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles : Bruylant, 2008.

21. Dans le cas de notre étude, ces attitudes renvoient principalement au non-recours à la justice étatique ou aux tentatives de contournement de celle-ci.

maints égards davantage subies que choisies. En 2004, la mise en place d'une politique visant à rapprocher la justice du justiciable permet d'ailleurs de montrer que l'investissement de l'État induit une évolution sensible des comportements à l'égard du droit. Ceux-ci tendent à passer d'une logique d'ignorance/résistance à une logique de négociation. Le réel juridique peut ainsi être saisi à travers l'émergence d'une *norme pratique* dont la compréhension implique de dépasser l'opposition entre légalité et légitimité.

III.1. Une attitude *contre* le droit aux causes multiples

Si le droit de la famille peut être contourné délibérément, sa mise à l'écart peut également être expliquée par des difficultés concrètes d'accès à la justice. Il existe, en effet, de fortes disparités entre les usagers potentiels des juridictions familiales, en termes d'accès physique aux lieux de justice, d'accessibilité financière et de compréhension du fonctionnement du monde judiciaire.

Selon les magistrats interrogés, la saisine des juridictions familiales ne poserait pas de difficultés du fait de sa *simplicité* et de sa *gratuité*. Cette facilité d'accès reste néanmoins théorique puisque, pour les justiciables, le coût de la justice ne se limite pas au tarif formel induit par l'engagement d'une procédure mais inclut l'ensemble des dépenses générées par cette démarche. Ces dépenses sont nombreuses en raison d'un problème d'inégal accès à la justice au niveau territorial. En région, si les populations ne disposent pas d'une juridiction à proximité, elles doivent parfois s'engager dans de véritables périple.

« Quand j'étais en poste à Kanel, je me rappelle que c'était une expédition pour les gens qui pouvaient se lever à 5h pour arriver à 13h au tribunal » ; « En Casamance, quand vous devez traverser le fleuve, éviter les rebelles... Vraiment, ça devient toute une affaire d'aller au tribunal. »

(Entretiens avec un magistrat, 2009)

Le problème se pose dans les mêmes termes pour l'état civil dont les centres restent inégalement répartis sur le territoire.

L'accessibilité financière constitue une autre difficulté majeure. Certes, le coût de la procédure reste relativement abordable mais la possibilité de recourir à un avocat est, par contre, très différente selon les cas. La présence faible, voire nulle, des avocats en région n'incite pas les justiciables à saisir la justice. Au-delà du clivage urbain/rural, c'est celui entre classes sociales qui s'affirme : se payer un avocat reste un « luxe » dans un pays où « beaucoup de gens n'ont même pas de quoi manger » (entretien avec un magistrat, Dakar, 2008). Cette inégalité est essentielle à souligner car elle n'offre pas les mêmes chances d'être en capacité de remporter une victoire devant les tribunaux. En effet, le recours à l'avocat constitue souvent un soutien indispensable puisque celui-ci maîtrise les procédures et peut aussi protéger son client des faux professionnels du droit qui proposent leurs services à des particuliers en manque de repère et d'information dans les tribunaux.

Les inégalités renvoient, enfin, à des capacités très variables à comprendre le droit et le fonctionnement de la machine judiciaire. L'analphabétisme massif et l'absence de prise en compte du pluralisme linguistique constituent des obstacles majeurs à

l'alphabétisation juridique. Au Sénégal, près de 58,2 % de la population est analphabète, dont 67,1 % de femmes²². Il faut également prendre en considération le fait que la langue officielle (le français) peut véritablement constituer une langue étrangère pour certains²³, comme nous l'avons constaté au cours d'observations dans les juridictions. Lors d'une audience d'état civil, sur les vingt-deux affaires traitées, seules trois l'ont été en français, dix ont alterné entre français et wolof, alors que les neuf restantes se sont déroulées en wolof. Lors de cette même audience, la magistrate s'est trouvée prise au dépourvu face à une femme qui ne savait s'exprimer qu'en pulaar, langue qu'elle ne maîtrisait pas. La juge a dû faire appel à un volontaire dans l'assistance pour traduire. Lors des audiences de conciliation, le constat était similaire : sur dix audiences, cinq se sont déroulées en wolof, trois en français et deux ont alterné les deux langues. Bien que le magistrat essaie de s'adapter, le problème de la langue ne fait qu'accroître les difficultés d'appropriation du droit pour les usagers.

Plus largement, c'est donc le manque d'éducation et d'instruction qui est identifié par les juges comme le principal obstacle à une meilleure appropriation de la loi. Si le problème est, *a priori*, plus marqué dans les zones rurales, il n'est pas absent de la capitale. L'affaire 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, elle a été condamnée début 2008 à verser une amende pour délit de bigamie. L'avocat de la chanteuse a estimé que sa cliente avait été « victime de son analphabétisme », celle-ci ayant considéré qu'un divorce coutumier suffisait à rompre un mariage du même type.

III.2. Un droit plus inaccessible que réellement rejeté : la preuve par les maisons de justice

La difficulté de transformer le sujet en citoyen tient donc en partie aux défaillances de l'État qui peine à assurer un service public de la justice accessible à tous. Il est donc intéressant de se pencher sur les résultats de la politique en faveur d'un meilleur accès à la justice initiée en 2004, afin de faire la part des choses entre ce qui relève d'une résistance de nature politique, fondée sur une mise en cause de la légitimité du code, et ce qui relève d'une résistance subie, faute d'une justice efficiente.

Le « programme sectoriel justice » vise un renforcement de l'état de droit qui permette de garantir la sécurité juridique. Un volet important a été consacré à l'opérationnalisation de la justice de proximité, à travers la création de maisons de justice²⁴ définies comme « le siège d'activités relatives au droit, à la régulation des conflits, à la prévention et au traitement de la délinquance, à l'information des

22. Chiffres de l'agence nationale de la statistique et de la démographie sur l'année 2005-2006 : <http://www.ansd.sn/senegal_indicateurs.html>.

23. 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. Source : Association des juristes sénégalaises (AJS), « Symposium sur le droit de la famille », 2009.

24. Les trois premières maisons ont été créées à Dakar et dans sa banlieue. Il en existe neuf aujourd'hui et l'objectif est, à terme, d'en créer une par département.

justiciables et à l'aide aux victimes ». Le rapport de présentation du décret souligne clairement l'objectif de meilleur accès à la justice assigné aux maisons de justice, dont la cible principale est constituée par les personnes vulnérables, définies comme celles n'ayant pas les ressources nécessaires pour saisir les tribunaux.

Si le ministère de la Justice récuse une lecture du fossé entre pays légal et pays réel exclusivement fondée sur l'argument culturel, il ne l'exclut pas pour autant. C'est d'ailleurs pour cela qu'il a misé sur les modes alternatifs de résolution des conflits, la médiation constituant l'activité principale des maisons de justice. Cette médiation répond néanmoins à une définition particulière puisqu'elle lie les fonctions de médiateur et de conciliateur, qui ont pourtant deux sens distincts en droit. En effet, le médiateur doit aider les parties à élaborer elles-mêmes les bases de leur accord et il n'a pas pour rôle de juger ou d'arbitrer, contrairement au conciliateur. Selon le responsable du projet, cette option mixte apparaît plus adaptée à la culture de la gestion des conflits au Sénégal.

Celui qui s'oppose à la négociation, à la décision d'une autorité, est mal vu car il fait obstacle à la paix sociale. Culturellement, le médiateur doit réussir, il n'y a pas d'autre option possible.

(Entretien avec le chargé de programme "Justice de proximité" au ministère de la Justice, Dakar, 2009)

Dans cette perspective, les médiateurs-conciliateurs ne sont d'ailleurs pas recrutés uniquement sur la base de leurs diplômes en droit : l'âge, la bonne moralité et le fait d'être résident de la localité constituent des critères déterminants. Il y a donc une volonté clairement affichée du ministère de la Justice de procéder à un métissage institutionnel, qui permette d'allier techniques du droit moderne et esprit de la justice dite traditionnelle. La gratuité des médiations constitue un autre point important en ce qu'elle peut théoriquement apparaître une solution efficace pour résoudre le problème du coût de la justice. Concernant l'implantation géographique des maisons de justice, le ministère s'est orienté vers des régions où se pose le problème de l'accès à la justice, après avoir dans un premier temps privilégié les zones à forte concentration de population. À ce titre, la création de maisons à Tivaouane ou Mbacké, capitales respectives des confréries tidjane et mouride, relève de décisions politiques.

Le ministère voulait expérimenter ce genre de justice alternative dans les lieux où il est difficile d'appliquer la justice en raison des nombreuses interférences opérées par les marabouts.

(Entretien avec un chargé de mission, Dakar, 2009)

Contre toute attente, les autorités religieuses n'ont pas fait obstacle à l'installation de ces maisons de justice. Ce dernier point est particulièrement important à souligner puisque les bilans des médiations effectuées entre 2007 et 2010 font clairement ressortir la prédominance des affaires familiales²⁵. Entre août 2007 et août 2010, les procès-verbaux que l'on a recensés à la maison des Parcelles permettent de montrer que 42 % des médiations concernaient des affaires familiales et 78,5 %

25. En 2007, plus de 55 % des médiations traitées par l'ensemble des maisons de justice touchaient les problèmes conjugaux.

d'entre elles avaient été demandées par des femmes. L'importance des affaires familiales tend à confirmer l'échec des tribunaux à s'imposer comme instances de régulation légitime en la matière. Mais ce sont bien les tribunaux qui ont échoué et non le code puisque le droit est quant à lui mobilisé dans les maisons de justice, où le nombre de médiations a augmenté de manière significative, avec cinq fois plus de médiations réalisées en 2010 qu'en 2007. Les maisons de Tivaouane et Mbacké réalisent certes un peu moins de médiations (respectivement 692 et 579 médiations sur l'année 2010 contre plus de 1000 pour les autres maisons), mais le taux de réussite est dans la moyenne nationale (respectivement 86,41 % et 78,5 %, avec des taux qui oscillent généralement entre 62,3 % et 98,2 % pour l'ensemble des maisons).

Le public touché, généralement des hommes et femmes issus de catégories socio-professionnelles très modestes, tend à confirmer que le droit est approprié quand son accès est facilité et qu'il transite par des canaux jugés plus conformes à la manière de concevoir la justice.

En général, les gens viennent directement car ils préfèrent la médiation au procès. On ne veut pas emmener ses parents devant la justice.

(Entretien avec la coordinatrice de la maison de Rufisque, 2009)

Par ailleurs, le fait que les femmes soient les premières à se saisir des maisons de justice vient renforcer l'hypothèse d'une possible émancipation des cadres normatifs traditionnels. Par exemple, il n'est pas anodin que la majorité des cas traités touchent à des questions de divorce. Dans ce cas précis, le mari peut ne pas vouloir mobiliser la norme étatique parce qu'il ne la maîtrise pas ou s'y oppose sur le fond. Néanmoins, il va être amené à en admettre la normalité et les effets légaux parce que sa femme y a recours²⁶. On peut donc parler d'une acceptation de la norme, pas nécessairement consciente ou voulue, qui passe par l'imprégnation sociale et la modification à la marge de la règle du jeu commun. L'idée d'une incompatibilité quasi génétique entre le Code de la famille et la société à laquelle il s'adresse se retrouve ainsi fragilisée.

III.3. Redéfinir la légalité et la légitimité à partir de la *norme pratique*

Néanmoins, si le bilan des maisons de justice montre un rapprochement sensible entre la justice de la famille et les justiciables et invite donc à reconsidérer, à une échelle individuelle et pratique, des résistances présentées jusque-là comme collectives et politiques, il ne faut pas perdre de vue que le droit qu'elles appliquent est en réalité une forme d'aménagement du droit officiel. C'est le cas en matière successorale où l'on tient essentiellement compte des normes coutumières et/ou religieuses : « On se repose beaucoup sur le droit musulman. En dernier lieu, on parle du droit commun » (entretien, maison de Rufisque, 2009).

L'exception tend ainsi à devenir la règle, comme le montre également la jurisprudence, confirmant une dichotomie entre droit officiel et droit officieux au sein

26. Peter HALL, « Policy Paradigm, Social Learning and the State », *Comparative Politics*, 25 (3), p. 275-296, 1993.

même des tribunaux²⁷. Un juge est d'ailleurs allé jusqu'à mettre en place des modèles de requête avec une case à cocher concernant le type de régime successoral souhaité par les héritiers, alors que la loi rattache l'application du droit musulman à la volonté du défunt. Les libertés prises avec la légalité sont assumées par les magistrats au nom du principe de responsabilité.

Si le juge ne voit pas une option dans la requête, c'est automatiquement le droit commun qui s'applique. Mais on est aussi les juges d'une société. 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 qu'ils contestent et vous disent que le juge ne leur a rien dit. En fait, il n'y est pas tenu. Mais pour moi, une décision n'a de sens que si elle est comprise.

(Entretien avec un magistrat, Pikine, 2010)

À cette prise en compte de différents systèmes normatifs s'ajoute une certaine souplesse dans la pratique, en matière de procédures légales, notamment concernant le divorce. En cas d'échec de la conciliation au sein de la maison de justice, les couples sont orientés vers le tribunal. Mais, la plupart du temps, ils n'ont pas le certificat de mariage, indispensable pour engager la procédure de divorce. Durant l'une des audiences observées, le médiateur a proposé à un couple d'aller chercher un certificat à la mairie de leur domicile et non au tribunal de la localité où ils avaient célébré leur mariage religieux et leur a donné une recommandation à fournir aux autorités concernées. Le médiateur justifie cet arrangement par le choix de faire primer l'efficacité plutôt que la légalité.

Le droit s'intègre donc progressivement dans le quotidien des gens mais il ne s'agit pas exactement du droit de l'État. Celui-ci ne peut étendre son empire qu'en organisant ses ajustements et en les amplifiant. La norme appliquée se différencie également de la norme coutumière et/ou religieuse. Elle peut être appréhendée à travers le concept de *norme pratique* qui permet d'expliquer l'écart entre les normes officielles et les comportements tout en montrant comment les acteurs agissent malgré tout de façon régulée à travers elle²⁸. La norme pratique oblige par ailleurs à rompre avec les oppositions binaires *légalité vs légitimité* ou *moderne vs coutumier* pour évaluer la manière dont les différentes normes sont mobilisées, successivement ou simultanément, dans un contexte de pluralisme normatif marqué. Les justiciables s'inscrivent en fait dans une position intermédiaire entre le réflexe légaliste systématique et une attitude d'opposition au droit. Cette position nuancée, qui reflète les tensions entre les différents systèmes de valeurs auxquels le justiciable est soumis et la logique rationnelle de poursuite de ses intérêts individuels, reste cependant difficile à appréhender *a priori* puisque le débat sur la norme légitime a été clivé autour du conflit entre droit musulman et respect du principe d'égalité entre les sexes. Dans la pratique quotidienne des populations, ces différentes normes coexistent pourtant à travers un système de régulation implicitement reconnu par l'État.

27. Marième N'DIAYE, « Ambiguïtés de la laïcité sénégalaise : la référence au droit islamique », in Baudouin DUPRET (dir.), *La charia aujourd'hui*, Paris : La Découverte, coll. « Recherches », 2012, p. 209-222.

28. Jean-Pierre OLIVIER DE SARDAN, « À la recherche des normes pratiques de la gouvernance réelle en Afrique », *Afrique : pouvoir et politique*, 5, Discussion Paper, Overseas Development Institute, 2008.

Conclusion

L'analyse des différentes formes de non-recours au droit étatique de la famille a permis de distinguer plusieurs niveaux de désobéissance (individuelle, collective), eux-mêmes fondés sur différents enjeux (pratiques et/ou idéologiques). Le caractère massif du non-recours a été accentué, sinon encouragé, par l'opposition des groupes islamiques au code. Cette lecture s'est d'ailleurs largement imposée sur le long terme face à l'absence de réactivité de l'État. Cependant, la mise en place des maisons de justice a généré des évolutions sensibles, les attitudes *contre* le droit tendant à se transformer en comportements de jeu et de négociation *avec* le droit. Ainsi, la lecture d'une résistance au droit à la fois collective et politique (au nom de la préservation des valeurs islamiques) se trouve fragilisée. Le bilan des maisons de justice montre qu'un renforcement des capacités de l'État permet d'agir sur les comportements à l'égard du droit et amène à relativiser la force de l'opposition au socle de légitimation laïc sur lequel il se fonde. La pluralité des interprétations du non-respect de la loi fait finalement écho à la pluralité des normes et des rationalités qui se mêlent. Il n'y a pas un droit coutumier majoritaire et un droit étatique marginalisé, mais une norme pratique qui se construit à partir de différentes combinaisons de ces normes, invitant à une lecture davantage stratégique des comportements, trop souvent ramenés à une interprétation fondée sur la seule confrontation des valeurs.

Annexe

Le droit de la famille au Sénégal. Dates clés

Période coloniale : la justice de la famille se fonde sur un double pluralisme de législation et de juridiction ; les tribunaux de droit commun cohabitent avec les tribunaux de droit local (coutumiers et musulmans) qui rendent la justice aux indigènes et aux citoyens des Quatre Communes qui ont choisi de conserver leur statut traditionnel.

1960 : au moment de l'indépendance, la réforme de l'organisation judiciaire met fin au pluralisme de juridiction avec la suppression des tribunaux musulmans.

1961-1972 : processus d'élaboration du droit de la famille ; le pluralisme de législation est progressivement abrogé, ce qui traduit la mainmise de l'État sur la nouvelle définition de la norme familiale.

1973 : entrée en vigueur du Code de la famille.

1979-1983 : diffusion de la revue *Études islamiques* – très critique à l'égard du Code de la famille – qui publie notamment un code de statut personnel inspiré de la charia dans un numéro spécial sur la question.

1987 : séminaire de réflexion organisé par le ministère de la Justice sur l'avenir du Code de la famille quinze ans après son adoption.

1989 : réforme du Code de la famille adoptée par l'Assemblée nationale ; essentiellement procédurale, elle comporte néanmoins deux réformes de fond : le mari ne peut plus s'opposer à l'exercice d'une profession par son épouse et le choix de la résidence est décidé par les deux époux.

1996 : discussion autour d'une éventuelle réforme limitant la polygamie à deux épouses ; l'idée sera finalement abandonnée faute de consensus sur la question.

1998 : projet de loi sur l'instauration de l'autorité parentale ; le processus est bloqué en raison du contexte d'alternance.

2002 : Le Comité islamique pour la réforme du Code de la famille sénégalais (CIRCOFS) propose un code de statut personnel fondé sur la charia ; la proposition est immédiatement rejetée par le président de la République.

2004 : le ministère de la Justice met en place les premières maisons de justice, au sein desquelles la majorité des médiations réalisées portent sur les affaires familiales.

2009 : les associations de femmes relancent la proposition d'instauration de l'autorité parentale. Ni le président Abdoulaye Wade ni son successeur Macky Sall (2012) n'ont donné de suite à cette proposition.

■ L'auteur

Marième N'Diaye est docteure en science politique de l'Institut d'Études Politiques de Bordeaux. Elle a réalisé un post-doctorat à l'Université de Montréal sur les usages militants du droit à partir du cas de l'Association des juristes sénégalaises (AJS). Ses intérêts de recherche portent principalement sur le droit et la justice en Afrique, abordés à partir d'une perspective croisant sociologie du droit et sociologie de l'action publique. Elle a notamment publié :

— « Rappports sociaux de sexe et production du droit de la famille au Sénégal et au Maroc », *Cahiers du genre*, 57, 2014 ;

— « Ambiguïtés de la laïcité sénégalaise : la référence au droit islamique », in Baudouin DUPRET (dir.), *La charia aujourd'hui*, Paris : La Découverte, coll. « Recherches », 2012.