Femmes du Maghreb : jeu et enjeux du droit

Sana BEN ACHOUR *

Quels droits les législations nationales des trois pays du Maghreb — Tunisie, Algérie, Maroc — réservent aux femmes ? Posée sous cet angle, la question est, de toute évidence, doublement réductrice ; d'abord en ce qu'elle ne rend pas compte du combat de ces millions de Maghrébines qui, partout, dans les foyers, les écoles, les lieux de travail, la rue, au quotidien brisent les chaînes de leur réclusion pour construire le Maghreb de l'égalité et de la dignité ; ensuite, en ce qu'elle n'appréhende le droit qu'en sa version officielle à l'ombre du législateur, passant sous silence le pluralisme du champ juridique et le rôle qu'y jouent le vécu et la pratique des acteurs. Pourtant, même formulée ainsi, la question, d'apparence anodine et sans relief est, à sa manière, révélatrice d'une tension, tenant à la triple articulation du statut des femmes au droit, au politique et à l'ordre social.

Au sujet du droit, deux observations s'imposent, relatives à son ambivalence. S'il est un produit social qui trouve ses facteurs explicatifs dans des causes qui lui sont externes — l'économie, le culturel, les rapports de force et de pouvoir, les tensions sociales — et qui en font le condensé de la culture commune, il est aussi un phénomène social spécifique, ayant une cohérence intrinsèque, une logique interne, un fonctionnement propre. Il fonctionne selon Bourdieu comme «un univers social autonome, capable de produire et de reproduire, par la logique de son fonctionnement spécifique, des pratiques et des représentations relativement indépendantes des contraintes externes».[1] Énoncé sur le mode du commandement, il ne parle des êtres que pour prescrire des «devoir-être». En même temps qu'il prétend décrire le réel social dont il se dit être le «plat compte-rendu», il l'appréhende à travers sa propre grille de lecture et lui imprime sens...«autorisé». Cette capacité, il la tient de ce qu'il n'est pas qu'un ensemble de techniques neutres et objectives mais un discours social central fixant les règles de jeu essentielles d'une société. Philosophes, juristes, sociologues et linguistes s'attachent à en démasquer les valeurs, l'ordre du discours, les déterminants, la rhétorique. Au carrefour entre le monde de l'action et celui des représentations, il est un discours agissant qui traite de la réalité pour agir sur elle[2]. Ainsi que l'écrit J.P. Charnay, «à partir de l'analyse d'un réel conceptualisé, le droit définit un certain nombre de rapports entre les individus, les groupes et les choses, entre les personnes juridiques singulières ou collectives et les objets de droit : rapports destinés à servir d'instrument de mesure (donc, *ex ante*, de modèle de conduite ; et *a posteriori* de moyens de réajustement) à l'action humaine»[3] . Ces potentialités en font un instrument privilégié de changement ou de conservation de l'ordre social. Quels usages en font les États du Maghreb ?

De fait, la production normative des États du Maghreb est impressionnante et présente, en dépit des différentes trajectoires que chaque pays a connues, les mêmes tendances lourdes. Le droit des institutions politiques et de l'organisation du pouvoir est porteur d'une distorsion entre l'univers conceptuel et référentiel de facture libérale et démocratique (État de droit, constitution, suffrage universel, droits de l'homme, multipartisme) et la réalité du fonctionnement de la représentation et de la gestion politiques (prééminence du chef, Parti-État, clientélisme, allégeance clanique, confiscation du pouvoir) [4]. Le système juridique présente une dichotomie entre sa structuration externe fondée sur le principe de l'unité de source formelle et la teneur de ses dispositions de sources matérielles diverses, imprimant à l'ensemble un caractère composite. Celui-ci est traversé et/ou habité de valeurs et de logiques concurrentes, aspirant chacune à la complétude, la totalité, l'exclusivité : droit positif, droit musulman, droit coutumier[5] . Enfin, en de nombreux domaines en rupture avec les faits, le droit est en retard sur les «nouvelles causes» d'un Maghreb en mouvement : mouvement des femmes, mouvements pour les libertés et les droits de l'homme, mouvement berbère, etc.

Cette anomie du juridique pousse-t-elle à conclure à la marginalité du droit des sociétés maghrébines ? En réalité, le nouveau dispositif normatif mis en place dans les pays du Maghreb qui exprime — malgré

* *Professeur à l'Unersité de Tunis*

tout — les valeurs de l'État moderne n'a pas été sans une certaine prise sur le réel et sans provoquer une «conscience juridique» dont témoignent les revendications de la société civile pour les droits, la légalité, l'État de droit, la citoyenneté [7]. Participant de ce mouvement social, la revendication des femmes pour l'égalité et les droits exhibe les enjeux culturels portés par le droit.

A l'égalité des sexes fondée sur la dignité de l'être humain, s'opposent les valeurs pérennes du patriarcat, son ordre hiérarchique, son privilège de masculinité. A la liberté du sujet, s'oppose la respect des traditions. A l'universalité des droits de la personne, s'opposent les spécificités culturelles. Rien de ces oppositions n'est, il est vrai, particulier au Maghreb, ni d'ailleurs aux sociétés islamistes. Comme le souligne N. Saadi «cela tient au fait que bien avant l'Islam, comme bien après ou bien ailleurs, la femme est au centre des valeurs archaïques sacralisant «l'honneur de la tribu», la circulation des alliances matrimoniales de la terre, du nom et du sang, lieu du contrôle de la sexualité, enjeu de l'éternelle tradition. Et il est non moins connu qu'à toute période de profonds changements, de crise, resurgit le retour du refoulé et de l'archaïque» [8].

Gouvernants et groupes islamistes d'opposition se disent les dépositaires de la culture «authentique». A l'égard des femmes, un véritable contrôle culturel est passé ou déjà mis en place... Aucun pays (...) du Maghreb n'a échappé à ce sursaut islamiste.

En réalité, si particularité locale il y a, elle tient au fait que dans ces pays où le changement social et culturel est spécialement porté par les femmes, «la question féminine», au centre du débat de société, est investie dans une interrogation identitaire sur ce en quoi le corps social se veut soi et différent de l'autre. Les promesses manquées ont provoqué ici et là le repli sur soi et le développement des intégrismes. Gouvernants et groupes islamistes d'opposition se disent les dépositaires de la culture «authentique». A l'égard des femmes, un véritable contrôle culturel est prôné ou déjà mis en place et imposé.

Aucun des trois pays du Maghreb n'a échappé à ce sursaut identitaire et à l'affrontement, plus ou moins violent, qu'il fait naître au sujet des droits des femmes. Dans des pays fortement imprégnés de culture islamique, le débat sur la condition des femmes prend nécessairement la forme d'une controverse théologico-juridique sur la source du droit, le degré d'émancipation de la loi positive par rapport à la loi divine.

Les «fondamentalistes» prônent le «retour aux sources» et revendiquent l'application totale de la *chari'a*[9] dans tous les domaines de la vie politique, économique et sociale, dans tous ses aspects, publics et privés. Ils affirment que le Coran a fait naître les femmes à la vie juridique en accordant à la Musulmane tous ses droits et toute sa dignité. Rien donc ne doit être changé. Les «musulmans modernistes», préconisent la «réouverture de la porte de l'*ijtihad*», effort d'interprétation législative à l'origine du corpus formant le droit musulman. Il s'agit pour eux d'adapter ses règles, fixées au IIIème siècle de l'Hégire, à l'esprit des temps modernes. A l'égard des femmes, ils mettent en avant l'esprit libéral du Coran. Entre ces deux tendances opposées, qui pourtant partagent une conception religieuse des droits des femmes, le dialogue est sourd. Il devient violent lorsque interviennent les «laïcs» qui, séparant l'ordre du sacré et de la temporalité, revendiquent l'application indifférencié des droits de la personne humaine.

Telle est, rapidement et schématiquement brossée, la teneur du débat sur les droits des femmes. Qu'en est-il en droit positif ? Quels droits sont en vigueur dans les États du Maghreb ? En droit positif, la condition juridique des femmes est prisonnière d'une triple contradiction : contradiction entre son statut civil et son statut politique (I), contradiction entre conservation et innovation juridique (II), contradiction entre adhésion et résistance aux standards onusiens des droits de l'homme (III).

I - Contradiction entre statut civil et statut politique

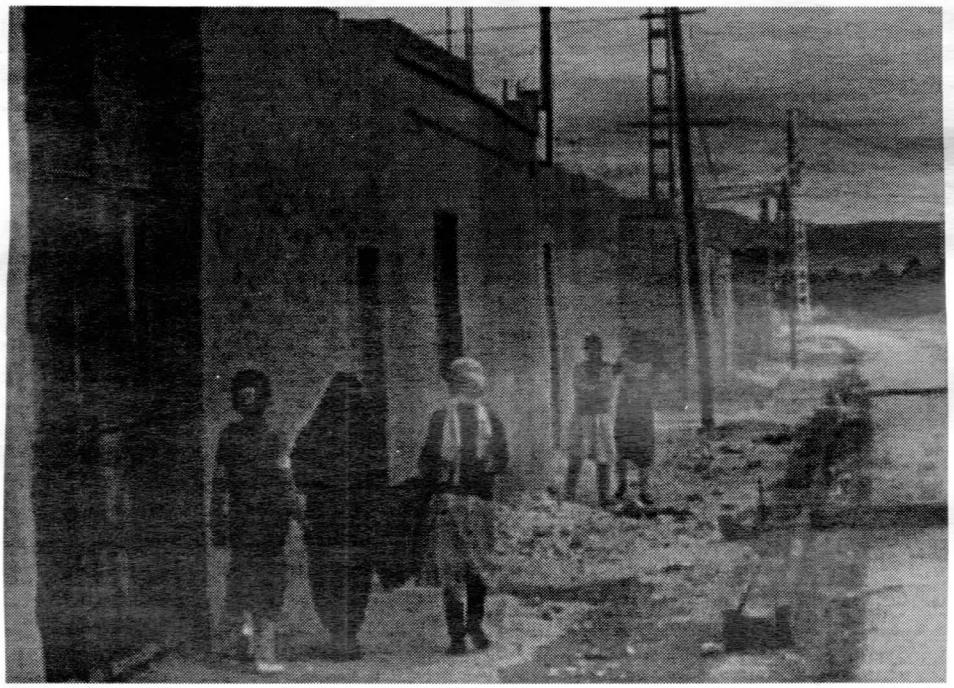
Les systèmes juridiques maghrébins entretiennent le dualisme entre le statut public des femmes fondé sur l'égalité des sexes et leur statut privé fondé sur la discrimination et la minorisation juridique.

Partout dans les pays du Maghreb est retenu le principe constitutionnel selon lequel «tous les citoyens ont les mêmes droits et les mêmes devoirs, ils sont égaux devant la loi». Les lois fondamentales des trois pays consacrent le principe de l'égalité face au droit de vote et d'éligibilité. Partout est affirmé le principe de l'égal accès aux emplois publics sans discrimination de race, de couleur, de sexe[10]. Le principe de non discrimination entre hommes et femmes dans l'exercice du droit au travail est retenu[11]. Le droit syndical et les libertés publiques d'association, d'expression, sont reconnus pour tous. Le droit à l'éducation est garanti ouvert également à tous les citoyens. Il est partout accompagné de l'affirmation du caractère obligatoire de l'enseignement, aménagé dans les trois pays en scolarité de base obligatoire de 9 années.

Ce statut juridique public d'égalité connaît, il est vrai, plusieurs entorses légales : la persistance du privilège de masculinité, particulièrement pour certaines hautes fonctions de représentation politique, les pratiques discriminatoires à l'entrée et lors du déroulement de la carrière, la précarité de l'emploi féminin dans le secteur privé particulièrement fragilisé par les politiques d'ajustement structurel, l'insuffisance de la couverture sociale des femmes, le chômage des femmes, les salaires inférieurs, l'analphabétisme qui touche plus les femmes et les zones rurales. Mais il est non moins vrai que l'espace public est de plus en plus ouvert aux femmes. Partout, l'essor du travail féminin pulvérise les schémas traditionnels du confinement des femmes dans l'espace domestique.

Ce statut juridique public d'égalité connaît (...) plusieurs entorses (...) particulièrement pour (...) la précarité de l'emploi féminin dans le secteur privé particulièrement fragilisé par les politiques d'ajustement structurel.

En revanche, le statut juridique des femmes au sein de la famille demeure en entier ou en partie organisé sur le principe du patriarcat, de la toute puissance du pater familias, de l'infériorisation des femmes. Les codes de statut personnel et de la famille, symboles de la modernité juridique en ce qu'ils expriment la récupération par l'État national du pouvoir exclusif de dire le droit, reconduisent avec des variantes, il est vrai, l'ordre de la famille patriarcale, patrilinéaire et agnatique.. La Mudawana marocaine promulguée en 1957 et révisée en 1993, au mépris des revendications pour l'égalité, concrétisée par la pétition par un million de signatures[12], le code algérien de la famille promulgué en 1984, après de nombreuses



Les femmes dans la rue : Na'ama (Algérie, 2200 habitants, 1993

hésitations, atermoiements et plusieurs avant-projets, en total désaccord avec les conquêtes sur le terrain des femmes algériennes, le code tunisien du statut personnel, promulgué pourtant en 1956 dans un esprit de réforme et exprimant à sa manière une révolution par le droit, portent tous, par leur champ même, réduit à la famille, les marques de leurs limites.

Les droits algériens et marocains, tout en supprimant l'ancien droit de *«jebr»*, droit de contrainte détenu par le père ou tout autre proche agnat, conservent, avec quelques aménagements, l'institution archaïque du tuteur matrimonial (le wali). La polygamie, pratique socialement dépassée, n'y est pas interdite, mais seulement assortie de quelques mesures compensatoires. Un devoir d'obéissance pèse toujours sur l'épouse. Gardiennes de leurs enfants, les mères n'en sont pas cependant les tutrices et ne disposent, sauf cas exceptionnels (décès du père ou perte de la capacité légale de celui-ci), d'aucune prérogative concernant les études, les finances ou d'autres aspects de la vie de l'enfant. Le divorce demeure un droit absolu de l'époux et confine à la répudiation. En Tunisie, le Code du Statut Personnel, qui pourtant se veut émancipateur des femmes, n'a pas manquer de reconduire le modèle. Le mari y est toujours, malgré les modifications de 1993, chef de famille pourvoyeur aux besoins de l'épouse et des enfants. Les époux sont encore tenus de remplir leurs devoirs conjugaux conformément aux usages et à la coutume. Le système successoral musulman, fondé sur les inégalités de parts entre les hommes et les femmes, y est maintenu. L'ambiguïté sur les empêchements de mariage dus à la disparité de culte n'est toujours pas levée.

Contraire à l'idéal d'une «citoyenneté à part entière», cette construction juridique demeure articulée sur un principe «d'égalité différenciée», à l'origine des situations de rupture de la légalité et de troubles dans la régulation des rapports sociaux.

II - Les droits des femmes entre innovation et conservation juridique

Cette ambivalence est observable dans l'aménagement légale des rapports hommes/femmes. L'intérêt d'examiner la question sous cet angle tient au fait que le droit, en tant que norme positive dans la société, «participe des productions symboliques et détermine dans toute culture la place des sujets»[13]. Selon qu'il détermine des places interchangeables et équivalentes ou des places différenciées, il produit et reproduit de nouvelles — anciennes identités.

L'exemple typique est assurément fourni par le Code du Statut personnel tunisien. En rupture, sur plusieurs aspects, avec le modèle traditionnel et son ordre patriarcal, il projette la famille tunisienne dans un ailleurs *a priori* moderne. Par le contenu émancipateur de nombreuses de ses dispositions, il révolutionne la famille traditionnelle, la soumet à son nouvel ordre conjugal, sa raison moderne. Architecte ingénieux du nouvel ordre légal privé, le législateur tunisien n'a pas moins fait preuve d'incohérence dans son œuvre normative, renforçant d'une part, le processus d'émancipation des femmes, reproduisant d'autre part, la logique de domination sexuelle et de minorisation juridique. Saisissant les rapports au sein de la famille, le C.S.P. oscille entre rénovation et conservation du modèle patriarcal. Tout en définissant de nouveaux rôles, il stabilise ceux fondés sur la hiérarchie verticale hommes/femmes.

Certaines mesures constituent une sérieuse avancée dans la reconnaissance des droits et dans l'instauration d'un nouvel ordre familial et conjugal fondé sur la réciprocité à défaut d'égalité. Il s'agit des dispositions visant l'aménagement de nouveaux rapports conjugaux fondés sur la réciprocité dans le traitement bienveillant et sur la solidarité et la coopération et la conduite des affaires de la famille («la bonne éducation des enfants, la gestion des affaires de ces derniers y compris l'enseignement, les voyages et les transactions» (art. 23 nouveau), mesure qui vient s'ajouter à celles abolissant la polygamie, la répudiation, le droit du *jebr* et qui vient compléter les dispositions accordant aux conjoints les mêmes droits (le divorce, la restitution des présents, la garde), ou leur imposant les mêmes devoirs (la contribution aux charges des enfants et des parents).

En revanche, le maintien de la dot (condition de validité du mariage), la reconduction du statut du mari chef de famille pourvoyeur aux besoins de l'épouse et des enfants («le mari en tant que chef de famille doit subvenir aux besoins de l'épouse et des enfants dans la mesure de ses moyens et selon leur état dans le cadre de la pension alimentaire» (art. 23, alinéa 4), la reconnaissance d'une présomption de tutelle au profit de l'époux, la référence dans la définition des devoirs conjugaux aux usages et coutumes, la perpétuation des inégalités successorales, le silence sur la question du mariage entre la musulmane et le non musulman, constituent manifestement la conservation — légalisation d'un ordre traditionnel, qui assigne à chacun une place socialement et culturellement déterminée, et

leur prescrit des identités traditionnelles pérennes.

Par son double registre à la foi laïc et religieux, traditionnel et moderne, le C.S.P. installe une schizophrénie juridique génératrice de troubles d'identification et ouvre la voie aux interprétations et aux applications jurisprudentielles les plus fantaisistes. Plusieurs écarts sont enregistrés entre le droit énoncé par le législateur et le droit réalisé par le juge. Le phénomène n'est pas nouveau. Les commentateurs de la jurisprudence tunisienne ont relevé depuis longtemps le fossé entre le législateur et ses interprètes[14]. Profitant des silences, des contradictions et des ambiguïtés du texte, le juge réintroduit le refoulé, le droit musulman. C'est au nom de la saine tradition qu'il n'admet pas la filiation naturelle, voit dans l'apostasie et la disparité de culte des cas d'empêchement à succession, rend nul de nullité absolue, le mariage de la tunisienne — prédéterminée musulmane — avec un non musulman. Par ses silences, ses contradictions, ses ambiguïtés, le C.S.P., tout en fragilisant ses positions émancipatrices — auxquelles il doit sa bonne réputation — grève d'une hypothèque le droit à l'égalité.

III - Adhésion et résistance aux standards universels des droits de la personne.

Les États du Maghreb ne sont pas restés indifférents au discours sur les droits de l'homme qui, au plan des relations internationales est déterminant et qui, au plan interne, se fait entendre par la voie des associations de femmes, des ligues pour la défense des droits et des libertés fondamentales, des syndicats, des partis d'opposition, etc. Élevés au rang de «substrat minimum» auquel la communauté internationale dans son ensemble se sent tenu, les droits de la personne proclamés dans les instruments internationaux conventionnels et autres ne peuvent se suffire à une existence purement internationale : leur effectivité est toute entière suspendue à leur réception, leur intégration dans les ordres juridiques internes des États. Or, si le mouvement vers l'interdépendance est amorcé, il n'est pas complètement accompli. Les résistances sont multiples : les unes d'ordre politique, tiennent à la réticence des États à accorder aux individus des droits dont ils pourraient se prévaloir contre eux ; les autres, les plus redoutables sans doute, car touchant aux références fondatrices d'une société, sont celles qu'on oppose au nom des valeurs identitaires et au nom des spécificités culturelles. Le débat exacerbé, tant à l'échelle internationale qu'à l'échelle interne sur l'universalité, l'homme, et les droits ,témoigne à sa manière de ce conflit de valeur dans un monde multiculturel. Les États du Maghreb, tout en adhérant, signant, ratifiant, traités, chartes et conventions du droit international général ,particulièrement dans le domaine économique et social, rejettent les instruments relatifs aux droits civiques et politiques ou formulent, à l'encontre de certaines de leurs dispositions, celles relatives aux femmes, des réserves visant à exclure leur application ou à modifier leurs effets.

Ainsi le Maroc, tout en adhérant pleinement aux principales conventions de l' O.L.T. sur le travail de nuit des femmes (n° 4 et 41), l'égalité de traitement (n° 19), l'égalité de rémunération (n° 100), la non discrimination au niveau de l'emploi et de la profession (n°111), adhère avec réserve à la convention sur les droits politiques de la femme (1952), et refuse tout engagement aux conventions des Nations Unies sur la nationalité de la femme mariée (1957), le consentement au mariage, l'âge du mariage et l'enregistrement des mariages (1962), la convention de Copenhague sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979). L'Algérie, tout en ratifiant en 1989 le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ainsi que le pacte relatif aux droits civiques et politiques, continue de s'opposer aux principaux instruments relatifs aux droits des femmes et à la non discrimination à leur égard; La Tunisie, qui redécouvre en 1985 les formidables potentialités de blocage de l'article premier de sa constitution, ratifie la convention de Copenhague mais émet à l'encontre de certaines de ses dispositions des réserves précédées d'une déclaration générale selon laquelle «le gouvernement tunisien déclare qu'il n'adoptera en vertu de la convention, aucune décision législative qui irait à l'encontre des dispositions de l'article premier de la constitution tunisienne qui énonce : la Tunisie est un État indépendant et souverain, sa religion est l'Islam, sa langue l'Arabe et son régime la République». Peu importe ici la valeur juridique de l'énoncé «Islam religion d'État». A noter seulement que l'Islam est invoqué, convoqué au gré des circonstances pour faire barrage aux droits des femmes et au principe d'égalité entre les sexes. Son invocation tient plus de l'alibi que du véritable obstacle constitutionnel[15].

Coincée entre droit positif et *chari'a*, entre raison islamique et raison laïque, entre innovation et conservation, la condition juridique des Maghrébines témoigne de la difficulté du droit à penser le sujet acteur féminin.

[1]BOURDIEU (P), «La force du droit, élément pour une sociologie du champ juridique», *Actes de la Recherche en Science Sociales*, N° 64, septembre 1986, pp. 3-19.

[2]HENRY (J.R), «Le changement juridique dans le monde arabe ou le droit comme enjeu», in *Droit et Société*, Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique, n° 15, 1990, pp. 139-149.

[3]CHARNAY (J.P.), «Droit, langage et comportement dans l'Algérie coloniale» in *Normes et valeurs dans l'Islam contemporain*, Paris, Payot, 1978, pp. 180-191.

[4]CAMAU (M), *Pouvoir et institutions au Maghreb*, Tunis, Cérès Productions, 1978.

[5]BOUDERBALA (N) et PASCON (P), «Le droit et le fait dans la société composite, Essai d'introduction au système juridique marocain», *Bulletin Économique et Social du Maroc*, N° 117, avril-juin 1970.

[6]BEN ACHOUR (Y), Droit, religion et politique dans le monde arabe, Tunis, *Cérès Production-CERP*. : 1992, p. 117-202.

[7]Voir en ce sens, SAAF Abdallah, «Droit et État au Maroc. De la juridicisation de l'espace néo-patrimonial», *AL ASAS* n° 80, PP. 14-20.

[8]SAADI (Noureddine) (non-imprimé)

[9]Littéralement, «La voie tracée par le seigneur».

[10]Partant du constat qu'en ce domaine le droit est en avance sur les faits, Abderrazak Moulay R'chid s'interroge «quelle alternative concevoir pour aligner les faits sur le droit ?», in *La femme et la loi au Maroc*, Casablanca, Éditions Le Fennec, 2ème édition 1993. p. 99.

[11]Réformes de juillet 1993 ajoutant un article 5 (bis) au Code tunisien du travail «Il ne peut être fait de discrimination entre l'homme et la femme dans l'application des dispositions du présent code et des textes pris pour son application».

[12]Al-AHNAF (M.), «Maroc, le code du statut personnel», in *Monde arabe Maghreb-Machrek*, n° 145, juillet-septembre 1994, pp. 325.

[13]SAADI (N), «Féminité et masculinité : identité prescrite dans le droit algérien», in *La place des femmes ; les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales*, Paris, Éditions la Découverte, 1995, p. 237.

[14]DELAGRANGE (E), «Le législateur tunisien et ses interprètes», in *Revue tunisienne de Droit*. 1968,II.

[15]*Actes du colloque, la non discrimination à l'égard des femmes entre la convention de Copenhague et le discours identitaire*, préface Mohamed ARKOUN, Copublication UNESCO-CERP, Tunis, 1989.