

La *shari'a* comme référent législatif

Du droit positif à l'anthropologie du droit

Baudouin Dupret



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/ema/844>

DOI : [10.4000/ema.844](https://doi.org/10.4000/ema.844)

ISSN : 2090-7273

Éditeur

CEDEJ - Centre d'études et de documentation économiques juridiques et sociales

Édition imprimée

Date de publication : 30 mars 1996

Pagination : 121-175

ISSN : 1110-5097

Référence électronique

Baudouin Dupret, « La *shari'a* comme référent législatif », *Égypte/Monde arabe* [En ligne], 25 | 1996, mis en ligne le 08 juillet 2008, consulté le 07 juillet 2022. URL : <http://journals.openedition.org/ema/844> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ema.844>

Ce document a été généré automatiquement le 7 juillet 2022.

Tous droits réservés

La *shari'a* comme référent législatif

Du droit positif à l'anthropologie du droit

Baudouin Dupret

- 1 Le 22 mai 1980, une série de dispositions de la Constitution égyptienne étaient amendées, au nombre desquelles l'article 2¹. Celui-ci, qui stipulait que « les principes de la *shari'a* sont une source principale de législation », dispose, depuis, que « les principes de la *shari'a* sont la source principale de la législation ». Au-delà du débat politique que cette évolution a suscité, et hormis l'appréciation qu'on peut porter sur celle-ci, l'on voudrait tenter de dégager les différents points de vue disciplinaires pouvant être adoptés sur la question de la cohabitation et de l'intégration de deux ordres normatifs fondés sur des sources différentes, en l'espèce le droit positif et le droit fondé sur la révélation coranique. Plusieurs entrées permettent d'appréhender cette problématique et d'essayer de sortir de l'impasse confinant l'analyse des phénomènes normatifs en général et juridiques en particulier à la seule alternative du positivisme juridique ou politologique. Ces voies d'élargissement du spectre d'analyse relèvent essentiellement de la théorie critique, de la sociologie et de l'anthropologie du droit.
- 2 Pour réaliser, autant que faire se peut, l'ambition affichée, on suivra un cheminement relativement simple permettant de passer d'une discipline à une autre, au fur et à mesure que chacune aura à la fois révélé ses richesses, potentielles le cas échéant, et ses limites. C'est ainsi que l'on débutera par une analyse juridique de cette disposition constitutionnelle égyptienne, avant d'introduire, fidèle en cela à la théorie kelsénienne, la question du contrôle de constitutionnalité, ce qui permettra d'évoquer la Haute Cour constitutionnelle égyptienne et sa Jurisprudence. On se rendra alors compte que cette dernière est largement sortie de la stratégie de contournement de la difficulté propre à la dualité normative qu'elle avait adoptée à l'origine. Le fait qu'elle ait été amenée à se situer sur le terrain de la *shari'a* vient en effet porter le débat en dehors du seul discours de technique constitutionnelle positive dans lequel il était enfermé. La question n'est plus, en effet, de savoir si le principe de solidarité des articles de la Constitution égyptienne est respecté et si la nouvelle formulation de l'article 2 introduit une hiérarchie de fait entre eux, mais bien de savoir comment, au niveau de la juridiction constitutionnelle, les deux ensembles normatifs s'interpénètrent.

- 3 Le terrain de la théorie juridique sera propice à l'énoncé de la thèse de la *réicularité* des ordres normatifs, mise en évidence par Marie-Françoise Rigaux, et au test de sa validité. Il reste qu'une attention exclusivement centrée sur le fonctionnement des ordres normatifs risque de faire la part trop belle à une conception du droit qui n'envisagerait celui-ci que du point de vue de son autonomie vis-à-vis des autres modes de connaissance (psychique, sociale, scientifique, politique, morale). Or, cette théorie de l'autopoïèse, pour stimulante qu'elle soit dans sa volonté de souligner la tendance à l'autosuffisance du droit dans l'ensemble de ses constructions, semble négliger deux éléments : d'abord, que l'indépendance (toute relative) du droit ne le met pas à l'abri d'une analyse extra-juridique – le droit est un mode de construction cognitive de la réalité qui ne répond qu'à sa propre logique (construction interne), mais la connaissance du droit en tant que phénomène social est un autre mode de construction cognitive de la réalité sociale que constitue le droit ; ensuite et dans la foulée, que la logique spécifique du droit est doublement déterminée, si l'on reprend la sociologie du champ juridique de P. Bourdieu : et par sa logique interne (les possibles juridiques délimitant l'univers des solutions proprement juridiques), et par sa logique externe (rapports de force orientant les conflits dont il est le lieu).
 - 4 Une fois posé le principe de l'approche par les sciences sociales du droit et de ses productions, on sera nécessairement amené à réintroduire la question des acteurs, qu'il s'agisse du législateur, du juge, de l'avocat ou du justiciable. Pareille interrogation passe nécessairement par l'identification des espaces de production, d'utilisation et de réception du droit. Cela conduira à constater, outre une situation de concurrence pour le monopole de l'expression du droit, l'existence d'une multiplicité de champs normatifs de nature partiellement autonome, c'est-à-dire à la fois résistants aux tentatives de pénétration de normes exogènes et malgré tout influencés par celles-ci selon des modalités particulières.
 - 5 La dernière étape consistera à explorer un niveau encore davantage microsocial. Dès lors que la problématique tourne autour des relations qu'entretiennent la norme constitutionnelle et la norme religieuse, il ne peut qu'être fructueux de tenter de dessiner le contour des représentations que peuvent en avoir ces acteurs. Or, de manière générale, il faut bien admettre que le législateur, pour autant que sa fonction ne soit pas purement formelle, doit légiférer dans l'ordre du raisonnable, tandis que le juge, s'il jouit d'une certaine indépendance, doit statuer dans l'ordre de l'acceptable, en même temps que le justiciable (et son avocat), s'il dispose d'un vrai droit de recours, doit agir dans l'ordre du praticable. Dans les trois cas, il y a lieu d'agir dans un cadre qui puisse faire sens aussi bien pour l'instigateur de l'action que pour son destinataire. C'est ici qu'entre en scène, dans l'analyse, l'anthropologie, qu'elle soit culturelle ou interactionnelle.
 - 6 Quand on aura procédé à cette revue du paysage des disciplines permettant de rendre compte du phénomène juridique, il sera sans doute plus aisé de comprendre la portée véritable des revendications de réislamisation du droit et, partant (en amont ou en aval), de la société. L'on devrait, en tout cas, mieux prendre la mesure de la double fonction du droit, à la fois analyseur et rouage essentiel des processus de sédimentation idéologique.
- Droit et jurisprudence constitutionnels
- 7 La plupart des constitutions des pays arabes font référence à l'islam. Il en va de même pour de nombreux pays où l'islam est la religion dominante. Cela se traduit,

généralement, à quatre niveaux : le préambule, la détermination d'une religion d'État, le principe de conformité de la législation aux principes de la religion et les conditions que doit remplir le chef de l'État (Rycx et Blanchi, 1979). C'est évidemment le troisième de ces niveaux qui, ici, nous intéresse. Ce principe de nécessaire conformité de la législation à la *shari'a* n'est pas de création récente. Outre l'article 2 de la Constitution égyptienne susmentionné, avant son amendement de 1980, les constitutions pakistanaïses (1958, art. 198 ; 1962, art. 6 §1-e, et 199-206), somalienne (1960, art. 50) et iranienne (1979, art. 4) y faisaient déjà référence, ainsi que la plupart des constitutions des États du Golfe. De même, certains pays ont institué un contrôle de l'islamicité des lois, que ce soit au travers du contrôle de leur constitutionnalité – Somalie, 1960, art. 98 §1 – ou non – Pakistan, 1956, art. 198 ; 1962, art. 199-206 ; Iran, 1979, art. 72,92-97 et 101 (Roy 1977).

- 8 En Égypte, la Constitution du 11 septembre 1971 marque une rupture en ce sens qu'elle introduit, pour la première fois, – une référence à la normativité de l'islam dans le système institutionnel. Pour Rycx et Blanchi, un pas supplémentaire est ainsi franchi : « L'islam n'est plus seulement affirmé dans son principe comme un recours dont l'application pratique demeure assez lointaine, mais il peut devenir source immédiate de droit. » (Rycx et Blanchi, 1979, p. 63)
- 9 L'amendement de 1980 a renforcé ce processus, au point que la primauté d'inspiration qui lui a été conférée a mené à en déduire la mise à mal des principes d'universalité de la loi et de solidarité des articles de la constitution. La nouvelle formulation de l'article 2 est, dans cette optique, venue contredire un principe cardinal des systèmes de droit positif des États-nations modernes en vertu duquel tous les citoyens sont posés comme égaux, alors que l'universalité s'était imposée dans le monde arabe contre une conception personnaliste du droit. Par ailleurs, la position des codificateurs est, toujours dans cette même optique, marquée par des contradictions, dans la mesure où elle prétend maintenir sur un pied d'égalité la *shari'a* islamique et les principes constitutionnels, position qui ne peut satisfaire aux « exigences de la logique juridique ».

« Si le responsable des projets part du « postulat » (*musallama*) de la solidarité de l'ensemble des articles de la Constitution, il ne tient pas compte du fait qu'ils ne peuvent être vraiment solidaires. En effet, il existe bien une hiérarchie déclarée entre l'esprit de l'article 2 posant la *shari'a* comme source première et les autres articles régis par le droit positif et donc susceptibles d'être, pour partie d'entre eux, contestés comme non conformes à l'article 2. » (Botiveau, 1993, p. 286)
- 10 En droit constitutionnel, la remarque peut paraître pertinente, même si demeure la question de savoir si le terme de *législation*, dans la formule « la source principale de la législation », vise toute production du législateur, y compris les dispositions constitutionnelles, ou seulement la législation à proprement parler, c'est-à-dire les lois et arrêtés, ce qui impliquerait qu'aucun article de la Constitution ne saurait être soumis au contrôle de l'article 2.
- 11 La question s'est évidemment posée de savoir quels contenu et portée il convenait de conférer à l'article 2 dans sa nouvelle formulation. Les travaux préparatoires à la réforme constitutionnelle, tels qu'en rend compte la Haute Cour constitutionnelle dans son arrêt du 4 mai 1985, permettent d'éclairer la volonté du législateur égyptien :

« Il apparaît, à la lecture de l'article 2 tel que l'a modifié l'amendement de 1980, que le législateur constitutionnel, en astreignant le législateur ordinaire à recourir aux principes de la *shari'a* pour en tirer les règles d'organisation de la société, a apporté

une limite nouvelle à son pouvoir. C'est ce qu'indique la commission spéciale chargée de préparer la réforme constitutionnelle dans son rapport à l'Assemblée du Peuple, où il a été débattu et approuvé le 30 avril 1980. Aux termes du rapport de cette dernière commission, le propos de la nouvelle formulation de l'article 2 de la Constitution est de contraindre le législateur à recourir aux commandements de la *shari'a*, à l'exclusion de toute autre source, pour y découvrir ce qu'il recherche ; si, alors, il n'y trouve pas de commandement explicite, il pourra, par déduction à partir des sources de l'interprétation légale² de la *shari'a*, parvenir aux règles qu'il convient de suivre, et qui n'enfreignent pas les fondements et principes généraux de la *shari'a*. » (HCCE 1987, traduit par Jacquemond, 1986, p. 570)

- 12 Plus que toute autre chose, il importe de prendre la mesure des implications de l'article 2 de la Constitution égyptienne au niveau de la pratique juridique. L'un des meilleurs instruments pour ce faire est d'examiner le contentieux constitutionnel qui s'est naturellement développé autour de l'interprétation de cet article et la jurisprudence qu'a élaborée à son égard la Haute Cour constitutionnelle. Dans un premier temps, cette juridiction a eu tendance, quand elle était saisie d'un recours en inconstitutionnalité, à ne pas s'engager sur le terrain de l'interprétation de la *shari'a* pour davantage s'en tenir à une stricte technique juridique. C'est ainsi que, dans son arrêt du 4 mai 1985, la Cour constitutionnelle égyptienne a annulé le décret-loi 44-1979, dit « décret Jihân » (du prénom de l'épouse du président de la République de l'époque, Anouar al-Sadate, car elle en était l'instigatrice), portant réforme du statut personnel³. Ce décret-loi, qui contrevenait à l'article 2 de la Constitution tel que nouvellement amendé, était soumis à la Cour non pas au motif de ladite contravention, mais bien au motif, purement technique, qu'il n'y avait pas lieu, pour un texte datant de 1929 et n'ayant pas été modifié depuis lors, d'utiliser la voie du décret-loi propre aux pouvoirs d'exception conférés par la Constitution au président de la République (HCCE, 1987 ; Jacquemond, 1994). Dans un autre arrêt adopté le même jour, la Haute Cour constitutionnelle a formulé un principe qui a fait jurisprudence. A l'origine du recours, il y avait la condamnation du ministre des *Waqfs* de la faculté de médecine d'al-Azhar à s'acquitter d'une dette importante à laquelle étaient venus s'ajouter des intérêts moratoires, comme il est prévu à l'article 226 du Code civil. C'est cet article qui fit l'objet d'un recours en inconstitutionnalité. La Haute Cour établit alors le principe de non-rétroactivité de l'article 2.

« Il résulte de ce qui précède que depuis le 22 mai 1980, date d'entrée en vigueur de l'article 2 modifié de la constitution, le pouvoir législatif est contraint de veiller à ce que les lois qu'il élabore – textes nouveaux ou réformes de textes antérieurs à cette date – soient conformes aux principes de la *shari'a*, et que pour autant, elles n'outrepassent pas les freins et limites imposés par la Constitution au législateur dans l'exercice de son pouvoir. Ce sont ces freins et limites, y compris ceux de l'article 2 modifié, qui délimitent le cadre du contrôle exercé par la Haute Cour constitutionnelle. Cependant, l'obligation faite au législateur de prendre les principes de la *shari'a* comme source principale de la législation telle qu'exposée ci-dessus ne s'étend qu'aux textes légaux promulgués après la date de son entrée en vigueur, et tout texte de loi qui, dans ce cas, serait contraire aux principes de la *shari'a* surviendrait en violation de la constitution. Quant aux lois antérieures à cette date, elles ne peuvent pour cette seule raison être soumises à cette obligation, et se trouvent par là même hors d'atteinte du contrôle de constitutionnalité qui en découle. » (HCCE, 1987, traduit par Jacquemond, 1986, p. 571)

- 13 Par ailleurs, la Haute Cour écarte l'interprétation du requérant qui affirmait :

« La modification de l'article 2 de la Constitution a fait des principes de la *shari'a* des règles de droit positif obligatoires et immédiatement applicables, abrogeant par conséquent les lois antérieures contraires à ces principes. » (*ibid.*)

- 14 Pour la Cour, le constituant ne l'a pas stipulé expressément et, surtout, si cet argument était retenu, il recèlerait un danger explicite :

« Cela aboutirait non seulement à abroger toutes les législations civiles, pénales, sociales et économiques ou autres contraires aux principes de la *shari'a*, mais encore à contraindre les tribunaux à appliquer aux litiges qui leur sont soumis des règles non codifiées à la place des lois abrogées, avec tous les risques de contradiction entre ces règles et de déstabilisation de l'ordre juridique que cela comporte. » (*ibid.*)⁴

- 15 Si, donc, on peut penser que, tout d'abord, la Haute Cour constitutionnelle a tenté d'échapper au danger d'avoir à interpréter la *shari'a*, préférant cantonner l'appareil de ses décisions à « des arguments de pur droit positif » (Jacquemon, 1994), l'on constate, à l'examen de sa jurisprudence plus récente, qu'il n'en va plus de même aujourd'hui, pour la simple et bonne raison que là où, il y a quelques années, peu de textes législatifs étaient antérieurs à la réforme de 1980, le matériau s'est accumulé et, partant, les possibilités de recours en inconstitutionnalité concernant des textes postérieurs à cette réforme se sont multipliés. Ainsi, dans un arrêt du 15 mai 1993, la Cour a été amenée à se placer explicitement sur le terrain de la *shari'a* et de son interprétation. L'on reviendra plus longuement sur cet arrêt au moment d'exposer la théorie de la réticularité des ordres normatifs. Il convient toutefois de noter, dès à présent, que la Cour précise ce qu'il y a lieu d'entendre par *shari'a* et ce qui, dans ce cadre, peut faire l'objet d'un travail d'interprétation. Voici un extrait significatif de cet arrêt :

« Le fait est que la Constitution a établi dans son article 2, tel qu'amendé et d'après ce qui résulte de la jurisprudence de cette Cour, que cette règle s'applique aux législations promulguées après son entrée en vigueur, ce dont relèvent les dispositions de la loi 100-1985. Cela signifie qu'un texte législatif ne peut pas contredire les règles formelles de la *shari'a* dont la filiation et la signification sont – absolues (*qat'yya al-thubût wa-l-dalâla*). Ces règles et leur définition ne peuvent pas faire l'objet d'un effort d'interprétation (*ijtihâd*). Il s'agit, dans la *shari'a*, des principes supérieurs et des fondements fixes qui n'acceptent aucune interprétation ou permutation. Il n'est pas imaginable, en conséquence, que leur conception soit modifiée en fonction d'un changement de temps ou de lieu. Elles sont dès lors réfractaires à l'amendement et l'on ne peut y échapper. L'autorité de la Haute Cour constitutionnelle se limite en l'espèce à contrôler que l'on s'y tient et qu'elles l'emportent sur toute règle légale qui les contredit. Le fait est que l'article 2 de la Constitution fait prévaloir sur ces règles les dispositions de la *shari'a* dans leurs fondements et leur principes supérieurs. Elles constituent dès lors le cadre général et les éléments fixes dont les exigences s'imposent sans cesse à ce qui se modifie (...). A l'opposé de cela, l'on trouve les règles autorisant le raisonnement individuel (*ahkâm zanniyya*), aussi bien dans leur filiation que dans leur signification, ou dans les deux. Le fait est que le rôle de l'effort d'interprétation se limite à elles et ne s'étend pas à d'autres. Elles sont modifiées par le changement de temps et de lieu afin de garantir leur souplesse et leur dynamisme et pour faire face aux occurrences, dans leur disparité, en organisant les affaires des gens d'une manière qui satisfasse leurs intérêts considérés comme légitimes. Il faut immanquablement que cet effort d'interprétation survienne dans le cadre des fondements supérieurs de la *shari'a* en ce qu'il ne les outre passe pas, qu'il appuie les règles pratiques sur la déduction des préceptes légaux et qu'il vise, au travers d'elles, la réalisation des buts généraux de la *shari'a* dans son principe de préservation de la religion, de la vertu, de la raison, de l'intégrité physique et des biens. » (HCCE, 1993)

- 16 Le processus d'incorporation de la *shari'a* à la structure institutionnelle égyptienne semble donc bien en cours. Il n'est plus vraiment sûr que « tout se passe comme si le régime issu de la révolution de juillet, après avoir "islamisé" la constitution, s'employait désespérément à empêcher que le droit positif ne concorde avec la nouvelle version constitutionnelle, redoutant que par la "force du droit", l'inscription du changement dans le droit écrit ne le rende irréversible » (Botiveau, 1993). Par le biais de la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle, inévitablement amenée à se situer dans le champ de la *shari'a* dès lors qu'il lui revient d'interpréter l'article 2 de la constitution, droit positif et *shari'a* évoluent vers une situation d'interrelation accrue. Leur coexistence ne semble plus tant pouvoir s'analyser en termes de parallélisme qu'en termes de compénétration. Si le droit positif représente un corpus de règles contraignantes applicables en un lieu et un moment donnés, il est aussi le fruit d'un processus de formalisation consacré. En ce sens, une norme trouvant son fondement dans la *shari'a* peut très bien suivre le processus de « positivisation ». Inversement, le propre d'un ordre normatif d'inspiration religieuse – ou, d'ailleurs, de ce qu'on appelle le « droit naturel » – est de fournir un cadre qu'il est interdit d'outrepasser du fait de son référent transcendant. En ce sens, il est très possible qu'un système de droit positif se retrouve islamisé, l'ensemble de ses normes étant passé au crible de ce référent⁵. Ce processus n'est d'ailleurs pas nouveau, si l'on veut bien considérer sous cet angle le développement, par le passé, de la science des fondements du droit (*'ilm usûl al-fiqh*). Sans anticiper sur la partie consacrée aux représentations de la *shari'a* que peuvent avoir les acteurs du droit, il peut sans doute être utile de mentionner, parce que participant très certainement de ce processus de positivisation/laïcisation du droit égyptien, les propos tenus par le vice-président de la Haute Cour constitutionnelle qui, parlant de la place des chrétiens dans le système judiciaire, n'excluait pas leur compétence en matière d'interprétation de la *shari'a* :

« Les chrétiens sont aux côtés des Égyptiens dans les tribunaux pour trancher les différends opposant les gens et promulguer des sentences. Aucune incidence de la confession en la matière. Il n'y a pas de principe s'opposant à ce que le conseiller chrétien, formé à la même école de droit que le musulman – ce qui signifie donc qu'il a suivi les cours de *shari'a* à la faculté –, participe à l'instruction d'un dossier portant sur l'article 2 et, de ce fait, participe à l'interprétation constitutionnelle de la *shari'a*. » (entretien, 29/09/94)

- 17 Ce que l'on vient de décrire n'est pas exclusif à l'Égypte, loin s'en faut, A titre d'exemple comparatif, l'on peut citer un arrêt de février 1984 de la Cour suprême des Émirats arabes unis. A cette occasion, la juridiction rendit une décision en vertu de laquelle une réglementation prévoyant une amende et une peine d'emprisonnement pour ébriété sur la place publique ne préjugait pas de l'application de la peine de flagellation prévue par la *shari'a* (UAE Officiai Gazette 135, février 1984, cité par Sfeir, 1988). L'application de la réglementation nationale est laissée à l'appréciation (*ta'zîr*) des juridictions inférieures, mais pas le fait de l'accompagner de la punition obligatoire en vertu de la *shari'a* (*hadd*). Deux considérations sont à la base de cette décision : d'une part, le fait que la *shari'a* est, conformément à la Constitution des Emirats, une source principale de la législation (Bourgi et Weiss, 1979)⁶ ; d'autre part, la prohibition absolue de la consommation d'alcool dans la *shari'a* et la même prohibition, mais relative à la place publique cette fois, dans le droit positif émirati. Le principe que l'on peut en déduire est donc que la prescription divine l'emporte sur la loi et est plus appropriée que les conceptions d'ordre public et de sécurité. Le raisonnement de la Cour est le

suivant. La source du droit et les dispositions religieuses de la Constitution indiquent : « Les autorités sont chargées par la loi fondamentale de garantir l'islamité de l'État et que les pouvoirs spéciaux et les règles positives de ce dernier dérivent directement de la *shari'a* ».

- 18 Cette interprétation, à quoi il faut ajouter les règles définissant ses compétences, font conclure à la supériorité de la *shari'a* sur la .législation et à la nécessité, pour les lois promulguées dans l'Union, d'être entièrement islamiques. Cela ne conduit pas la Cour à considérer comme inconstitutionnelle la loi nationale, mais à la considérer comme non exclusive des principes qui lui sont supérieurs. Ces principes, elle les positivise dès lors qu'elle donne à la punition accompagnant leur infraction un contenu précis. D'une certaine façon, plutôt que de risquer l'interférence de deux ordres normatifs distincts, elle préfère tenter l'incorporation de l'un des deux en en substantivant en droit positif les dispositions (Sfeir, 1988).
- 19 En filigrane, l'on perçoit que tous les mécanismes conduisant les ordres normatifs à s'interpénétrer entraînent, dans leur sillage, un effet d'homologation (Bourdieu, 1986) d'un ordre au regard de l'autre – et vice-versa –, ainsi certainement qu'un effet d'« homogénéisation rationalisante » (Geertz, 1986), synonyme d'altération de leur contenu originel respectif (Botiveau, 1993). Mais la question est avant tout d'identifier, en théorie du droit dans un premier temps, en sociologie et anthropologie du droit dans un deuxième temps, ces mécanismes d'interpénétration.

Théorie juridique, réticularité et autopoïésis des ordres normatifs

- 20 Dans son ouvrage de théorie juridique, Marie-Françoise Rigaux dresse un inventaire des limites s'imposant à l'exercice de la fonction constituante, qu'elle synthétise dans un tableau (voir page suivante).
- 21 Alors que « le champ normatif est un ensemble plus ou moins structuré qui produit des règles dotées d'une force contraignante pour un groupe d'individus », l'ordre normatif est un « champ normatif dont la structure est nettement élaborée » (*id.*, p. 201-203). L'on se rend ainsi immédiatement compte de la nécessité de ne plus identifier le droit à l'État, ce qui mène, en conséquence, à affirmer le pluralisme des champs normatifs. L'ensemble de ces champs – et donc des ordres – est constitutif de limites à l'exercice de la fonction constituante⁷. La forme de ces limites est soit expresse – limites qui découlent positivement d'un texte ou d'une règle non écrite-, soit immanente – limites qui résultent de la médiation d'une interprétation doctrinale ou jurisprudentielle les incorporant à l'ordre juridique interne (*id.*, p. 204). Leur nature est, quant à elle, soit autonome, soit hétéronome. Autonome, quand son champ normatif de départ (sa source) est aussi son champ normatif d'arrivée : « L'opération se déroule dans un seul système de production normative. (...) Celui-ci élabore donc des limites matérielles à l'aide de ses propres sources. »

Tableau 1

Champs normatifs	Éthique	Droit religieux
Forme	Limites immanentes Sources : 1. Le droit naturel : interprétation par la doctrine ou la jurisprudence du droit naturel 2. La justice ; les impératifs dictés par la réalité sociale : interprétation par la doctrine ou la jurisprudence de l'« ordre social »	Limites expresses Source : la soumission volontaire du constituant
Nature	Hétéronomie incorporée	Autonomie par incorporation Hétéronomie par corporation

Source : Rigaux, 1985, p. 201.

- 22 Hétéronome, quand elle est le fruit de l'application d'un système normatif extérieur au système normatif auquel elle s'applique : « L'opération se déroule entre deux systèmes de production normative distincts, ce qui détermine la nature "hétéronome" de la limite qui fait l'objet de la relation. Le champ normatif de départ qui institue la limite n'est pas le même que celui à qui elle est destinée. » (*id.*, p. 204-205)⁸ Autonomie et hétéronomie peuvent n'être toutefois que formelles. Ainsi, « en se soumettant au droit religieux, l'État prend l'initiative de la soumission mais confère à un autre ordre normatif le pouvoir de déterminer l'objet, le corpus de la limitation. C'est en ce sens que l'on parle d'"hétéronomie par corporation" : l'objet de la limite est hétéronome même si la technique pour l'instituer (l'incorporation) l'a rendue formellement autonome. » (*id.*, p. 205-206),
- 23 L'exemple de cette « hétéronomie par corporation » est donné par les articles de différentes constitutions islamiques – tels l'article 2 de la Constitution de Bahreïn du 6 décembre 1973, qui stipule que « la religion d'État sera l'islam et la *shari'a* sera la source principale de la législation », ou l'article 101 de la Constitution du royaume du Maroc du 10 mars 1972, qui stipule que « la forme monarchique de l'État ainsi que les dispositions relatives à la religion musulmane ne peuvent faire l'objet d'une révision constitutionnelle » (Bourgi et Weiss, 1979). La limite hétéronome peut aussi être incorporée quand elle relève d'un champ normatif qui ne peut être considéré comme un ordre normatif. Il en va ainsi de l'hétéronomie de l'éthique. Incontestable face à l'ordre juridique interne, « puisqu'elle impose des règles considérées comme autant d'empêchements au libre exercice de l'activité constituante étatique », elle est toutefois « étroitement tributaire du mode de définition de ses règles et des individus qui s'en chargent ». Si ces derniers relèvent de l'ordre juridique étatique, « l'hétéronomie du

champ normatif s'incorpore à la source du droit interne indispensable à la reconnaissance du caractère obligatoire de ces règles, pour l'ordre interne » (Rigaux, 1985, p. 206). La limite matérielle hétéronome a pour fonction de soustraire du domaine d'un ordre normatif certaines matières, et cherche donc à préserver un certain équilibre dans les rapports entre plusieurs champs normatifs.

- 24 La théorie de Rigaux cherche avant tout, au travers de sa conception pluraliste du champ normatif, à affirmer le principe de l'autonomie des différentes structures normatives, puis à poser le principe de son nécessaire respect. Mais elle insiste, parallèlement, sur la relativité de cette autonomie, en ce qu'elle résulte de la compénétration des différents champs normatifs (*id.*, p. 209). Quand elle parle de la soumission à un ordre Juridique religieux, Rigaux opère une distinction entre la soumission consentie pour garantir la configuration interne de l'État, et donc pour assurer son autoperpétuation (garantie de temporalité) et la soumission consentie de manière secondaire par rapport à la structure de l'État qui, elle, a pour objectif le respect du principe du pluralisme des ordres normatifs (*id.*, p. 210-211).
- 25 La question suivante à laquelle Rigaux s'efforce de répondre tient au caractère contraignant des limites posées à l'exercice d'une fonction normative telle que la fonction constituante. Cette contrainte – qui fait la spécificité de la règle normative – découle, en premier lieu, de ce qu'il est convenu d'appeler la validité de la norme venant s'imposer au détenteur de cette fonction. Pour le courant positiviste, la validité d'une norme s'identifie à la seule condition formelle d'avoir été édictée conformément aux critères d'attribution, de compétence ou de procédure prévus par un champ normatif (*id.*, p. 222). S'agissant de la validité des limites matérielles hétéronomes, il convient tout d'abord d'introduire la notion de structure réticulaire des systèmes normatifs. Si l'on admet le principe de désidentification de l'État et du droit, on admet en conséquence celui de l'insertion du sujet dans un réseau d'ordres normatifs. Ces ordres sont tous autonomes les uns des autres et, si l'on suit ce qui a été dit précédemment, sont tous en situation d'hétéronomie quand ils sont intégrés l'un à l'autre. L'autonomie reconnue à ces ordres normatifs distincts ne s'oppose toutefois pas au déroulement, entre eux, d'opérations dévoilant leur interdépendance structurelle. L'ensemble des champs normatifs décrit alors une structure réticulaire pour les sujets de la normativité. Dans cette logique, aucun ordre ne détient à lui seul l'ensemble des clefs d'explication du positionnement d'une personne face aux règles déterminant son action. Ainsi, pour ne parler que de l'État, la détermination des prérogatives peut provenir des champs normatifs international, religieux, éthique ou interne, l'ensemble définissant un ordre normatif unique, l'État, régulé par les relations des différents ordres entre eux. La compénétration de ces derniers engendre des normes qui ne sont plus rattachables à un seul d'entre eux. L'opération qui s'est réalisée entre des ordres à l'origine hétérogènes est productrice d'éléments normatifs qui, entre les ordres et pour chacun d'eux considéré séparément, définissent des propriétés nouvelles (*id.*, p. 264-279).
- 26 On peut estimer hybride – fait de rapports d'autonomie et d'hétéronomie – le mécanisme de soumission d'un constituant interne à un ordre juridique religieux. Autonomie dans l'initiative de la subordination (le constituant se prononce seul sur l'inscription de la référence à l'ordre religieux) et hétéronomie dans la définition du contenu de la limitation (relève de l'ordre religieux dont l'autorité est reconnue). Mais l'intention du constituant qui décide de préserver les principes d'un ordre religieux

hétéronome peut amener ce caractère hybride à s'estomper pour laisser place à une nature soit autonome, soit hétéronome. Cette intention paraît pouvoir être double. Le constituant peut trouver dans l'affirmation de l'autorité de l'ordre religieux sur l'ordre juridique interne une garantie d'intangibilité des structures étatiques, l'ordre religieux assurant son fondement et sa cohésion. Dans ce cas, l'ordre religieux, hétérogène de nature, s'imisce à tel point dans l'ordre étatique qu'il devient un rouage essentiel de son équilibre et de sa perpétuation politique. La limite imposée aux prérogatives du constituant n'est alors externe qu'en apparence, la pratique témoignant davantage d'une fusion, et l'hétéronomie apparaît plutôt comme un argument attribuant à l'autorité d'une instance extérieure la nécessaire reproduction du système interne. La volonté du constituant peut aussi – deuxième hypothèse – procéder de son souci de protéger une forme de pluralisme entre deux ou plusieurs ordres juridiques, et non du seul souci de pérenniser les institutions. Cette volonté est avant tout respectueuse de la relativité spatiale et temporelle indissociable de toute normativité et il n'y est pas question d'éternité, même pour la religion, parce que le point de vue est celui du réseau dans lequel chaque ordre est situé, non leur structure interne. Le but ultime s'apparente alors à la recherche d'un équilibre social, par définition précaire et évolutif (*id.*, p. 280-283).

- 27 En conclusion, ce principe de structuration réticulaire de la normativité permet de montrer que l'exercice de la fonction constituante se heurte à des limites matérielles dont la source est plus ou moins hétérogène à l'ordre juridique de l'État. Le degré d'hétéronomie de ces dispositions est le critère premier de mesure du niveau de validité de règles susceptibles d'être imposées au pouvoir constituant étatique (*id.*, p. 307).
- 28 Appliquée au cas égyptien qui, jusqu'ici, nous a retenus, la théorie de Marie-Françoise Rigaux se révèle particulièrement pertinente, au moins pour ce qui concerne son volet descriptif de l'interrelation des systèmes normatifs. L'arrêt du 15 mai 1993 susmentionné, de même que les arrêts du 26 mars 1994 et du 7 mai 1994 font état de la situation d'hétéronomie originelle de la *shari'a* par rapport à la Constitution égyptienne « incorporée » par la volonté du constituant à cette même constitution. L'initiative de la soumission a été prise par l'État, sous la forme du constituant, mais cette soumission a conféré à un autre ordre normatif, la *shari'a* en l'espèce – et ceci, quelle que soit la définition qui puisse en être donnée⁹ –, le pouvoir de déterminer la teneur de la limitation qu'il s'imposait : l'objet de la limite est hétéronome, alors même que la technique l'ayant instituée l'a rendue formellement autonome. Il est clair que la limite hétéronome que constitue la *shari'a* a pour fonction – et pour effet – de soustraire du domaine du législateur égyptien certaines matières considérées, d'après la Haute Cour constitutionnelle, comme permanentes et dégagées de toute controverse. Et c'est bien entendu là que se situe l'enjeu principal du jeu réticulaire qui se noue. En définissant la *shari'a*, dans sa formulation constitutionnelle de « source principale de législation », comme étant constituée des « règles dont la filiation et la signification sont absolues », la Haute Cour constitutionnelle fait à la fois acte de reconnaissance de cette hétérogénéité normative et acte de limitation de son champ d'application, cherchant donc à préserver un certain équilibre dans les rapports entre les deux ordres normatifs. On pourrait qualifier son travail d'opération d'« homologation restrictive ». Pour s'en convaincre, il suffira de reprendre les quelques extraits les plus significatifs de l'arrêt prononcé par la Cour le 15 mai 1993, outre celui qui a déjà été proposé précédemment.

« La chaîne interprétative de la *shari'a*, s'agissant de ces dispositions (l'âge auquel expire la garde du mineur), est l'école de l'imâm Mâlik...

« Un texte législatif ne peut pas contredire les règles formelles de la *shari'a* dans leur filiation et dans leur signification. Ces règles et leur définition ne peuvent faire l'objet d'un effort d'interprétation (*ijtihad*). Il s'agit, dans la *shari'a*, des principes supérieurs et des fondements fixes qui n'acceptent aucune interprétation ou permutation. Il n'est pas imaginable, en conséquence, que leur conception soit modifiée en fonction d'un changement de temps ou de lieu. Elles sont dès lors réfractaires à l'amendement et l'on ne peut y échapper. L'autorité de la Haute Cour constitutionnelle se limite en l'espèce à contrôler que l'on s'en tient à ces (règles) et qu'elles l'emportent sur toute règle légale qui les contredit, (extrait précité)...

« Les jurisconsultes ont indiqué, s'agissant des divergences qui les opposent sur la question de la durée de la garde – la période qui se situe entre son commencement et la fin de l'obligation qui s'y rattache –, que l'intérêt du mineur est l'axe de ses règles et qu'elle appartient aux questions d'interprétation (*ijtihad*) sur lesquelles les points de vue divergent, chacun en fonction du point de vue qu'il compte parmi les plus à même d'assurer le bien du mineur dans un cadre légal et juste. C'est pour cela que les anciens ne proposent pas, pour la garde, de durée précise... En cela, on peut apprécier la souplesse que la *shari'a* a visée... Il est contraire à cette souplesse que le législateur soit lié par des opinions qui, en elles-mêmes, ne sont pas visées, ou qu'il en reste à son interprétation à un moment précis que les intérêts considérés comme légaux auraient dépassé. Telle est la *shari'a* dans ses fondements et ses dérivations, une *shari'a* souple et non figée dans laquelle s'inscrit l'effort d'interprétation, en ce qu'il lui incombe de réaliser tout ce qui est nécessaire à la détermination d'une règle qui n'a pas été textuellement établie, dans le respect de ses principes supérieurs et de ce qui ne contredit pas ses objectifs...

« Attendu que... le fondement de la législation de compensation correspond à des textes coraniques situés à de multiples endroits, au titre desquels figurent les propos du Très-Haut – "Les divorcées ont droit à une compensation convenable, qui est un devoir (*haqq*) pour les pieux" (Coran II, 241) –, qu'al-Shâfi'i a observé dans l'une des deux opinions qu'il nous a livrées (*qawlay-hi*) et dont le caractère obligatoire ressort selon toute apparence. D'autres ont abondé en ce sens en considérant que le terme de 'devoir' (*haqqan*) venait qualifier de "compensation" (*matâ'an*) le propos du Très-Haut et que cela avait été introduit pour confirmer l'ordre qui en était donné, ceci outre le fait que leurs discours tendent généralement à interdire de particulariser la règle sans indication... De la même façon, l'établissement de la compensation est une obligation qui apparaît explicitement dans un autre verset, quand le Très-Haut dit à l'endroit de la divorcée dont rien n'a été exigé et qui n'a pas été déflorée : "Donnez-leur toutefois – au nanti dans la mesure de sa capacité et à l'indigent dans la mesure de sa capacité – une compensation convenable ; c'est un devoir (*haqq*) pour les bienfaisants" (Coran II, 236), au sens de : donnez-leur quelque chose qui constitue une compensation pour elles. L'ordre de compenser est ici explicite. Il n'y a pas d'hésitation sur la question de leur donner la propriété de la compensation, selon ceux qui disent que c'est obligatoire. Le fait qu'elle soit imputée aux pieux et aux bienfaisants n'indique pas qu'elle soit dépendante de ceux-ci à l'exception des autres. C'est au contraire la confirmation de son caractère obligatoire, au sens que les gens dans leur ensemble sont obligés de se conformer à l'ordre du Dieu Très-Haut et de ne pas glisser dans Sa désobéissance.

« Attendu qu'il ressort clairement de la lecture des propos des jurisconsultes, s'agissant de la signification des textes coraniques révélés en matière de compensation, qu'ils divergent sur l'étendue de son application, d'un côté, et sur son caractère obligatoire et recommandable, d'un autre côté. Cela ne tient à rien d'autre qu'au fait que ces textes ont une signification autorisant le raisonnement individuel (*zanniyya fi dalâlati-hâ*), et que ce que le Dieu Très-Haut visait par eux n'est pas tranché. Il est dès lors permis aux détenteurs de l'autorité de faire un

effort d'interprétation (*ijihād*) à leur sujet, en sorte d'organiser ses règles par un texte législatif établissant le fondement du droit en la matière, de distinguer les conditions de sa réalisation en fonction de ce qui normalise son application et de fonder son élaboration sur un terme équivalent transcendant les controverses et ne contredisant pas la *shari'a* dans ses fondements fixes et ses principes supérieurs...

« L'affirmation du requérant, prétendant que la compensation n'est due qu'à la femme non déflorée avant son divorce, peut être infirmée par le fait que le Dieu Très-Haut impose aux pieux qui l'adorent et se conforment à ses enseignements de proposer à toute divorcée une compensation qui soit parfaitement convenable, ce qui signifie son droit à la compensation, même si cela intervient après sa défloration. Les mères des croyants déflorées sont en effet les personnes visées par le saint verset dans lequel le Glorifié dit : 'O Prophète, dis à tes épouses : si vous désirez la vie d'ici-bas et sa parure, venez, je vous donnerai votre compensation et je vous laisserai dans une belle liberté.' (Coran XXXIII, 28) Le texte législatif incriminé a établi que la compensation était évaluée à une pension de deux ans au moins et selon la situation, aisée ou non, de celui qui demande le divorce, à la lumière des circonstances du divorce et de la durée de la vie conjugale. Le fondement de cette évaluation peut être extrait des propos du Très-Haut : "Donnez-leur toutefois – au nanti dans la mesure de sa capacité et à l'indigent dans la mesure de sa capacité" (Coran II, 236)... Il n'y a rien, dans les textes coraniques, qui indiquerait que le Dieu Très-Haut l'a évalué ou l'a déterminé. Ceci signifie qu'il est permis de l'organiser d'une façon qui réalise les intérêts des gens considérés comme légaux. Le texte législatif incriminé n'énonce pas de limite minimale à cette aide matérielle proposée par l'homme à celle dont il divorce, même si cela introduit la question d'opportunité, à laquelle ne s'étend toutefois pas le contrôle constitutionnel. Il n'est pas permis de l'incriminer, d'autant qu'il est des juristes selon lesquels il n'y a pas de limite convenable à la compensation, ni minimale ni maximale. Ainsi donc, la question de son évaluation ne dépassant pas sa limite minimale est déferée à la juridiction compétente qui l'examine en s'appuyant, dans l'évaluation de son montant, sur des bases objectives qu'elle ne suppose ni arbitrairement ni isolément... »

- 29 La conception pluraliste du champ normatif, telle qu'elle ressort de la théorie de Rigaux, pose le principe de l'autonomie des différentes structures normatives. Prescriptivement, elle en souhaite le respect, pour autant, du moins, que la corporation initiée par le constituant ait pour fonction, non pas de garantir temporellement la pérennité d'un régime – ce que l'on pourrait appeler la fonction purement légitimatrice de la corporation –, mais d'assurer la nature pluraliste de l'État. Dans l'état actuel du champ constitutionnel égyptien, cette dernière condition semble bien loin d'être remplie. Il reste que les germes d'un développement réellement pluraliste semblent exister, dont les différentes composantes et leur poids respectif apparaîtra sans doute mieux à l'analyse des représentations des ordres normatifs propres aux différents acteurs. C'est le plan analytique qui, toutefois, émerge plus particulièrement de la théorie de la réticularité des ordres et champs normatifs avec, entre autres, les notions de désidentification de l'État et du droit, d'insertion du sujet dans un réseau d'ordres normatifs, d'autonomie et d'interdépendance structurelle de ces ordres normatifs distincts. L'on est moins sûr, cependant, que l'ensemble définisse un ordre normatif unique, à moins de ne se situer qu'au niveau de la production de l'État, régulé par les relations des différents ordres entre eux. Cette dernière remarque conduit – après avoir reconnu le mérite de la théorie dans l'identification d'une pluralité de sources normatives s'imposant à l'État – à souligner aussi sa faiblesse, qui consiste à faire relever du seul État la production législative. Finalement, ce qui dérange, c'est que Rigaux n'envisage de processus réticulaire qu'au sein d'un espace clos et relativement

imperméable à l'incidence du champ social, particulièrement quand, contredisant son postulat de désidentification de l'État et du droit, elle en revient à l'État comme législateur ultime. En cela, elle semble fonctionner à la manière des tenants de la théorie de l'autopoïèse du droit. C'est à exposer le contenu et les limites de celle-ci qu'il convient maintenant de s'atteler. Cela fera sans doute d'autant mieux apparaître la nécessité d'insérer, dans l'analyse du champ juridique, le champ social et, partant, les dimensions propres aux pratiques et représentations des acteurs – dans leurs stratégies de gestion et de résolution des conflits, entre autres.

- 30 La théorie de l'autopoïèse du droit, telle qu'élaborée par Luhmann (1988) et surtout Teubner (1992, 1993), fonctionne autour de trois thèses principales : la construction par le droit, en tant que sujet épistémique autonome, de sa propre réalité sociale (le droit n'est donc pas le produit mais le producteur d'une réalité sociale) ; la production par le droit, en tant que processus communicationnel, dans ses opérations juridiques, d'acteurs humains comme artefacts sémantiques (le droit n'est pas le produit mais le producteur des individus) ; l'oscillation entre autonomie et hétéronomie cognitives du droit, en tant qu'il constitue une épistémè parmi d'autres dans un champ caractérisé par leur interférence mutuelle (Teubner 1992). Cette théorie, dans sa version radicale, part du principe que toute connaissance est une construction purement interne du monde, ce qui ne laisse aucune place à l'idée du sujet humain comme fondement de la cognition (Luhmann, 1986). Mais là où Luhmann ne voit qu'une fragmentation de la société en une multiplicité de discours autonomes, Teubner fait remarquer la difficulté de résoudre, dans cette perspective, le problème de leurs relations, de leurs conflits, de leurs incompatibilités, de leurs interférences, ce qui le conduit à affirmer que « les institutions sociales comme le droit socialisent la cognition de l'individu » mais qu'en même temps, ces « institutions (...) 'pensent' littéralement, indépendamment des processus psychiques de leurs membres », créant ainsi « des mondes de signification indépendants », et, pour le droit, « dans l'indépendance la plus complète à l'égard des constructions du monde des juristes » dont les constructions psychiques ne fonctionnent que comme des « perturbations ». Et si le droit, comme processus social, est « confronté immédiatement et en permanence à des hommes » (motivations, stratégies et actions des clients, experts, juges et législateurs), ces derniers ne constituent, en fait, que des « artefacts sémantiques », indispensables à la communication juridique mais, en même temps, fictions construites par celle-ci (Teubner, 1992).
- 31 L'idée d'une autonomie épistémique du droit conduit ses tenants à affirmer qu'il constitue un réseau communicationnel fermé produisant, entre autres choses, « des constructions juridiques de la réalité ». Cette autonomie conduirait les opérations normatives du droit, d'une part, à s'affranchir de la normativité morale et politique et, d'autre part, à pousser à la construction d'images idiosyncrasiques du monde distinctes des autres constructions. « Le discours du droit invente une hyper-réalité juridique qui a perdu le contact avec les réalités du quotidien et qui octroie en même temps à ce quotidien de nouvelles réalités », ce qui lui permet de se valider lui-même et de se rendre inaccessible à la critique des autres champs de connaissance. Teubner relativise toutefois l'affirmation de l'autonomie épistémique du droit en introduisant la notion de « piège épistémique », qui définit une situation où le droit est à la fois contraint de produire une réalité juridique autonome et incapable de s'immuniser totalement contre les réalités produites par les autres discours (Teubner, 1992).

- 32 Un des problèmes majeurs de la théorie de l'autopoièse vient du peu de cas qu'elle fait de la relation normes/acteurs (Ferrié, Boëtsch et Ouafik, 1994), ceci valant aussi bien pour les destinataires de la règle de droit que pour ses formulateurs, interprètes et experts. Or, les individus, dans leur rapport au droit, élaborent des systèmes d'action qui renvoient à des processus de discrimination, des jugements (dans un sens non limité à l'énoncé produit dans l'enceinte judiciaire), c'est-à-dire « aux diverses façons selon lesquelles les acteurs ordinaires saisissent les actions des autres à partir de repères (fussent-ils locaux) qui servent de référence à l'ajustement des conduites » (Thévenot, 1992, p. 1282-1283). Il faut admettre qu'il en va pour la norme de droit comme de toute action normative (opinion, attitude, conduite), en ce que son admissibilité et son inadmissibilité sont le fruit d'une construction, elle-même produit d'un accord d'intersubjectivité, fondée sur la « fiction institutive » de sa propre transcendance et de son extériorité aux conflits qu'il est censé résoudre, ce qui pose le principe de son autonomie relative (Ferrié, Boëtsch et Ouafik, 1994). Ce sont donc les repères (basés sur un accord d'intersubjectivité) qui fondent la norme, et plus particulièrement la norme juridique. Ces repères sont « étroitement liés à la dynamique de nouveaux standards de vie ». En ce sens, « dire des choses nouvelles sur ce que c'est qu'être soi et sur ce qu'est le monde, adopter une nouvelle éthique sont des opérations préalables qui structurent le consensus sur les normes et la conduite à adopter envers elles (car le consensus peut porter aussi sur le fait de ne pas les suivre) » (*id.*), et ceci de manière provisoire, en fonction du contexte social et non par simple conformité avec la règle instituée (cf., qui cite Malinowski, 1926). Pour comprendre le droit, il convient donc de saisir la conception que peuvent en avoir les acteurs sociaux davantage que de connaître le détail de son système. Cette conception, évidemment, s'avère particulièrement contrastée.
- 33 Il ne faudrait toutefois pas s'aventurer à rejeter en bloc la théorie de l'autopoièse, surtout dans sa version relative telle qu'élaborée par Teubner, et ce, en dépit de la critique majeure qui vient de lui être adressée. Si les principes de justice servent à orienter et à soutenir l'action des acteurs sociaux dans leur rapport aux normes juridiques (droits positifs et droit musulman classique, par exemple), il ne peuvent pour autant faire l'économie d'un passage par le crible de la norme socialement considérée comme légitime, telle, entre autres, la norme issue de la révélation coranique. L'étude de n'importe quel système de droit ne peut prétendre, à cet égard, à autre chose qu'à la description d'un *status questionis* à un moment précis, sous réserve, bien entendu, des tentatives de redynamisation de ce système pouvant émailler l'histoire, comme de l'impact de l'« homogénéisation rationalisante » que ce dernier peut avoir sur les représentations postérieures. Cette dernière considération fait apparaître « la notion que la pensée juridique est constructive de réalités sociales plutôt qu'elle n'en est un simple reflet » (Geertz, 1986, p. 287). La remarque est d'importance, en ce qu'elle souligne le fait que la représentation du réel exerce une influence sur la pratique de ce réel, lui-même à nouveau producteur de représentations, etc. Le système normatif (et juridique en particulier) fonctionne donc bien en « autopoièse », avec un certain degré d'autonomie non exclusif de l'influence de facteurs externes, mais non complètement déterminé par eux. La question n'est pas de demander au droit d'incorporer le savoir social dans ses constructions du monde, mais de demander à l'analyste du droit, en tant que phénomène social, de bien prendre la mesure de l'impact du champ social – et des constructions du monde qu'il suppose – sur le champ du droit – et les constructions du monde qu'il développe. Si le principe de l'autopoièse du droit semble donc pouvoir être

admis, c'est sous une forme relative. Il faut, à cet égard, distinguer entre l'autopoièse du mode cognitif juridique d'appréhension du réel et la nécessaire inscription du droit par ses acteurs dans le champ social élargi qu'il est loin d'intégralement déterminer, et par lequel il refuse de se laisser complètement déterminer.

- 34 Si, examinant la question de la place occupée par la *shari'a* dans le système normatif égyptien, l'on s'efforce d'en tirer une illustration de la portée et des limites de la théorie de l'autopoièse, on sera conduit à distinguer deux niveaux : le niveau « scolastique » d'un droit et d'une jurisprudence prétendant ne tirer que de leur propre espace (droit positif et sources autorisées de la *shari'a*) les éléments nécessaires au traitement des questions de droit qui sont posées, et le niveau « actoriel » de magistrats, pour ne prendre qu'eux, déterminés dans leur appréhension de cet espace, non pas tant par un savoir religieux constitué, qu'ils sont amenés à interroger et qu'effectivement ils réinterprètent (ce qui va dans le sens de la théorie de l'autopoièse), que par l'« information sociale » qui conditionne leur propre perception métaphysique de la religion, de sa place dans la société – que le droit dont ils sont porteurs prétend organiser – et, dès lors, du champ des « possibles » et « impossibles » dans lequel, inexorablement, ils sont situés. C'est ainsi qu'au cours de différentes discussions et entretiens menés, en septembre et octobre 1994, avec un membre et deux magistrats instructeurs de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne, il a été possible de distinguer très clairement les éléments d'un discours relevant d'une exclusive logique juridique et constitutionnaliste (règles de compétence et d'interprétation ; relations de la Cour et des institutions relevant des trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ; possibilité, pour un non-musulman disposant des compétences requises, de procéder au travail d'investigation et d'interprétation de la *shari'a* requis par l'article 2 de la constitution ; indépendance vis-à-vis des institutions religieuses telles qu'al-Azhar ou le mufti de la République...) et les éléments procédant davantage d'une certaine vision, largement produite par le contexte social, de l'islam, de ses vertus et de sa place en Égypte. Dans ce dernier cas, l'adoption d'un point de vue de type culturaliste attribue à l'islam le mérite de la paternité du régime et du système constitutionnels, des droits de l'homme, du principe de responsabilité des dirigeants, etc., et tend à accréditer l'idée d'une très large correspondance entre la situation juridique de l'Égypte et ces principes islamiques. On trouve ici la réplique exacte d'un discours apologétique dominant, bien que soit passé sous silence son corollaire habituel, la mise en cause du politique et du pouvoir en place dans l'origine, l'entretien et l'élargissement d'un écart toujours plus important entre le droit et le fait, les principes et leur mise en application.
- 35 L'ensemble des projets de constitution islamique pourraient peut-être aussi être interprétés à la lumière de ce qui a été dit de la théorie de l'autopoièse. Aborder cette question permet en outre, dans la mesure où la normativité de ces projets n'est que potentielle, d'introduire la question des relations des champs normatifs et du champ social, Il s'agit bien, en effet, de constructions juridiques proposées de l'intérieur même du champ juridique, mais en même temps étroitement connectées à l'environnement idéologique du moment et donc, d'un produit du champ social outrepassant largement les frontières du droit. On est ainsi confronté à l'intégration explicite d'un questionnement (identitaire, sans doute) trouvant son origine dans le mode de construction cognitive propre au champ social dans son ensemble, dans le champ du droit (qui tente bien entendu de se le réapproprié et d'en opérer sa propre reconstruction cognitive). La question qui, à l'origine, est posée relève des motivations poussant à l'élaboration constitutionnelle d'un projet idéologique, à la base non

juridique, et des modalités de cette élaboration, à la fois produit des pressions exercées par le champ social sur une portion du champ juridique et, à son tour, productrice de pression sur le champ social.

- 36 Finalement, dans la perspective ici adoptée, le contenu même de ces différents projets importe relativement peu. Ainsi, si l'on prend quatre des textes dont on a pu avoir connaissance au travers de l'opuscule de 'Alî Jarîsha (1988), une évidente communauté d'inspiration se dégage immédiatement. Ceci ne signifie nullement que l'étude comparative de ces textes ne se justifierait pas. Bien au contraire. Le tableau synoptique des dispositions de ces projets jugées les plus significatives, dès lors qu'il est question de *shari'a*, devrait, à cet égard, ouvrir la perspective d'une telle étude¹⁰, qui s'avère d'autant plus importante que l'on prétend, à la suite de François Burgat par exemple, qu'il y a épuisement d'une catégorie à vocation explicative universelle, telle que celle d'« islamiste », érigée en ligne de démarcation du paysage social et politique – opposant ainsi islamistes et démocrates –, devant laisser place à l'examen attentif de l'éventail d'orientations et d'attitudes politiques disponibles au sein même de cette pseudo-catégorie¹¹. Ceci étant – et l'extrait du tableau synoptique proposé ci-après (voir pages suivantes) devrait permettre d'illustrer le propos-, l'on se trouve confronté, dans l'ensemble de ces textes, à la prétention de constituer, à partir même d'un champ (juristes ou commissions émanant de facultés de droit) devant sa spécificité et son autonomie à sa compétence en matière de droit positif et constitutionnel (complétée, le cas échéant, par sa compétence en matière de *shari'a*), un modèle alternatif au système constitutionnel en place, fondé sur l'affirmation d'une identité et la lecture d'une tradition juridique.
- 37 Ce que ce genre de reconstruction juridique implique avant tout, c'est à la fois le fonctionnement autarcique du champ du droit qui, jusque dans les critiques qu'il s'adresse, procède de l'action de juristes utilisant la forme juridique dans le but d'un nouveau produit juridique, et l'incidence constante du champ social dans le type de lecture que les acteurs du droit ont de ce dernier et des réformes qu'il convient de lui apporter. Ce qui signifie, dans le cas de l'impact de la *shari'a* sur le modèle de constitution, que les juristes sont déterminés, pour partie, par le développement du discours de nature identitaire qui se manifeste aujourd'hui en Égypte, par exemple, et qu'ils ont alors tendance à le répercuter dans leur conception et pratique du droit.

Tableau 2

Manifeste pour une Constitution islamique (Conseiller 'Alī Jarīsha)	Modèle de Constitution (Groupes des recherches islamiques d'al-Azhar)	Modèle de Constitution islamique (Mustafā Kāmil Wafī, ex-vice-président du Conseil d'État)	Modèle de Constitution islamique (Conseil islamique Mondial) (trad. inspirée de Borrmans, 1987)
Shari'a			
(10) Les règles de la shari'a sont appliquées de manière régionale à l'intérieur de l'État, et de manière individuelle à l'extérieur. Les gens du Livre disposent de leur doctrine, de leur Loi et des règles concernant la famille qui leur sont propres.	(43) Les droits sont exercés d'après les objectifs de la shari'a.	(6) La shari'a est la source fondamentale de la législation et l'islam est la religion de l'État.... Tout ce qui est contraire à la shari'a est non avenu.	(1) b- La shari'a, représentée par le Livre et la Sunna, est la source de la législation et la doctrine du pouvoir.
Justice constitutionnelle			
(22) La formation d'une Haute Cour constitutionnelle doit être réalisée immédiatement pour examiner l'annulation de tout ce qui contrevient à cette déclaration ou contrevient à un texte absolu du Livre de Dieu ou de la Sunna de Son Envoyé.	(81) Une Haute Cour constitutionnelle est constituée pour trancher en matière d'adéquation des lois et des projets aux règles de la shari'a islamique et aux règles de cette constitution. La loi définit ses autres compétences.	(53) Une Haute Cour constitutionnelle est instituée, spécialisée, outre ce que stipule cette constitution, dans le jugement de conformité des lois et propositions aux règles de la shari'a islamique et aux règles de cette constitution. (...)	(61) Le Haut Conseil constitutionnel est le gardien de la constitution ; il veille à protéger les fondements et les bases islamiques de l'État. C'est un organisme judiciaire indépendant.

Tableau 2 (suite)

Manifeste pour une Constitution islamique (Conseiller 'Alī Jarīsha)	Modèle de Constitution (Groupes des recherches islamiques d'al-Azhar)	Modèle de Constitution islamique (Mustafā Kāmil Wafī, ex-vice-président du Conseil d'État)	Modèle de Constitution islamique (Conseil islamique Mondial) (trad. inspirée de Borrmans, 1987)
Pouvoir législatif			
(17) La législation est à l'origine le droit exclusif de Dieu. Il appartient aux détenteurs de l'autorité de légiférer de manière dérivée, non de manière première. (18) La consultation est un droit et s'y conformer est obligatoire. Elle se situe hors du champ d'un texte absolu. Une assemblée consultative est constituée, qui exerce sa compétence dans ces limites.	(83) L'Assemblée des députés établit les lois et établit la politique générale de l'État, la ligne générale de développement économique et sociale et le budget général de l'État. Elle exerce le contrôle des activités du pouvoir exécutif de la manière indiquée par la Constitution et d'une façon conforme aux règles de la shari'a islamique.	(55) Il est procédé à la consultation... (56) Il est procédé à l'élaboration des lois conformément aux règles de l'ijihād légal...	(21) L'Assemblée consultative a compétence pour : - vérifier si les fins que se propose la shari'a sont réalisées à travers les législations dont elle a la responsabilité, en recourant si nécessaire à l'opinion du Conseil des ulémas ; - rédiger les lois civiles ; - approuver le programme général et le budget annuel de l'État... ; - contrôler la politique du gouvernement... - donner les pleins pouvoirs à l'imām... ; - ratifier les traités...

Source : Jarisha, 1988 (Les chiffres entre parenthèses renvoient aux numéros des articles figurant dans les textes cités.)

- 38 Il convient ici de rapidement s'entendre sur ce que l'on qualifie de problématique identitaire. Il ne s'agit aucunement de cet « objet incommensurable, indescriptible dans l'idiome des sciences sociales » qui résulte d'un processus d'extraction de la trame des échanges sociaux, « cette catégorie de phénomènes (...) socialement efficaces mais situés hors du social comme des mentalités », cette « identité substantielle » qui s'avère bien proche de l'idée de « mentalité » (Ferrié, 1996), c'est-à-dire du « terreau culturel » dont n'importe quel groupe social ne saurait se dégager. Il s'agit, au contraire, d'entendre la problématique identitaire en termes de mécanisme menant ce groupe social à chercher un ancrage dans des référents perçus comme authentiques, alors même qu'ils sont en constante recomposition. Il y a donc lieu non pas tant de donner consistance à la prétention identitaire mais de comprendre le mode de fonctionnement et la transposition dans la pratique de la visée identitaire (Roussillon, 1994).
- 39 Les remarques précédentes introduisent la question des acteurs du droit et du champ social – y compris le champ juridique – dans lequel ils s'inscrivent, avec, par conséquent, la nécessité de recourir à une anthropologie des représentations structurantes, ce que l'on pourrait qualifier d'« anthropologie morphologique ». Toute pensée, quel que soit l'univers culturel dont elle émane, propose une vision du monde spécifique. Pareille vision a inéluctablement des implications normatives pour les ordres politique et juridique. Il n'est pas facile de circonscrire avec précision les composantes de pareille *Weltanschauung*. Certaines caractéristiques semblent toutefois ressortir. Si l'on prend, par exemple, le fait islamique, force est de reconnaître que celui-ci doit s'analyser en termes de transformation, quand bien même celle-ci s'accommode, à une plus ou moins grande échelle, des systèmes préexistants et coexistants. Une transformation de ce type débouche nécessairement sur une redéfinition de ce qui, pour la nouvelle société qui en est issue, est normatif. La norme, quelle qu'elle soit, se situe donc au point nodal de la problématique. Encore faut-il pouvoir prendre la mesure du champ qui est le sien et des acteurs qui en font usage.
- Concurrence pour le monopole du droit et champs sociaux partiellement autonomes
- 40 La réintégration des acteurs dans l'analyse du droit se situe dans une perspective refusant aussi bien l'autonomie absolue de la forme juridique que la conception purement instrumentaliste du droit. La troisième voie qu'il convient alors d'ouvrir commence par l'identification d'un univers social, celui des acteurs du droit, qui fonde la distinction entre « les structures symboliques (le droit proprement dit) et les institutions sociales dont elles sont le produit » (Bourdieu, 1986a, p. 4). Il semble toutefois qu'on ne saurait se limiter à pareille démarche pour deux raisons essentielles : le fait, d'une part, qu'elle semble par trop liée à une vision moniste de la production juridique et, d'autre part, l'idée qu'une appréhension de l'univers social de production du droit peut être utilement complétée par une investigation de l'information sociale de cet univers social. Avant de développer ces deux éléments, il y a lieu de souligner les principaux acquis du balisage de l'investigation du champ juridique proposé par Bourdieu.
- 41 « Le champ juridique est le lieu d'une concurrence pour le monopole du droit de dire le droit » (Bourdieu, 1986a, p. 4). En partant de l'hypothèse – que l'on critiquera plus bas – d'un droit unique, cette affirmation tend à mettre en évidence la constitution d'une catégorie d'acteurs, les juristes, en groupe social autonome monopolisant l'accès à des ressources, juridiques en l'espèce, médiatisant de la sorte la relation du profane à la règle dont il peut être amené à revendiquer l'application.

- 42 Ce phénomène de monopolisation/médiation peut évidemment être rapporté à d'autres lieux, époques et domaines de savoir. Ainsi, par exemple, de la question de l'interprétation du texte coranique. Alors qu'il n'est pas question, dans le Coran, de médiation dans l'accès du croyant à la connaissance de sa religion, une catégorie de savants s'est petit à petit constituée, qui tirait de son éducation en droit et en sciences islamiques l'aptitude à établir le modèle prophétique dans son exemplarité quotidienne. Institués en tant que gardiens du texte, les ulémas ont pu, de la sorte, disposer d'un capital d'autorité majeur. Cette autorité a été préservée par la tendance à accumuler des commentaires d'un texte de ce fait de plus en plus médiatisé et monopolisé, le cursus d'enseignement seul étant à même d'autoriser l'accès à la « caste » des gens qui en connaissent le sens (Dupret, 1994b).
- 43 Ce qui se dessine avant tout, c'est une progressive fracture entre deux dynamiques procédant, l'une, d'un savoir technique et l'autre, d'un savoir intuitif s'assimilant au sens commun. On peut percevoir ces dynamiques à travers l'usage du vocabulaire avec, d'un côté – dans la mesure où il y a accès à un savoir technique – l'intelligibilité d'un discours au moyen d'un système de référence qui seul, théoriquement, permet de lui restituer sa signification – ce que Bon (1985) appelle le plan connotatif – et, de l'autre côté, l'intelligibilité d'un discours ne renvoyant plus à un cadre de référence technique mais plutôt, à des systèmes de pensée ambiants – ce que l'on a appelé plan connotatif dérivé (Dupret, 1992), correspondant à des idéosystèmes, à savoir « ces structures qui s'articulent sur les langues naturelles et surajoutent leurs propres règles de signification » (Bon, 1985). Ces systèmes de pensée correspondent bien entendu à des représentations sociales – systèmes de préconceptions, d'images et de valeurs qui ont leur propre signification culturelle (Moscovici, 1982)-, décrivant une réalité sociale et, en même temps, constituant un « environnement de pensée » qui détermine nos perceptions ou conceptions de la réalité et dirige nos actions, ce qui fait qu'elles sont à la fois conventionnelles et prescriptives (Purkhardt, 1993). Ce sens commun, qu'il s'agit de traiter « comme un ensemble relativement organisé de pensée réfléchi, plutôt que comme juste ce que n'importe qui vêtu et qui a toute sa tête sait » (Geertz, 1986) – ce qui en fait quelque chose d'historiquement construit –, est à mettre en relation avec les standards de vie, ces ensembles cohérents de modèles « relevant du monde de la vie quotidienne et connectant des objets, des pratiques et des façons de paraître à une conception idéale de la réalisation individuelle, ressentie comme juste » (Ferrié, 1994). Dans la pratique, l'individu se trouve confronté à des standards de vie, dont l'un est accrédité par l'institution dominante comme étant le seul valide, alors même que la vie de cet individu le met en présence d'autres standards validés par d'autres réseaux de légitimation et qu'il en arrive alors à se situer dans un univers d'alternatives, à se trouver face à des dilemmes qui concourent à la mise en place d'« hybrides ». « c'est-à-dire d'acteurs, de lieux, d'objets et de protocoles de conduites qui associent les éléments distinctifs de différents standards de vie et les 'morales' qui leur sont connectées » (Ferrié, 1994).
- 44 Si l'on en revient à la *shari'a* dans le complexe normatif égyptien et à la définition que peuvent en donner les professionnels du droit, pour ne prendre qu'eux pour l'instant, on se rend ainsi compte que ces derniers participent activement au processus de monopolisation/médiation. Tous les éléments caractéristiques du droit – effets d'apriorisation, de neutralisation, d'universalisation – fonctionnent à plein et l'esprit juridique consiste bien, ici comme ailleurs, à adopter une posture universalisante. Ce

fait se trouve d'ailleurs renforcé par la constitution d'un esprit de corps qu'on retrouve dans une formation spécifique (universités égyptiennes, voire spécialisation à l'étranger) et dans des institutions telles que les syndicats des magistrats et des avocats¹². D'une part, tout ceci ne saurait occulter la véritable fonction d'invention des jugements qui historicisent la norme, la décision judiciaire devant « sans doute plus aux dispositions éthiques des agents qu'aux normes pures de droit » (Bourdieu, 1986a). D'autre part, il reste que les professionnels du droit ne semblent pas pour autant parvenir à échapper complètement à une appréhension relevant davantage du sens commun. Cela tient probablement à plusieurs facteurs, en tête desquels l'affirmation récurrente de ce que la *shari'a* dépasse largement le seul terrain juridique pour s'étendre à l'ensemble des secteurs de la vie, dont elle devient ainsi le cadre organisationnel. Cette portée éthique explicite de la *shari'a*, telle qu'assumée par la quasi-totalité des musulmans égyptiens rencontrés, rend sans doute plus difficile la distinction de ce qui relève du savoir technique de ses règles et de ce qui appartient à un sens plus général de l'équité dont elle est porteuse. Le professionnel du droit se trouve ainsi au centre d'une tension entre dynamiques normatives divergentes ; celle de la science du droit positif – structurée aussi, il est important de le noter, par une division du travail (production juridique et discours juridique sur celle-ci ; Bourdieu, 1986)– et celle de la logique de la morale prédominante, elle-même traversée de courants multiples correspondant à la multiplicité des standards de vie.

45 Il reste maintenant à revenir sur les deux remarques formulées précédemment, qui visaient à nuancer la thèse de Bourdieu sur la nature du champ juridique : d'une part, si le champ juridique est le lieu de la concurrence pour le monopole de dire le droit, il est aussi et surtout le lieu de confrontation d'une tendance à la monopolisation de l'expression du droit et d'une situation de fragmentation des espaces de production de la norme ; d'autre part, il conviendrait de ne pas se limiter à l'étude de l'institution sociale produisant le droit parce que, d'abord, une telle vision moniste d'une production unique peut être critiquée et qu'ensuite, l'on peut aussi tenter d'analyser l'information sociale de cette institution sociale (et des autres, si l'on accepte le principe de pluralité des champs sociaux de production du droit). Une présentation par trop moniste du droit, outre qu'elle fait la part belle à la prétention des professionnels du droit au monopole de son expression, néglige ce qui apparaît avec toujours davantage d'acuité, à savoir la pluralité des champs et des ordres normatifs. On a déjà pu voir ce que cela signifiait en termes de réticularité, même si c'était au bout du compte pour déboucher sur l'idée que cette relation réticulaire finit par définir un ordre normatif unique dont l'État est le producteur exclusif. Un détour par la théorie du *Legal Pluralism* devrait permettre de mieux ancrer le concept d'une multiplicité de champs sociaux disposant d'une force normative.

46 Il est évident que l'objet de la sociologie du droit n'est pas tant la loi, en tant que catégorie distincte, que la notion de contrôle social. Dans cette perspective, ce que les juristes et, souvent, les sociologues du droit appellent « loi » correspond en fait à une forme fortement (mais pas exclusivement) spécialisée de contrôle social. Tous les individus procèdent à une régulation de comportement, un contrôle social, qui prend en considération l'ensemble des groupes sociaux auxquels il appartient en même temps. Dans le contexte des multiples anticipations régulatrices auxquelles l'individu procède, la « loi » ne dispose d'aucun statut particulier (Griffiths, 1990). Lui accorder pareil statut reviendrait à accréditer une conception instrumentaliste de la législation, laquelle, via son questionnement sur l'impact des législations – ce qui, de manière

classique, est posé en termes d'effectivité de la loi –, renvoie à l'idée de la capacité des règles légales à poursuivre intentionnellement des objectifs sociaux (Griffiths, 1978) et donc à une perspective propre au décideur politique. Or, la longue série des travaux de ce type n'a conduit, jusqu'à présent, qu'à constater que la législation est rarement effective. Ce résultat n'est pas surprenant, dans la mesure où c'est une conception très déterministe du processus législatif et de sa réception qui est adoptée : le législateur édicte et l'individu ajuste son comportement à l'injonction qui lui est faite. Il s'avère pourtant que la législation elle-même ne correspond pas à ce modèle, que les notions de législateur et d'administré sont inadéquates, que les postulats de cette théorie (atomisme individuel, communication parfaite et monopole normatif) sont intenables et, surtout, que l'idée d'une autonomie du législateur est absurde. Le législateur est vu comme externe au (autonome du) contexte social dans lequel les règles légales sont effectives. Toute l'idée du droit comme un instrument de changement social présuppose cette forme d'autonomie. La réalité, bien entendu, est toute différente. Le législateur ne se situe pas au-dessus ou en dehors de la société, mais il en est une part. Comme tel, le législateur est soumis à toutes les forces sociales à l'œuvre dans la société et appartient aux champs sociaux que l'intervention législative cherche à influencer (Griffiths, 1990). A cela s'opposent trois contre-postulats : le caractère fondamentalement social de l'homme, le caractère socialement contingent de la communication légale et le pluralisme légal. Il faut en effet souligner à quel point la communication entre législateur et individu est médiatisée par les « organes de transmission » et l'espace social dans lequel s'inscrit cet individu, lequel espace est lui-même ordonné par une multitude de règles propres. On doit par ailleurs insister sur le fait que l'État n'est qu'un des espaces régulateurs de la société. En conséquence, une analyse des espaces et des ordres normatifs passe d'abord par une analyse de l'organisation sociale. Il faut renverser la perspective et procéder à une investigation à partir du champ social et non à partir du législateur.

- 47 L'interaction du législateur et de l'individu ne se fait pas dans un *vacuum* mais dans un contexte social spécifique occupé par ce que Sally Falk Moore a appelé des « champs sociaux partiellement autonomes » (*semi-autonomous social fields*, SASF ; Moore, 1973 et 1978). Le champ social partiellement autonome peut être défini comme l'espace social disposant de capacités normatives et régulateurs propres, capable d'en imposer l'observance, mais en même temps intégré à une matrice sociale plus large qui peut l'affecter sous l'effet d'une action trouvant son origine aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur de cet espace social (Moore, 1978, p. 55-56). Le champ social partiellement autonome assure la promotion et le maintien de normes comportementales et constitue, de la sorte, l'unité fondamentale de contrôle social (Griffiths, 1990). L'individu peut appartenir à la fois à plusieurs de ces champs sociaux partiellement autonomes, ce qui l'expose à plusieurs champs et ordres normatifs simultanés. Il est important de noter que, dans les termes utilisés ici, l'État lui-même ne constitue pas un champ social partiellement autonome mais bien un agrégat de tels champs. La tendance de ces champs sociaux partiellement autonomes est de résister à la pénétration de normes qui leur sont extérieures. Il reste qu'ils n'en sont jamais tout à fait capables, leur degré d'autonomie étant fonction du degré de dépendance de leurs membres vis-à-vis d'eux et de la force de pénétration des normes émanant de champs concurrents. De plus, il n'est pas rare de voir un champ social partiellement autonome faire sienne une loi d'origine extérieure et en devenir ainsi le principal agent d'implantation, le phénomène étant alors de réappropriation, non d'imposition.

- 48 La théorie des champs sociaux partiellement autonomes vient utilement compléter la théorie de la réticularité. Alors que cette dernière permet de prendre la mesure de la multiplicité des champs et ordres normatifs s'imposant au législateur (et particulièrement au constituant) dans l'exercice de sa fonction, la première met l'accent sur toute l'utilité qu'il y a à développer une théorie sociologique du droit prenant en considération le complexe de champs sociaux dans lequel s'inscrit l'individu, leur normativité et le type d'interaction qu'ils développent. Il semble inutile d'insister, dans le contexte égyptien, sur l'existence de champs sociaux partiellement autonomes. Le règlement des conflits liés à des faits de vengeance que Bernard Botiveau (1988 et 1993) a décrit en fournit un excellent exemple. Les types d'explication donnés à ces cas de vengeance des crimes de sang tiennent généralement à l'idée d'un retard culturel ou d'un abandon des valeurs morales et religieuses (Botiveau, 1993, p. 263). Toujours est-il que l'on est ici confronté à un archétype de champ social partiellement autonome à la fois producteur de normes contraignantes et réfractaire à l'intrusion de l'ordre juridique étatique, la seule voie de contournement résidant dans la mise sur pied d'institutions *ad hoc* à la fois contrôlées par l'État et récupérées par le champ social qui les fait siennes.
- 49 La structuration de l'espace social égyptien en champs partiellement autonomes se retrouve quand il est question d'impact de la *shari'a*, pour autant que celle-ci soit dépouillée du caractère monolithique auquel prétendent pour elle les observateurs extérieurs (journalistes et chercheurs) comme les protagonistes multiples de la scène égyptienne. On ne saurait trop souligner, à cet égard, la pertinence du propos de Jean-Noël Ferrié (1996) qui, parlant des relations entretenues par les règles, la culture et l'action, souligne « que la règle religieuse ne conduit pas les actions mais s'inscrit à l'intérieur des oppositions conflictuelles et fait ainsi partie des arguments de justice, d'équité ou de droit que les protagonistes s'échangent, afin d'atteindre un but ou de justifier une conduite ». Cela implique nécessairement que cette règle soit modulée, dans sa conception, sa formulation et sa mise en pratique, les textes étant, par eux-mêmes, silencieux et devenant socialement pertinents par leur énonciation, leur citation, l'acte de les lire, la référence qui y est faite et leur interprétation (Lambek, 1990, p. 23, cité par Ferrié, 1996, qui fait également référence à Dupret, 1994b, et Messick, 1989). Il n'y a pas de situation moniste d'une règle s'appliquant uniformément à une société donnée qui ne peut que s'y conformer – comportement « normal » – ou y déroger – comportement « déviant » –, le tout rappelant étrangement l'instrumentalisme dénoncé par Griffiths (1990, cf. supra), mais bien une situation pluraliste correspondant à un « monde culturel composite, où plusieurs sous-systèmes cohabitent » (Ferrié, 1996). Il n'y a pas d'inférence de la règle mais uniquement référence à la règle (Ferrié, 1996, faisant référence à Wittgenstein, 1953), laquelle est fonction de la stratégie adoptée par celui qui y recourt. On ne peut déduire les actions individuelles de l'énoncé formel de la norme, pas plus qu'il n'est possible d'en déduire la forme de ses représentations individuelles ou locales. Cela conduit à faire référence à un concept majeur, identifié par Ferrié (1996) à la suite de Kertzer (1988), qui est celui de la « solidarité sans consensus », à savoir une situation de partage formel d'un certain nombre d'énoncés normatifs ne correspondant pas à une conception commune de leur contenu effectif, au-delà, en tout cas, d'un discours récurrent fonctionnant selon les modalités propres à toute antienne. Ainsi faut-il souscrire à l'idée qu'il existe, sur la question de la *shari'a*, un certain acquiescement à une certaine rhétorique, sans que celui-ci n'implique unanimité sur le contenu, les modalités d'application, les

implications, voire même sur quoi que ce soit d'autre qu'une difficulté à expurger le champ social de toute référence à la norme religieuse (Ferrié, 1996). Il y a, à l'évidence, partage d'un certain nombre de symboles, ce qui ne saurait déterminer leur transformation en règles prescriptives de conduites, et la référence à ceux-ci par la plupart des groupes au sein de la société ne préjuge pas d'un éclatement de leur signification.

50 Ces conclusions anticipent les résultats d'un travail mené, par ailleurs, sur les représentations contrastées de la *shari'a* parmi les avocats de la tendance dite islamique en Égypte. Il reste qu'en se limitant au seul article 2 de la Constitution et à son interprétation, l'on peut déjà identifier l'adéquation des postulats de multiplicité des champs sociaux partiellement autonomes et de représentations contrastées d'une règle unique dans son énoncé formel. L'enquête qui permettrait d'identifier les différents champs sociaux pouvant se positionner (réception, non-réception, malréception, semi-réception de la norme étatique, de la norme telle qu'interprétée/transformée par le judiciaire dans ses différentes instances et de la norme telle qu'utilisée/manipulée par les requérants et leurs défenseurs) par rapport à l'énoncé de la règle faisant de la *shari'a* la source principale de la législation n'a pas été menée. On peut toutefois imaginer leur multiplicité en relevant simplement les différents acteurs ayant été amenés à s'engager dans un conflit portant sur l'interprétation de cette règle : l'Université d'al-Azhar et le ministère des *Waqf* dans les questions d'intérêt, différents particuliers dans les matières relevant du statut personnel, l'administration du contentieux de l'État dans sa défense des intérêts de ce dernier chaque fois qu'il était mis en cause, le juge d'instance qui pose la question de constitutionnalité ou à qui il est demandé de procéder à pareille requête, les avocats au contentieux d'instance et au contentieux constitutionnel, etc. A quoi il faut ajouter la Haute Cour constitutionnelle elle-même et les individus qui la composent (membres et magistrats instructeurs). Ceci permet, en passant, de souligner ce que Griffiths (1990) relevait, à savoir la pluralité des champs sociaux partiellement autonomes au sein même de l'État, celui-ci n'étant en fin de compte qu'un agrégat.

51 La dernière étape à laquelle on aimerait procéder consiste à examiner la question des représentations de la *shari'a* au sein même de la juridiction constitutionnelle. Avant de s'y atteler, une remarque semble pouvoir être faite sur la question des champs sociaux partiellement autonomes. Elle trouve son origine dans la critique adressée au vice-président du Conseil d'État égyptien, Târiq al-Bishrî, qui adopte, sur la question de l'application de la *shari'a* à travers l'histoire égyptienne, une position tenant en quatre points (Bishrî, 1992). Le premier consiste à affirmer que la période islamique initiale (et donc sa production législative) occupe une place a-historique.

« L'importance essentielle de (la) période (de la Révélation) ne provient pas de sa simple nature d'"expérience historique", mais aussi de sa valeur législative fondamentale. L'implication du regard de la foi est que ce qui est déduit des fondements de cette période ne relève que de ce que le musulman considère comme textes et statuts 'a-historiques', ce qui veut dire qu'ils ont la propriété de l'éternité et qu'ils subliment la logique du temps et du lieu... Ce qui fait la pureté de cette période et la distingue des autres, c'est ce qui relève de sa nature : législative, fondamentale, et non pas exécutive. Elle est le réceptacle du Texte et celui-ci constitue toujours un exemple dont l'exemplarité s'auto-perpétue, sans intervention de quoi que ce soit d'autre. »

- 52 Le deuxième point tient à l'aporie propre à tout discours tendant à nier que la *shari'a* ait jamais été appliquée.

« La législation constitue, en effet, toujours un "exemple" et une situation paradigmatique. Elle est perfection, en ce sens que c'est elle qui juge et pèse, non qui est administrée et pesée. Cette situation est, selon nous, propre au fait divin, L'application est toujours imparfaite et relative, œuvre d'homme. Elle est susceptible de critique et de changement, lui-même soumis à l'expérience historique et sociale... Nous avons le sentiment que l'application ne véhiculera jamais la perfection, parce qu'elle sera toujours œuvre de l'homme et donc soumise aux conditions du temps et du lieu, c'est-à-dire soumise à l'histoire. L'imperfection a toujours été et sera toujours, en la matière. Nous continuons à nous mouvoir vers la perfection et à aspirer à l'exemple. »

- 53 Le troisième affirme l'effectivité historique du système institué par la *shari'a* dans la société égyptienne.

« Nous voyons ceux qui nient que la *shari'a* islamique ait été appliquée, en n'importe quelle période après la Révélation et la période des Bien-Guidés, faire preuve d'ignorance à deux niveaux. Ils commencent par faire preuve d'ignorance relative, en disant que la *shari'a* n'a pas été appliquée dans sa globalité. Ensuite, ils progressent vers l'ignorance absolue, en affirmant que la *shari'a* n'a fondamentalement pas été appliquée. Ils mobilisent, pour en faire la preuve, des récits faisant état de despotisme, de stupidité ou de cruauté. Si nous suivions cette méthode dans l'évaluation des régimes 'positifs', il n'en resterait pas la moindre pierre de fondation, surtout s'agissant des ersatz qu'on a pu observer dans nos pays. »

- 54 Le quatrième point impute le coup d'arrêt, voire l'arrêt de mort, de ce système institué par la *shari'a* à l'irruption occidentale et au type de réforme qu'elle a inspiré.

« Depuis le XIX^e siècle, trois éléments se sont conjugués et leur conjonction est à l'origine de l'incohérence qui a caractérisé la construction des structures législatives dans les différentes régions de l'État ottoman qui, au cours de ce dernier siècle, s'en sont dissociées. Ce n'est pas un seul de ces trois éléments qui est à l'origine de cette incohérence. C'est la contradiction qu'ensemble ils apportaient à l'image qui se dégageait des circonstances historiques concrètes, qui a ici suscité le désordre. Le premier de ces éléments, c'est l'immobilisme du fait législatif fondé sur la *shari'a* islamique. C'est une situation que nous avons héritée des siècles de décadence précédents, du fait des événements sociopolitiques qui sont alors survenus. Nous ne cherchons pas à dire que l'immobilisme est ici constitué par la *shari'a* islamique (en tant que fondements tirés du Coran et de la Sunna). Ce que nous visons ici, c'est l'immobilisme auquel aboutissait l'effort d'interprétation concernant ces statuts. Le second de ces éléments, c'est l'émergence brutale d'un besoin impérieux de réforme et de rénovation de la situation et du régime, rendus obligatoires par la situation née du réveil social et politique. Cela rendait absolument nécessaires une réforme et un renouveau en adéquation avec les structures et les régimes législatifs. Ce n'est pas la réforme qui, en soi, entraînait l'incohérence, mais c'est le style de la réforme qui y a conduit. Si je considère les programmes de réforme, comme ceux de Suleyman III et de Mehmet II, à Istanbul, ou de Muhammad 'Alî, au Caire, j'ai une impression mixte, qui vient du maintien du passé et de sa décadence et, à côté, de l'essor du moderne, sans que l'un ne s'inspire de l'autre ou interagisse avec lui. Ceci apparaît clairement dans les institutions éducatives et judiciaires, ainsi que dans le régime de l'administration, du droit et de l'économie. C'est comme cela que le milieu social et intellectuel s'est disloqué et dédoublé, ce dont on perçoit toujours les conséquences aujourd'hui. Le troisième de ces éléments, c'est l'invasion européenne, d'abord politique et économique, ensuite militaire, ce qui n'est important dans notre histoire moderne qu'en raison de l'influence majeure qu'elle y a eu et des réactions qu'elle a suscitées. Nous sommes

ici confrontés à l'agression dès l'instant où nous considérons les contraintes politiques et économiques qui nous ont été dictées et imposées. Nous sommes ensuite confrontés à ce que la résistance à l'invasion nous a imposé, à ce à quoi la supériorité de l'envahisseur, en matière de science, de techniques et d'organisation, nous a contraints, à la nécessité, qui nous a été dictée, d'apprendre selon l'envahisseur et à ce que cela a engendré comme problème lié à la nécessité de lui emprunter et en même temps de lui résister... »

- 55 La critique essentielle pouvant être adressée à cette vision de la place et de l'impact de la *shari'a* dans la société égyptienne tient à ses carences historiques, la *shari'a* ayant connu un degré d'effectivité pour le moins variable au cours des siècles. Outre le fait que l'auteur égyptien tend à répondre à cette critique en s'expliquant sur sa conception de l'effectivité, ce qu'il importe de relever, dans le cadre de cette étude, est, semble-t-il, d'un autre ordre. La question de l'exactitude historique de l'analyse développée par Bishrî n'importe pas tant que son identification des formes qu'a pu prendre l'application de la *shari'a* et de la tension opposant, d'une part, la volonté toujours plus centralisatrice et monopolisatrice de l'État dans la formulation du droit et, d'autre part, les différents champs sociaux développant leur propre représentation et utilisation de la justice et du droit. Ainsi en va-t-il quand Bishrî écrit:

« Les auteurs d'aujourd'hui ont pris l'habitude, dans pareilles affaires, de se tourner vers les activités de l'État et du pouvoir central, de sorte qu'ils évaluent la présence de la *shari'a* à l'aide d'un critère unique qui est lié à l'orientation du gouvernant, à l'étendue de son observance de la bonne voie à suivre et de son respect de la justice et du bien. Ce faisant, ils adoptent le point de vue sous-jacent qui consiste à ne pas distinguer la société de l'État, attitude qui n'est pas exacte. Le pouvoir central ne disposait pas, en ces temps, d'une puissance comparable à celle dont il dispose aujourd'hui, pas plus qu'il n'exerçait la même domination et n'avait la même emprise sur toutes les composantes de la vie et de l'homme et sur toutes les transactions des individus. De plus, despotisme et tyrannie s'exerçaient hors des statuts de la *shari'a* islamique et du filtrage des institutions sociales traditionnelles, relativement originales dans l'administration des affaires qui les concernent (corporations, confréries, familles, tribus). Tout cela a été remplacé par des lois positives imposées par des institutions sociales nouvelles dont la doctrine est en contact direct avec le gouvernant et l'élite au pouvoir, bien plus qu'avec les masses ».

- 56 Ainsi, le discours de Bishrî se révèle-t-il particulièrement intéressant quand il est compris comme une critique, proche de celle dont procède la théorie du *Legal pluralism*, adressée par une vision pluraliste du droit à une conception par trop moniste de l'État et de sa production législative. Ce qu'il faut repérer, derrière l'utilisation faite par Bishrî de l'histoire, relève surtout d'un but de (re)validation du champ normatif qui doit beaucoup à une vision anthropologique de ce dernier.

Anthropologie des acteurs du droit : représentations de la *shari'a*

- 57 L'on posait pour principe, en introduction, que, de manière générale, le législateur, le juge, le justiciable et son avocat doivent exercer leur activité ou situer leur action dans l'ordre du raisonnable, de l'acceptable et du praticable. L'idée est que, dans les trois cas, il y a lieu d'agir dans un cadre qui puisse faire sens aussi bien pour l'instigateur de l'action que pour son destinataire. Ce principe suppose, dans le cadre de l'étude ici entreprise, que l'on procède à une analyse des acteurs participant au contentieux constitutionnel, ce qui implique, dans un premier temps, de poser les jalons d'une anthropologie du processus de résolution des conflits.

- 58 Les processus judiciaires impliquent une quantité d'acteurs au titre desquels – bien entendu et au premier chef, si l'on se centre sur le contentieux constitutionnel égyptien portant sur l'article 2 de la constitution – figurent les litigateurs et les juges, mais aussi les avocats et, encore, l'ensemble des personnes pouvant informer, par leur savoir et la diffusion de celui-ci, par leur médiatisation, par leur participation/médiation à des stades antérieurs de résolution du conflit ou par leur simple poids politique, le comportement des acteurs premiers. La littérature anthropologique, principalement anglophone, s'est depuis longtemps intéressée à la question des voies de résolution des conflits, y compris les procédures judiciaires (pour une excellente synthèse, cf. Rouland, 1988). S'agissant de ces dernières, deux types de conclusions ont été tirés. D'une part, l'investigation des micro-processus déterminant le développement de l'action et du contentieux de type judiciaire révélerait le degré de pénétration du droit de l'État dans les différents champs sociaux (partiellement autonomes) et, de ce fait, leur degré d'imperméabilité (Merry, 1988, qui fait référence à Nader and Todd, 1978 ; Galanter, 1981 ; Moore, 1977 ; von Benda-Beckmann, 1981 ; Abel, 1979 ; Merry, 1982). Ce premier type d'étude concerne l'ensemble des lieux de règlement des conflits, ce qui englobe bien entendu les tribunaux et cours de justice. D'autre part, les procédures d'administration de la Justice et leurs modes ne seraient pas tant la mise en application conforme d'un corpus de règles contraignantes (positives ou d'inspiration religieuse) que la mise en adéquation de la décision du Juge avec les concepts culturels et les relations sociales auxquels ils sont inextricablement liés (Rosen, 1989, p. 18).
- 59 L'anthropologie juridique a donc exploré ce que la littérature anglo-saxonne appelle le « *disputing process* », entre autres au sein des systèmes judiciaires institués par les pouvoirs étatiques. Les conclusions auxquelles ont mené ces recherches soulignent le fait que l'individu, confronté à une situation contentieuse, est en présence d'un certain nombre d'alternatives et de choix, en tête desquels la question de l'institution à laquelle recourir. De multiples enquêtes ont été menées, par ailleurs, sur le profil des institutions formellement reconnues ou non – et qui fonctionnent sur l'un des sept modes identifiés par Nader et Todd (1978), à savoir l'adjudication, l'arbitrage, la médiation, la négociation, la coercition, l'évitement et le « comme s'il n'y avait rien eu » (« *lumping it* ») – et des individus opérant dans leur cadre (juges, avocats, intercesseurs, négociateurs, médiateurs, etc.). On a aussi souligné à quel point parties et juges étaient impliqués dans des relations complexes hors de l'arène judiciaire, relations existant avant toute naissance de conflit et amenées à perdurer et qui déterminent très largement la forme que peut prendre la procédure (Gluckman, 1969, p. 22, cité par Nader et Todd, 1978, p. 12-13). Cette attitude relève très certainement d'une approche de type structuraliste-fonctionnaliste, ce qui permet d'expliquer aisément que la critique qui lui a été adressée tenait à un manque d'attention accordée à la place de l'individu. Il reste qu'une approche du processus judiciaire ne saurait faire l'économie de l'étude de la structure des relations sociales propres aux différents protagonistes, de même que l'on ne peut perdre de vue ce qui sous-tend toute confrontation, à savoir l'accès aux ressources, particulièrement quand elles sont rares, qu'elles soient de type matériel (terre, argent, « contrôle des femmes »-..) ou non (honneur, fierté, prestige, pouvoir, valeurs--..). Il est évident – et l'étude de Bourdieu (1986a) en fait l'éclatante démonstration – que la relation du droit au pouvoir est étroite et que c'est dans ce cadre qu'il faut analyser les questions de monopolisation de son expression et de division du travail juridique. C'est également dans pareil cadre

qu'il faut intégrer la problématique des tensions opposant le droit de l'État et le droit des autres champs sociaux, entre autres au niveau de la transformation des verdicts en termes pratiques et donc au niveau de la sanction et de l'usage de la contrainte. On ne saurait négliger, par ailleurs, toute la question de l'accès à la justice, particulièrement quand il s'agit de contentieux constitutionnel.

- 60 Ce qui ressort avant tout, c'est le fait que chaque conflit est l'occasion d'une balance opérée entre les normes supposées s'imposer aux différents acteurs et les résultats qu'effectivement leur comportement a pu produire. Ceci, inévitablement, mène à mettre l'accent sur la notion de « stratégie ». Cette notion conduit à identifier les contraintes et les choix qui se présentent aux différents acteurs, cette situation étant, entre autres, informée par les représentations que ceux-ci peuvent avoir de ces choix et contraintes. Les larges extraits de l'entretien mené avec un membre de la Haute Cour constitutionnelle, reproduits plus bas, devraient permettre de se faire une idée de la teneur de ces représentations pour ce qui est de la juridiction égyptienne suprême. Par ailleurs, de manière générale, on peut répéter ce que Bernard Botiveau a écrit sur la stratégie des juges confrontés à la nouvelle formulation de l'article 2 de la constitution. Outre une certaine propension à cantonner le contentieux dans sa sphère technique (Botiveau, 1993a, p. 242), deux tendances se dégagent : « La première consiste à appliquer la loi tout en contestant la validité » (*id.*, p. 244) ; la seconde a consisté, lorsque les juges estimaient que la loi qu'ils avaient à appliquer contredisait les statuts légaux de la *shari'a* islamique, à refuser de juger et à renvoyer l'affaire devant la Haute Cour constitutionnelle (*ibid.*). Les stratégies se retrouvent à des niveaux multiples et elles peuvent se traduire en termes de mobilisation sociale ou, plus simplement encore, par une attitude de contournement de la loi. Le référent islamique a alors pour fonction de dénoncer le sentiment d'inadéquation sociale du système juridique dominant ou peut servir d'élément constitutif, parmi d'autres, des usages sociaux du droit (Bourdieu, 1986a). On se montera par contre plus réticent – et les développements qui ont précédé justifient cette réticence – sur le point de savoir si tout cela témoigne de contradictions et « de l'impuissance dans laquelle se trouvent fréquemment les États pour faire imposer les institutions de la modernité juridique qui sont à l'origine de leur formation contemporaine » (Botiveau, 1993, p. 251-252). On pense ainsi avoir montré, en recourant aux théories de la réticularité et des champs sociaux partiellement autonomes, à quel point la problématique de la modernité juridique procédait de facteurs plus complexes et d'une démarche moins positiviste que celle qui consiste à ne l'identifier que dans la seule imposition d'un droit formel par l'État.
- 61 Au titre des stratégies sur lesquelles on aimerait s'attarder, il y a, au premier chef, celles des magistrats amenés à se positionner sur le terrain de la teneur et de l'application de l'article 2 de la constitution. On a déjà eu l'occasion de faire état de cette situation intermédiaire des juges égyptiens, à l'intersection de la logique de professionnels du droit et du sens commun concernant la *shari'a*. Leur attitude peut sans doute s'analyser en termes de stratégie visant à réduire la tension opposant morale et justice. Quelques remarques tirées des travaux de Jean-Noël Ferrié devraient permettre de préciser utilement certains points. Tout individu dispose d'un sens moral, d'une aptitude à recourir à des critères d'évaluation généraux et, dans le cas des magistrats ici évoqués, d'une connaissance du droit, toutes choses parmi lesquelles, ponctuellement, il opère une sélection et sur lesquelles il porte un jugement discriminatoire concernant leur valeur effective (Ferrié et Boëtsch, 1994). Le magistrat, dans la position « intersectrice » évoquée précédemment, se meut ainsi dans un espace

où se côtoient et sa connaissance du système de droit et sa conception courante de la vie. Il se trouve tout particulièrement au point d'articulation « entre le social et l'individuel, entre la norme publique et l'intérêt personnel, les vocabulaires collectifs et les idiosyncrasies privées » (Ferrié, Boëtsch et Ouafik, 1994). Si « les acteurs sociaux pensent, en général, que le sens de la justice dont ils se prévalent a quelque chose à voir avec le droit ou tout au moins avec ce que le droit devrait être » et si « les agents de la production, de l'interprétation et de l'exécution du droit pensent, eux, que le droit dont ils disposent répond ou pourrait répondre au désir de justice des acteurs sociaux » (*id.*), force est surtout de constater que ces agents sont eux-mêmes des acteurs sociaux et que, dans des matières comme la *shari'a* mêlant aussi inextricablement sens commun et savoir technique, leur droit est indubitablement pétri de sens de la justice. Ceci ne peut que conditionner l'entièreté de leur travail de production, d'interprétation et d'exécution, en un mot : leur stratégie. On en arrive ainsi à poser les jalons d'une étude qui portera sur l'édition du droit et, dans le dispositif du jugement, sa justification – voire, dans quelques cas de nature plutôt exceptionnelle, son invalidation – par le recours à la *shari'a*,

- 62 Une autre tendance, en anthropologie juridique, relève, comme cela ressort de la thèse défendue par Rosen (1989), d'une anthropologie culturelle explicite procédant du même courant que celui de Clifford Geertz (1986 et 1992). Elle tourne autour de l'idée fondamentale que le droit a ceci de particulier qu'il constitue une métastructure dotée de ses propres éléments d'indétermination et de discrétion judiciaire qui ne peut être comprise sans une claire perception des concepts culturels au travers desquels l'établissement des faits et de leurs conséquences fait sens (Rosen, 1989, p. 18). Le droit est, dans ce cadre, considéré comme proposant un monde dans lequel ses descriptions ont un sens et la diversité des mondes proposés par les différents systèmes de droit correspond à leur diversité culturelle (Geertz, 1986, p. 215). Il ressemble à une *Anschauung* parmi d'autres, dans le champ social, et il y a autant de *Rechtanschauung* qu'il n'y a de champs sociaux et donc de *Weltanschauung* (*id.*, p. 217). Si, à l'échelon global, on peut vraisemblablement trouver des faits et du droit un peu partout, ce qui diffère, à l'échelon local, c'est leur mise en relation, leur polarisation, qui dépend étroitement des caractères propres à ce dernier. L'on est en quelque sorte, replongé dans l'idée de Teubner (1992) de construction épistémique particulière au droit, avec cette différence fondamentale, toutefois, que cette construction est étroitement liée à la structuration locale du champ dans lequel s'inscrit ce droit, le pouvoir interprétatif, constructif ou imaginaire du droit étant « enraciné dans les ressources collectives de la culture » (Geertz, 1986, p.265).
- 63 D'une manière générale, le degré d'ancrage du contentieux tournant autour de l'article 2 de la Constitution égyptienne dans la culture locale est difficile à évaluer. Cette difficulté ne signifie nullement que cet ancrage soit absent à pareil degré de juridiction. Simplement, la formalisation du rituel judiciaire et le degré d'abstraction propre au contentieux constitutionnel rendent cette appréciation plus délicate. Ceci tient, sans doute, aux fortes transformations que le système égyptien de règlement judiciaire des conflits a connues. A cet égard, les théories de l'acculturation juridique et des transferts de droit peuvent s'avérer d'une certaine utilité explicative (Routand, 1988). Il reste toutefois possible de considérer, par exemple, qu'un certain type de modernisation adopté dans l'administration de la justice, au niveau de ses instances supérieures, correspond à un certain degré de transformation du système institutionnel et du champ social à l'intérieur duquel ces instances se meuvent. Cela

signifie que le type de décision rendu par la juridiction constitutionnelle pourrait être mis en relation avec les déterminants du champ social local et pourrait être considéré, si ce n'est pas comme lui correspondant, au moins comme procédant de ces déterminants et agissant sur eux. On aurait, en l'espèce des décisions de la Haute Cour constitutionnelle, l'expression de cette relation/corrélation. De la même façon, les représentations du droit, de la religion et du monde des membres de cette juridiction, considérées comme structurant les décisions de celle-ci et comme structurées par les énoncés normatifs en provenance des différents champs sociaux – tels que modulés par les oppositions conflictuelles propres à chacun de ses membres, qui la transforment en un agrégat de règles religieuses formelles et d'arguments de justice, d'équité et de droit, agrégat déterminé, entre autres, par des considérations de stratégie –, pourraient nous informer, parce que se situant à l'intersection de renonciation du droit et du « savoir local », sur l'état, à un moment donné, et de leur relation et du contenu auquel correspond cette relation.

- 64 Toutes les conclusions auxquelles la démarche anthropologique a conduit devraient permettre d'interpréter sous un jour nouveau aussi bien les extraits de l'arrêt de la Haute Cour constitutionnelle présentés précédemment que l'entretien mené avec le vice-président de la Haute Cour constitutionnelle, dont il a déjà été fait mention, et dont l'essentiel est ici retranscrit :

« Les constitutions égyptiennes précédentes ont toujours contenu un texte stipulant que la langue arabe était la langue officielle du pays et que l'islam était la religion de l'État. La Constitution de 1971 a ajouté que la *shari'a* islamique était une source principale de la législation. Le texte de l'article 2 a ensuite été amendé pour préciser que les principes de la *shari'a* islamique sont la source principale de la législation, (avec l'article « la »). La Haute Cour constitutionnelle, dans son interprétation de cet article, a dit que « le constituant avait pour objectif de contraindre le législateur à se conformer aux principes de la *shari'a* islamique et que les règles de droit positif ne soient pas en contradiction avec les règles de cette dernière. Dès lors, le constituant a eu pour objectif, s'agissant de l'article 2 après amendement, d'obliger le législateur positif à s'inspirer de celles-ci. La signification de cet article est donc que le constituant a dit : « il faut s'inspirer des règles de la *shari'a* et les règles législatives ne peuvent y contrevenir ». La Constitution cherchait de la sorte, après son amendement, à limiter le législateur dans l'édiction de lois et arrêtés par les règles de la *shari'a*.

« Mais quels sont alors les principes de cette dernière qui, après l'amendement constitutionnel promulgué en 1980, doivent limiter le législateur lorsqu'il édicte n'importe quelle loi ou arrêté ? La Haute Cour constitutionnelle a établi que le législateur était limité par les principes dont la filiation est absolue et dont la signification est également absolue (*qat'iyya al-thubût wa qat'iyya al-dalâla*). Quels sont, dès lors, les principes qui se trouvent dans ce cas ? Les principes dont la filiation est absolue, ce sont ceux dont la source est restée invariable et que n'entache aucun doute. Quant aux principes dont la signification est absolue, il s'agit de ceux sur l'interprétation desquels il n'y a pas deux personnes qui divergent. Il nous faut dès lors définir ces principes à la filiation absolue et ces principes à la signification absolue. Il nous faut rechercher les indices légaux (*shar'iyya*). Ceux-ci se retrouvent dans le Coran, la Sunna, le consensus (*ijmâ*), les propos des Compagnons, le raisonnement (*qiyâs*), la recherche de l'intérêt général (*al-masâlih al-mursala*), la recherche du bien commun (*istihsân*), la coutume ('urf), les Lois antérieures (*al-sharâ'i al-sâbiqa*). Il y a, s'agissant de ces principes ou indices légaux, divergence entre les jurisconsultes (*fuqahâ'*) sur leur argumentaire (*hujjiyyat*), à l'exception du Coran dont toutes les dispositions sont absolument fixes. Mais y a-t-il une signification absolue ? La réponse est non. Il y a certains versets dont l'interprétation diverge. Quant à la Sunna, il s'agit de tout ce qui a été avéré

par les dires, les actes et les décisions de l'Envoyé qui visaient à légiférer. La Sunna se répartit en traditions dont la chaîne de transmission est continue (*mutawâtira*), en traditions connues (*mashhûra*) et en traditions isolées (*ahâd*), et il y a divergence entre les jurisconsultes sur la question de savoir que faire des traditions isolées. Le consensus, qu'en est-il ? Tout ceci relève des fondements du droit (*usûl af-fiqh*). Je voudrais dire que les principes de la *shari'a* islamique qui limitent le législateur en vertu de l'article 2 de la constitution, après son amendement, et dont on ne peut sortir sous peine de voir la loi considérée comme inconstitutionnelle, ces principes sont ceux dont la filiation et la signification sont absolues dans la *shari'a* islamique. Telle est l'interprétation de l'article 2 par la Haute Cour constitutionnelle.

« "D'absolue filiation" signifie qu'il n'y a pas de divergence en la matière. Les textes coraniques sont donc tous "d'absolue filiation" : "C'est Nous qui lui avons révélé l'Evocation (le Coran) et c'est Nous qui en sommes gardiens" (Coran XV, 9). (Il n'y a pas d'amendement qui ait pu ou qui puisse, maintenant ou à l'avenir, s'immiscer dans le Coran. Quant aux traditions de l'Envoyé – qu'il s'agisse de dires, d'actions ou de décisions visant à légiférer –, elles ont été véhiculées de l'Envoyé aux Compagnons et des Compagnons à ceux de la génération suivante (*al-tâbi'in*). Il peut y avoir controverse sur certaines expressions suite à ce passage. Mais sur le contenu des traditions, on ne diverge pas.

« Naturellement, la Cour s'enquiert de savoir si le principe invoqué, qui a été enfreint, est un principe à la filiation et à la signification absolues. Est-il, tout d'abord, de filiation absolue, puis, ensuite, de signification absolue ? S'agissant des principes autorisant le raisonnement individuel (*zanniyya*) ou des principes controversés, il appartient au législateur d'adopter n'importe quel point de vue et qu'il fasse un effort d'interprétation en veillant aux circonstances de temps et de lieu et en visant l'intérêt général. Il produit ainsi un principe nouveau, pourvu qu'il ne contredise pas les principes à la filiation et à la signification absolues ni qu'il ne contredise les objectifs de la *shari'a* dans la préservation des biens, des gens, de la religion, de la famille et de la raison. Tant qu'il ne contredit pas ces principes, le législateur peut faire un effort d'interprétation par le biais des gens disposant d'une expérience dans le domaine à l'organisation duquel il faut procéder et établir un principe qui vise à réaliser les intérêts considérés comme légaux.

« Les magistrats instructeurs de la Cour (*mufawwidîn*) procèdent à cette investigation tout comme la Cour elle-même, et ils peuvent interroger à tout moment n'importe quelle personne ou institution, conformément, bien sûr, à la loi organisant le travail de la Cour. L'on peut interroger les gens d'expérience dans n'importe quel domaine, consulter les livres, les ouvrages de référence, qu'il s'agisse des livres des anciens ou des livres des contemporains. On peut procéder à l'interrogation de n'importe quelle source utile à l'établissement de la vérité dans le cadre de l'affaire dont la Cour est saisie.

« Je voudrais dire qu'il y a, dans la *shari'a* islamique, de la souplesse et de la malléabilité, ce qui la rend résistante (*khâlida*) à l'usure des siècles. Voilà ce qu'indiquent la plupart des livres de fondements du droit, sans parler des règles dont la filiation et la signification sont absolues. Au travers de la déduction des preuves légales, il est possible de réaliser les intérêts considérés comme légaux. Cela s'est produit fréquemment tout au long de l'histoire islamique. Cela signifie que les intérêts généraux et le principe du bien commun (*istihsân*), la *shari'a* islamique en fait toujours des principes de base qui se traduisent en terme d'équité, d'égalité, de solution à la difficulté, de principe « pas de tort sans préjudice » (*là darar wa là dirâr*). Tous constituent des principes fondamentaux dont on peut déduire des principes subsidiaires secondant les gens et visant à leur permettre de prospérer, défendant contre la difficulté, protégeant contre la corruption et suscitant les évolutions satisfaisantes. Cette *shari'a*, avec ses fondements et ses bases, si elle est comprise dans sa vérité, constitue une *shari'a* mettant à disposition des détenteurs de l'autorité la souplesse permettant de réaliser complètement l'intérêt général.

« S'agissant de l'*ijtihad*, sa voie n'a jamais été fermée, mais il faut que le *mujtahid* veille, dans l'exercice de son interprétation, à deux choses essentielles : la première, c'est la non-contravention aux ordres dont la filiation et la signification sont absolues ; la deuxième, c'est qu'il se fixe comme objectif ce qui est à l'origine de l'*ijtihad*, à savoir la réalisation des intérêts considérés comme légaux. Il faut naturellement qu'il appartienne aux gens d'expérience dans le domaine examiné, dans la mesure où le temps s'écoule rapidement, la voie de l'*ijtihad* doit rester ouverte. C'est un des buts de la *shari'a*, à savoir réaliser les intérêts des gens (*ibâd*) ; protéger les intérêts et défendre contre la corruption...

« A vrai dire, la *shari'a* islamique est une des sources de législation depuis longtemps. Comme je l'ai déjà dit, elle est ouverte à toute époque et tout lieu, parce que la souplesse qui la caractérise confie au législateur la gestion des affaires dans leur détail, tant que les buts (les objectifs de la *shari'a*) sont respectés, tant que le législateur veille à ces derniers et qu'il ne contrevient pas aux textes dont la filiation et la signification sont absolues, et qu'il se situe donc dans le cadre de la *shari'a* qui n'est pas caractérisée par une rigidité absolue. Il faut ici distinguer entre la *shari'a* islamique dans sa conception véridique et la pratique de certains États qui prétendent l'appliquer. Le terme de *shari'a* islamique, dans sa conception véridique – et non dans l'application erronée qui en est faite par certains États ou dans la conception de certaines associations (*jamâ'ât*) ou de certains individus qui ont des pratiques récusées par elle –, ne connaît pas l'appel au meurtre ou au terrorisme. Elle appelle à la coopération entre les gens dans la sécurité et la confiance, dans le droit, sans monopolisation. Tels sont les principes de toute législation saine à laquelle on appelle. La *shari'a* islamique a établi des principes que les États développés n'ont connus qu'après l'émergence de l'islam. La justice et le pouvoir judiciaire, l'égalité entre les gens, la *shari'a* les a établis, et celui qui lit l'histoire islamique constate que l'ensemble des droits de l'homme proclamés par les pactes internationaux se retrouvent dans la *shari'a*, qui les a institués depuis longtemps. Le patrimoine (*turâth*) et l'authenticité (*asâla*) sont des exigences, de même que leur préservation, conjointement aux causes du développement, à condition de pas proscrire le licite et de ne pas autoriser l'interdit. La *shari'a* porte sur tous les droits de l'homme et s'étend à toutes les différentes organisations, tant que c'est en vue de réaliser ses objectifs généraux.

« En se référant au patrimoine et au *fiqh*, le législateur peut promulguer d'excellentes règles se rattachant aux fondements légaux islamiques déduits par voie de preuve légale et saine, en accord avec les circonstances perpétuellement renouvelées et prévalant aujourd'hui. La *shari'a* est capable d'évolution.

« La Haute Cour constitutionnelle n'a aucune fonction législative. Ceci étant, si nous regardons nos lois, nous constatons que, dans leur ensemble, elles ne contredisent pas les textes dont la filiation et la signification sont absolues. S'agissant du texte de l'article 2, il est clair que l'interprétation de l'ensemble des textes constitutionnels doit se faire à la lumière du principe d'unité d'appartenance. Il n'y a pas parmi ceux-ci de contradiction. L'égalité entre les Égyptiens est un principe affirmé clairement dans la Constitution, il n'est pas permis d'y contrevenir sur quelque base que ce soit et il n'y a pas de différence en Égypte entre un chrétien et un musulman... » (entretien, 29/9/94)

- 65 La « standardité » manifeste de ce discours contient, par elle-même, ce que l'on a tenté de démontrer précédemment, à savoir que celui qui le tient, professionnel du droit par excellence, ne se démarque pas fortement du discours qu'un profane, immergé dans une conception de la *shari'a* procédant davantage du sens commun que d'un savoir technique, pourrait lui-même tenir. L'on se rend ainsi compte que la *shari'a*, en tant que référent législatif, participe à une structuration réticulaire de la loi égyptienne et de son interprétation et, en même temps, informe quantité de champs sociaux

(partiellement autonomes), au titre desquels celui des magistrats, qui, dans la représentation qu'ils s'en font, déterminent le contenu que ce référent acquiert.

Droit, shari'a et « sédimentation idéologique »

- 66 Les quelques développements qui ont précédé devraient – c'était du moins leur ambition – avoir aidé à mieux saisir la portée des revendications de réislamisation du droit, au travers de sa facette juridique la plus explicite. Ces revendications procèdent, à notre sens, d'un processus de « sédimentation idéologique » que le droit peut, d'une part, aider à analyser et, d'autre part, auquel il participe activement. C'est à mieux définir cette notion et étayer cette double thèse que l'on voudrait consacrer cette conclusion.
- 67 Par idéologie, on entendra, de manière très large, cet ensemble de représentations partagées dans une société donnée (Dumont, 1977, p. 18 et 1983, p. 20) et transformées en action. Cette définition est assez proche de celle d'Alain Roussillon qui parle de « la modalité discursive de transposition d'un système de pensée en système d'action, réinterprétation partielle et partielle de celle-ci, par quoi elle s'articule sur les intérêts "objectifs" en présence et/ou en compétition sur la scène sociale » (Roussillon, 1994, p. 187). Le retournement, quelque peu ironique, qui se produit ici tient à ce qu'après s'être efforcé d'identifier et d'articuler la multiplicité caractéristique du champ normatif, on en arrive à parler d'un phénomène de nature aussi holistique que l'idéologie. Cela tient, pour l'essentiel, à la prétention hégémonique propre à tout système normatif. Il y a une grande différence entre l'analyse de la norme et l'ambition de cette dernière. A quoi l'attribuer ? Probablement au fait que la norme est étroitement liée à l'idée de valeur, laquelle a tendance à se situer dans un cadre hiérarchisé où prennent place les idées. Louis Dumont a fait du lien étroit entre idées et valeurs la caractéristique par excellence des idéologies non modernes (ce qui le conduit à parler d'« idées-valeurs » ; Dumont, 1983, p. 254-299). Si la ligne de démarcation du moderne et de ce qui ne l'est pas, en termes d'idéologie, n'apparaît pas toujours clairement, par contre, l'association du cognitif (les idées) au normatif (les valeurs) s'impose avec force. Dans la mesure où ces idées-valeurs sont constitutives de l'idéologie, leur propension à la hiérarchisation l'est aussi. Or, cette dernière, qui est le fruit d'une relation de deux (ou plusieurs) parties par rapport à un tout, a pour corollaire le principe hégémonique (Comaroff, 1991), à la fois à l'intérieur du tout et dans les rapports de celui-ci avec d'autres ensembles nécessairement concurrents. Les systèmes normatifs ont ainsi tendance à prétendre à l'exclusivité. Ils effacent à la fois la multiplicité dont ils procèdent et le jeu concurrentiel auquel ils participent au profit d'une auto-affirmation de type holistique et exclusiviste. Si l'on se penche maintenant sur les idées politiques, on remarque qu'associées à une valeur (morale), elles accèdent à un statut de sacralité qui les met à l'abri du discutable (Moore, 1993, p. 1). On met ici le doigt sur l'un des modes de participation de la norme au processus de sédimentation idéologique ; l'attribution d'un poids normatif à une affirmation de type cognitif.
- 68 La notion de sédimentation idéologique tient à ce que, dans leur constitution, les idées politiques ont tendance à recourir, entre autres pour s'adjoindre le poids de la normativité, à ce qui fait sens dans un contexte donné, étant bien entendu que ces éléments de sens font l'objet d'une appropriation/réinterprétation qui dénature le plus souvent leur contenu originel. Il reste que, si l'on suit Christian Décobert, la norme est à la fois l'effet d'un système construit définissant une cohérence et le produit d'une construction impliquant sa légitimation ; elle est un fait de système et sa légitimité est

un fait d'identité. « Pour que la norme non pas seulement fonctionne, mais existe, il faut qu'elle entre dans un jeu de rationalité (qu'elle fasse système) et, en même temps, qu'elle soit sanctionnée, pour celui qui s'y soumet, par une reconnaissance de soi – que cet homme s'y reconnaisse » (Décobert, 1991, p. 369)¹³. Cette reconnaissance est le résultat – telle est, du moins, la thèse soutenue – d'un processus cumulatif débouchant, à terme, sur l'apparition de rationalisations nouvelles. De la même façon que Pierre Bourdieu soutient qu'« à côté de la norme expresse et explicite ou du calcul rationnel, il y a d'autres principes générateurs de pratiques » (1986b, p. 40), qu'il nomme « habitus », il est possible d'affirmer qu'à côté du tout hiérarchisé d'idées-valeurs constitutif de l'idéologie, il y a des niveaux d'association du cognitif et du normatif ne pouvant prétendre former pareille structure tout en étant déterminants dans l'explication du comportement quotidien de l'individu, ce que l'on appellera, à la suite d'Emmanuel Terray, des « idéo-logiques ». Cette association de l'habitus et de l'idéo-logique ne devrait pas étonner, dès lors, comme on l'a dit, que la norme est au principe même de l'idéologie et que, de ce fait, leurs niveaux inférieurs de constitution procèdent de la même manière. Les caractéristiques de l'habitus et de l'idéo-logique s'avèrent, par ailleurs, fort semblables : « systèmes de dispositions à la pratique », l'un et l'autre fondent objectivement des « conduites régulières » tout en ne se trouvant pas explicitement formalisés et hiérarchisés (*ibid.*). L'un et l'autre naviguent dans un espace où se maintient un certain degré d'indétermination et leur globalisation/structuration/hierarchisation tend à les doter d'une force nouvelle tirant de la mise en forme et de l'homogénéisation sa prétention hégémonique et exclusiviste. Il reste enfin à ajouter, s'agissant de sédimentation idéologique, le fait que l'opération tend à se situer dans un espace clos de référents possibles autorisant un certain nombre de conversions entre eux, « balisant le terrain de tout débat possible et définissant l'éventail des positions acceptables en matière d'élaboration théorique et idéologique » (Roussillon, 1992, p. 129).

- 69 Dans le processus de sédimentation idéologique, l'appel à une culture présumée traditionnelle est fréquent. Ce sont les référents multiples de cette culture qui sont tour à tour, sollicités¹⁴. Le discours politique prétend alors exprimer – bien qu'en fait il construit – ce que tout le monde est censé savoir, produisant alors des métaphores et un sentiment d'appartenance, de continuité et d'homogénéité (Moore, 1993, p. 1, qui cite Handier, 1988, p. 8). Quel que soit son degré d'innovation, le discours idéologique réaffirme incessamment son ancrage dans des liens de type moral préexistants et profonds, ce qui permet de projeter une version toute personnelle de la réalité dans l'univers du consensus public et, en même temps, de naturaliser son arbitraire (Bourdieu, 1972). Cette opération de production de sens collectif et de légitimation de l'action sociale ne s'opère bien entendu pas en bloc mais de manière situationnelle.
- 70 L'étude qui a été entreprise sur la *shari'a* en tant que référent législatif a montré – du moins peut-on l'espérer – que le processus d'intégration de la norme d'inspiration religieuse était bien en cours dans le système juridique égyptien contemporain. Elle a tendu à souligner, par ailleurs, que la seule étude de droit positif ne pouvait suffire à rendre compte des modes et, surtout, du contenu de pareille intégration. Il y a lieu, dans cette optique, d'identifier d'abord les mécanismes d'interpénétration de différents ordres normatifs s'imposant au législateur et au juge constitutionnel. Cela ne saurait pour autant suffire. Pour des raisons de sociologie et d'anthropologie du droit, en premier lieu. On ne saurait se contenter d'analyser la question de la contrainte sociale au travers d'un seul et unique espace de production du droit, comme l'État par

exemple. Il est une multitude de champs sociaux partiellement autonomes auxquels correspondent autant de versions de réception du référent normatif religieux. Ces champs se situent d'ailleurs aussi bien en dehors de l'État qu'à l'intérieur même de son appareil, ce dernier terme soulignant qu'il ne constitue qu'un agrégat de plusieurs champs. Par ailleurs, la nature de la *shari'a* tend, aujourd'hui, à la mettre, plus explicitement que toute autre chose, à l'intersection du sens commun et d'un savoir technique. De plus – et sans préjuger du contenu effectif du corpus qu'elle constitue –, la *shari'a*, en tant qu'elle associe une appréhension du monde et un ordre de valeurs et en tant qu'on se la représente comme telle, a tendance à être particulièrement exploitable en termes idéologiques. Si la nature de la norme est de participer étroitement à la construction idéologique, la nature de la *shari'a*, dans son écoumène actuel, est de lui être consubstantielle. Chacun (ou presque) des protagonistes de la scène politique tend en effet à en projeter la représentation qu'il s'en fait et l'utilisation qu'il prétend en faire sur la scène publique, laquelle est censée n'y voir que l'expression d'une évidence. Matériellement, bien entendu, les choses sont loin d'être acquises, tout acteur – on l'a vu – entretenant avec la norme un rapport étroitement stratégique. Il reste toutefois qu'il est difficile, actuellement, de se positionner hors de l'espace qui est ainsi défini. Il ne s'agit, certes, que d'un cadre, mais c'est le cadre d'un tamis au crible duquel tout discours doit nécessairement passer.

BIBLIOGRAPHIE

'Abdal-Mun'im A.F, *Interest Groups and Political Powers in Egypt. A Case Study of Lawyers, Journalists and Engineers Syndicates during 1952-1981*, thèse dactylographiée, Le Caire, 1984.

Abel R. L.i « Western Courts in Non-Western Settings; Patterns of Court Use in Colonial and Neo-Colonial Africa », Burman S. B. and Harrell-Bonds B. E. (eds.), *The Imposition of Law*. Académie Press, New York, 1979, p. 167-200.

Ahmad R. S., « La problématique du nationalisme dans la pensée islamique contemporaine, en référence au modèle égyptien » (trad. B. Dupret), *Égypte-Monde arabe* n° 15-16, 1993, p. 389-425.

Babadji R., « Le FIS et l'héritage du FLN : la gestion des communes », *Confluences Méditerranéennes* 3, 1992, p. 105-113.

Benda-Beckmann (von) K., « Forum Shopping and Shopping Forums – Dispute Settlement in a Minangkabau Village in West Sumatra », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* n°19, 1981.

Bishri (al-) T., « Shari'a islamique et modernité dans la société contemporaine » (en arabe), *Minbar al-Sharq* n° 2, 1992, p. 29-50. ¹

Bon F, « Langage et politique », Grawitz M. et Leca J., *Traité de science politique*, PUF, t. III, Paris, 1985, p. 537-573.

Borrmans M. (trad.), « Modèle de constitution islamique. Le projet du Conseil islamique de l'Europe (1983) », *Etudes Arabes*, dossiers, n° 72, 1987, p. 9-41.

Botiveau B., « Faits de vengeance et concurrence de systèmes de droit », *Peuples méditerranéens* n° 41-42, 1988, p. 153-166.

– *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Paris, Karthala-IREMAM, 1993a.

– « Contemporary Reinterpretations of Islamic Law: The Case of Egypt », Mallat C. (ed.) *Islam and Public Law*, Graham & Trotman, Londres, 1993b, p. 261-277.

– « Égypte : crise de l'Ordre des avocats et mobilisation des syndicats professionnels », *Maghreb-Machrek* n°142, 1993e, p. 5.

Bourdieu P., *Esquisse d'une théorie de la pratique, précédée de trois études d'ethnologie kabyle*, Droz, Genève, 1972.

– « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales* n° 64, 1986a, p. 3-19.

– « Habitus, code et codification », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* n°64, 1986b, p.40-44.

Bourgi A. et Weiss P., *États de la Ligue arabe*, Les nouvelles éditions africaines (coll. « Régimes politiques du Tiers Monde », série « Constitutions »), Dakar, 1979.

Burgat F. (avec la collaboration de B. Dupret), « Cacher le politique : les représentations de la violence en Égypte », *Maghreb Machrek* n°142, 1993.

Camau M., *Pouvoir et institutions au Maghreb*, Cérès, Tunis, 1978.

Comaroff J. & Comaroff J., *Of Révélation and Révolution*, vol. 1, University of Chicago Press, Chicago, 1991.

Décobert C., *Le mendiant et le combattant : l'institution de l'islam*. Le Seuil, Paris, 1991.

Dumont L., *Homo aequalis I, Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Gallimard, Paris, 1977.

– *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Le Seuil, Paris, 1983.

Dupret B., « Qualifier et disqualifier : de la fonction des mots dans le discours sur l'Autre arabo-musulman », Espace Arabesque (éd.), *La peur et la séduction : l'autre dans l'imaginaire occidental et arabe-musulman*, Sabir, Bruxelles, 1992, p. 64-73.

– « La problématique du nationalisme dans la pensée islamique contemporaine », *Égypte-Monde arabe* n° 15-16, 1993, p. 377-388.

– « Violence politique, violence juridique et dualité normative », Dupret B. (éd.), *Le phénomène de la violence politique : perspectives comparatistes et paradigme égyptien*, Dossiers du Cedej, Le Caire, 1994a, p. 65-84.

– « Interpréter l'islam politique : une approche diachronique de la matrice coranique », 1994b (à paraître).

– « L'image de l'Occident au travers de manuels scolaires égyptiens : cadre théorique et premières conclusions », 1994, (non publié).

Ferrié J.-N., « Enonciation et visibilité des morales au Maghreb et au Machrek », *Sociétés et cultures musulmanes d'aujourd'hui*, Afemam, 1996.

– « Règles et dilemmes » (à paraître).

Ferrié J.-N., Boëtsch G. et Ouafik A., « 'Vécu juridique', norme et sens de la justice : à propos de l'avortement au Maroc », *Droit et société* n° 28, p. 677-690, 1994.

- Ferrié J.-N., Boëtsch G., « Le sens de la justice et l'usage de la norme : un point de vue anthropologique » (à paraître).
- Galanter M., « Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* n° 19, 1981.
- Geertz C., *Savoir local, savoir global* (trad. de *Local Knowledge: Further Essays in Interpretative Anthropology*, Basic Books, New York, 1983), PUF, Paris, 1986.
- *Observer l'islam : changement religieux au Maroc et en Indonésie* (trad. de *Islam Observed*, Yale University Press, New Haven, 1968), La Découverte, Paris, 1992.
- Gluckman M., *Ideas and Procedures in African Customary Law*, Oxford University Press for the International African Institute, Londres, 1969.
- Griffiths J., « Is Law Important ? », *New York University Law Review* n° 54, 1978, p. 339-374.
- « Legal Pluralism and the Social Working of Law », 1990 (non publié)
- Handler R., *Nationatism and the Politics of Culture in Québec*, University of Wisconsin Press, Madison, 1988.
- Haute Cour Constitutionnelle, *Arrêts pris par la Cour jusqu'en décembre 1986* (en arabe), Le Caire, 1987.
- *Arrêts pris par la Cour entre janvier 1987 et juin 1991* (en arabe), Le Caire, 1991.
- *Séance publique du samedi 15 mai 1993. correspondant au 23 dhû al-qa'da 1413 de l'Hégire, affaire inscrite au rôle de la H. C. C. sous le n° 7, 8e affaire au contentieux constitutionnel* (en arabe), non publié, 1993.
- Jacquemond R. (trad.), « Arrêt du 4 mai 1985 : conformité de l'article 226 du Code civil sur les intérêts moratoires aux principes de la Loi islamique (shari'a) », *Annuaire International de Justice constitutionnelle*, 1986, p. 569-572.
- (trad.) « Arrêt du 4 mai 1985 : inconstitutionnalité du décret-loi n° 44 de 1979 sur la réforme du statut personnel », *Annuaire International de Justice constitutionnelle*, 1986, p. 565-569.
- « Dix ans de Justice constitutionnelle en Égypte (1979-1990) », *Politiques législatives : Égypte, Tunisie, Algérie, Maroc*, Dossiers du Cedej, Le Caire, 1994, p. 79-96.
- Jarisha 'A., *Déclaration constitutionnelle islamique* (en arabe), Dâr al-Wafâ' li-l-tibâ'a wa-l-nashr, Le Caire, 1988.
- Kelsen H., *Théorie pure du droit*, 2e éd., Dalloz (trad. C. Einsenman), 1962.
- Kertze R., *Rituals, Politics and Power*, Yale University Press, New Haven, 1988.
- Lambek M., « Certain Knowledge, Contestable Authority: Power and Practice on the Islamic Periphery », *American Ethnologist* n° 17 (1), p. 23-40, 1990.
- Luhmann N., « The Autopoiesis of Social Systems », Geyer F. and van der Zouwen (eds.), *Sociocybernetic Paradoxes*, Sage, Londres, 1986.
- « Closure and Openness: On Reality in the World of Law », Teubner G. (éd.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlin, 1988.
- MacDonald D. B., « Ijtihâd », *Encyclopédie de l'islam*, nouvelle édition, t. III, 1975.
- Malinowski B., *Crime and Custom in Savage Society*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1926.

- Merry M. S., « Going to Court : Strategies of Dispute Management in an American Urban Neighborhood », *Law & Society Review* n° 13, 1979.
- « The Articulation of Legal Sphères », Hay M. J. and Wright M. (eds.), *African Women and the Law: Historical Perspectives*, Boston University African Studies Center, Boston, 1982, p. 68-89.
- Merry S. E., « Legal Pluralism », *Law & Society Review* n° 5 (22), 1988, p. 869-901.
- Messick B., « Just Writing: Paradox and Political Economy in Yemeni Legal Documents », *Cultural Anthropology*, 4(1), 1989, p. 26-50.
- Moore S. F., « Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », *Law and Society Review* n°7, 1973, p. 719-746.
- *Law as Process: An Anthropological Approach*, Henley and Boston, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1978.
- *Social Facts and Fabrications: "Customary" Law on Kilimanjaro, 1880-1980*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- *Anthropology and Africa. Changing Perspectives on a Changing Scene*, The University Press of Virginia, Charlottesville and Londres, 1994.
- « Individual Interests and Organizational Structures ; Dispute Settlements as 'Events of Articulation », Hamnett I. (éd.), *Social Anthropology and Law*, Academic Press, New York, 1977.
- Moscovici S., « The Coming Era of Social Representations », Codol J. P. and Leyens J. P. (eds), *Cognitive Approaches to Social Behaviour*, Nijhoti, La Haye, 1982.
- Nader L. & Todd H. F., « The Disputing Process in Ten Societies : Introduction », Nader L. and Todd H. F. (eds.), *The Disputing Process in Ten Societies*, Columbia University Press, New York, 1978.
- Peters R., « Divine Law or Man-Made Law ? Egypt and the Application of the shari'a », *Arab Law Quarterly* 3 (3), 1988, p. 231-253.
- Purkhardt C. S., *Transforming Social Représentations. A Social Psychology of Common Sense and Science*, Routledge, Londres et New York, 1993.
- Qandil A., « L'évaluation du rôle des islamistes dans les syndicats professionnels égyptiens », Dupret B. (éd.), *Le phénomène de la violence politique : perspectives comparatistes et paradigme égyptien*, Dossiers du Cedej. Le Caire, 1994, p. 281-293.
- Rigaux M.-F., *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Lardier, Bruxelles, 1985.
- Rosen L., *The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society*, The Lewis Henry Morgan Lectures, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- Rouland M., *Anthropologie juridique*, PUF, Paris, 1988.
- Roussillon A., « Égyptianité, arabité, islamité : la recomposition des référents identitaires », *Égypte-Monde arabe* n° 11, 1992, p. 83.
- *Réforme sociale et identité : pensée, idéologies, société en Égypte*. Thèse pour le doctorat d'État ès-lettres, Université de la Sorbonne Nouvelle-Paris III, Paris, 1994.
- Roy M.-P., *Les régimes politiques du Tiers-Monde*, GU, Paris. 1977.
- Rycx J.-F. & Blanchi G., « Références à l'islam dans le droit public positif », *Pouvoirs* n° 12, 1979, p. 57-70.

Sabanegh E. S., « Débats autour de l'application de la loi islamique (shari'a) en Égypte », *MIDEO* n° 14, 1979, p. 329-384.

Sfeir G. N., « Source of Law and the Issue of Legitimacy and Rights », *The Middle East Journal*, 42(3), 1988, p. 436-446.

Springborg R., « Professional Syndicates in Egyptian Politics, 1952-1970 », *International Journal of Middle Eastern Studies* n° 9, 1978, p. 275-295.

Teubner G., « Pour une épistémologie constructiviste du droit », *Annales ESC* n° 6, 1992, p. 1149-1169.

– *Le droit. Un système autopoïétique* (trad. de *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt, 1989) PUF, Paris, 1993.

Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Blackwell, Oxford, 1953.

NOTES

1. Cet article a également été publié dans la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* n° 34, Bruxelles, 1995.

2. *Ijtihâdiyya* : cet adjectif renvoie à la notion d'*ijtihâd*, généralement traduit par la formule « effort d'interprétation ». *Ijtihâd* est, littéralement, le fait de se donner de la peine. C'est le terme technique utilisé en droit islamique pour désigner l'usage du raisonnement individuel ou, dans un sens plus restreint, l'utilisation du raisonnement analogique au Coran ou à la Sunna. La pratique de l'*ijtihâd* n'implique pas l'infaillibilité et le résultat en est donc toujours une opinion faillible (*zann*), ce qui explique que l'échange de vues et la discussion sont valorisés. Seul l'*ijtihâd* de tous les musulmans, qui aboutit au consensus (*ijmâ*), est considéré comme infaillible (MacDonald, 1975).

3. Cette loi, entre autres choses, accordait à la première épouse dont le mari contracte un nouveau mariage à son insu, un droit quasi-automatique au divorce (Jacquemond, 1994).

4. Ces principes ont été répétés à de multiples reprises. Dans le dernier volume des arrêts de la Haute Cour constitutionnelle (HCCE, 1991), la juridiction énonce différents principes tirés de ses arrêts et décisions pris au contentieux constitutionnel entre janvier 1987 et juin 1991. Au titre de la *shari'a*, le principe de non-rétroactivité est formulé dans les termes suivants : « L'obligation constitutionnelle de légiférer en respectant les principes de la *shari'a* islamique ne s'applique qu'aux lois qui ont été promulguées après la date rendant obligatoire cette disposition. En vertu de quoi, toute loi postérieure renfermant quelque chose en contradiction avec les principes de la *shari'a* tombe en situation d'inconstitutionnalité. Quant aux lois antérieures à cette date, elles ne tombent pas sous le coup de cette règle, du fait qu'elles ont été promulguées antérieurement, c'est-à-dire à un moment où la restriction contenue par cette disposition n'était pas contraignante. » Ce principe, formulé à l'occasion des requêtes n°36 (2e action au contentieux constitutionnel, séance du 19 juin 1988) et n° 150 (3e action au contentieux constitutionnel, séance du 27 mai 1989), a été répété à l'occasion des requêtes suivantes : — Requête n° 141, 3e action au contentieux constitutionnel (ace), séance du 4 avril 1987, requête pour inconstitutionnalité de l'article 7 de la loi n° 63 de l'année 1976 portant prohibition de la consommation de vin ; — R. n° 70, 6e ace, s, du 04/04/87, inconstit. de l'art. 222 §1 du Code civil ; — R. n° 46, 7e

ace, s. du 04/04/87, inconstit. de l'art. 76 du Code testamentaire ; — R. n° 125, 6^e ace, s. du 06/06/87, inconstit. de l'art. 36 §1 du Code testamentaire ; — R. n° 2, 8^e ace, s. du 06/06/87, inconstit. de l'art. 458 §1 du Code civil ; — R. n° 45, 3^e ace, s. du 02/04/88, inconstit. de l'art. 317 §1 du Code pénal ; — R. n° 32, 10^e ace, s. du 04/11/89, inconstit. de l'art. 317 §2 du Code pénal ; — R. n° 35, 10^e ace, s. du 04/11/89, inconstit. de l'art. 317 §5 du Code pénal ; — R. n° 12, 11^e ace, s. du 04/11/89, inconstit. de l'art. 317 §4 du Code pénal ; — R. n° 17, 8^e ace, s. du 03/02/90, inconstit. de l'art. 228 du Code civil ; — R. n° 34, 10^e ace, s. du 03/02/90, inconstit. des art. 273 à 276 du Code pénal ; — R. n° 33, 10^e ace, s. du 05/01/91, inconstit. des art. 267, 269 et 277 du Code pénal.

5. L'on peut ici noter que, dans sa construction d'une « théorie pure du droit », Hans Kelsen pose la question de cette norme fondamentale et ne peut faire autre chose que sortir, à un certain moment, de la pyramide qu'il tente de gravir (Babadji, 1992) en renonçant « à rapporter la validité de la Constitution et la validité des normes créées en conformité avec cette Constitution à une norme qui aurait été posée par une autorité métajuridique telle que Dieu ou la Nature » (Kelsen, 1962, p. 265). Le propre du référent religieux explicite consiste toutefois à considérer que l'ensemble de la construction normative est expressément validée par le prescrit divin, là où le droit positif ne trouvera sa validation que dans la supposition de conformité à sa norme fondamentale, à la fiction de suprématie d'une norme fondamentale (*id.*).

6. Il faut donc remarquer que la Constitution des Émirats n'a pas été amendée, comme en Égypte, dans un sens restrictif des sources de législation.

7. Une fois incorporées dans la Constitution, ces limites s'étendent à l'ensemble de la fonction législative. C'est bien ce qu'il y a lieu de comprendre quand la Haute Cour constitutionnelle égyptienne dit, dans son arrêt du 4 mai 1985, que « le contrôle de constitutionnalité des lois et décrets confié à la Haute Cour constitutionnelle a essentiellement pour objet de veiller au respect de la Constitution actuelle et de la protéger contre toute atteinte à ses dispositions, en vérifiant que le pouvoir législatif respecte les freins et limites (c'est nous qui soulignons) posés par l'ensemble des dispositions constitutionnelles. (...) Il apparaît, à la lecture de l'article 2 tel que l'a modifié l'amendement de 1980, que le législateur constitutionnel, en astreignant le législateur ordinaire à recourir aux principes de la loi islamique pour en tirer les règles d'organisation de la société, a apporté une limite nouvelle à son pouvoir. » (HCCE, 1987, traduit par Jacquemond, 1986, p. 570).

8. Rigaux précise que le système normatif récepteur est, exclusivement et toujours, dans son schéma, l'ordre juridique étatique. Cela semble emporter la possibilité d'une inversion faisant de l'ordre juridique étatique l'émetteur ou la source de ce processus.

9. Sans qu'il soit possible, toutefois, de remettre en cause la nature d'ordre normatif de la *shari'a*, véritable champ normatif à la structure nettement élaborée,

10. Cette étude, en cours, devrait proposer, outre la traduction (partielle ou intégrale) de ces projets, présentée de manière synoptique, l'investigation de leur nature contrastée ainsi que leur inscription à l'intérieur du champ clos (Roussillon, 1992) d'une perspective auto-réformiste de la *shari'a*.

11. « Nous pensons donc préférable de cesser de faire de la catégorie « islamiste » une catégorie d'étalonnage des attitudes politiques dans le monde arabe. Nous refusons de surcroît de considérer que la ligne de démarcation entre les acteurs politiques susceptibles d'adopter des conduites dites « démocratiques » et les autres, ou encore entre les individus capables de respecter « les droits de l'homme » et ceux qui n'y accorderaient qu'un intérêt modéré, etc., puisse avoir aujourd'hui en terre arabe le

même tracé que celle qui distingue les acteurs islamistes du reste de la scène politique. Contrairement à la vision manichéenne (...), la mobilisation islamiste engendre en fait un éventail d'attitudes politiques particulièrement ouvert. » (Burgat, 1993, p. 39)

12. Pour une analyse du regroupement en associations professionnelles, de leur évolution historique et de leurs activités et rôle politique contemporain, voir Botiveau, 1993e ; Qandil, 1994 ; 'Abd al-Mun'im, 1984 ; Springborg, 1978 ; Burgat, 1993, p. 48-49.

13. Dans un cadre tout à fait contemporain et limité au droit constitutionnel, Michel Camau (1978) parle des composantes organisationnelle et légitimatrice du droit : le droit organise l'ordre juridique régulateur) et, dans un même mouvement, légitime ce qu'il organise (idéologie juridique prospective), l'unité du constitutionnalisme tenant à la complexité de chacune de ces deux composantes.

14. Ainsi, par exemple, en va-t-il du nationalisme arabe et de l'islam. Sur cette question, cf. Ahmad, 1993, et la présentation et tentative de décryptage qu'en propose Dupret, 1993.

INDEX

Mots-clés : Constitution, droit, ijtihâd, islamisme, législation, shari'a, anthropologie

AUTEUR

BAUDOUIN DUPRET

Cedej