



La part islamique du droit : usages législatifs et judiciaires de la référence au droit islamique dans le contexte égyptien

Baudouin Dupret, Jean-Noël Ferrié

► To cite this version:

Baudouin Dupret, Jean-Noël Ferrié. La part islamique du droit : usages législatifs et judiciaires de la référence au droit islamique dans le contexte égyptien. P.R. Baduel. Chantiers et défis de la recherche sur le Maghreb contemporain, Karthala, pp.425-451, 2009. halshs-00489602

HAL Id: halshs-00489602

<https://shs.hal.science/halshs-00489602>

Submitted on 6 Jun 2010

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA PART ISLAMIQUE DU DROIT

Usages législatifs et judiciaires de la référence au droit islamique dans le contexte égyptien

Baudouin Dupret, CNRS/ISP (Cachan, France)
Jean-Noël Ferrié, CNRS/PACTE (Grenoble, France)

Dans le contexte arabe, de nombreuses évolutions ont marqué ces dernières années le droit de la famille et du statut personnel, au niveau législatif : le Maroc a adopté une nouvelle Mudawwana, l'Algérie a amendé son Code du statut personnel, l'Égypte a promulgué une loi modifiant d'importantes questions procédurales et certaines questions de fond, la Syrie a amendé une disposition portant sur l'âge de la garde des enfants pour les parents divorcés. En outre, les cours et tribunaux ont continué de rendre des jugements sur des matières touchant au droit de la famille, utilisant pour ce faire les ressources législatives à leur disposition.

Dans cet article, notre objectif consiste à observer comment les gens s'orientent vers un objet religieux et confèrent à sa référence une autorité manifeste et intelligible. En ce sens, l'autorité est un accomplissement et son caractère religieux vient de ce que les gens pointent explicitement vers cette dimension dans le cours de leurs interactions. À partir de la description détaillée d'une séquence législative portant sur l'adoption d'une règle relative au divorce *khul'* et d'une séquence judiciaire portant sur une question de statut personnel, on montrera, dans le contexte égyptien, comment se construit la pertinence de la référence à l'islam et au droit islamique. Ce faisant, on aura souligné à quel point la formulation des règles référées à l'islam, leur usage et leur autorité sont fonction de leur inscription dans des contextes institutionnels et des modes de fonctionnement de ceux-ci.

Pas plus la religion que le droit ne sont dotés d'une autorité intrinsèque, substantielle et naturelle. Autrement dit, l'autorité n'est pas une qualité inhérente aux objets, mais le fruit d'opérations continues d'imputation d'une capacité de peser sur le cours des choses. Il n'existe dès lors pas d'autorité d'un droit fondé religieusement dont on puisse parler en soi, mais seulement des situations ponctuelles où les gens s'orientent vers quelque chose qu'ils identifient comme étant du droit religieux et dont ils reconnaissent publiquement l'autorité, participant de ce fait aussi bien à la production de cette autorité qu'à sa réactualisation. On ne peut ainsi examiner la référence au droit islamique (*shari'a*) en dehors des usages qui en sont faits de manière circonstancielle et située, en dehors des pratiques de référencement à un objet explicitement qualifié de juridiquement islamique dans des contextes variés, chacun soumis à ses contraintes propres. Au titre de ces cadres contextuels, les enceintes législative et judiciaire.

Le droit islamique comme accomplissement pratique

Face aux théories de l'incorporation, selon lesquelles les acteurs rencontrent des situations d'action auxquelles s'appliquent un ensemble de règles internalisées et agissent donc sous l'effet causal de l'autorité de ces règles, une approche par les pratiques montre, tout au contraire, l'impossibilité d'ouvrir la « boîte noire » de l'autorité de la règle en lui substituant une autre boîte noire, celle qui consiste à faire des gens les réceptacles individuels de principes culturels qui leur seraient en quelque sorte consubstantiels. Parler d'autorité, c'est, avant toute chose, s'interroger sur la question de savoir de l'autorité de quoi ou de qui il s'agit. L'autorité s'entend en effet comme la modalité d'une action (on agit avec autorité), la propriété d'une personne (on dit de quelqu'un qu'il a de l'autorité) ou la qualité propre à une

norme (l'autorité de la règle). En ce sens, l'autorité apparaît toujours comme le prédicat de quelque chose qu'en quelque sorte elle accompagne. Dans le cas qui nous concerne, il s'agit donc de voir comment s'accomplit l'autorité qui s'attache, de manière redoublée (en droit et en religion), aux règles référées au corpus juridique islamique.

Traiter de l'autorité de la règle comme d'un prédicat ou d'une modalité s'attachant à celle-ci renvoie à la question de savoir ce qu'est suivre une règle. Wittgenstein montre qu'en théorie, toute règle peut faire l'objet d'un nombre indéfini d'interprétations. Ceci pose le problème de l'arrêt de l'indétermination. Il est absurde de penser qu'il faille connaître à l'avance l'infinité des lectures possibles d'une règle pour connaître la version autorisée (Taylor, 1995). Contrairement à la tendance sceptique pour laquelle les actions ordonnées ne sont pas déterminées par des règles mais par des conventions sociales et des dispositions apprises qui bloquent la possibilité d'une régression interprétative, il convient d'adopter une perspective praxéologique pour laquelle les règles ne peuvent être séparées des conduites pratiques.

Dans la littérature classique sur le droit islamique, la règle est présentée comme indépendante de toute pratique. Elle existe, elle est dotée d'un sens clair et elle détermine le comportement des gens de manière univoque. Ainsi, les relations sexuelles hors-mariage sont-elles rares, parce qu'elles ressortissent de la catégorie religieuse infâmante du *harâm*. Ainsi encore, tel interdit alimentaire s'impose-t-il nécessairement du fait même de son inscription dans la normativité islamique. À chaque fois, la règle est revêtue d'une autorité intrinsèque qui tient à son appartenance au registre du religieux. Cette propriété lui permet d'échapper à toute herméneutique. Si les normes juridiques ont, selon la formule de Herbert Hart, une « texture ouverte » (Hart, 1961), les normes religieuses sont, en revanche, des objets rigides et atemporels, à l'abri des aléas et de la contingence, en vertu même de leur inspiration divine. À l'inverse, notre position consiste à considérer la règle comme un accomplissement pratique et son autorité comme une modalité procédant de l'orientation publique des gens vers la force qu'ils lui reconnaissent. La règle ne préexiste donc pas à sa pratique et son autorité n'en est pas une qualité intrinsèque. Règle et pratique sont, au contraire, indissociables, et c'est de cette pratique même qu'émerge l'autorité de la règle.

La règle est un accomplissement pratique et son autorité, une modalité contextuelle. En ce sens, dire d'une règle qu'elle est islamique et, partant, lui reconnaître une autorité spécifique est possible à la seule condition que cette qualification procède de la pratique contextualisée des acteurs sociaux, non des présupposés que l'analyste peut avoir sur la règle en raison de sa connaissance de la trajectoire généalogique de cette dernière. Il convient donc de reformuler la question. Il n'y a en effet aucune raison de présumer que ce à quoi les gens se réfèrent comme étant du droit islamique est identique à cet ensemble de dispositions techniques formant le modèle idéalisé du droit islamique. Il n'y a pas non plus de raison de présumer le contraire. La question de savoir si ce à quoi les gens se réfèrent comme étant du droit islamique correspond ou non au modèle idéalisé du droit islamique n'est simplement pas pertinente. On ne peut y répondre, parce que la question est totalement désincarnée de pratiques réelles. De plus, cette question ne porte pas sur le phénomène qu'elle est censée traiter, à savoir la pratique consistant à faire référence au droit islamique. À la question : « Qu'est-ce que le droit islamique ? », il faudrait substituer la question : « Que font les gens quand ils font référence au droit islamique ? ».

Traiter la question de l'autorité du droit islamique sous l'angle du déploiement contextuel de pratiques s'orientant vers ce droit, lui accolant une autorité spécifique et le qualifiant d'islamique, souligne l'impossibilité d'isoler une question des détails circonstanciels de son

déploiement. Autrement dit, étudier le droit signifie nécessairement étudier le « droit en action » (Travers & Manzo, 1997). Dans cette perspective, il y a peu de sens à faire du droit égyptien du statut personnel l'instance du modèle que serait le droit islamique. L'opération consistant à rattacher une instance à un modèle suppose un choix de caractéristiques que l'on suppose primordiales par rapport à d'autres et qui permettent de satisfaire les exigences d'identité et d'équivalence entre le cas concret étudié et l'abstraction formelle à laquelle il est censé appartenir. Ce choix consiste, par exemple, à identifier les caractéristiques du droit égyptien de la famille qui font que, tout comme le droit algérien de la famille et contrairement au droit danois de la famille, son appartenance au droit islamique de la famille puisse être attestée. Ceci se fait au prix d'une occultation massive de tout ce qui, dans ces mêmes droits, ne correspond pas aux caractéristiques communes à toutes les instances du modèle et sous couvert d'une relation purement nominale entre le modèle et ses instances. Avec pour résultat qu'on n'en sait à peine plus sur les phénomènes sous-jacents à ce jeu de catégorisations, l'objet de la recherche se voyant imposé par avance un format préconçu par le chercheur. En lieu et place de ce souci de qualifier quelque chose d'« islamique », on suggère de centrer l'attention sur la question de comment les gens, dans des contextes variés, s'orientent vers quelque chose qu'ils appellent « droit islamique ». Cette attitude indifférente tourne le dos à toute approche fondationnaliste qui chercherait des moyens extrinsèques de mesure et d'intelligibilité et appelle à l'examen des méthodes utilisées par les gens engagés dans une activité qu'ils identifient comme juridique et islamique pour produire localement cette vérité et cette intelligibilité leur permettant de coopérer et d'interagir de manière largement ordonnée. Une première conséquence de cette reformulation de la question est de ne pas chercher à définir l'objet étudié autrement que comme ce que les gens identifient comme tel. Dans notre exemple du droit islamique, il faudrait donc se contenter de dire que « le droit islamique est ce à quoi les gens se réfèrent comme étant du droit islamique » et s'attacher exclusivement à observer et décrire comment les gens engagés dans une pratique législative ou judiciaire conduisent leurs activités et établissent de manière pratique ce qui compte pour eux comme islamique. Une instance n'est jamais qu'une instance d'elle-même, avec cette conséquence qu'il n'y a plus à chercher le modèle dont l'objet d'étude serait une instance, mais seulement à éclairer les mécanismes sociaux qui ont fait que cet objet s'est produit comme il s'est produit.

Pertinence coranique et ressort d'ordre démocratique : le débat parlementaire sur le *khul'*

L'on peut à présent se tourner vers une situation parlementaire concrète. L'adoption de la loi 1/2000, en Egypte, a été l'occasion d'un débat parlementaire portant sur la possibilité pour une femme d'obtenir le divorce en échange de la renonciation aux biens (*mahr* ou *sadâq*) donnés par l'époux au moment du mariage. En Egypte, la forme normale de dissolution du lien du mariage est un acte unilatéral à la discrétion de l'époux, la répudiation. Dans ce pays, le débat public est caractérisé, depuis plusieurs décennies, par la prédominance de la référence à l'islam, quel que soit, par ailleurs, le contenu de cette référence pour les différents acteurs de la sphère publique. C'est, en quelque sorte, devenu une condition d'« audibilité » et de respectabilité – l'une conditionnant l'autre – que peu de gens songent à mettre en cause (Ferrié, 2004). Dans ce contexte, la référence à la Loi divine (*shari'a*) apparaît, dès lors qu'il est question de l'ordre juridique, aucun législateur ne pouvant sembler dédaigneux du prescrit divin, même si celui-ci s'avère être bien plus un donné de sens commun qu'une norme codifiée (Dupret, 2000). Introduire un droit au divorce à l'initiative de la femme, qui n'implique pas le consentement de l'époux, est longtemps apparu comme contraire à la Loi de Dieu et le demeure, sans doute, pour nombre de personnes, tout au moins pour celles faisant

profession de « dire-tout-haut-ce-que-la-nation-pense-tout-bas ». Néanmoins, la loi autorisant cette forme de dissolution irrévocable du lien matrimonial à l'initiative de la femme – nommée *khul'* – a été adoptée par la Chambre du peuple (*Majlis al-sha'b*), largement dominée par le PND – Parti national démocratique, au pouvoir depuis sa création, en 1978. Pourtant, la loi était loin de faire l'unanimité au sein de celui-ci. Il semble que l'épouse du chef de l'Etat égyptien, Suzanne Mubarak, ait tout particulièrement œuvré à l'adoption de cette loi, ce qui expliquerait que nombre de députés du PND aient voté contre leur cœur (mais pas nécessairement contre leur intérêt, puisqu'ils dépendent du parti et de son président, Muhammad Husni Mubarak, lequel est aussi chef de l'Etat), faisant un choix clairement contraire à l'exposé, parfois virulent, de leurs préférences. Comment interpréter ce choix à la lumière du débat et comment interpréter le débat à la lumière de ce choix ? C'est ici, spécifiée et contextualisée, la question de la disjonction des actions individuelles et idiosyncrasiques et de leur résultat qui semble tenir à tout autre chose.

Le débat a eu lieu en janvier 2000, à la Chambre du peuple. Si l'on peut rapidement le caractériser, il a porté sur le caractère islamique du *khul'* tel que le définit l'article 20 de la loi discutée. La demande de divorce est introduite par la femme qui renonce, en même temps, à la dot constituée par le mari, au moment du mariage. Le prononcé du divorce est de droit, après une tentative de réconciliation et la déclaration explicite par l'épouse que le maintien du lien conjugal lui est intolérable et qu'elle craint de ne pouvoir appliquer les prescriptions de Dieu (*allâ tuqîm hudûd Allâh*) en raison de son aversion pour son mari. On constatera, d'abord, qu'à l'instar de la répudiation, le *khul'* permet une rupture unilatérale du lien matrimonial, mais elle intervient cette fois à l'initiative de l'épouse. C'est cet aspect unilatéral, négligeant l'avis de l'époux, qui fut principalement discuté.

Le ministre des Waqfs [affaires religieuses] ouvre le débat en observant :

[A] La discussion de ce projet à l'Académie de recherches islamiques (*Majma' al-buhûth al-islâmiyya*) a duré trois mois pour permettre aux membres d'exprimer leurs opinions ; nous avons voté à la majorité des voix, cela est normal ; c'est l'avis de la majorité et cet avis engage (*yulzim*) tous les membres.

Cette entrée en matière présente un intérêt particulier, puisqu'elle fait état du respect d'une procédure et situe donc la discussion parlementaire dans un continuum : le texte a déjà été discuté, par des experts en science religieuse, et adopté à la suite d'un vote. Le ministre met l'accent sur la manifestation de l'opinion, c'est-à-dire sur la possibilité du débat. On notera que ce critère formel n'implique pas l'accord des membres sur le caractère islamique du projet, mais, d'une certaine manière, s'y substitue, puisque l'expression de l'opinion apparaît plus importante que l'accord unanime, même s'il s'agit d'une opinion qualifiée.

L'intervenant suivant fait observer que :

[B] Le texte ne s'est pas heurté au *shar'* (loi divine) et les remarques que nous apportons ne contredisent pas le *shar'* [...] Le texte qui nous est soumis détermine les conditions qui obligent le juge à prononcer le *khul'* [...] Nous devons investir le juge d'un pouvoir d'appréciation.

Ce discours fait directement suite au précédent, en ce qu'il admet, ce qui est apparemment essentiel, que le texte est conforme à la Loi divine. C'est, toutefois, pour introduire immédiatement une demande de modification. Son auteur souhaite, en effet, que le juge puisse évaluer le bien fondé de la demande de *khul'*. En d'autres termes, il souhaite dépouiller celle-ci de tout caractère contraignant, ce qui aurait pour conséquence d'en transformer radicalement la portée juridique, puisqu'il existe déjà, en Egypte, une procédure de divorce

introduite par l'épouse et laissée à l'appréciation du magistrat : le divorce pour préjudice. C'est ce que fait observer le troisième intervenant, le ministre de la Justice :

[C] ... le texte qui nous est soumis est conforme aux dispositions de la *shari'a* islamique. Si nous laissons l'affaire à la discrétion du juge, nous nous écartons du régime du *khul'* et passons à celui du divorce pour préjudice.

La position du ministre est fondée sur un argument technique : le fait qu'il existe déjà, dans le droit égyptien, une formule semblable à celle proposée par le précédent intervenant. L'évidence de l'impossibilité juridique ne semble pourtant pas suffire, puisque l'affirmation est précédée d'un rappel de la conformité de la Loi proposée aux dispositions de la « *shari'a* islamique ». Dans la suite du débat, le ministre concède aux députés une étape intermédiaire entre l'introduction de la demande et le prononcé du divorce :

[C] Suite à la demande des députés, le gouvernement propose la modification de l'article 20 de manière à octroyer au tribunal le droit de détacher auprès de lui, pour une période ne dépassant pas les trois mois, deux arbitres, pour tenter de réconcilier les époux en cas de *khul'*, avant de prononcer sa décision en la matière.

Comme lors de l'ouverture de la discussion, le ministre fait référence à une procédure démocratique, en préface à l'adoption d'une mesure législative. Il s'agit de faire droit à la demande « des » députés. Ce collectif ne précise pas de quels groupes il s'agit exactement : le collectif indéterminé évoque plutôt une abstraction démocratique comme la « représentation nationale ». Là aussi, la référence à ce que nous nommerons la « pertinence démocratique » – c'est-à-dire l'observance des procédures caractéristiques de la démocratie : le respect de l'expression de l'opinion, notamment celles des représentants, et de la majorité (Manin, 1995 ; Elster & Slagstad, 1988) – s'accompagne de la référence au respect de la Loi divine. Ce n'est pas le ministre qui complète la double référence, mais le président de la Chambre du peuple :

[D] La modification proposée par le gouvernement est conforme à la doctrine malékite en vigueur dans le Royaume du Maroc ainsi que dans plusieurs autres pays arabes et répond bien aux suggestions des députés.

Cette intervention acquiesce à l'affirmation du ministre selon laquelle la modification est proposée conformément à l'avis des députés. Mais elle ne le fait qu'en second, l'argument principal qu'elle avance étant la conformité de la disposition égyptienne à la *shari'a*. Toutefois, cet argument présente une particularité intéressante : s'il fait factuellement référence à la doctrine malékite, la comparaison se fonde indirectement sur un certain état du droit positif comparé, c'est-à-dire sur des codes.

L'intervenant suivant prend acte de la modification introduite par le gouvernement en réponse aux attentes des députés, de même qu'il prend acte de l'argument du ministre visant à éviter le dédoublement de la procédure de divorce pour préjudice :

[E] X adresse ses remerciements au gouvernement et dit : le *khul'* ne peut avoir lieu sans le consentement de l'époux pour éviter que, en octroyant ce droit au tribunal, le *khul'* ne constitue un cas de divorce pour cause de préjudice.

On reconnaît, ici, un argument utilisé précédemment par le ministre de la Justice : le risque de dédoubler le divorce pour préjudice. L'intervenant se situe au départ de cet argument mais en tire une conséquence toute contraire : la nécessité de l'autorisation du mari. Ce qui entraîne une réplique du ministre des Waqfs :

[A] Je précise qu'il y a une très grande différence entre le *khul'* et le divorce pour cause de préjudice et nous devons être conscients du fait que le recours à la justice au cas où les époux ne parviennent pas à un accord en la matière est une procédure légale qui ne contredit en rien la *sharī'a*.

Cette intervention répond, bien évidemment, à la remarque du dernier intervenant mais comporte un élément qui n'est pas explicitement impliqué par celle-ci : il s'agit de l'affirmation que le *khul'* est une procédure légale qui ne contredit par la Loi divine. Toutefois, si cette dernière remarque ne répond pas exactement à l'intervention précédente, elle introduit directement l'intervention suivante, due à un homme de religion :

[F] Le *khul'* est une sorte de divorce irrévocable pour lequel deux conditions sont requises : premièrement, l'accord et le consentement des deux conjoints et, deuxièmement, le divorce est entre les mains de l'époux et c'est à l'époux et non au juge de prononcer d'une voix audible le mot divorce, ce sur quoi les quatre doctrines sont unanimes. Le projet de loi, dans sa forme actuelle, est contraire à la *sharī'a*, en ce qu'il donne à la femme le droit au *khul'* sans le consentement de son époux. La loi doit être modifiée pour être conforme à l'avis unanime des jurisconsultes (*ijmâ' al-fuqahâ*).

L'intervention est intéressante, puisqu'elle exprime la seule opinion explicitement opposée au projet de loi, au motif qu'il est indéniablement et irréparablement opposé à la Loi divine. Le dernier argument propose une définition de l'opinion opposée à celle mise en avant, au début des débats, par le ministre des Waqfs. Il consiste à fonder la non-conformité à la *sharī'a* sur l'avis « unanime des jurisconsultes », ce qui contredit la position de l'Académie de recherche islamique dont la majorité des membres avait voté en faveur du projet. On remarquera, au passage – nous y reviendrons – que la certification de l'authenticité de la référence à la *sharī'a*, c'est-à-dire à la Loi divine, passe par une institution humaine, l'avis de jurisconsultes professionnels. Cette dernière considération entraîne, sans doute, l'intervention suivante, due à un membre de l'Académie de recherches islamiques :

[G] Selon la *sharī'a*, le *khul'* doit être conclu par consentement mutuel et, dans ce cas, l'époux peut libérer son épouse moyennant une somme plus ou moins importante ou moyennant la restitution du *sadâq*. Mais, en cas de litige entre les époux, la femme a le droit de recourir au tribunal en tant que représentant des autorités (*nâ'iban 'an walī al-amr*) pour demander le *khul'* moyennant la renonciation à ses droits légaux.

L'article 20, dans sa forme actuelle, n'est pas contraire aux dispositions de la *sharī'a* ; il est conforme à l'avis des *imâm* Mâlik et al-Shâfi'î qui, tous deux, autorisent (*ajâzâ*) la femme à se racheter (*taftadī nafsahâ*) soit par consentement mutuel, soit en recourant aux autorités (*sultân*).

Cette réitération des positions de l'Académie est argumentée du point de vue de l'islam, alors que l'entrée en matière du ministre des Waqfs était fondée sur la seule pertinence démocratique. Il s'agit, en fait, non plus d'une préface mais d'une réponse, l'argument suivant la dynamique des tours de parole : l'intervenant [A], le ministre des Waqfs, affirmant que la loi ne contredit par la *sharī'a*, l'intervenant [F] affirmant le contraire, l'intervenant [G] s'opposant à [F], au nom du même savoir religieux professionnel et, du coup, faisant explicitement référence à la « pertinence coranique » – le fait de pouvoir justifier une position par une rhétorique religieuse – sans plus se soucier de la pertinence démocratique ou, encore, juridique, puisque c'est directement à l'opinion de deux *imâms* qu'il se réfère sans la médiation d'un corps de professionnels (les jurisconsultes) ou de représentants (les députés, les membres votant de l'Académie de recherches islamiques). Le recours aux autorités (*sûltan*) signifie d'ailleurs, ici, que, si le consentement du mari n'est pas nécessaire, le divorce n'est pas une décision unilatérale de la femme. Ce qui entraîne une question de l'intervenant suivant, [D], président de l'Assemblée du peuple, destinée à permettre à [G], membre de l'Académie de réitérer et de préciser sa réponse. Sa question vise à établir un point conclusif dans le débat :

[D] ... en cas de conflit sur le *khul'*, le juge peut-il ou non se substituer au mari pour prononcer le divorce ?

La réponse est affirmative, mais l'on remarquera qu'elle ramène incidemment le *khul'* vers le divorce pour cause de préjudice qui semblait pourtant exclu :

[G] Selon l'*imâm* Mâlik, le juge est tenu de se conformer à l'avis de deux arbitres : s'ils s'accordent sur le divorce moyennant une somme d'argent, la décision devra être le *khul'*. Mais, en cas de divergence, il appartiendra au juge de trancher dans le sens qui lui paraît conforme à la *sharî'a*.

Alors que, au début des débats, [C], le ministre de la Justice, affirmait :

[C] Si nous laissons l'affaire à la discrétion du juge, nous nous écartons du régime du *khul'* et passons à celui du divorce pour préjudice.

Notons simplement, pour l'instant, l'apparente contradiction entre [G] et [C]. Ce qui est important, ici, c'est que les tours de paroles orientés vers la pertinence coranique amènent à une conclusion qui relève, elle, relevant de la pertinence démocratique, puisque l'intervenant suivant [H], leader de la majorité au Parlement, conclut :

[H] L'article objet de la discussion doit être adopté tel quel. L'approbation de l'Académie de recherches islamiques coupe court à toute divergence et règle les différends ; il n'est absolument pas permis de priver la femme du droit au *khul'* que lui confère la *sharî'a*.

Cette conclusion est, si l'on peut ainsi dire, doublée par l'intervenant suivant qui dit :

[I] Ceux qui subordonnent le *khul'* au consentement de l'époux tentent de miner le principe même du *khul'* que reconnaît la *sharî'a*. J'estime que, dans sa forme actuelle, l'article 20 est conforme à l'unanimité des doctrines (*ijmâ' al-â'imma*) et j'invite l'Assemblée à l'adopter.

Notons à présent quelques points remarquables de ce débat. Le premier est l'entrelacement permanent de plusieurs pertinences : la pertinence démocratique, la pertinence juridique et la pertinence religieuse. Le deuxième est l'orientation professionnelle de chacune de ces pertinences ; toutefois, dans la mesure où elles s'expriment dans un contexte de travail précis, une assemblée parlementaire, la pertinence démocratique l'emporte sur les autres comme ressort d'ordre et impose ainsi sa contrainte spécifique à l'interaction. Le troisième est la simultanéité de la poursuite de desseins contraires et l'identité de la rhétorique mobilisée à ces fins, ce qui relève de la solidarité sans consensus et, plus spécifiquement, de la « solidarité négative ». On s'attachera tout particulièrement à montrer comment cette solidarité permet, paradoxalement, l'accord sur des « positions-de-principes » sans entraîner l'accord sur les choix et comment elle facilite la révision de la structure des préférences.

Par pertinence, on entend l'orientation vers un cadre de référence dans lequel l'usage des principes, des règles ou des procédures spécifiques va de soi pour les protagonistes et où son absence est ressentie comme incongrue. Un exemple de pertinence démocratique consiste dans l'utilisation du principe de majorité et de la procédure pour parvenir à une décision dans une assemblée délibérative (le contraire, qui serait incongru, serait de tirer les décisions au sort ou de se conformer au choix de la minorité). La pertinence juridique consiste, plus exactement, dans le choix de la bonne qualification d'une instance factuelle par rapport à une définition juridique formelle (Dupret, 2006). Dans le cas qui nous intéresse, il s'agit, par exemple, de bien qualifier le régime de dissolution du lien conjugal auquel il est fait allusion, c'est-à-dire de distinguer le *khul'* du divorce pour cause de préjudice. La pertinence coranique consiste, elle aussi, à qualifier adéquatement un cas de figure quelconque par référence au corpus scripturaire islamique. Un exemple de cette pertinence est fourni dans la possibilité même de faire passer le divorce à l'initiative de l'épouse sous le couvert du *khul'*, disposition reconnue par les jurisconsultes musulmans.

La pertinence démocratique présente un aspect tout particulièrement intéressant ; d'abord, parce qu'elle manifeste clairement le contenu même de la démocratie pour les acteurs qui s'orientent, de par leur état – ce sont des élus –, vers elle ; ensuite, parce qu'elle est le ressort d'ordre de la situation et qu'elle impose des limites aux autres pertinences, et notamment à la pertinence coranique. Dans les années qui suivirent les indépendances, de trop nombreux juristes et politistes soutinrent que la conception de la démocratie y était, à cause de l'islam, fondée sur l'unanimité, les élus ne représentant pas une majorité et des minorités mais une communauté¹. Cette idée continue à influencer bien des auteurs². Or comment se manifeste la pertinence démocratique dans un débat explicitement fondé sur la recherche de la pertinence coranique : par l'évocation du principe de majorité [A], par l'affirmation du respect du gouvernement pour les demandes des députés [C], par l'invite faite à l'assemblée à trancher le débat en pertinence coranique, c'est-à-dire à voter [I]. Non seulement, le principe démocratique est affirmée comme la base normale du travail dans une assemblée – respecter les opinions et la majorité – mais encore la procédure démocratique par excellence, le vote, est-elle conçue comme à même de trancher valablement, *de l'extérieur*, c'est-à-dire à partir d'une autre pertinence, une discussion portant sur la Loi divine³. C'est en cela que la pertinence démocratique est un ressort d'ordre : aucune autre pertinence ne peut lui être opposée. On se retrouve ici dans une situation propre aux interactions en contextes institutionnels décrites par Drew et Heritage (1992 :22-23). La première caractéristique de ces interactions est l'orientation des discours des interactants par rapport aux fins utiles manifestes du contexte ; la deuxième est l'organisation fonctionnelle des interactions pour servir ces fins ; la troisième est la présence de procédures inférentielles propres à ce contexte. La première caractéristique signifie que, *subjectivement*, les interactants usent du discours de manière orientée afin de parvenir au type de fins propres à l'institution au sein de laquelle ils interagissent ; en ce sens, ils accomplissent un travail précis, en connaissance de cause. La deuxième caractéristique signifie que les interactants sont *objectivement* insérés dans des contraintes, limitant et orientant leurs capacités d'action par rapport à la tâche à accomplir ; de ce point de vue, ils s'attachent essentiellement à produire un discours utile. La troisième caractéristique signifie que, *cognitivement*, les interactants évaluent les situations et les

¹ C'est ainsi que, dans un article générique publié en 1964, Maurice Flory soutient que les pays nouvellement indépendants du Maghreb expérimentent une forme spécifique de démocratie (Flory, 1964). Ils se sont dotés de parlements, l'« attribut essentiel de la démocratie » (p.11). Ce point de départ permet de juger « les anomalies qu'[ils] présentent par rapport au modèle classique » (p.11). Ces anomalies proviennent de deux raisons : le sous-développement et l'islam. Mais c'est principalement l'islam qui apparaît comme la cause de ces anomalies, parce que, comme « source d'inspiration » (p.12), il exerce une influence forte « au-delà des contingences locales » (p.12). Maurice Flory entend donc rechercher chez les juristes musulmans l'origine des institutions présentes et la clef de lecture des arrangements constitutionnels maghrébins. Ce point est intéressant, dans la mesure où il fait montre d'une confusion profonde entre la théorie normative de la démocratie et la théorie positive, entre la nature juridique du régime et sa pratique. L'erreur consiste dans le fait de croire que, si un régime n'a pas une pratique conforme à sa nature juridique, c'est que sa nature est autre et qu'il possède, à ce titre, une autre « philosophie de la Cité » (p.18), issue de la « tradition arabo-musulmane » (p.21). Pour Maurice Flory, le peuple, suivant précisément cette tradition, n'a pas à exprimer un choix puisque le parlement n'a d'autres fonctions que d'« être le reflet d'une communauté cohérente » (p.25).

² Parmi un florilège de billevesées, on aura l'utile cruauté de citer Bernard Chantebout dont on retiendra la phrase suivante : « Et le poids de la tradition s'oppose au fonctionnement des institutions de type occidental qu'ils [les « leaders modernisateurs » des « années 1950-1970 »] avaient – sans trop y croire eux-mêmes – mises en place : étant étrangers à cette tradition, les Parlements élus ne bénéficiaient d'aucun soutien populaire face à l'Exécutif » (Chantebout, 1998 : 365)

³ C'est exactement, le même mécanisme que l'on retrouve à propos de l'application par la Haute Cour constitutionnelle égyptienne de l'article 2 de la Constitution énonçant que « les principes de la *shari'a* sont la source de la législation ». Il en découle non pas que ces principes ont une valeur constitutionnelle, mais qu'ils sont soumis aux ressorts d'ordre et aux jeux de catégorisation du droit positif et au travail de mise en pertinence conduit par des juristes laïcs formés dans les Faculté de droits (voir Bernard-Maugiron et Dupret, 1999).

discours en fonction des spécificités de l'institution et non en toute généralité ; en ce sens, ils agissent dans le cadre d'une rationalité, non seulement limitée, mais encore contextualisée.

C'est ainsi que, dans la discussion parlementaire d'un projet de loi, les interactants s'orientent vers l'adoption ou le rejet du texte, c'est-à-dire vers une procédure contraignante qui doit aboutir, dans des délais spécifiés et selon des formes prescrites, à une décision. Leurs discours servent, en ce sens, à donner des arguments en faveur de l'un ou l'autre résultat – l'amendement du texte étant un moyen de parvenir à son adoption –, qu'il s'agisse de convaincre les députés indécis, d'affermir une majorité, de prémunir sa réputation contre les conséquences du vote ou de prémunir le texte contre la censure d'une cour constitutionnelle. En effet, le travail institutionnel s'effectue souvent dans un contexte contextualisé (Dupret, 2006), les actions et les discours des interactants, parfois difficiles à interpréter par rapport à la séquence courte que l'on commente – celle que l'on a, si l'on peut ainsi dire, sous les yeux – s'expliquant le plus souvent par les séquences qui ont précédé comme par l'anticipation des séquences suivantes. L'activité politique est, en effet, une activité essentiellement réflexive qui consiste, d'abord, à maintenir sa capacité à faire de la politique, ce qui implique essentiellement la prise en compte des conséquences de l'activité présente sur sa réputation. Un parlementaire aura ainsi à cœur de ne pas apparaître sous un certain jour moral (par rapport à ses électeurs, fussent-ils virtuels) ni ne voudra faire défection à son parti (en tenant compte du fait que les instances de celui-ci décideront pour une large part de sa présence aux prochaines élections). Un gouvernement aura sans doute aussi à cœur de préserver sa réputation et de parfaire son bilan, mais aussi de ne pas voir sa loi censurée par le juge constitutionnel, ce qui, en Egypte, est un risque réel (Bernard-Maugiron, 2003). De ce point de vue, un député ou un ministre prenant la parole dans une enceinte parlementaire s'adresse, tout à la fois, à un public présent avec lequel il peut interagir et à un public absent, virtuel ; il vise à satisfaire plusieurs « audiences ». C'est ce qui explique le caractère dialogique et polyphonique⁴ de son discours marqué par la volonté de cumuler, dans la même performance, plusieurs pertinences en fonction de la pluralité d'audiences manifestes ou virtuelles, présentes ou futures, à laquelle il s'adresse.

Un exemple clair de l'entrelacement des pertinences est donné par l'intervention de [A], ministre des Waqfs :

Je précise qu'il y a une très grande différence entre le *khul'* et le divorce pour cause de préjudice et nous devons être conscients du fait que le recours à la justice au cas où les époux ne parviennent pas à un accord en la matière est une procédure légale qui ne contredit en rien la *shari'a*.

Son propos relève de la simple pertinence juridique. Il s'agit, en effet, de distinguer deux formes de dissolution du lien matrimonial. Pourtant, la conclusion du propos – sans que les prémisses ne l'impliquent – consiste à affirmer la conformité du *khul'* à la *shari'a*.

Un autre exemple est donné par [G] :

L'article 20, dans sa forme actuelle, n'est pas contraire aux dispositions de la *shari'a* ; il est conforme à l'avis des *imâms* Mâlik et al-Shâfi'î qui, tous deux, autorisent (*ajâzâ*) que la femme se rachète (*taftadî nafsahâ*) soit par consentement mutuel, soit en recourant aux autorités (*sultân*).

Il évalue un article de la loi du point de vue de la pertinence coranique et non de la pertinence juridique.

⁴ Voir Dupret (2003 :154 et suiv.), citant Matoesian (2001 :108) : « [un texte] peut incorporer l'interpénétration de voix multiples et changeantes, de même que des contextes historiques dès lors qu'ils sont contextualisés de manière à correspondre aux pertinences discursives d'une performance en cours ».

Un autre exemple, enfin, figure dans la phrase suivante :

[G] L'article objet de la discussion doit être adopté tel quel. L'approbation de l'Académie de recherches islamiques coupe court à toute divergence et règle les différents ; il n'est absolument pas permis de priver la femme du droit au *khul'* que lui confère la *shari'a*.

On retrouve, ici, la pertinence démocratique qui permet à l'intervenant de proposer légitimement l'arrêt de la discussion en évoquant la nécessité de voter et en fondant cette nécessité sur le résultat d'un avis qui relève à la fois de la pertinence religieuse – c'est l'avis de l'Académie de recherches islamiques – et de la pertinence démocratique – cet avis a été adopté à la majorité par un vote intervenant après une discussion longue et ouverte (voir l'intervention de [A]). Enfin, il entrelace, à nouveau, subtilement, la pertinence démocratique et la pertinence coranique, en concluant par :

...il n'est absolument pas permis de priver la femme du droit au *khul'* que lui confère la *shari'a*.

La clôture évoque l'impossibilité de dépouiller une personne de son droit, ce qui peut être aussi bien entendu d'un point de vue religieux que d'un point de vue jurnaturaliste, comme l'affirmation de l'impératif de ne pas priver un être humain d'un droit qui lui est accordé indépendamment de la société. C'est une rhétorique courante chez les défenseurs des droits de l'homme.

Cette intervention est intéressante parce qu'elle met en équivalence la pertinence coranique avec un aspect substantiel de la pertinence démocratique, ce qui n'arrive que rarement dans le débat en cours, la pertinence démocratique n'intervenant généralement que par la référence faite à des procédures (vote, débat, prise en compte des demandes des représentants qualifiés...). Tout au contraire, la réitération des références à la Loi divine n'est pas justifiée par des questions de procédure, non plus d'ailleurs que par des raisons substantielles. Aucun intervenant n'affirme, par exemple, que la *shari'a* est la meilleure des règles pour faire droit aux intérêts respectifs des époux. Cette orientation vers la pertinence coranique comme vers une fin en soi est, d'ailleurs, manifestée par la justification décontextualisée et rétrospective des dispositions référées à la Loi divine. C'est ainsi qu'un intervenant affirme que :

[F] La loi doit être modifiée pour être conforme à l'avis unanime des jurisconsultes (*ijmâ' al-fuqahâ'*).

Un autre atteste que :

[G] L'article 20, dans sa forme actuelle, n'est pas contraire aux dispositions de la *shari'a* ; il est conforme à l'avis des *imâm* Mâlik et al-Shâfi'i qui, tous deux, autorisent (*ajâzâ*) que la femme se rachète (*taftadî nafsahâ*) soit par consentement mutuel, soit en recourant aux autorités (*sultân*).

Un autre, encore, dit que :

[I] ... dans sa forme actuelle, l'article 20 est conforme à l'unanimité des doctrines (*ijmâ' al-â'imma*) et [j'] invite l'assemblée à l'adopter.

La pertinence coranique met en place un mécanisme en tout point remarquable : la « solidarité sans consensus » et, plus exactement, la « solidarité négative ». Par solidarité sans consensus, on entend que les membres d'une communauté reconnaissent les mêmes références et les mêmes symboles, mais les interprètent différemment (Kertzer, 1988 : 57-76). Par solidarité négative, on entend le fait supplémentaire que des membres usent de référence ou de symboles, parce qu'ils pensent que les autres membres s'attendent à ce qu'ils le fassent et ne les considéreraient donc pas comme des membres respectables s'ils ne le faisaient pas

(Ferrié, 2004). La solidarité sans consensus est évidente dans les échanges des parlementaires :

[A] Le ministre des Waqfs [affaires religieuses] ouvre le débat en observant : « La discussion de ce projet à l'Académie de recherches islamiques (*Majma' al-buhûth al-islâmiyya*) a duré trois mois pour permettre aux membres d'exprimer leurs opinions ; nous avons voté à la majorité des voix, cela est normal ; c'est l'avis de la majorité et cet avis engage (*yulzim*) tous les membres...

Je précise qu'il y a une très grande différence entre le *khul'* et le divorce pour cause de préjudice et nous devons être conscients du fait que le recours à la justice au cas où les époux ne parviennent pas à un accord en la matière est une procédure légale qui ne contredit en rien la *sharî'a*.

Alors que :

[F] Le *khul'* est une sorte de divorce irrévocable pour lequel deux conditions sont requises : premièrement, l'accord et le consentement des deux conjoints et, deuxièmement, le divorce est entre les mains de l'époux et c'est à l'époux et non au juge de prononcer d'une voix audible le mot divorce, ce sur quoi les quatre doctrines sont unanimes. Le projet de loi, dans sa forme actuelle, est contraire à la *sharî'a*, en ce qu'il donne à la femme le droit au *khul'* sans le consentement de son époux. La loi doit être modifiée pour être conforme à l'avis unanime des jurisconsultes (*ijmâ' al-fuqahâ*).

D'une manière générale, d'ailleurs, l'ensemble du débat sur le *khul'* illustre cette forme de solidarité, dans la mesure où les tenants du projet de loi et ses adversaires s'ingénient à n'énoncer d'arguments non procéduraux que dans le registre de la pertinence coranique. Ils s'évertuent même à éviter d'entrer dans un débat substantiel à ce sujet, n'abordant que rarement le thème de l'équité liée à la pertinence démocratique (à part [G] : « ...il n'est absolument pas permis de priver la femme du droit au *khul'* que lui confère la *sharî'a* »). C'est ainsi que le développement d'une assertion fondée en pertinence coranique n'implique pas de référence directe à l'axiologie, mais seulement la réassurance de l'autorité de la référence par sa réitération sous une forme spécifiée :

[F] ... Le projet de loi, dans sa forme actuelle, est contraire à la *sharî'a*, en ce qu'il donne à la femme le droit au *khul'* sans le consentement de son époux. La loi doit être modifiée pour être conforme à l'avis unanime des jurisconsultes (*ijmâ' al-fuqahâ*).

Réponse d'un membre de l'Académie de recherche islamique qui se réfère à deux fondateurs des quatre écoles juridiques :

[G] ... L'article 20, dans sa forme actuelle, n'est pas contraire aux dispositions de la *sharî'a* ; il est conforme à l'avis des *imâms* Mâlik et al-Shâfi'î qui, tous deux, autorisent (*ajâzâ*) que la femme se rachète (*taftadî nafsahâ*) soit par consentement mutuel, soit en recourant aux autorités (*sultân*).

Puis remonte en généralité et assure :

[G] Selon l'*imâm* Mâlik, le juge est tenu de se conformer à l'avis de deux arbitres : s'ils s'accordent sur le divorce moyennant une somme d'argent, la décision devra être le *khul'*. Mais, en cas de divergence, il appartiendra au juge de trancher dans le sens qui lui paraît conforme à la *sharî'a*.

La référence à l'*imâm* Malik ne fait, ici, que donner une profondeur référentielle à un argument qui n'est pas autrement justifié. De même, la référence à l'avis unanime des jurisconsultes (*ijmâ' al-fuqahâ*) ou des doctrines (*ijmâ' al-â'imma*) est techniquement un argument d'autorité contournant la justification et réitérant la référence à la Loi divine. C'est ici, d'ailleurs, que se manifeste le plus clairement l'influence de la solidarité négative : les élus sont, en effet, sommés de s'orienter, non plus vers des textes, mais vers une audience habilitée à juger de la pertinence coranique de leur position. C'est vers cette audience que s'oriente l'homme de religion, [F], quand il évoque l'avis unanime des jurisconsultes, et c'est

vers cette audience autrement nommée que s'oriente son contradicteur, [G], quand il évoque « l'avis unanime des quatre doctrines »⁵. Ainsi, ce qui est bien demandé aux parlementaires, c'est d'adopter l'avis d'un collectif spécifié mais artéfactuel – celui d'une communauté professionnelle. La référence faite, en ouverture, à l'avis des membres de l'Académie de recherches islamiques est du même ordre. Si l'évocation d'un vote majoritaire renvoie à une agrégation de personnes physique réelles, l'affirmation qui suit, selon laquelle l'avis de la majorité engage (*yulzim*) l'ensemble des membres, constitue une communauté artéfactuelle, puisque ce n'est plus une agrégation de personnes qui est visée, mais une communauté fondée sur une injonction catégorielle : « appartenir-à-une-organisation-où-l'on-est-engagé-par-le-vote-d'autrui ». Dans la mesure où le consentement réel n'est pas attesté (puisque l'épreuve effective de l'accord s'arrête au vote majoritaire), cette communauté est, d'abord, au sens propre du terme, une vue de l'esprit opérant la réduction des divergences potentielles des votants et des idiosyncrasies de chacun d'eux à un trait commun déduit d'un principe : « être-engagé-par-le-vote-d'autrui ». Cette communauté s'avère manifestement artéfactuelle⁶ comme celle formée par les juriconsultes. On touche ici du doigt – si l'on peut ainsi dire – la solidarité négative, entendue comme l'obligation de se conformer à l'avis d'une communauté *intrinsèquement* virtuelle, c'est-à-dire à l'avis supposé d'un groupe, plus ou moins spécifié, de personnes à l'opinion desquelles on ne peut accéder séparément. Cette communauté, faut-il le préciser, ne ressort pas de l'ontologie des analystes, puisqu'il apparaît maintenant que ce sont bien les acteurs qui s'orientent vers elles en l'investissant d'une autorité particulière. De même, on s'aperçoit que cette autorité même découle de la manière dont les acteurs s'y réfèrent en l'instituant comme ressource argumentative à l'intérieur d'une controverse. Le collectif vient toujours, en effet, renforcer un propos et ne se situe jamais en aval de celui-ci. En d'autres termes, nous avons toujours affaire à une structure argumentative du genre : (a) « nous faisons x et, d'ailleurs, x est conforme à X » et non (b) « X dit que nous devons faire x ». Cette différence est d'importance, dans l'étude praxéologique de la normativité, puisque X (a) est une ressource alors que X (b) est une source.

Référence textuelle et routine judiciaire : le divorce devant les tribunaux

Les questions de statut personnel sont organisées, en Égypte, par une série de lois, essentiellement les lois 25/1920 et 25/1929, toutes deux amendées par les lois 100/1985, et 1/2000. En l'absence de disposition législative explicite, la loi 1/2000 stipule que le juge doit s'en référer à « l'opinion qui domine dans l'école de l'imâm Abû Hanîfa ». En pratique, de nombreux juges font encore usage, en pareille situation d'incertitude, de la codification officieuse de Qadrî Pasha (1347 H.), qui est une compilation de dispositions inspirées de l'école hanafite. Depuis l'unification des cours et tribunaux égyptiens en un système national centralisé, le statut personnel est soumis à des règles de procédure communes à toutes les matières civiles et commerciales, quand du moins il n'existe pas de texte spécifique l'organisant (comme c'est le cas des dispositions de la loi 1/2000, par exemple). Les affaires sont examinées au premier degré par des tribunaux sommaires (*mahkama juz'iyya*) ou des tribunaux de première instance (*mahkama ibtidâ'iyya kulliyya*), en fonction de la nature du litige. Les tribunaux sont divisés en chambres, dont la chambre du statut personnel (*dâ'ira al-ahwâl al-shakhsiyya*) qui est compétente sur des questions financières (*wilâya `alâ al-mâl*) et non financières (*wilâya `alâ al-nafs*) relatives au statut personnel (mariage, divorce, héritage,

⁵ On constatera, au passage, que « l'avis unanime des doctrines » est une métonymie de l'effet – l'accord des doctrines se substituant à l'accord des juriconsultes – puisqu'il résulte nécessairement de la possibilité de comparer les doctrines, ce qui n'est donné qu'à une audience spécialisée et présuppose donc une telle audience ; en ce sens parler de « l'unanimité des doctrines », c'est bien parler de l'unanimité des juriconsultes.

⁶ On se situe toujours, ici, dans le cadre tracé par Livet (1994).

filiation). Ceci est vrai du divorce judiciaire pour cause de préjudice, matière réglée à l'art.6 de la loi 25/1929, telle qu'amendée en 1985, qui stipule : « Si l'épouse prétend que son époux l'a maltraitée de manière telle que cela rend impossible pour des gens de leur statut social de poursuivre leur relation maritale, elle peut demander au juge de les séparer, suite à quoi le juge lui accordera un divorce irrévocable s'il est établi que la conciliation est impossible entre eux. Si, toutefois, il [c'est-à-dire l'époux] refuse la demande et qu'elle répète sa plainte par la suite sans que le préjudice ne soit établi, le juge désignera deux arbitres et il statuera en vertu des dispositions des art.7, 8, 9, 10 et 11 [de cette même loi] ».

Dès lors qu'une femme soumet au juge une requête lui demandant de prononcer un divorce pour cause de préjudice qu'elle subirait du chef de son mari, le travail du juge est contraint, au moins formellement, par les différents éléments de cette disposition législative. Un processus séquentiel est engagé au travers duquel le juge franchit une série d'étapes successives avant d'arriver à sa décision. Ceci apparaît dans la façon dont est charpenté le jugement.

Tribunal de première instance, affaire No 858, 1998, statut personnel, Gîza

« Au nom de Dieu, le Clément, le Miséricordieux »

Au nom du peuple

Tribunal de première instance de Gîza

pour le statut personnel – personnes / premier circuit *shar'î*

Jugement

Lors de la session *shar'î* tenue publiquement au palais du tribunal le mardi 25/12/2000 m.⁷

Sous la présidence de Son Excellence M. [...], Président du tribunal

Et la participation de MM. [...] et [...], juges

En présence de M. [...], substitut du Parquet

En présence de M. [...], greffier

Le jugement suivant a été rendu :

Dans la requête déposée par Mme [...]

Contre

M. [...]

Enregistrée sur le rôle public au No. 858 de l'année 1998 m., S.P., plénier de Gîza

Le tribunal

Après audition de la plaidoirie, examen des documents et de l'opinion du Parquet et la délibération en droit :

Attendu qu'il ressort des faits de la cause que la demanderesse a déposé sa plainte en vertu du formulaire déposé au greffe du tribunal [...] et qu'elle a été signifiée légalement au défendeur, en conclusion de laquelle elle demande [que soit rendu] un jugement la divorçant, réclamant qu'il lui soit ordonné de ne plus s'opposer à elle dans ses affaires conjugales et le contraignant aux frais et dépens. [1]

En appui à cela, il est dit qu'elle est l'épouse du défendeur en vertu de [...] Celui-ci a cependant persisté à lui infliger de mauvais traitements [...] en se livrant à des voies de fait contre elles, en l'insultant et en délaissant le domicile conjugal [...] Elle lui a demandé le divorce [...] mais il n'a pas accepté. [...] [2]

Attendu que la requête a été examinée [...] Lors de la séance du [...], la demanderesse a comparu en personne avec un représentant (avocat) et il a présenté des pièces consistant en : [...]

1) L'original d'un certificat officiel [...] qui indique que la demanderesse est mariée au défendeur [...]

2) La photocopie de l'acte de mariage [...] Le tribunal a proposé [...] la conciliation qu'elle a refusée. [3]

À la séance du [...] les deux parties à la cause ont été représentées [...] Celui qui a comparu pour la demanderesse a ajouté une nouvelle demande à la requête, à savoir [que soit prononcé] le divorce judiciaire (*tatliq*) irrévocable (*talaqa bâ'ina*) de la demanderesse et du défendeur pour [cause de son] mariage à une autre [femme]. Le tribunal a ajourné l'examen de la requête [...] [4]

Lors de la séance du [...] la demanderesse fut représentée par son représentant (avocat). Il a présenté la requête [...] qui réclame en conclusion que [soit prononcé] un jugement [établissant] le divorce définitif pour [cause de] mariage avec une autre [femme] [...] Il a demandé que la requête soit réservée pour le jugement et le Parquet a donné son avis au tribunal, qui a décidé lors de cette séance de soumettre la requête à investigation pour qu'en soient établis les éléments [...] [5]

En application de ce jugement, le tribunal a entendu les deux témoins de la demanderesse [...] [6]

⁷ La mention « m. » signifie « *milâdî* », c'est-à-dire « de l'ère chrétienne ».

Lors de la dernière séance des plaidoiries de conclusion, la demanderesse a comparu en personne, avec un représentant (avocat), et le tribunal lui a proposé la conciliation qu'elle a refusée. Le Parquet a donné son avis au tribunal qui a fixé la requête pour jugement à la séance d'aujourd'hui. [7]

Le tribunal souligne, en exergue de son jugement, [...] qu'il n'est pas] besoin de se prononcer sur l'objet de la demande additionnelle [8]

Attendu que [...] il est établi en vertu de l'article 6 du décret-loi No. 25/1929 m. que [...] [9]

L'article 6 n'a pas défini le [...] [10]

Le préjudice prévu par le texte de l'article 6 a pour condition : [...] [11]

Il est établi dans la jurisprudence de la cassation que [...] [12]

Le critère du préjudice au sens de l'article 6 de la loi 25/1929 m. est [...] [13]

Le préjudice est établi par le témoignage de [...] [14]

L'article 6 [...] ne dessine pas de voie précise pour la tentative de conciliation [...] [15]

Sur la base de ce qui vient d'être mentionné, la demanderesse a introduit sa requête [...]. Le tribunal a entendu les deux témoins [...] Dès lors, les conditions de la demande en divorce judiciaire [...] étaient réunies [...] Il s'impose donc au tribunal de prononcer son divorce judiciaire d'avec le défendeur dans la forme d'un divorce irrévocable pour [cause de] préjudice. [16]

Attendu que, pour l'ensemble des dépens en honoraires des avocats [...] [17]

Pour ces motifs

Le tribunal décide du divorce judiciaire de la demanderesse [...] d'avec le défendeur [...] dans la forme d'un divorce irrévocable pour [cause de] préjudice, lui ordonne de ne plus s'opposer à elle dans ses affaires conjugales et le contraint aux dépens et à dix livres correspondant aux honoraires des avocats.

Le greffier

Le président du tribunal

La règle législative formulée à l'article 6 contraint le jugement en matière de divorce judiciaire pour cause de préjudice à suivre le schéma suivant : requête – établissement du préjudice – tentative de réconciliation – jugement. Le texte du jugement révèle toutefois une structure interne légèrement différente, plus complexe et confuse, qui peut être schématisée comme suit :

- 1) introduction
- 2) requête [attendus 1 et 2]
 - o plainte [1]
 - o faits de la cause selon la demanderesse [2]
- 3) procédure suivie par le tribunal [attendus 3 à 7]
 - o pièces présentées en appui à la requête + proposition de conciliation [3]
 - o audition des parties + demande additionnelle + ajournement [4]
 - o audition + requête de la demanderesse + demande de fixation [5]
 - o audition des témoins [6]
 - o dernières plaidoiries + proposition de conciliation + avis du Parquet + fixation du jugement [7]
- 4) examen des moyens légaux [attendus 8 à 15]
 - o considération préliminaire (inutilité de la demande additionnelle) [8]
 - o concept de préjudice : absence de définition ; conditions [9-11]
 - o concept de préjudice dans la jurisprudence de la Cour de cassation [12]
 - o critère du préjudice [13]
 - o témoignage en matière de statut personnel [14]
 - o tentative de conciliation [15]
- 5) application du droit aux faits de la cause [attendu 16]
- 6) dépens et demandes annexes [attendu 17]
- 7) sentence

Cette séquence, bien qu'enregistrée par le juge dans la forme d'un jugement, reflète la contrainte procédurale réelle sous laquelle il opère. Une de ses tâches principales, en tant que professionnel engagé de manière routinière dans son activité, est de manifester publiquement

l'accomplissement correct de son travail. La production d'un jugement procéduralement impeccable relève de ces priorités, ce qui est montré publiquement dans le récapitulatif que le juge opère de toutes les étapes qui doivent être nécessairement franchies et qui ont été effectivement accomplies. À ce niveau procédural, il est clair que le juge s'oriente exclusivement vers les aspects techniques du droit égyptien de la procédure. Ceci peut inclure la référence à des dispositions explicitement reliées au droit hanafite, s'agissant des témoins par exemple (attendu 14), mais c'est, dans notre cas, une occurrence unique qui, de plus et surtout, survient par le truchement de la jurisprudence de la Cour de cassation. Autrement dit, même quand il y est fait référence, le droit islamique intervient par le truchement de l'intermédiation du droit positif et de ses institutions.

Tribunal de première instance, affaire No 858, 1998, statut personnel, Gîza

Le préjudice est établi par le témoignage de deux hommes ou d'un homme et de deux femmes, en vertu de l'opinion prépondérante de la doctrine d'Abû Hanîfa et en application de l'article 280 du Règlement [d'organisation des tribunaux] de la *shari`a*⁸ : « La preuve appartient à deux hommes ou bien un homme et deux femmes » (Cass. Civile, 28/2/1960 m., 11^e année judiciaire, p.181).

La plupart des documents d'un dossier judiciaire montrent cette orientation des juges et autres professionnels vers la correction procédurale. Ceci tient à la séquence générale du procès dans laquelle chaque participant s'adresse à tour de rôle à des gens qui, à un certain moment, ne sont pas présents physiquement dans la salle, mais constituent un auditeur silencieux vers qui les interactants se tournent au-delà de leurs échanges verbaux immédiats (Drew, 1992 ; Dupret, 2006). La notion peut sans aucun doute être étendue aux personnes absentes auxquelles un document, tel que le jugement, est adressé. L'invalidation potentielle du jugement que pareille audience pourrait ultérieurement décider est directement prise en compte par les participants et se traduit dans l'attitude très conditionnée qu'ils adoptent à l'égard des procédures qu'ils sont requis de suivre. Ces contraintes procédurales ne sont pas considérées comme des éléments importés d'un quelconque système juridique externe, historique ou surplombant. Elles représentent plutôt les dimensions directes, évidentes, réelles et pratiques de la routine bureaucratique quotidienne de personnes engagées, dans l'Égypte d'aujourd'hui, dans différentes activités juridiques professionnelles.

À titre d'illustration, prenons au hasard un rapport de conciliation rédigé par le Comité d'arbitrage et de conciliation de Gîza dans une affaire de divorce unilatéral à la requête de l'épouse (*khul`*). Cette tentative de conciliation est imposée conformément à la nouvelle procédure mise en place par l'article 20 de la loi 1/2000. Comme on va le voir, ce document traduit la dimension avant tout bureaucratique et routinière de la pratique du statut personnel, alors même qu'il émane d'une institution explicitement religieuse, al-Azhar.

Comité d'arbitrage et de conciliation, Rapport dans l'affaire No. 180/2000

Au nom de Dieu le Clément, le Miséricordieux

al-Azhar al-sharîf

Département des recherches islamiques

Administration générale du prêche et de l'information religieuse

Zône de prêche de Gîza, Comité d'arbitrage et de conciliation

Rapport

Son Excellence M. le Conseiller [...], Tribunal de Gîza-Nord, Premier circuit *shar`î*, plénier, Nord

La paix soit sur vous, la clémence de Dieu et Sa bénédiction

L'honorable tribunal nous a désignés pour arbitrer dans la requête No. 180 de l'année 2000 intentée par Mme [...] contre [...]

Objet : Rapport sur l'affaire No. 180
de l'année 2000 intentée par Mme [...]
contre [...]

⁸ La loi 1/2000 reprend intégralement cette disposition.

Exécution du mandat

1- L'épouse a comparu au bureau d'arbitrage et de conciliation de la région de prêche de Gîza et on a procédé à l'enregistrement de ses propos par écrit et par oral et à son audition. On a tenu plusieurs séances à son sujet. Il en ressort l'impossibilité d'un accord et d'une conciliation entre elle et son époux, sachant que l'époux n'a pas comparu en dépit de ce qu'il avait connaissance de ces séances. L'épouse a rapporté par ses propos qu'elle avait fait face à l'humiliation, à la diffamation, à l'insulte et à l'atteinte à son honneur de la part de l'époux mentionné. Il a ainsi prononcé des propos calomnieux, ce qui a conduit à éprouver les enfants psychologiquement et à ce qu'elle le déteste et veuille en divorcer par voie unilatérale (*mukhâla`a*) pour préserver l'avenir des enfants. Elle a dit : Je crains de ne pas respecter les limites de Dieu avec lui (*allâ uqîm hudûd allâhi ma`ahu*).

2- On a procédé à l'envoi de télégrammes à l'époux et il n'a pas comparu dans les locaux du Comité d'arbitrage et de conciliation de la zone de prêche de Gîza jusqu'à la rédaction de ce rapport.

Opinion des deux arbitres

Après examen des pièces de l'affaire, des documents qui l'accompagnent, des propos de l'épouse et ce qui est demandé de l'époux, l'impossibilité de la coexistence et de la vie maritale entre eux est apparue manifeste. Nous portons ceci à [la connaissance de] votre Excellence. Il appartient à la justice du tribunal de juger de la manière qu'il jugera conforme.

La paix soit sur vous, la clémence de Dieu et Sa bénédiction

Premier arbitre
[...]

Deuxième arbitre
[...]

Outre la tentative de conciliation, dont ce rapport est censé attester, la structure du document montre au moins deux choses :

1) Le rapport est un accomplissement en soi. Dans ce rapport, les arbitres produisent toutes les caractéristiques qui manifestent le fait qu'ils agissent ès qualité et qu'ils maîtrisent les aspects techniques procéduraux rendant possible la production d'un rapport du bureau ad hoc d'al-Azhar.

2) Ce rapport fait partie d'une procédure globale. Il mentionne qu'il s'intègre dans une procédure plus englobante suivie dans le jugement d'une affaire qui a été transmise aux arbitres par le tribunal, en leur demandant de fournir une prestation exigée par la loi.

Parallèlement à ce souci de correction formelle, les professionnels engagés dans un procès judiciaire s'orientent vers la catégorisation juridique des faits dont ils sont saisis, ce qu'on pourrait appeler la production de la pertinence juridique. Dans le cas du divorce judiciaire pour cause de préjudice, doivent ainsi être résolues les questions de savoir ce qui a la qualité de préjudice et ce qui peut être tenu pour la cause de ce préjudice. L'article 6 de la loi de 1929 donne une définition très large du préjudice. Il est question de l'épouse alléguant que son mari lui fait subir des mauvais traitements tels que la poursuite de la relation conjugale est devenue impossible pour des gens de leur statut social. C'est donc au juge qu'il appartient de qualifier les faits de la cause de manière à pouvoir les faire entrer sous la définition de la loi. À cette occasion, il manifeste la contrainte qu'exercent sur lui les définitions données par la Cour de cassation, comme cela apparaît explicitement à la lecture de l'extrait suivant du jugement (attendus 12-15).

Tribunal de première instance, affaire No 858, 1998, statut personnel, Gîza

Il est établi dans la jurisprudence de la cassation que « le préjudice commis par l'époux est soit positif soit négatif. Le préjudice positif consiste dans le mal fait par l'époux à son épouse par [la voie de] coups et insultes que n'autorise pas la *sharî'a* islamique et dont souffre l'épouse. Quant au préjudice négatif, cela consiste dans l'abandon par l'époux de son épouse. C'est le préjudice le plus grave, le préjudice qui déshonore l'épouse. Il suffit qu'il survienne du fait de l'époux contre l'épouse une seule fois pour qu'elle ait le droit de demander le divorce pour préjudice (Cass., 31/3/1984 m., p.287, Majallat al-qadâ', 1984 m.).

Le critère du préjudice au sens de l'article 6 de la loi 25/1929 m. est personnel, non pas matériel, et son évaluation est ce qui rend la poursuite de la vie maritale impossible. [Son critère] est objectif, laissé au juge du fond, et il varie en fonction de l'environnement des deux époux, de leur niveau de culture et de leur milieu social (Cass., 1/11/1978 m., p.1174).

[... ; cité *supra*]

L'article 6, bien qu'il conditionne le divorce judiciaire pour préjudice à l'incapacité du juge de concilier les époux, ne dessine pas de voie précise pour la tentative de conciliation entre les deux époux. Le tribunal a dès lors proposé la conciliation aux deux parties. L'époux a accepté et l'épouse l'a refusée. Ceci est considéré comme [l'expression de] l'incapacité du tribunal de concilier les deux époux comme l'exige l'article 6 (Cass., 14/47, 30^e année judiciaire [sic !], p.906).

Il est clair que la définition donnée par la Cour de cassation n'épuise pas l'incertitude à laquelle le juge est confronté quand il qualifie les faits. Cela ne signifie pas, pour autant, que le travail du juge est particulièrement compliqué ou arbitraire. Les catégories auxquelles le juge fait référence ont, pour lui, une nature objective, même si, comme on l'a vu, c'est sa propre qualification qui les objective. De plus, le processus juridique de qualification est totalement soutenu par un processus social de normalisation, c'est-à-dire par cet ensemble d'opérations par lesquelles le juge sélectionne de manière routinière certaines des caractéristiques d'un cas semblable à un type de cas commun, normal, usuel (Sudnow, 1987). C'est à ces catégories « normales », qui sont dotées, au-delà de leur définition juridique, d'une dimension propre au sens commun, que le juge, tout comme le procureur, l'avocat, la victime, l'accusé, les témoins ou les experts, s'orientent.

Dans l'affaire déjà évoquée, l'épouse a mobilisé deux moyens successifs pour donner substance à la catégorie de préjudice : (1) l'abandon du domicile conjugal ; (2) l'existence d'un second mariage. Ni l'un ni l'autre ne sont toutefois explicitement mentionnés par la loi comme causes de préjudice. C'est donc le propre du travail du juge que de considérer que ces faits entrent dans la catégorie légale et, partant, sont susceptibles des conséquences juridiques attachées à cette qualification. Et, dans son travail, c'est à la seule référence législative et jurisprudentielle que le juge renvoie. L'autorité sur laquelle il se fonde dans l'accomplissement pratique de son travail est donc strictement référentielle. Elle est en outre positive (le législateur égyptien et le juge de cassation). Elle est enfin routinière, puisqu'elle procède à la répétition d'un schème procédural identifiable dans la plupart des affaires de divorce pour cause de préjudice (Sudnow, 1987 ; Dupret, 2006).

Un certain nombre d'éléments concourant à l'élaboration de ce document textuel désengagé qu'est le jugement peuvent être identifiés grâce à l'examen minutieux des différentes étapes et procédures ayant soutenu le travail du juge (bien que ces étapes et procédures débouchent elles-mêmes sur la production de documents textuels en partie désengagés). Dans notre cas, c'est à la seule technique probatoire du témoignage qu'il est fait recours pour établir le type de dommage ayant débouché sur la survenance d'un préjudice. Faute de disposer du matériau pertinent dans cette affaire, on prendra l'exemple d'un témoignage rendu dans un cas de même type.

Tribunal de première instance, affaire No 701, 1983, statut personnel, Gîza

Le tribunal a appelé le premier témoin de la demanderesse et il a dit :

- 1- Je m'appelle [...] **serment**
- 2- Question du tribunal : Quelle relation as-tu avec les deux parties
- 3- Réponse du témoin : Mon lieu de travail est proche du bureau de poste où travaille la demanderesse
- 4- Q : De quoi témoignes-tu
- 5- R : La demanderesse est la femme du défendeur en vertu d'un contrat de mariage légal il y avait des disputes entre eux et j'ai vu l'époux de la demanderesse que je connais bien que je ne connais pas le lieu de sa résidence il lui lançait des paroles devant le bureau de poste dans lequel elle travaille l'appelant je l'ai entendu lui adresser la parole par t'es une pute t'es dégueulasse et d'autres mots du genre pendant près de deux ans et il y a un mois il a appelé la police contre elle parce qu'il y avait eu entre eux quelque chose que je n'sais pas
- 6- Q : Depuis combien de temps connais-tu l'époux de la demanderesse

- 7- R : Depuis près de deux ans
8- Q : Habite-t-il dans le quartier
9- R : Je ne sais pas
10- Q : Depuis combien de temps le défendeur lance des sales mots à la demanderesse
11- R : Depuis près de deux ans
12- Q : Quels sont les mots qu'il lui a lancés
13- R : Il lui a dit t'es une pute t'es dégueulasse et des mots de ce genre et c'était devant le bureau de poste
14- Q : La demanderesse a-t-elle souffert d'un préjudice à cause de ça
15- R : Oui elle s'est effondrée pendant qu'elle travaillait au bureau de poste
16- Q : Quelque chose d'autre à dire
17- R : Non

En dépit du fait que les témoignages soient supposés être retranscrits dans les propres mots des témoins, il est clair qu'ils sont reformulés, au moins partiellement, par le juge et son secrétaire. C'est pour cela qu'il est fait état de ce que le témoin a commencé son témoignage par l'établissement de ce que la demanderesse et le défendeur sont époux « en vertu d'un contrat de mariage légal ». Outre ce processus de réécriture et d'édition, la nature largement stéréotypée de l'organisation du témoignage et la nature pré-allouée des tours de parole dans la production du témoignage méritent l'attention. Ces deux éléments tiennent au contexte institutionnel dans lequel ces témoignages sont déposés. De plus, tout ce qui est fait dans ce contexte est nécessairement géré par les participants à l'intérieur même du cadre contraignant de l'organisation pré-allouée de tours de parole. Autrement dit, dans le contexte judiciaire, contrairement à la conversation ordinaire, l'ordre des tours, de même que le type de chaque tour, est fixé. À l'intérieur de ce système allouant les tours de parole, aussi bien le juge que les témoins sont orientés vers la production d'une information qui puisse être juridiquement pertinente et vers la crédibilité de cette information. Du côté du juge, la crédibilité de l'information fournie par chaque témoin est testée par des questions touchant à la crédibilité du témoin lui-même. C'est pour cela que l'interrogatoire commence par une question portant sur « la relation avec les deux parties » du témoin (tour de parole 3). Cette crédibilité peut être aussi examinée en demandant au témoin de produire un compte rendu de première main de son témoignage (tours de parole 5) et en évaluant la crédibilité de ce récit global au moyen de questions demandant au témoin de confirmer ce qu'il a affirmé point par point (tours de parole 7-14). Il est par ailleurs clair que le juge cherche aussi à extraire certains éléments d'information – dimension temporelle du comportement (combien de temps ? : tour de parole 11), contenu exact du comportement (mots exacts utilisés par le mari : tours de parole 13 et 16), responsabilité (qui l'a fait ? : tour de parole 11), nature du préjudice causé par le comportement (quel effet sur l'épouse ? : tour de parole 15) – qui forment les éléments constitutifs de la catégorie juridique de préjudice. Mises ensemble, les pièces détachées de cette recherche d'information concordent avec les éléments qui conditionnent la notion de préjudice tel que défini par le jugement et conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation : « le mal fait par l'époux à son épouse sous forme de parole ou d'acte, ou des deux, d'une manière qui ne soit pas acceptable pour des gens de même statut, et [qui] constitue quelque chose de honteux et de dommageable qui ne puisse pas être supporté ».

Une référence islamique occasionnelle et routinisée

Au niveau législatif, la référence coranique semble se suffire à elle-même : on ne recherche pas de raisons supplémentaires pour expliquer la nécessité de respecter les dispositions coraniques. Le respect est une fin en soi. On peut envisager deux motifs à cela, l'un et l'autre faisant appel à une séquence plus longue. Le premier motif est que, quoique l'on puisse penser, la *shari'a* est, du fait même du droit positif – l'article 2 de la constitution de 1971 tel qu'amendé en 1980 –, la source principale de la législation. Cette disposition

oblige le législateur à veiller à la pertinence coranique des lois comme à s'orienter vers l'« audience » spécialisée qui aura, éventuellement, à en juger, c'est-à-dire à se prémunir contre un arrêt en inconstitutionnalité de la Haute Cour constitutionnelle. Le deuxième motif, qui renvoie à une séquence bien plus longue, est que, depuis les années quatre-vingt, le langage politique et, plus largement, le langage normal de la sphère publique égyptienne sont religieux, tendus vers la promotion de la réislamisation de la société (Ferrié, 2004). L'islam, sinon l'islamisme, est ainsi devenu le langage qui convient à toutes les situations, et surtout à celles dans lesquelles on souhaite paraître comme respectable auprès d'une large audience, le public virtuel étant, d'emblée, catégorisé comme « musulman » et pieux⁹. Le paradoxe de cette omniprésence est qu'elle n'entraîne pas d'omnipotence. C'est ainsi que l'aspect décontextualisé et non substantialisé de la pertinence coranique fait qu'elle peut se rapporter à des positions normatives singulièrement différentes ; c'est ainsi, également, qu'elle est soumise à un ressort d'ordre qui en détermine drastiquement la portée à l'intérieur du contexte organisationnel dans lequel elle se déploie. On peut donc se référer au Coran pour défendre le *khul'* ou pour s'y opposer, mais ce n'est pas le Coran qui détermine l'acceptabilité législative du texte. Ce qui apparaît ici, c'est qu'une pertinence n'est un ressort d'ordre que dans la mesure où elle est liée à un contexte organisationnel requérant l'accomplissement de tâches précises. Or, dans un parlement, fut-il composé de musulmans, c'est la pertinence démocratique qui est seule liée à un contexte organisationnel fixant le déroulement et l'orientation pratique des débats. C'est ce que manifestent clairement les discours qui se terminent par un appel à adopter le projet de loi. Ceux-ci considèrent que le Parlement peut trancher des questions pourtant renvoyées par certains intervenants à « l'avis unanime des jurisconsultes (*ijmâ' al-fuqahâ'*) », non pas parce qu'ils connaîtraient mieux cette question, mais parce qu'il s'agit du vote d'une loi, c'est-à-dire de leur travail spécifique. De plus, on remarquera que cet appel au vote est d'autant plus aisé qu'il émane du chef de la majorité gouvernementale au Parlement, lequel est assuré de la discipline de la plupart de ses députés. Face à cela, la pertinence coranique ne trouve à s'appuyer que sur des audiences virtuelles. Certes, celles-ci paraissent suffisamment contraignantes pour imposer la rhétorique des débats ; mais elles s'avèrent bien insuffisantes pour en déterminer l'issue. En ce sens, la hiérarchie des pertinences s'avère strictement dépendante du contexte organisationnel dans lequel elle se situe (ce qui veut dire que ce ne sont pas les pertinences qui imposent leur hiérarchie).

Au niveau judiciaire, à l'endroit même où elle est supposée massive et écrasante, à savoir le droit du statut personnel, la référence à l'autorité du droit islamique est loin d'apparaître systématiquement. Certes, des mentions formelles de l'autorité de la religion figurent en bonne place. Ainsi, le jugement est-il rendu « au nom de Dieu ». Il l'est toutefois également « au nom du peuple », ce qui n'a jusqu'à présent inspiré aucun argument en faveur de l'autorité de ce dernier. Plus sérieusement, on remarque que cette question ne procède, dans le domaine du droit, ni du poids que la tradition scientifique semble vouloir imputer à la référence islamique ni des voies exceptionnelles que son expression est présumée suivre. En d'autres termes, la référence explicite à l'autorité de l'islam est occasionnelle. Cette référence est, de plus, toujours médiatisée par le recours aux sources premières – parce que tenues pour

⁹ C'est une condition normale de la communication que de ne pas connaître exactement l'audience à laquelle on s'adresse ni les intentions des personnes avec lesquelles on interagit. Pour pallier ce défaut d'information, les interactants attribuent conventionnellement des traits et des attentes à cette audience, ils procèdent, si l'on veut, à une opération de catégorisation sommaire, leur permettant d'ajuster leurs discours à la situation. Cette audience supposée constitue ce que Pierre Livet nomme une « communauté virtuelle » (Livet, 1994). Cette activité de catégorisation est une pratique ordinaire des membres de la société, consistant à produire une description intelligible, communément admise et allant de soi des situations et de leurs hommes. Elle est naturellement, comme toutes les opérations de catégorisation, orientée vers le maintien de l'ordre moral (Jayyusi, 1984).

telles dans les cursus d'enseignement des matières juridiques – du droit égyptien d'aujourd'hui : la loi et la jurisprudence. Elle s'inscrit donc dans la banalité et la routine de l'accomplissement pratique de l'activité du juge qui consiste, avant toute autre chose, à qualifier juridiquement des faits qui lui sont soumis. Ce faisant, le juge s'attache sans doute plus à manifester sa capacité à juger correctement, selon les standards de la profession, les contraintes formelles qui s'appliquent à son exercice, les sources juridiques sur lesquelles elle s'appuie et les normes du travail interprétatif qu'elle suppose, qu'à réitérer le primat islamique du droit qu'il met en œuvre. Il ne fait pas de doute que, si on interrogeait ledit juge, il ne manquerait pas de souligner la conformité de son activité et du droit qu'il applique à la norme religieuse islamique. Cette position ne relèverait, pour autant, que de l'ordre rétrospectif, a posteriori, de la justification. Dans le cours de son travail, le juge ne semble en revanche pas s'orienter massivement vers la nécessité d'évaluer le prédicat islamique de toute chose, même dans le domaine du droit où la généalogie islamique des règles semble la plus manifeste.

Faut-il en conclure à la dilution du droit islamique dans l'ordre constitutionnel moderne ou à la positivisation de la règle juridique islamique en matière de statut personnel ? Conformément à ce qu'on énonçait en introduction, c'est davantage à une respecification de la question qu'on voudrait inviter. Au lieu de se demander de quel point de vue il faut se placer pour pouvoir évaluer l'autorité de la règle islamique, il convient d'observer, en contexte, comment les députés de l'Assemblée et les magistrats élaborent et mettent en œuvre les règles, s'attachent à les référencer à des sources faisant autorité dans l'exercice de leur travail législatif ou judiciaire et les inscrivent dans le cours ordinaire du travail parlementaire et dans la séquence routinière du travail de juge. Il ne s'agit plus, alors, de s'interroger, à partir d'une assemblée législative ou d'une cour de justice, sur le concept de droit islamique, mais bien de décrire les modes de formulation, d'usage et de référence à la règle de droit et la production toujours située et ponctuelle de son autorité.

Références

Bernard-Maugiron, Nathalie (2003) *Le Politique à l'épreuve du droit. La Haute Cour constitutionnelle égyptienne* Bruxelles: Bruylant

Bernard-Maugiron, Nathalie, Dupret, Baudouin (1999) « “Les principes de la shari‘a sont la source de la législation” : La Haute cour constitutionnelle et la référence à la Loi islamique », *Egypte/Monde arabe*, n°2 : *Le Prince et son juge. Droit et politique dans l’Egypte contemporaine*

Chantebout, Bernard (1998) *Droit constitutionnel et science politique*. Paris: Armand Colin (15^e édition)

Drew, Paul (1992) « Contested Evidence in Courtroom Cross-Examination: The Case of a Trial for Rape » in Paul Drew and John Heritage (eds.) *Talk at Work. Interaction in Institutional Settings* Cambridge: Cambridge Univ. Press (réimprimé dans Travers et Manzo, 1997)

Drew, Paul (1992) « Contested Evidence in Courtroom Cross-Examination: The Case of a Trial for Rape » in Paul Drew and John Heritage (eds.) *Talk at Work. Interaction in Institutional Settings* Cambridge: Cambridge Univ. Press (réimprimé dans Travers et Manzo, 1997)

Drew, Paul, et John Heritage (1992) « Analyzing talk at work: an introduction » in Paul Drew and John Heritage (eds.) *Talk at Work. Interaction in Institutional Settings* Cambridge: Cambridge University Press

Dupret Baudouin (2006) *Le jugement en action : Ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Égypte*, Genève : Droz

Dupret, Baudouin (2000) *Au nom de quel droit. Répertoires juridiques et référence religieuse dans la société égyptienne musulmane contemporaine* Paris: LGDJ/Maison des sciences de l'homme

Ferrié, Jean-Noël (2004) *Le régime de la civilité. Public et réislamisation en Egypte* Paris: Presses du CNRS

Flory, Maurice (1964) « Consultation et représentation dans le Maghreb indépendant », in *Annuaire de l'Afrique du Nord* 1962

Hart, Herbert L.A. (1961) *The Concept of Law* Oxford: Oxford University Press (traduction par M. van de Kerchove, *Le concept de droit*, Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976)

Jayyusi, Lena (1984) *Categorization and the Moral Order* Boston: Routledge & Kegan Paul

Kertzer, David (1988) *Rituals, Politics and Power* New Haven: Yale University Press

Kripke, Saul (1982) *Wittgenstein on Rules and Private Language* Cambridge: Harvard University Press

Livet, Pierre (1994) *La communauté virtuelle. Action et communication* Combas: Editions de l'éclat

Manin, Bernard (1995) *Les principes du gouvernement représentatif* Paris: Calmann-Lévy
Elster, Jon, Slagstad, R. (1988) *Constitutionalism and Democracy* Cambridge: Cambridge University Press

Matoesian, Gregory (2001) *Law and the Language of Identity: Discourse in the William Kennedy Smith Rape Trial* New York: Oxford University Press

Sudnow, David (1987) « Normal Crimes » in E. Rubington et M. Weinberg (eds.) *Deviance: The interactionist perspective* New York: Macmillan (réédition de l'article paru en 1965 dans *Social Problems* 12: 251-76)

Taylor Charles (1995) « Suivre une règle » *Critique* : 554-572

Travers, Max, et John F. Manzo (eds.) (1997) *Law in Action: Ethnomethodological and Conversation Analytic Approaches to Law* Aldershot: Dartmouth/Ashgate