



HAL
open science

Droit et charia

Baudouin Dupret

► **To cite this version:**

Baudouin Dupret. Droit et charia. Grief: Revue sur les mondes du droit, 2015, 2, pp.166-174.
hal-02160975

HAL Id: hal-02160975

<https://hal.science/hal-02160975v1>

Submitted on 19 Sep 2019

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.

DROIT ET CHARIA **Des concepts en contexte**

Baudouin Dupret

Il est jusqu'à un certain point absurde de poser la question 'Qu'est-ce que le droit?'. Il n'existe en effet rien qu'on puisse désigner comme étant le droit *en soi*. Il n'y a que des jeux de mots et d'expressions normatifs partageant des airs de famille à travers les langues, les cultures, les institutions, les activités et les contextes. Il n'y a en conséquence pas de définition du droit à rechercher, mais seulement des descriptions des grammaires (superficielles ou profondes) de ces jeux de langage normatifs. Le droit n'est pas une réalité empirique qu'il faudrait découvrir, mais une question conceptuelle qui ne peut être séparée du contexte de ses usages. Ces pages sont un effort visant à clarifier cette affirmation en relation à ce qu'il convenu d'appeler 'droit musulman'.

Pour ce faire, il n'est pas sans intérêt de s'inspirer librement de Wittgenstein. Cela ne vise pas à faire du droit le prétexte à des digressions sur « de grandes questions cachées depuis la création du monde », mais à saisir le concept de droit pour lui-même, dans ses pratiques ordinaires, dans ce qu'il offre à voir et dans la description qu'il permet. Passer par Wittgenstein, c'est en quelque sorte emprunter le « passage du Nord », le cheminement le plus direct vers ce qui gît sous nos yeux une fois que l'on s'est débarrassé des glaçons qui obstruent la voie. En ce sens, il s'agit d'une version thérapeutique des sciences sociales qui vise à dissiper le brouillard entourant l'usage de nos concepts, en refusant les intermédiations, les théorisations et les positions de surplomb à l'égard d'un monde que l'observateur pratique avec les mêmes moyens épistémiques que les personnes observées. A cela s'ajoute l'attachement à la description, et donc à l'ethnographie, c'est-à-dire l'effort de transcription d'une réalité appréhendée par nos sens et notre intelligence. Le mot « ethnographie » doit donc être entendu en son sens premier d'écriture des pratiques d'un groupe social. S'agissant de droit, ces pratiques sont avant tout langagières.

Plus de deux siècles d'efforts n'ont pas permis de résoudre l'énigme définitionnelle du terme « droit »¹. Ce n'est pas dû au fait qu'un facteur additionnel permettant de compléter la définition fasse toujours défaut. A l'image du temps ou de la pensée, le droit n'est pas une chose que l'on désigne en la nommant. S'enquérir du droit en tant que quelque chose de

¹ Ce constat est vrai aussi bien en théorie du droit (voir par exemple H.L.A. Hart, 1976, dont l'étude néopositiviste n'a pas réussi à trancher la question) qu'en anthropologie du droit, dont le penchant pour la résolution des conflits ou le pluralisme traduit l'incapacité à saisir l'« objet » juridique.

matériel revient à rechercher le Saint-Graal. Le droit appartient au monde conceptuel et, en tant que tel, il tient son sens de son insertion dans une grammaire-en-usages. Il faut donc à tout prix éviter de commettre l'erreur de catégorie qui nous ferait prendre la question conceptuelle du droit pour une question empirique. Dans ce dernier cas, la réponse est apportée par la réalité naturelle. Il est ainsi possible d'attester empiriquement de l'existence de la Cour de cassation française : une appellation reconnue, une signature, une reconnaissance de son existence qui n'est pas subjective et interprétative, etc. En revanche, il est impossible de répondre empiriquement à la question de savoir si une main frappant une planche d'un marteau correspond à un geste de charpentier ou à une sentence prononcée par un juge. Il s'agit d'une question à laquelle on ne peut répondre que de manière conceptuelle, en la rattachant aux circonstances, finalités et intentions qui y président.

Inspiré par le réalisme américain, Brian Tamanaha fait état d'une évidence que la brume du pluralisme juridique tend trop souvent à cacher : « les normes vécues sont qualitativement différentes des normes reconnues et appliquées par les institutions juridiques, parce que ces dernières impliquent une 'positivisation' des normes ; autrement dit, les normes deviennent 'juridiques' quand elles sont reconnues comme telles par les acteurs du droit » (Tamanaha, 1993 : 208). Le terme « droit » n'est dès lors plus un concept analytique, mais un concept vernaculaire, et il apparaît vain de rechercher l'essence ou la définition du concept. De ce même fait, la question des frontières de la juridicité perd sa pertinence. En tout état de cause, le concept de droit ne correspond pas à une catégorie fondamentale, mais à un terme appliqué à une variété de phénomènes aux facettes et fonctions multiples qu'on ne saurait définir *a priori*.

Le terme « droit » est un concept du langage dont les critères d'intelligibilité varient selon les usages. Pour saisir ces critères, il faut procéder à la description des jeux de langage recourant à ce terme. Cela ne signifie pas que les membres de la société inventent la réalité du droit par le langage, mais qu'ils s'orientent vers sa réalité au travers des opportunités descriptives du langage : le langage et le droit sont reliés de façon *interne*. En décrivant ces jeux de langage et la grammaire qui tout à la fois les caractérise et les organise, on peut saisir ce qui est compris par les gens concernés du fait de leur familiarité avec le monde. De fait, il n'y a rien dans le droit qui relève d'une profondeur herméneutique abyssale et attende d'être expliqué. Il y a, tout au contraire, des phénomènes qui se donnent à voir et à décrire. Ce n'est pas à l'observateur ou à l'analyste qu'il appartient de spécifier les critères du juridique ; ces critères émergent du contexte dans lequel la chose prend place, des pratiques dans lesquelles

les gens concernés sont engagés. La description adéquate sera, en conséquence, celle qui dérive des pratiques mêmes de ces gens et le critère d'adéquation sera identique à celui auquel recourent les gens concernés. Ainsi, ce qui compte comme un suicide ne procède pas d'une explication sociologique indépendante de ce que, par exemple, le médecin légiste, la police, les médias ou la famille considère comme un suicide. Autrement dit, une identification adéquate est celle qui est appropriée aux pratiques d'un environnement particulier.

Dans ses acceptions actuelles, le mot « droit » est extrêmement polysémique. L'histoire d'un mot spécifique peut en partie expliquer la forme prise par la grammaire de ses usages. Il serait faux de croire, cependant, que son intelligibilité est déterminée par sa généalogie et non par le contexte de son utilisation. En outre, un même mot peut renvoyer à des phénomènes très différents, tandis que différents mots peuvent pointer vers un phénomène similaire. Ce n'est que l'étude de la grammaire profonde de ce mot qui peut aider à dissiper le brouillard conceptuel créé par l'illusion du nominalisme (parce que le même mot est utilisé, la signification est identique) ou l'aveuglement suscité par l'hétérogénéité linguistique (parce que les mots sont différents d'une langue à l'autre, ils ne pourraient pas signifier la même chose). L'enquête grammaticale permet d'échapper aux pentes savonneuses de l'effort définitionnel (la recherche des éléments constitutifs de la définition du droit). Dire que le droit est ce à quoi les gens font référence en tant que tel ne constitue pas une définition, mais un moyen de dénier la pertinence de la définition. Cela défriche la route de l'enquête grammaticale en montrant que la question du droit n'existe pas en-dehors des usages réels du mot et de ceux qui partagent un air de famille avec lui. L'enquête définitionnelle crée une énigme, là où la grammaire pratique du concept gît sous nos yeux. L'enquête définitionnelle est soit sur-inclusive (elle accorde la valeur de droit à des choses qui ne sont pas perçues de la sorte, comme quand elle parle de droit alors qu'il est question de déontologie), soit sous-inclusive (elle exclut des choses qui sont tenues pour du droit, comme chez ces civilistes qui n'ont que dédain pour le droit public), soit encore dédaigneuse de la compréhension pratique et sensible au contexte que les gens ont du concept (quand les enfants disent en s'exclamant : « tu n'as pas le droit », ils ne parlent pas de droit, mais de règles de jeu). Pourtant, il est rare que les gens utilisent indifféremment et indistinctement les mots ; tout au contraire, ils ont un usage relativement précis des termes, pour autant qu'on en examine l'usage contextuel.

En tant qu'investigation conceptuelle, l'étude du droit ne recherche pas dans le monde des preuves empiriques permettant de fonder ses assertions ; elle recherche, par la description de situations sociales réelles, à élucider le mode opératoire – la grammaire – du concept de droit

tel qu'il se déploie en contexte. Le cas du « droit musulman » est très parlant à cet égard, en ce sens qu'il révèle comment un corpus normatif a tendu à être caractérisé en termes de « droit » à un moment historique particulier. Le phénomène normatif existait dans les sociétés à majorité musulmane avant que la science orientaliste n'y prête attention, mais pas le concept de droit. Si bien que parler de normativité islamique aujourd'hui en termes de « droit » consiste à traiter d'un concept marqué historiquement qui s'est en quelque sorte banalisé, normalisé, naturalisé.

Dans les sociétés musulmanes, la façon de concevoir les normes a largement suivi, ces deux derniers siècles, les évolutions de la pensée juridique européenne et l'avènement du droit codifié. C'est aux cénacles académiques et gouvernementaux qu'est revenue l'autorité de décider si une norme locale pouvait être élevée au statut de 'droit'. Une fois ratifiée, ces normes accédaient (ou non) au rang de droit, et ceci dans les pays colonisés comme dans ceux qui ne l'étaient pas. Il y a de multiples raisons à ce positivisme juridique centré conceptuellement sur l'Occident, dont le fait que les administrateurs coloniaux étaient souvent formés au droit positif et qu'une majorité de savants avaient combiné des études orientalistes et juridiques. Cette conception positiviste et orientaliste, elle-même étroitement liée à l'obsession taxinomique du 19^e siècle, s'est perpétuée ; elle a été reproduite, de génération en génération, en Occident comme en Orient. Il est devenu *naturel* de parler de normativité islamique en termes de droit, au point que parler d'invention du droit musulman est souvent tenu pour une attaque contre l'islam (comment parler de l'invention historique d'un droit de nature divine ?). La question n'est toutefois bien sûr pas de discuter de la nature divine du « droit musulman », mais de souligner que parler de normativité islamique en termes de droit est, tout d'abord, contingent au temps et à l'espace et, ensuite, profondément influencé par la compréhension que l'on peut avoir de cette normativité. L'économie et l'épistémologie de la référence aux normes islamiques ont été totalement bouleversées. Même le soi-disant processus d'« islamisation » qu'on peut observer depuis le début des années 1970 ne se traduit pas par un retour aux formes classiques de la normativité islamique, mais dans l'adoption de textes législatifs renvoyant à l'Enseignement divin (la charia) ou à la doctrine islamique (le fiqh) comme sources d'inspiration.

Le contexte d'usage du concept de droit est polyglotte. Le fait que de nombreux phénomènes prennent place dans des environnements linguistiques différents ne signifie pas l'intraductibilité des concepts qui leur sont liés d'une langue à une autre. L'argument de l'intraductibilité affirme qu'un concept donné, formulé par exemple en arabe (*qânûn*), ne peut

être compris adéquatement en français (*droit*) ou en anglais (*law*), au motif que son essence ne serait accessible que dans le langage l'ayant formulé originellement (le grec *kanôn*, dans ce cas-ci ?). Cet argument heurte le sens : les mots sont communément traduits d'une langue à l'autre et personne ne cherche à remettre en cause la pertinence de la traduction, même si des nuances doivent parfois être introduites afin de rendre cette épopée linguistique adéquate. N'importe quel phénomène peut être décrit en n'importe quelle langue et n'importe quel concept peut être traduit. Cela suppose, toutefois, de s'attacher au détail de la production endogène du discours. « Les significations peuvent être connues et sont, bien sûr, connues : elles sont gouvernées par des conventions grammaticales qui sont déterminables et elles sont partie prenante du fonds conceptuel de l'espèce humaine, et ce malgré la distribution empirique différenciée de leur usage réel et malgré les différents types de jeux de langage dans lesquels elles sont engagées dans différentes cultures » (Coulter, 1989 : 101).

La respécification – wittgensteinienne mais aussi ethnométhodologique (Dupret, 2006) – de la question du droit appelle le chercheur à étudier la grammaire pratique du faire et du dire contextualisés. Il s'agit donc de mener l'étude descriptive des jeux de langage d'une empirie particulière, dans laquelle la parole et l'action sont entrelacés de manière complexe. Plutôt que d'être « un quelque chose sous la surface » (Wittgenstein, 1963 : §92) indépendant de son actualisation ou du contexte dans lequel elle est utilisée, la grammaire de concepts décrit le cadre linguistique dans lequel des mots et des phrases peuvent être utilisés, mais aussi « ce qui vaut comme application de pareille expression » (Coulter, 1989 : 49). Ainsi, la conduite d'une enquête grammaticale est un moyen d'éliminer les malentendus concernant l'usage des mots, causés entre autre « par certaines analogies entre les formes d'expression dans différentes régions du langage » (Wittgenstein, 1963 : §90).

L'étymologie constitue le piège majeur, en la matière, en ce qu'elle produit un écran de fumée plutôt qu'elle n'aide à la clarté. Ainsi en va-t-il de la notice de Layish et Shaham, dans la deuxième édition de l'Encyclopédie de l'islam, où ils attribuent au mot arabe « *tachrî'* » une signification religieuse sur la base de son étymologie, tout en ignorant le fait que ce mot est utilisé aujourd'hui pour désigner le concept de législation, en son sens le plus général. Partant donc de leur connaissance préétablie de la trajectoire étymologique du mot, ils imposent au phénomène législatif une dimension qui ne peut être documentée dans le contexte arabe contemporain.

Utiliser le concept de « droit » pour caractériser des normativités situées dans des contextes historiquement, géographiquement et linguistiquement différents fausse le curseur de l'analyse. Un ordre logique se doit d'être respecté, qui consiste à explorer d'abord la grammaire des termes et concepts dont on mène l'étude, puis, sur la base de cette carte grammaticale, de débrouiller trois énigmes interconnectées : il s'agit, premièrement, de résoudre l'énigme nominaliste en décrivant les « mots au travail » dans différents contextes, ce qui permet de voir comment ils peuvent avoir, en dépit de leur identité formelle, des significations différentes ; en deuxième lieu, il s'agit de dissiper l'énigme des équivalences fonctionnelles en observant les airs de famille entre différents mots et expressions, qui révèlent leur capacité à présenter, en dépit de leur hétérogénéité formelle, des caractéristiques grammaticales telles que certains de leurs usages spécifiques ressemblent les uns aux autres ; il y a lieu de clarifier l'énigme polyglotte, enfin, en remarquant que l'hétérogénéité linguistique des mots n'empêche par leur capacité à être traduits et donc à partager des similarités de signification.

Le concept de droit fait l'objet d'une grande confusion grammaticale. Il a été conçu comme un concept abstrait, anhistorique et scientifique, sans tenir compte de sa signification chargée, des caractéristiques qu'il véhicule de manière subreptice et, dès lors, des fausses analogies que son usage suggère quand on décrit des phénomènes normatifs. Ou encore a-t-il été pris dans un sens allant à l'encontre de son acception ordinaire dans les contextes où il est en usage, avec cette conséquence que le mot utilisé dans sa version scientifique ne sert pas à désigner la même chose que ce qu'il recouvre dans son sens commun (y compris son sens commun professionnel et technique). Pourtant, le terme « droit » est un mot inséré dans des jeux de langage situés historiquement. Il n'y a aucun problème à considérer que le droit est un concept situé et spécifique, qui a trouvé sa définition sociologique avec Weber qui l'a associé à l'émergence des Etats bureaucratiques formels et rationnels du 19^{ème} siècle. Le concept a naturellement connu des évolutions importantes, au cours des deux derniers siècles, mais cela ne nous empêche pas de continuer à parler de « droit » dès lors que ce sont des évolutions internes à une conception située du concept et non de ces phénomènes normatifs protéiformes auxquels le monde académique a décidé d'appliquer le terme de droit de manière anachronique. Il est évident que le concept de droit tel qu'utilisé par Austin quand il a écrit son *Province of Jurisprudence* et le concept de droit en usage dans un cabinet new-yorkais présentent des différences majeures. Ils n'en partagent pas moins un nom de famille, par quoi il faut entendre qu'ils peuvent être comparés sur une même base : leurs ressemblances et

différences constituent une propriété endogène à leur famille d'appartenance et à son évolution, à savoir le concept situé de droit. Il n'en va pas de même quand on décide d'appliquer ce terme de droit à toute forme de normativité, des tables d'Hammourabi à la sagesse de Confucius, en passant bien sûr par l'incontournable charia.

Ce qui est vrai quand on navigue d'une époque à une autre l'est également quand on voyage d'un lieu à l'autre. Ici aussi, les ressemblances de famille peuvent être si fortes que l'on parle d'identité de famille. Le nom de famille peut changer, mais pas l'appartenance à celle-ci. L'on voit ainsi que le sens des mots n'est pas affaire d'étymologie, mais d'usage pratique. Comme on l'a vu plus haut, le mot « *tachrî'* » a une étymologie qui le rattache à la charia, c'est-à-dire à la normativité islamique. Il n'en demeure pas moins qu'il a acquis, dans dans l'expression contemporaine « *al-tachrî'ât al-misriyya* », le sens parfaitement séculier de « législation égyptienne ». La traductibilité des mots est un accomplissement pratique et effectif. Si j'utilise aujourd'hui les mots arabes de « *dustûr* », « *qânûn* », « *huqûq* », « *mudawwana* » ou « *tachrî'* », je serai compris, selon le contexte d'usage, comme disant en français « constitution », « loi », « droits », « code » ou « législation ». Et si je suis amené à traduire d'une langue à l'autre, j'utiliserai ces mots comme des équivalents. On peut naturellement perdre quelque chose au passage (le traducteur est un traître), mais il est faut de présupposer le défaut de communication interculturelle, particulièrement quand un vocabulaire (celui du droit positif, en l'espèce) a été élaboré en sorte de correspondre aux critères d'une langue étrangère.

Il convient de faire une distinction entre une conception ontologique du droit et une analyse ontologique du droit. Dans le premier cas, le droit est considéré comme partie intégrante de l'ontologie historique et structurelle du monde (« l'être » du monde et du droit) ; dans le second, il est tenu pour un phénomène dont le mode d'être, entre autre langagier, justifie d'une analyse en action et en contexte (« l'étant » du monde et du droit). La première conception est métaphysique ; la seconde, praxéologique. Nous suggérons de renoncer à la première et d'adopter la seconde. Il n'y a pas de place pour l'historicisme juridique, au sens d'un droit qui serait une composante nécessaire des sociétés humaines et des structures sociales. Le droit est un fait contingent, dépendant d'histoires spécifiques et contextuelles. La plupart du temps, quand nous parlons de droit dans des sociétés non étatiques, non globalisées et non contemporaines, nous le faisons à partir de nos catégories, et non à partir de celles des gens auxquels nous assignons l'usage de ce droit. Ce faisant, nous procédons par analogie : c'est comme si ces gens concevaient ceci ou cela comme nous concevons nous-mêmes notre

propre droit. C'est cependant une analogie douteuse, et ce pour deux raisons principales : tout d'abord, elle ne se présente pas comme une analogie, mais comme une description scientifique ; ensuite, elle ne met pas en évidence de nouvelles ressemblances, pas plus qu'elle ne montre des connexions, comme il convient pour qu'une analogie soit fertile (Wittgenstein). Tout au contraire, elle dissimule les caractéristiques grammaticales qui la rendent passible d'une analyse en termes de droit ou comparable à des choses semblables (autres que le droit), avec des connexions permettant de voir les choses sous un angle nouveau.

Comme je l'ai indiqué en liminaire, le droit est une forme spécifique, historique et contextuelle de normativité. C'est à la fois un anachronisme et une erreur de catégorie d'attribuer la qualité de droit à n'importe quel phénomène normatif. Le caractère normatif de la cognition (ce que Heritage, 1984, appelle « la moralité de la cognition ») est quelque chose de partagé par les humains-en-société ; pas le droit. Il y a eu et il y a des groupes sociaux qui vivent sans droit, mais aucun n'a vécu sans normes, et ce pour la bonne raison que la relation entre normes et sociétés est une relation interne. Notre tâche est de décrire la façon dont les gens d'un groupe social donné font usage de normes, leurs « ethnométhodes » normatives.

En traduisant la normativité islamique (la charia) en droit musulman, on commet ce genre d'erreur de catégorie qui consiste à décrire un phénomène spécifique avec la taxinomie en usage pour la description d'un autre. Le « droit musulman » ne correspond pas à la normativité islamique. C'est un phénomène historique qui est apparu avec la volonté de construire des systèmes fondés sur le modèle bureaucratique formel-rationnel. On peut décrire l'ontologie du droit musulman, mais cela suppose d'en identifier le caractère situé, qui est à la fois contemporain et local. On peut aussi décrire l'ontologie de la normativité islamique, qui est fondée sur le Coran et la Tradition prophétique, et on peut y inclure les airs de famille que sa grammaire peut partager dans certaines situations avec le droit (musulman) d'aujourd'hui. En ce sens, le droit musulman est ce à quoi les gens se réfèrent comme tel et non ce que les savants décident en surplomb de ce que les gens font et disent en pratique.

Il est faux de dire qu'en limitant le droit à ce qui est reconnu comme tel par les membres d'une société donnée, on manque la possibilité de faire la critique du droit en tant que, par exemple, instrument de pouvoir et de domination. Tout au contraire, c'est en faisant du droit un processus généralisé de contrôle et de disciplinarisation qu'on se prive de la capacité d'examiner de quoi est faite cette forme spécifique de normativité, c'est-à-dire son ontologie,

et dès lors de la possibilité de connaître les éléments précis sur lesquels faire porter la critique. En revanche, la description de la grammaire profonde des jeux de langage relatifs au concept de droit permet de distinguer les occurrences et donc la signification de ce concept-en-usage, de même que les pièges si facilement dissimulés dans le brouillard philosophique et sociologique.

Références

Coulter J. (1989), *Mind In Action*, Humanities Press International.

Dupret B. (2006), *Le Jugement en action. Ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice*, Librairie Droz.

Hart H. L.A. (1976), *Le concept de droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.

Heritage J. (1984), *Garfinkel and Ethnomethodology*, Cambridge, Polity Press.

Tamanaha B.Z. (1993) "The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism", , 20(2), 192-217.

Wittgenstein L. (1961), *Tractatus logico-philosophicus*, suivi de *Investigations philosophiques*, Gallimard.