

La recherche judiciaire d'une moralité conforme

Baudouin Dupret

► **To cite this version:**

Baudouin Dupret. La recherche judiciaire d'une moralité conforme : La Haute Cour constitutionnelle égyptienne et le voile. J. Dakhli. Urbanité arabe. Hommage à Bernard Lepetit, Actes Sud, pp.353-381, 1998. <halshs-00179043>

HAL Id: halshs-00179043

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00179043>

Submitted on 12 Oct 2007

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 RECHERCHE JUDICIAIRE D'UNE MORALITE CONFORME La Haute Cour Constitutionnelle égyptienne et le voile

Baudouin DUPRET
CEDEJ, Le Caire

M. Mahmûd Sâmî 'Alî Wâsil a introduit devant le tribunal administratif d'Alexandrie, en sa qualité de tuteur (*walî*) naturel de ses deux filles Maryam et Hâgir, une requête contre le ministre de l'Enseignement, demandant que soit suspendue et annulée la décision interdisant l'admission de ses deux filles à l'école secondaire. En effet, au moment d'inscrire ses filles à l'école, il avait été saisi de leur renvoi, fondé sur un arrêté ministériel, qui promulguait l'interdiction de laisser accéder à l'école les élèves portant le voile complet (*niqâb*) ; cet arrêté ordonne de contraindre les élèves à porter un uniforme unifié conforme aux caractéristiques qu'il définit. Pour M. Wâsil, c'était en contravention aux règles des articles 2 et 41 de la Constitution égyptienne qui stipulent, pour le premier, que l'islam est la religion de l'Etat et que les principes de la *sharî'a* sont la source principale de toutes ses législations et, pour le second, que la liberté individuelle est protégée et qu'il est interdit d'y porter atteinte. Le tribunal administratif a jugé, en urgence, de la recevabilité de la requête et de la suspension de l'exécution de l'arrêté en attendant que la Haute Cour constitutionnelle statue sur la constitutionnalité de l'arrêté en cause.

On s'intéressera, dans cet article, à la façon dont cette juridiction a traité la question du voile¹, non pas tant pour connaître le détail de son point de vue que pour s'interroger sur les modes de recours à des normes présentées comme culturelles et historiques. Pour ce faire, et après avoir repris l'argumentaire construit par la Haute Cour constitutionnelle dans son arrêt du 18 mai 1996 (1), on partira du constat de la force des arguments portant sur la normalité de certaines normes de comportement: le droit n'est alors qu'une procédure permettant au sens commun, soit une définition tacite et consensuelle de ce qui est naturel et normal, d'être traduit dans une forme ayant force contraignante. Il suffit, dans ce type de caractérisation par la normalité, de procéder au rappel de l'existence de la norme pour en fonder la permanence (2). Ce genre de dispositions, présentées par les instances du droit comme substantielles, mériterait d'être analysé sous l'angle de formes faisant ponctuellement l'objet d'un investissement, intentionnel ou non. C'est ce que j'entends par substantialisation (3). Ces formes normatives, qui se présentent souvent sous la forme de ce que Bernard Lepetit a appelé des traces de l'histoire, constituent autant de ressources à la disposition des individus: ces «moyens du bord» d'un

¹ Sur le débat médiatique autour du voile, cf. Chellali A. 1994, «Le voile à l'école. Enjeux d'un décret, avatars d'un procès». *Egypte-Monde arabe*. 20: 133-141.

contexte social donné procèdent d'un effet de sédimentation historique et biographique (4).

1. L'argumentaire de la Cour²

² On peut en quelques mots rappeler le contexte juridique et judiciaire dans lequel prend place cet arrêt de la Haute Cour Constitutionnelle. En Égypte, la Constitution du 11 septembre 1971 a marqué une rupture, en ce sens qu'elle a introduit, pour la première fois, une référence à la normativité de l'Islam dans le système institutionnel. La révision constitutionnelle de 1980 a renforcé ce processus, faisant de la *sharī'a*, non plus une source principale de législation parmi d'autres, mais «la» source principale de la législation. La question s'est évidemment posée de savoir quels contenu et portée il convenait de conférer à l'article 2 dans sa nouvelle formulation. L'examen du contentieux constitutionnel, qui s'est naturellement développé autour de l'interprétation de cet article, nous en fournit la réponse juridique. Dans un premier temps, la Haute Cour Constitutionnelle a eu tendance, quand elle était saisie d'un recours en inconstitutionnalité, à ne pas s'engager sur le terrain de l'interprétation de la *sharī'a* pour davantage s'en tenir à une stricte technique juridique. C'est ainsi que, dans son arrêt du 4 mai 1985, la Cour constitutionnelle égyptienne a annulé le décret-loi 44-1979, dit décret Jihân (du nom de l'épouse du Président de la République de l'époque, Anouar al-Sadate qui en était l'instigatrice), portant réforme du statut personnel. Ce décret, qui, entre autres choses, accordait à la première épouse dont le mari contracte un nouveau mariage à son insu un droit quasi-automatique au divorce (Jacquemond 1994), était soumis à la Cour pour contravention à l'article 2 de la Constitution tel que nouvellement amendé. La Haute Cour Constitutionnelle a motivé sa décision d'annulation, non pas par l'inconstitutionnalité de ce texte au regard de l'article 2, mais bien par l'argument purement technique qu'il n'y avait pas lieu, pour un texte datant de 1929 et n'ayant pas été modifié depuis lors, d'utiliser la voie du décret-loi propre aux pouvoirs d'exception conférés par la Constitution au Président de la République. Dans un autre arrêt pris le même jour, la Haute Cour Constitutionnelle a formulé un principe qui a fait jurisprudence. A l'origine du recours, il y avait la condamnation du ministère des *waqf* et de la faculté de médecine d'al-Azhar à s'acquitter d'une dette importante à laquelle étaient venus s'ajouter des intérêts moratoires, comme il est prévu à l'article 226 du Code civil. C'est cet article qui fit l'objet d'un recours en inconstitutionnalité. La Haute Cour établit alors son principe de non-rétroactivité de l'article 2. Les lois antérieures à la réforme de 1980 «se trouvent (...) hors d'atteinte du contrôle de constitutionnalité qui en découle». On peut ainsi penser que, tout d'abord, la Haute Cour Constitutionnelle a tenté d'échapper au danger de l'interprétation de la *sharī'a*, préférant cantonner l'appareil de ses décisions à «des arguments de pur droit positif» (Jacquemond, 1994). A l'examen de sa jurisprudence plus récente, on constate toutefois qu'il n'en va plus de même, pour la simple raison que, là où il y a quelques années peu de textes législatifs étaient antérieurs à la réforme de 1980, le matériau s'est accumulé et, partant, les possibilités de recours en inconstitutionnalité de textes postérieurs à cette réforme se sont multipliés. C'est ainsi que, dans un arrêt du 15 mai 1993, la Cour a été amenée à explicitement se placer sur le terrain de la *sharī'a* et de son interprétation. La Cour y a précisé ce qu'il y avait lieu d'entendre par *sharī'a* et ce qui, dans ce cadre, pouvait faire l'objet d'un travail d'interprétation. Elle distingue à cet effet, d'une part, «les règles formelles de la *sharī'a* dont la fixité et la signification sont absolues (*qat'iyya al-thubût wa al-dalâla*)», «ces règles et leur définition ne (pouvant pas faire l'objet d'un effort d'interprétation (*ijtihâd*))» et «l'autorité de la Haute Cour Constitutionnelle se (limitant) en l'espèce à contrôler que l'on s'y tient et qu'elles l'emportent sur toute règle légale qui les contredit» ; et, d'autre part, «les règles découlant du raisonnement individuel (*ahkâm zanniyya*), aussi bien dans leur fixité que dans leur signification, ou dans les deux», règles ouvertes à toute interprétation respectueuse des principes généraux de la *sharī'a*. C'est sur la base de ces principes que la Haute Cour Constitutionnelle entreprend d'examiner la constitutionnalité de l'arrêté ministériel réglementant l'uniforme scolaire et le port du voile dans les écoles publiques.

Rappelant son interprétation de l'article 2 de la Constitution, la Cour mentionne le principe qu'elle a établi selon lequel les opinions interprétatives portant sur des questions controversées n'exercent pas, en elles-mêmes, de force directe sur d'autres personnes que ceux qui les tiennent. Il appartient au législateur de statuer dans le respect des objectifs de la *shari'a*.

Pour la Cour, l'arrêté incriminé a requis de toute jeune fille qu'elle se conforme à l'uniforme de l'école qui l'accueille. La logique de l'uniforme est d'assurer le respect de sa pudeur et des us et coutumes de la société. Le législateur peut légitimement imposer des limitations d'ordre vestimentaire, sans que ce ne soit contraire au principe de protection de la liberté individuelle, s'il le fait dans un but de préservation de l'identité. Pour la Cour, l'islam a amélioré le sort de la femme, ce qui explique qu'il l'ait incitée à assurer sa pudicité. Il lui a ordonné de se voiler, parce que cela constitue une protection contre la vulgarité. La femme ne peut donc, en matière vestimentaire et au regard de la Loi (de Dieu), exercer un libre arbitre. Son vêtement doit, au contraire, traduire la responsabilité qu'elle assume dans le monde.

La configuration du vêtement féminin ne fait toutefois pas l'objet de textes coraniques absolus. La porte est ainsi laissée ouverte à l'interprétation. Le législateur peut dès lors réglementer les usages vestimentaires, pour autant que cela respecte les us et coutumes de la société égyptienne. Le vêtement doit donc être à la fois pudique et pratique. Les textes canoniques n'imposent pas à la femme de se voiler complètement : il n'y a pas d'obligation religieuse de porter le *niqâb*. Pour la Cour, communiquer est socialement essentiel et découvrir le visage correspond à cette nécessité.

L'arrêté ministériel stipule que chaque étudiante a la liberté de prendre le voile de son choix, pour autant qu'il ne lui cache pas le visage et que son tuteur atteste que cette décision n'a pas été prise sous l'effet d'une contrainte extérieure à la volonté de la fille. Le vêtement doit par ailleurs respecter les us et coutumes de sa société. En conséquence, la Cour affirme que l'arrêté ne contrevient pas à l'article 2 de la Constitution.

Sur la question du respect de la liberté religieuse, telle que prévue à l'article 46 de la Constitution, la Cour établit une distinction entre, d'une part, la liberté de conviction et, de l'autre, la liberté de pratique religieuse. La liberté de conviction religieuse est définie comme la liberté d'un individu à ne pas être contraint à accepter de religion en laquelle il ne croit pas ou à renier la religion qu'il a faite sienne. Par ailleurs, la Cour souligne que les religions font preuve de tolérance entre elles et que leur respect est réciproque, l'Etat ayant pour rôle de concourir à cela. La liberté de pratique religieuse, quant à elle, est définie comme le fait pour individu d'exprimer concrètement une conviction intérieure, en sorte qu'il la matérialise dans sa vie quotidienne. Cette liberté peut, elle, être limitée par la poursuite d'intérêts supérieurs, comme l'ordre public et les bonnes moeurs. L'éducation appartient à ces intérêts supérieurs

que l'Etat doit protéger et qui autorisent de limiter la liberté de pratique religieuse. En ce sens, l'arrêté du Ministre, qui ne porte pas atteinte à la liberté de conviction mais restreint uniquement la liberté de sa pratique, n'est pas contraire à la Constitution. De plus, il porte sur une matière ouverte à l'interprétation, dans laquelle le législateur est donc souverain.

L'arrêté du Ministre de l'Enseignement ne contredisant pas, aux yeux de la Haute Cour Constitutionnelle, les articles 2 et 41 de la Constitution, elle décide d'écarter la requête. Pratiquement parlant, cela signifie que les jeunes filles ne peuvent réintégrer l'école revêtues d'un voile complet³.

2. L'argument en normalité, fondement de la permanence d'une contrainte morale

Entrons plus précisément dans l'argumentation de la Haute Cour constitutionnelle. Elle fait explicitement référence à l'autorité du prescrit divin mais aussi, à défaut, à l'autorité des us et coutumes.

«Attendu que la *shari'a* islamique, dans son façonnement de l'être humain et dans sa constitution de la personnalité individuelle, n'a décidé que de l'essence des règles, par quoi la conviction religieuse dispose d'un cadre qui la protège et par quoi les actes de ceux qui sont sains d'esprit (*mukallaf*) disposent de ce qui correspond à leurs intérêts majeurs (*mu'tabar*). Ils ne désirent pas s'en écarter et ils ne dévient jamais de la voie qui les mène à leur Seigneur Très-Haut. Au contraire, leur comportement est encore plus pur (*athar li-qulûbihim*) ; il en appelle à leur piété. Dans ce cadre, l'islam a élevé le sort de la femme et il l'a incitée à préserver sa pudicité (*'afâf*). Il lui a ordonné de voiler son corps contre la déchéance et la vulgarité pour que la femme transcende par elle-même tout ce qui l'avilit ou entâche sa vie, plus particulièrement par le caractère provoquant de sa présentation (*tabarruj*), de son langage (*lîn fi al-qawl*) ou de sa démarche (*takassur al-mashya*), ou encore par la démonstration de sentiments dépravés pour autrui ou l'exhibition de ce qu'elle cachait de sa beauté. Il ne lui appartient pas Légalement de manifester sa volonté dans le choix de son vêtement, ni de faire dépendre son choix de son humeur, ni de revendiquer que son vêtement soit fonction de ses sentiments. Il faut, au contraire, que son existence soit droite et que ses vêtements l'aident à fonder sa responsabilité en matière de construction de la terre. Eu égard au fait que la configuration de son vêtement et de sa silhouette n'est pas organisée par des textes absolus, que ce soit dans leur filiation ou dans leur signification, cela appartient aux questions controversées pour lesquelles l'effort interprétatif n'est pas clos. Il demeure, au contraire, ouvert, dans le cadre général d'organisation que stipulent les textes coraniques eux-mêmes quand le Très-Haut dit : «qu'elles rabattent leurs voiles sur leurs poitrines»⁴, «qu'elles ne montrent, de leurs atours, que ce qui en apparaît»⁵, «qu'elles se couvrent de leurs voiles»⁶, «qu'elles ne frappent pas de leur pied pour qu'on connaisse ce qu'elles cachent de leur beauté»⁷. De ce fait, le vêtement de la femme sort de ce qui relève de ces questions de culte pour lesquelles il n'y a pas d'alternative.

³ Pour un compte-rendu minutieux de l'affaire du voile dans sa dimension juridique, cf. K. Bälz, «Droit islamique, législation étatique et contrôle constitutionnel», *Egypte - Monde Arabe*, à paraître.

⁴ Coran XXIV, 31.

⁵ Coran XXIV, 31.

⁶ Coran XXXIII, 59.

⁷ Coran XXIV, 31.

Au contraire, le détenteur de l'autorité dispose du plein pouvoir de statuer sur les règles pratiques qui, dans cette logique, définissent la configuration de son port, à la lumière de ce que les gens de sa société considèrent comme de vrais us et coutumes. Cette notion ne heurte pas un texte absolu, mais elle a, au contraire, un contenu changeant en fonction du temps et du lieu. Si la règle est alors que le voilement soit réalisé dans son acception Légale, alors le vêtement de la femme qui lui convient est défini de sorte à lui faciliter le mouvement. Il est par là-même acceptable Légalement.».

Ces deux normes invoquées — prescrit divin et coutume — font partie du registre de l'inquestionnable. Le propre de ce type de norme est d'être postulée sans être débattable. L'argument procède à l'image de cette opinion publique dont le jugement est constamment invoqué et dont la sanction, toujours préjugée, n'est jamais exprimée⁸. Cette opinion «censément concernée» fournit «un public qui ne peut se dédire et que l'on n'aurait, de ce fait, s'il existait, nul besoin de solliciter pour prétendre savoir ce qu'il pense»⁹. Le jugement de cette opinion publique est fondé sur une autorité extérieure — Dieu ou la société, par exemple — et la seule mention de son nom suffit à l'établir de manière irréfutable¹⁰. De la sorte, on entre dans la sphère de la normalité, c'est-à-dire de ce qui relève de l'évidence propre aux «choses de la nature» et à «la nature des choses»¹¹.

Ce statut d'inquestionnabilité est tout particulièrement vrai des normes morales. Ces dernières jouissent d'un statut de sacralité les mettant *de facto* à

⁸ Maza S. 1997, *Vies privées, affaires publiques. Les causes célèbres de la France révolutionnaire*. Paris: Fayard.

⁹ Dupret B. et Ferrié J.-N., à paraître, «Vouloir le pouvoir, c'est imposer la norme. Imposition des normes islamiques et participation au pouvoir politique en Egypte». *Revue Française de Science Politique*.

¹⁰ Cf. également Cottureau A. 1992, «Esprit public et capacité de juger. La stabilisation d'un espace public en France au lendemain de la Révolution». In Cottureau A. et Ladrière P. (éds), *Pouvoir et Légitimité. Figures de l'espace public*. Paris: Ed. de l'EHESS (Raisons pratiques, vol. 3), ainsi que Dupret B. et Ferrié J.-N. 1997, «For intérieur et ordre public : ou comment la problématique de l'Aufklärung peut permettre de décrire un débat égyptien». In G. Boëtsch, B. Dupret et J.-N. Ferrié (sous la dir.), *Droits et sociétés dans le monde arabe et musulman : perspectives socio-anthropologiques*. Aix-en-Provence: Presses de l'Université d'Aix-Marseille

¹¹ Les travaux de Simona Cerutti méritent sur ce point toute l'attention. Pour cet auteur, «le propos de la nature des choses est de faire dériver un jugement de valeur d'un jugement de fait, de gommer en somme la distance (que le droit positif produit et légitime) entre valeurs et faits» (Cerutti S. 1995, «Normes et pratiques, ou de la légitimité de leur opposition». In B. Lepetit (sous la dir.), *Les formes de l'expérience. Une autre histoire sociale*. Paris: Albin Michel, p. 146). On remarquera toutefois que nous nous en distinguons, en ce sens que nous mettons davantage l'accent sur la nature autoritairement postulée des états de fait. De notre point de vue, si la distance entre valeurs et faits est partiellement gommée, cela est dû pour l'essentiel à un jeu d'anticipations et d'imputations qui se noue entre les énonciateurs du droit et le social dont ils prétendent rendre compte : anticipation de ce que le social pense et imputation au social de ce qu'il doit penser. Sur ce caractère virtuel du social, on se référera aux travaux de Pierre Livet et, plus particulièrement, à *La Communauté virtuelle. Action et communication*. Combas: L'Eclat, 1994.

l'abri de tout ce qui peut faire l'objet de débat ou de discussion¹² ; elles sont «naturalisées», elles sont cette «coutume» qui «fait toute l'équité, pour cette seule raison qu'elle est reçue», qu'elle «est devenue raisonnable», qu'on s'est ingénié à la «faire regarder comme authentique, éternelle»¹³. Ce procès de naturalisation est souvent associé à l'action d'institutions, en tête desquelles prend place le droit. Il serait préférable de parler de procès de normalisation, dans la mesure où cela permet de rendre compte de deux points : d'une part, la normalité procède à fois des choses de la nature et de la nature des choses (nature et bon sens) ; d'autre part, elle trouve à pénétrer le droit à la fois au travers du «normal», constitué en catégorie juridique, et de la «normalité sociale», que le droit entend traduire. Il est, en effet, une prétention juridique à transformer en règle institutionnellement sanctionnée ce qui apparaît d'abord comme une norme socialement sanctionnée ou, plus encore, qu'on estime devoir être sanctionnée. On peut parler de prétention à la moralité, qui suppose une représentation des valeurs socialement reconnues ou souhaitables qu'il incombe au droit de «normaliser» ou d'apprécier au regard de la «normalité».

Le point de vue ethnométhodologique peut utilement éclairer cette question. Déjà, un précurseur comme Becker a fait valoir que la notion de normalité relevait des caractéristiques assignées aux individus et à leur activité dans le contexte de leurs interactions. Il s'agit, en ce sens, d'une opération d'étiquetage¹⁴. La normalité devient ainsi une affaire de catégorisation, laquelle est un processus généré socialement. Par exemple, Garfinkel¹⁵, dans son analyse du cas d'Agnes, une transsexuelle, démonte les conditions pratiques de réalisation de la catégorie «femme» qui permettent à Agnes de manifester sa qualité de «femme naturelle, normale» qu'elle veut et prétend être. «C'est ce qui conduit Garfinkel à soutenir que "les personnes normalement sexuées sont des événements culturels dans la société" : les catégories sur lesquelles sont distribués les membres d'une population, du point de vue de leur appartenance sexuelle, sont à la fois des configurations objectives produites par les pratiques de ces membres et des schèmes d'orientation et d'organisation de ces pratiques»¹⁶. C'est la normalité qui caractérise l'appartenance à la catégorie, normalité qui s'affiche, d'une part, comme une dotation naturelle (naturalité) et, d'autre part, comme la traduction des us et coutumes d'une société (ce qu'on pourrait appeler la «communalité»). Cette normalité fournit les règles et méthodes nécessaires à la configuration des comportements correspondant à la catégorie.

¹² Moore S. F. 1993, «Introduction». In S. F. Moore (ed.), *Moralizing States and the Ethnography of the Present*. American Ethnological Society Monograph Series, Number 5, p. 1.

¹³ Pascal, *Pensées*, cité in Bourdieu P. 1997, *Méditations pascaliennes*. Paris: Seuil, p. 114.

¹⁴ Becker H. 1962, *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*. New York: Free Press (trad. fr. *Outsiders. Etudes de sociologie de la déviance*. Paris: Métailié, 1985).

¹⁵ Garfinkel H. 1984, *Studies in Ethnomethodology*. Cambridge: Polity Press, chap. 5.

¹⁶ Quéré L. 1994, «Présentation». In B. Fradin, L. Quéré et J. Widmer (sous la dir.), *L'enquête sur les catégories*. Paris: Ed. de l'EHESS (Raisons pratiques 5), p. 33.

Par ailleurs, elle constitue un système de croyances conventionnelles à la définition desquelles les gens souscrivent parce qu'elles relèvent de ce qui est tenu pour allant de soi. Ce qui nous intéresse ici, c'est de constater que cet ordre du normal, à la fois naturel et communément admis, est par là-même légitime, et donc moralement désirable, et que le droit s'appuie sur cette double dimension de légitimité et de moralité, tout en la construisant. Les catégories auxquelles êtres et objets sont assignés ou assignables ne sont que socialement universelles et nécessaires. Ces catégories «ne s'imposent à tous qu'en vertu d'une constitution intersubjective de leur validité et de leur caractère à la fois désirable et obligatoire (et non pas parce qu'elles sont ancrées dans la société définie comme "un système de forces agissantes" ou dans le langage). Cette constitution se fait à travers des formations et des attributions réciproques d'attentes mutuelles, ainsi qu'à travers une naturalisation et une moralisation des schèmes et des croyances qu'incorporent ces catégories»¹⁷.

La Haute Cour constitutionnelle égyptienne fait explicitement mention, dans son arrêt, d'une catégorie morale donnée, celle de la femme pudique. La double nature de cette catégorie — elle est le fait de la Loi divine et des us et coutumes de la société — la met à l'abri de tout débat sur sa légitimité. Ce qui est en jeu n'est donc finalement pas tant l'autorité de la norme, que ses formes d'expression, la façon d'en rendre compte, sa visibilité (*accountability*). Le débat juridique porte sur ce point. Il esquivé totalement, en revanche, toute interrogation sur la légitimité de la catégorie «femme pudique», catégorie contraignante dont l'existence est postulée et, de ce fait, dont la permanence est assurée.

La contrainte de la norme procède essentiellement de la nature formelle des catégories et, plus encore, de la nature praxéologique des opérations de catégorisation. Par là, on entend que l'ascription catégorielle est une opération circonstancielle visant à orienter un débat en imputant à l'objet catégorisé un ensemble de droits et devoirs qui ne tiennent pas à l'essence de la catégorie mais à la configuration relationnelle qu'elle instaure. Autrement dit, qualifier une femme de pudique parce qu'elle adopte tel ou tel vêtement ne tient pas à la conformité de ce vêtement à la norme Légale, naturelle ou sociale inscrite de toute éternité sur les Tables de la Loi de Dieu, de la Nature ou de la Société. Cela consiste, au contraire, à l'insérer dans un dispositif de catégorisation précis, celui de la moralité de la femme, qui implique que l'ensemble de ses activités soit alors évalué à l'aune des droits et devoirs attachés aux membres de la catégorie:

«Attendu que, même s'il est vrai de dire que le vêtement de la femme appartient aux questions dont le législateur a confié l'organisation au détenteur de l'autorité, considérant que la configuration de ses vêtements, la manière d'en draper son corps et ses détails ne sont pas définis par des textes dont l'origine et la signification sont absolus, que les jurisconsultes divergent sur l'interprétation des textes coraniques et des traditions véridiques et faibles qui

¹⁷ Quéré L., *op. cit.*, p. 35.

sont rapportées du Prophète et que cela débouche sur une disparité (*tabâyun*) des opinions en matière d'habillement de la femme et de ce qu'il faut couvrir de son corps, il n'en demeure pas moins que la *sharî'a* islamique, dans l'essence de ses règles et eu égard à ses objectifs, aspire, par l'organisation de son vêtement, à transcender sa destinée. Elle ne laisse pas d'ouverture à l'animalité (*hayawâniyya*), de sorte que son comportement soit élevé et dépourvu de vulgarité et d'arrogance, d'une manière qui ne le fasse pas verser dans le scandale (*haraaj*) dès lors que son corps entier est considéré comme un sexe (*'awra*) désireux de rencontrer toutes les variétés de savoir et de sortir pour entreprendre des actions qui le contraignent à se mélanger aux autres. On ne s'attend dès lors pas à ce que la vie fluctue au gré de toutes les attitudes que la femme rencontre et qu'on ait pour elle des exigences péremptoires, qu'elle soit une ombre habillée de noir ou d'une autre couleur. Il faut, au contraire, que son vêtement soit légalement le compagnon de sa piété, d'une façon qui n'entrave pas son activité dans la vie. Il n'est pas limitatif de la beauté de son image et il ne fait pas obstacle à sa vigilance et à ce qu'elle assume l'image de l'activité que le besoin lui impose et à laquelle la conduit le bien de sa société. C'est, au contraire, un équilibre des deux éléments, limitatif à la lumière de la nécessité et eu égard à ce qu'on considère comme un us et une coutume juste».

L'insertion dans un dispositif catégoriel et les imputations conventionnelles qui en découlent reposent sur un ensemble de conceptions communément admises dans un contexte social donné. Réflexivement, bien entendu, la mobilisation de ce dispositif catégoriel pour qualifier une personne ou une chose vient renforcer son acceptation conventionnelle. C'est probablement dans ce jeu réflexif que trouve à s'expliquer l'impression de permanence de la norme: le normal sert de support à la mobilisation d'une norme et la mobilisation de cette norme participe à la construction du normal. Effectivement, la normalité procède de la normalité, par une suite, continue ou non, de réajustements, et il serait vain de procéder à l'enquête des origines¹⁸. Cette organisation réflexive de la normalité lui garantit une image de permanence, plus ou moins forte selon que les (ré)ajustements auront été fréquents. Il est ainsi inutile de s'interroger sur la nature même de la prescription coranique du voile et sur son historicité. Elle ressortit d'un dispositif de catégorisation aujourd'hui performant qui l'inscrit dans un régime de normalité et de permanence.

3. Les formes du droit

Parce qu'il joue de l'idée de normalité, le droit s'affirme ainsi comme la transposition technique d'une réalité sociale et historique qui se donne à lire en toute transparence. Le mot «norme» revêt deux sens, l'un plutôt juridique et l'autre plutôt statistique. Loin de simplement coexister, ils ont tendance à se télescoper, ce qui peut expliquer l'ambiguïté des termes dérivés «normal» et «normalité». Si l'on dit d'une chose qu'elle est normale parce que conforme au type le plus fréquent, il n'en demeure pas moins qu'implicitement ou explicitement subsiste la référence à des valeurs, à une idée de devoir-être. «Si la notion de normalité est équivoque, c'est parce qu'elle surajoute sans cesse du

¹⁸ Ferrié J.-N., à paraître, «La Petite robe, ou le dépassement des limites dans un régime de civilité».

normatif au descriptif»¹⁹. La normalité n'entre théoriquement pas dans le champ conceptuel du droit. Ceci étant, on ne saurait ignorer la réintroduction subreptice du concept dans le travail jurisprudentiel. Le normal devient alors une catégorie juridique, sous couvert, entre autres, de la notion de standard (référence explicite à une idée implicite de normalité). Le droit, de la sorte, «entérine et propage une certaine idée de la normalité et contribue à la normalisation effective des comportements»²⁰. Sur le plan descriptif, le droit prétend rendre compte des normes sociales qui prédominent et leur donner force juridique, alors que, sur le plan normatif, le droit indique les normes sociales qu'il entend sanctionner. Cela produit inévitablement un effet récursif, les normes jugées normales en droit, et, dès lors garanties, ayant tendance à déterminer à leur tour la normalité sociale. On constate donc la tendance systématique des acteurs du droit²¹ à la «conformisation» du normal au légal et inversement, à la «mise en coïncidence» de la normativité sociale et de la normativité juridique²². Ceci transparaît bien dans les trois extraits de l'arrêt de la Haute Cour constitutionnelle que voici :

«Attendu la mise en oeuvre du principe de la raison pour ce sur quoi aucun texte n'est intervenu, en prolongement des règles d'une opération dont le contenu s'accorde bien aux gens, qui revêt une grande importance pour leurs affaires et satisfait leurs véritables intérêts sur lesquels les règles légifèrent pour les réaliser d'une manière qui leur convient. Ce que l'on veut dire, c'est que la vérité et l'équité sont au coeur de la *shar'ā* de Dieu, de même que l'observance de ce qui est bien au détriment de ce qui est grandement dommageable».

«Attendu que, dès lors qu'est établi ce qui précède, à savoir qu'on ne peut prohiber que ce qui relève, non pas de l'ordre du probable (*muhtamal*), mais, au contraire, de ce qu'on sait d'un texte absolu — faute de quoi cela resterait confiné au fondement général de la solution — et que rien n'indique dans les textes coraniques et dans notre vénérable Tradition que le vêtement de la femme doit légalement la voiler complètement et qu'elle doit porter un *niqāb* qui l'enveloppe et la recouvre de sorte que rien n'apparaisse d'elle sauf les yeux et leur pourtour, la contraindre à cacher son visage et ses paumes — et ses pieds, selon certains —

¹⁹ Lochak D. 1993, «Normalité». In Arnaud A.J. et al. (sous la dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e édition corrigée et augmentée. Paris: LGDJ, p. 393.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Il s'agit donc toujours d'une normalité définie, postulée et recherchée par l'acteur du droit, en l'espèce le juge.

²² On peut mettre en parallèle ce qui vient d'être dit et les remarques de Luc Boltanski sur les conditions de normalité et de désingularisation des articles en dénonciation d'injustice reçus par un quotidien comme *Le Monde* : ««Être considérée comme normale étant la condition minimale à laquelle doit satisfaire une dénonciation pour avoir des chances de réussir, c'est-à-dire d'être suivie, les individus engagés dans une telle entreprise et qui possèdent un sens de la normalité identique à celui de leurs juges (et cela ... même lorsqu'ils sont amenés à accomplir des actes jugés anormaux) vont tenter de donner à leur geste la forme la plus banale possible. Lorsqu'ils ne bénéficient pas du soutien d'une instance collective capable d'opérer pour eux le travail de généralisation, ils devront accomplir eux-mêmes la tâche de désingularisation auprès de l'opinion publique, pour ajuster à celle du juge la dimension des autres actants» (Boltanski L. 1990, *L'Amour et la Justice comme compétences. Trois essais de sociologie de l'action*. Paris: Métailié, p. 298).

n'est pas une interprétation acceptable et n'est pas un enseignement religieux que l'on doit nécessairement connaître. Cela signifie que ce qu'on est d'accord pour considérer comme sexué ne s'étend pas à ces parties de son corps. Au contraire, le fait de se découvrir le visage lui permet de communiquer avec toutes sortes de gens qui la connaissent et exigent une forme de contrôle de son comportement. C'est ainsi la meilleure garantie de sa pudeur et de la modestie de son regard, la meilleure protection de son équilibre psychologique et ce qui contribue le mieux à lui épargner le scandale».

«L'arrêté incriminé ne contredit pas, dans tout ce qui précède, l'article 2 de la Constitution. Cela signifie que le détenteur de l'autorité dispose, dans les questions controversées, du droit d'interpréter en fonction de ce qui facilite aux gens leurs affaires et de ce qui reflète leurs vrais us et coutumes et en fonction de ce qui ne porte pas atteinte aux objectifs universels de leur Loi (*sharī'a*). Il n'est pas contraire à cette dernière que le détenteur de l'autorité organise, dans son ressort, le vêtement des jeunes filles, tant qu'il ne découvre pas ce qu'elle a de sexué ou ses jambes, ni qu'il révèle son corps ou qu'il attire l'attention sur ces caractères qu'il n'est pas permis de montrer, ni qu'il porte atteinte à sa pudeur. C'est ce que cet arrêté se donne pour objectif, quand il exige de toute élève qui appartient à un des niveaux d'enseignements pour lesquels il existe des stipulations que son uniforme soit conforme et empêche son impudeur, qu'il empêche sa nudité (*'uryihā*) ou la manifestation de sa féminité, mais qu'au contraire, il soit respectueux de sa réalité (*qiyām*) religieuse qui imprègne nécessairement la morale et les coutumes de sa société».

L'entreprise de conformisation du normal au légal et de conjonction des normativités sociale et juridique ne manque pas de soulever la question du statut de la norme de droit qui prétend traduire la normalité, aussi bien celle de la nature que celle du bon sens. La règle imposant le voile est de celles-ci. La Cour la présente comme éthiquement, socialement et historiquement fondée. De manière générale, on peut soutenir, à la suite de Taylor²³ et des ethnométhodologues, que la règle constitue un arrière-fond de compréhension (ou un arrière-plan conventionnel²⁴). En ce sens, une règle n'existe pas par elle-même et elle ne se suit pas parce qu'elle est là. Une règle existe en tant qu'incorporation d'une compréhension que l'on sent en adéquation avec d'autres. La formalisation juridique ne conditionne pas, de ce fait, l'existence de la règle, pas plus qu'une carte ne conditionne la disposition de l'espace qu'elle représente de manière plus ou moins distordue. La règle existe en tant que collection de pratiques formant un arrière-plan, éventuellement mais pas nécessairement représenté et représentable, dont la régularité fait l'objet d'une incorporation: on la reproduit sans avoir à s'en justifier autrement que par le sens d'agir en conformité. Le fait que la règle a d'autant plus de force qu'elle est formalisée suppose toutefois que soient réunies les conditions sociales de son efficacité, et celles-ci résident dans la pratique des acteurs²⁵. Si les acteurs

²³ Taylor C. 1995, «Suivre une règle». *Critique*. 554-572.

²⁴ Cf. le développement de Watson sur la notion de méthode documentaire d'interprétation (Watson R. 1995, «Angoisse dans la 42e rue». In P. Paperman et R. Ogien (sous la dir.), *La couleur des pensées*. Paris: Ed. de l'EHESS (Raisons pratiques 6), pp. 211-213.

²⁵ En disant que c'est dans les pratiques qu'on assiste à la genèse des normes, rappelons qu'on ne fait qu'emprunter une piste ouverte depuis longtemps par Malinowski (Malinowski B. 1926, *Crime and Custom in Savage Society*. London: Routledge & Kegan Paul) et, plus récemment, par des auteurs comme Roberts et Comaroff (Roberts S. et Comaroff J. L., *Rules*

prétendent agir par rapport à des règles qui sont là, elles le sont, d'abord et avant tout, en tant que ressources disponibles, en tant qu'éléments de répertoires normatifs²⁶. Le fait qu'il s'agisse de ressources disponibles n'implique nullement la préexistence de la règle à la pratique. Simplement, la règle a ici le statut de trace de pratiques antérieures formalisées. Pour paraphraser Bernard Lepetit²⁷, elle est une forme qui doit son existence à des pratiques antérieures, mais qui peut être investie de pratiques différentes²⁸.

Il s'agit, à présent, de s'arrêter à cette idée d'investissement de formes ou de traces normatives, que l'on pourrait définir comme substantialisation, et de la mettre en regard de la notion de typification (ou de catégorisation). On notera d'abord que l'«expérience des catégories», pour reprendre l'expression de Marcel Mauss, n'implique pas la normativité de ces catégories ou, du moins, n'en implique qu'une normativité à chaque fois reconstruite au départ d'une ressource rhétorique disponible et partagée dans un contexte donné. Le fait de recourir à un idiome religieux n'implique rien d'autre que la crédibilité de ce dernier, non sa détermination sémantique. L'extrait suivant de l'arrêt de la Cour est révélateur à cet égard.

«(La *shari'a*) n'attribue pas aux propos d'un jurisconsulte particulier, dans une des questions la concernant, un caractère sacré (*qudsiyya*) qui empêcherait d'y retourner et de la réexaminer, voire même de lui substituer une autre opinion. Les opinions interprétatives portant sur des questions controversées n'exercent pas, en elles-mêmes, de force directe sur d'autres que ceux qui tiennent ces propos. Il n'est dès lors pas autorisé de les considérer comme une règle Légale immuable et permanente qui ne permettrait pas la contradiction. Ce serait autrement mettre fin à la réflexion et à la spéculation en matière de religion du Dieu Très-Haut. Il est contraire à la vérité d'affirmer que la faute est potentielle dans chaque interprétation. On connaît au contraire des Compagnons qui sont revenus finalement sur l'avis (*futyâ*) qu'ils avaient rendu. Il est donc vrai de dire qu'il n'est pas plus juste de suivre l'effort interprétatif d'un jurisconsulte que celui d'un autre, quand bien même il serait construit sur une chaîne plus faible. Ils constituent pour la plupart une adaptation à des situations changeantes, même si il contrevenait à des opinions répétées dans le temps. Telle est la *shari'a* islamique, dans ses fondements et ses origines (*manâbit*), nécessairement évolutive, centrifuge.

and Processes. The Cultural Logic of Dispute in the African Context. Chicago: University of Chicago Press), Moore (Moore S. F. 1978, *Law as Process : An Anthropological Approach.* London, Henley and Boston, Routledge & Kegan Paul), Gribaudi (Gribaudi M. 1996, «Echelle, pertinence, configuration». In Revel J. (sous la dir.), *Jeux d'échelles. La micro-analyse à l'expérience.* Paris: Gallimard-Le Seuil) ou Cerutti (*op. cit.*).

²⁶ Le répertoire normatif est un ensemble regroupant ces ressources formelles que sont les règles autour d'un principe de légitimité. Ainsi, le répertoire normatif se caractérise par sa tendance à rendre compte des formes discursives mobilisées dans la construction d'une action prétendant se fonder sur la norme et se traduire dans une norme. Un même individu peut donc disposer d'un nombre plus ou moins grand de répertoires sur lesquels jouer en fonction de ses choix propres et des contraintes de l'environnement social dans lequel il s'inscrit (cf. Dupret, à paraître).

²⁷ Lepetit B. 1995, «Le présent de l'histoire». In B. Lepetit (sous la dir.), *Les formes de l'expérience. Une autre histoire sociale.* Paris: Albin Michel.

²⁸ cf. Dupret B., à paraître, *Au nom de quel droit. Répertoires juridiques et référence religieuse dans la société égyptienne musulmane contemporaine,* Paris: LGDJ (coll. Droit et Société).

L'effort interprétatif, en la matière et pour ce qui n'a pas fait l'objet d'un texte, n'est lié par rien d'autre que par ses principes généraux d'organisation et par ce qui ne porte pas atteinte à ses objectifs qui excluent que le détenteur de l'autorité ne soit lié, s'agissant des règles subsidiaires et de ce qui répond par nature au changement, à des opinions dont on ne bouge pas, ou qu'il reste fixé de par son interprétation à un moment donné que les intérêts considérés comme Légaux ont pourtant dépassé».

La lecture de cet extrait nous fait clairement percevoir l'existence de formes normatives que la Cour, au moment de statuer, investit d'une substance. D'un point de vue sémiotique, le rapport des formes et de leur substantialisation doit être rapproché de ces images collectives servant comme une sorte de paradigme que décrit Jackson²⁹. Ces images, à la fois descriptions d'actions typiques et évaluations sociales tacites, sont contingentes temporellement et culturellement. A l'instar du processus de typification narrative, le procès de substantialisation, qui porte sur l'investissement de formes normatives disponibles en fonction des besoins et des contraintes de l'interaction, consiste en un jugement de similarité relative. La forme normative fonctionne comme une image collective ou, mieux, comme une typification narrative paradigmatique servant de critère à la qualification, au-travers d'un jugement de similarité relative, des événements dont le contexte impose l'évaluation — analytique et normative — aux acteurs. C'est le produit de la qualification de ces événements, en termes de proximité avec le modèle narrativo-normatif, qui constitue la substance en tant que telle.

Il apparaît alors que l'opération de typification doit avant tout être rapportée à la structure de l'action — l'action judiciaire pour ce qui nous concerne. On en arrive ainsi à s'interroger en réalité sur une «économie des typifications» que les lieux d'interaction déterminent pour une grande part, des lieux ayant pour propriété d'opérer selon un mode fonctionnellement identifiable et d'une manière spécifique à l'investissement qu'en font ses acteurs. Symboles et rhétoriques deviennent alors des ressources plutôt que des sources³⁰, des formes plutôt que des substances, que l'étude systématique des mécanismes identificatoires impose de distinguer des occurrences que des acteurs cherchent à qualifier³¹. La Cour nous livre plus d'une image de ce type.

«Le Dieu Très-Haut a invité tous les gens à conserver leur beauté et à ne pas en être prodigues. Cela qui signifie qu'Il l'a contrainte à la sobriété, ce qui implique que ni son vêtement ni rien d'autre ne la caractérise, elle et ce qu'ils couvrent des traits de sa féminité. La voiler complètement n'est pas exigé d'elle péremptoirement, ni que sa beauté ne soit voilée pour la forme et en-dehors de tout contenu. Il faut, au contraire, que son aspect soit annonciateur de sa pudicité, qu'il facilite sa participation à tout ce qui peut lui être d'un

²⁹ Jackson B. S. 1995, *Making Sense in Law. Linguistic, Psychological and Semiotic Perspectives*. Liverpool: Deborah Charles Publications, p. 152.

³⁰ Ferrié J.-N., à paraître, «Quel Occident ? Ou pourquoi l'Occident des Orientaux n'existe pas».

³¹ Dupret B., à paraître, «La définition juridique des appartenances. La typification narrative de l'action identitaire devant les juridictions suprêmes d'Égypte et d'Israël». *International Journal for the Semiotics of Law*.

secours dans sa vie, qu'il soit son délégué contre la vulgarité. Pas un homme n'entreprend alors de la séduire pour l'apparence de son corps, entre autres choses qui l'entraînent sur la pente du vice (*ithm*) et la font dévier de sa destinée et de sa place».

Si l'on se tourne vers la tradition socio-phénoménologique de Schütz, Garfinkel ou Sacks, les idées de typification, catégorisation, substantialisation prennent un tour bien plus praxéologique encore. Je ne reviens pas sur leur nature morale³². Il convient simplement d'insister ici sur ce que l'opération de typification peut avoir, dans les termes de Husserl, d'anté-prédicatif, c'est-à-dire d'immédiatement lié à l'expérience pure. Husserl parle de «préconnaissance typique de tout objet d'expérience singulier». Cette notion, reprise en termes sociologiques par Schütz, signifie que nous saisissons d'emblée les objets, les événements, les personnes comme étant d'une certaine sorte, nous les appréhendons dans leurs propriétés typiques, c'est-à-dire selon des déterminations générales, liées au type, et non pas dans leurs particularités individuelles. La perspective ainsi ouverte permet d'étendre la valeur opératoire des catégories aux domaines de la construction intersubjective de l'objectivité et de l'organisation des activités pratiques. La typification consiste alors davantage en une «méthode pour des activités pratiques», une «formule d'opérations possibles»³³. L'organisation des activités pratiques devient dès ce moment fondamentale. En affirmant ainsi le primat du pragmatique sur le sémantique, nous rejoignons la préoccupation de Sacks pour l'ordre social et la façon dont on peut en rendre compte, dans la mesure où il s'agit d'une affaire familière et reconnaissable. L'activité judiciaire peut alors être considérée comme une activité sociale méthodique, procédurale, qui n'est envisageable que dans une perspective contextuelle; elle ne voit pas dans les catégories des dépôts de significations indépendants des circonstances de leur emploi, mais bien des ressources publiques et partagées utilisées pour donner un sens socialement standardisé aux situations³⁴.

Les traces de l'histoire

On abordera la question en présentant quelques textes significatifs. Le premier est extrait du rapport du bureau des commissaires de la Haute Cour Constitutionnelle. Il s'agit d'un document ayant servi à instruire la décision de cette institution.

«Le *niqâb* est une pièce de vêtement dont s'embellissaient certaines femmes de Harrân à l'époque de la Jâhiliyya (...). Cette coutume s'est perpétuée après l'islam (...) et l'Envoyé — que Dieu le bénisse et lui donne la paix — n'y a pas incité (...). S'il s'agissait d'un instrument de protection et de chasteté et d'un moyen de protéger la pudeur de la femme, ainsi que l'allèguent certains, l'Envoyé — que Dieu le bénisse et lui donne la paix — l'aurait adopté pour

³² Cf. supra.

³³ Quéré, *op. cit.*, p. 37.

³⁴ Watson R. 1994, «Catégories, séquentialité et ordre social. Un nouveau regard sur l'oeuvre de Sacks». In B. Fradin, L. Quéré et J. Widmer (sous la dir.), *L'enquête sur les catégories*. Paris: Ed. de l'EHESS (Raisons pratiques 5), pp. 152-154.

ses femmes, les premières dont il fallait protéger la chasteté et la pudeur. (...) L'islam a stipulé, uniquement, la tunique (*jalbâb*) et le voile (*khimâr*), (...) de même que les jurisconsultes ont établi que le voile complet (*niqâb*) était tenu en horreur au moment de la prière. (...) L'Envoyé l'a prohibé pour la femme en état de sacralité (*muḥarrama*) lors du pèlerinage et de la *'umra*. Il a dit — que Dieu le bénisse et lui donne la paix : «la femme en état de sacralité ne se voilera pas complètement et ne portera pas de gants. (...) Attendu que s'embellir peut se faire aussi bien en découvrant qu'en occultant. (...) Ce que laisse entrevoir le voile complet (les yeux) est plus beau que ce qu'il cache particulièrement si les yeux sont agrémentés de kohl» (Rapport du bureau des commissaires, cité in *al-Akhbâr*, 6/2/96).

Les trois autres textes sont extraits de l'arrêt de la Cour.

«Attendu qu'il est établi, à la lumière de ce qui précède, qu'il appartient au détenteur de l'autorité de légiférer en renvoyant ce qui est controversé à Dieu et à Son Envoyé, en s'inspirant (*mustalhiman*) pour cela des intérêts pris en considération, c'est-à-dire ceux qui satisfont aux objectifs de la *sharī'a*, qui les croisent. Ce sont des intérêts qui ne s'étendent pas aux détails et qui n'ont pas de limites dans leurs applications, mais qui se définissent, dans le contenu et dans la forme, à la lumière des situations changeantes. Cela signifie que bien des règles décidées par les Compagnons et les Successeurs, de même que par les savants interprètes, l'ont été pour simplement répondre aux intérêts des gens en cherchant à les satisfaire, à les défendre contre tout préjudice ou à leur éviter tout embarras, en tenant compte de ce que leurs intérêts se développent en fonction des circonstances propres à leurs sociétés. Il ne s'agit dès lors pas d'un indicateur Légal qu'il faudrait prendre en considération ou écarter».

«Attendu que l'arrêté incriminé a requis de toute jeune fille qui rentre dans un niveau d'enseignement quelconque, pour lequel est stipulée une configuration précise de son uniforme, qu'elle en respecte les caractéristiques générales. Son objet n'est pas de dévoiler son corps de ce qu'il faut en voiler, mais au contraire que sa façon de le porter respecte sa pudeur et soit conforme aux us et à la morale de sa société».

«Ce que d'aucuns allèguent, à savoir que toute chose de la femme est sexuée, jusqu'à ses ongles, est écarté de par le fait que Mâlik, Abû Hanîfa, Ahmad b. Hanbal (dans ce qu'on rapporte de lui) et les Hanéfites les plus connus ne considèrent pas les choses ainsi».

Il ne suffit pas de dire que, de toute notoriété, la lettre de la loi survit très fréquemment à son esprit : encore faut-il analyser le type de relations qui les unit. J'ai tenté de procéder à cette analyse dans un article précédent³⁵. Deux hypothèses simples s'imposent en premier lieu : (1) une forme x peut déboucher sur une seule substance a ; (2) inversement, une substance a peut procéder de la seule forme x. Ce qu'on peut appeler, en s'inspirant de Paul Veyne, un principe de double pluralité des vérités complexifie cependant le tableau, en ce sens qu'une seule forme peut déboucher sur différentes substances et qu'une seule substance peut procéder de différentes formes. Si l'on ajoute à cela le fait que la multiplicité peut être de nature synchronique ou diachronique, on obtiendra le tableau suivant : (3) une seule forme peut déboucher synchroniquement sur différentes substances : il s'agit de la «monotypification» d'occurrences multiples. On peut penser que cette hypothèse atteste le caractère fort de la typification paradigmatique ; (4) une seule substance peut procéder synchroniquement de différentes formes : il s'agit de

³⁵ Dupret, «La définition juridique...», *op. cit.*

la «multi-typification» d'une même occurrence ; (5) une seule forme peut déboucher diachroniquement sur différentes substances : il s'agit de la succession (continue ou discontinue, concentrée sur une aire ou dispersée) de qualifications semblables d'occurrences ; (6) une seule substance peut procéder diachroniquement de différentes formes : c'est le fait pour un type d'occurrence que l'on retrouve à une succession (continue ou discontinue, concentrée sur une aire ou dispersée) d'époques d'être qualifiée au départ d'une multiplicité de typifications.

Ces différentes hypothèses de substantialisation apportent un premier éclairage sur ces formes du droit dont dispose l'acteur, dans un contexte social donné. Ces moyens du bord de l'action normative apparaissent comme les traces d'une sédimentation historique et/ou historique, comme les ressources que la mémoire historique et/ou biographique rendent disponibles à l'acteur.

La norme se constitue sur le mode de la sédimentation, mais il s'agit d'une sédimentation de sa forme et non de sa substance. Sédimentation d'abord, en ce sens que l'opération, au cœur de l'idée de «mémoire», consiste en l'intervention subjective de (re)construction de la référence fondatrice et des jalons y reliant. Les normes, attachées à un passé fondateur, font l'objet de constructions, déconstructions et reconstructions. Tout présent singulier est «une tranche d'une accumulation diachronique continuellement changeante de dépôts opérés par des générations de personnes différentes»³⁶. Ces tranches n'exercent toutefois d'action pertinente sur le présent qu'en tant qu'elles interagissent et, plutôt que de reproduire des structures distinctes évoluant parallèlement, elles sont, pour partie au moins, au principe de la «couche supérieure», du nouveau dépôt normatif qui se constitue. De par sa nature composite, ce «sustrat» est à la fois l'aboutissement d'un certain nombre de «possibles» normatifs et la clôture des répertoires normatifs mobilisables à ce moment donné. Sédimentation formelle, par ailleurs, dans la mesure où il faut admettre que ce n'est pas tant la chose qui est pertinente socialement que les angles de vue adoptés pour considérer cette chose, lesquels dépendent étroitement du contexte d'interaction. A cet égard, la notion de contexte traditionnant paraît tout particulièrement pertinente³⁷.

L'autorité dont serait revêtue une norme déclarée contraignante par un juge tiendrait ainsi davantage à son contexte d'énonciation, qui opérerait en quelque sorte la transcendance des conditions conjoncturelles, qu'à son inscription dans un processus de transmission. Le «traditionnement» d'une assertion et, partant, sa normativité sont fonction du fait d'avoir été «fabriqués» par qui de droit, quand et où de droit. On peut considérer que le procès constitue le moment rituel par excellence où l'on confère à un référent une valeur symbolique

³⁶ Krygier M. 1986, «Law as Tradition». *Law and Philosophy*. 5: 237-262, p. 242.

³⁷ Bouju J. 1995, «Tradition et identité. La tradition dogon entre traditionalisme rural et néo-traditionalisme urbain». *Enquête*. 2: 95-117, p. 106.

traditionnelle, soustrayant ainsi à l'attention des acteurs la nature contingente de l'opération, réaffirmant une perception du monde, de ses normes et de son histoire «tels qu'ils sont»³⁸. La sédimentation normative n'est pas, de ce fait, un acte d'héritage, mais une pratique complexe d'appropriation et de réinterprétation fondatrice de vérités nouvelles. La norme se voit ainsi dépouillée de toute existence en-soi, pour ne plus être admise à l'existence qu'en tant qu'elle est mise en usage. Elle devient explicitement un répertoire, c'est-à-dire une ressource (rhétorique) à la disposition des acteurs que la pratique modèle et modifie³⁹.

La sédimentation normative procède également de l'ordre biographique des acteurs engagés dans des opérations normatives. Dans cette perspective, on peut utilement faire état, à la suite de Renaud Dulong, de l'approche historique de Schapp⁴⁰, qui s'articule autour du paradigme de «l'histoire dans lequel quelqu'un est pris, relié par d'autres histoires à d'autres êtres (hommes, objets, qualités, etc.), soudé au travers de récits, de légendes, de mythes, à un univers symbolique commun, sans que ces rapports puissent être jamais ressaisis autrement que dans de nouvelles histoires»⁴¹. Pour Schapp, le rapport au monde est fondamentalement biographique, l'individu se trouvant au centre des histoires dans lesquelles il est (co-empêtré). Chaque épisode est à la fois indexical (inscrit dans une arborescence historique) et réflexif (il transforme l'histoire et les histoires en survenant). Une biographie est ainsi faite de la succession d'entrecroisements de trajectoires multiples d'êtres et de choses⁴². A suivre cette approche, on en vient à considérer qu'une décision juridique, par exemple, est la forme provisoirement aboutie autour d'un mot-clé d'un réseau d'histoires liées par des associations aléatoires, mais qui a cette particularité, toutefois, de faire l'objet d'un regard rétrospectif de l'être humain. Pour Schapp, les histoires n'ont pas un "sujet", mais "un être empêtré dans", autant prisonnier de son développement que l'objet ou l'animal y figurant comme accessoire ; la marge de liberté qui fait la différence s'inscrit dans la capacité de retour sur l'histoire par ce "coup d'oeil jeté par-dessus l'épaule", dans l'invention de cours alternatifs du déroulement de ce qui s'est passé, dans l'imagination de futurs possibles et, de façon plus générale, dans ce jeu des associations entre histoires

³⁸ Kertzer D. I. 1988, *Rituals, Politics and Power*. New Haven: Yale University Press, ainsi que Carzo D. 1994, «Le droit comme fait social total». In Jackson B. S. (ed.), *Legal Semiotics and the Sociology of Law*. Oñati: Oñati International Institute for the Sociology of Law, p. 37.

³⁹ Lepetit B. 1995, «Histoire des pratiques, pratique de l'histoire». In B. Lepetit (sous la dir.), *Les formes de l'expérience. Une autre histoire sociale*. Paris: Albin Michel, p. 297.

⁴⁰ Schapp W. 1992, *Empêtrés dans des histoires. L'être de l'homme et de la chose*. Paris: Ed. du Cerf.

⁴¹ Dulong R. 1994, «Quand l'histoire disqualifie la catégorie. La perspective historique de W. Schapp». In B. Fradin, L. Quéré et J. Widmer (sous la dir.), *L'enquête sur les catégories*. Paris: Ed. de l'EHESS (Raisons pratiques 5), p. 274.

⁴² Thévenot L. 1990, «L'action qui convient». In P. Pharo et L. Quéré (sous la dir.), *Les formes de l'action*. Paris: Ed. de l'EHESS (Raisons pratiques 1) et Thévenot L. 1994, «Objets en société ou Suivre les choses dans tous leurs états». *Alliage*. 21: 74-87.

dont le mot de passe fournit la clé. Se connaître soi-même, c'est revenir sur ses épisodes biographiques, déchiffrer leur enchevêtrement, découvrir un sens nouveau dans leur agencement, les comparer à des récits historiques, à des légendes, à des mythes, c'est-à-dire prolonger ses histoires en de nouvelles histoires»⁴³. Chaque interaction étant imbriquée dans celles qui l'ont précédée, l'individu s'y engage en connaissant son interactant (être ou chose) par sa réputation, sur fond de ce que son histoire a de publique. Ainsi en va-t-il du juge qui, recevant l'inculpé, ne s'attend pas à découvrir la personne mais seulement à en rectifier la réputation ; ce même juge, confronté à la qualification d'une situation, ne prétend pas inventer la norme, mais uniquement l'ajuster contextuellement.

L'approche socio-phénoménologique développée par Schütz⁴⁴ et, à sa suite, par Berger et Luckmann⁴⁵ paraît offrir une bonne synthèse de cette double dimension historique et biographique de la sédimentation des formes normatives et donc, partant, de leur substantialisation. Dans la perspective de Schütz, «notre perception d'un objet est toujours le produit d'un travail de reconstruction qui prend en compte les "sédiments" de perceptions passées. C'est la raison pour laquelle le monde a pour nous un "horizon de familiarité" qui nous est fourni par le stock de connaissances dont nous disposons. Chacun dans le monde possède ainsi son "stock de connaissances disponibles", qui comprend aussi bien les croyances, les attentes individuelles que les règlements et les normes sociales. Ce stock repose sur des types expérientiels ; il est fait de nos habitudes, c'est-à-dire des connaissances que nous pouvons mobiliser à chaque instant dans un grand nombre de situations sociales, sans que nous ayons à faire d'efforts pour cela. Ce stock, qui s'enrichit constamment de situations nouvelles, nous permet d'interpréter le monde, interprétation sans laquelle toute action, ainsi que toute communication avec autrui, s'avérerait impossible. Les types permettent la transcendance de l'immédiateté, nous faisant considérer des objets semblables comme étant par essence les mêmes : la typification nous attache irrémédiablement au passé d'une part et implique l'anticipation d'expériences similaires d'autre part»⁴⁶.

Pour leur part, Berger et Luckmann s'attachent à la question de l'institutionnalisation, au coeur de laquelle réside la sédimentation, en reliant processus historique et biographique. L'expérience humaine est d'abord sélectivement retenue et sédimentée. Les individus peuvent toutefois partager une biographie commune, «dont les expériences finissent par s'incorporer dans

⁴³ Dulong, *op. cit.*, p. 281

⁴⁴ Schütz A. 1962, *Collected Papers I*. La Haye: Martinus Nijhof et Schütz A. 1987, *Le chercheur et le quotidien*. Paris: Méridiens Klincksieck.

⁴⁵ Berger P. and Luckmann T. 1966, *The Social Construction of Reality* Doubleday & Comany, Inc. (trad. 1996, *La Construction sociale de la réalité*. Paris: Masson/Armand Colin).

⁴⁶ Coulon A. 1994, «Alfred Schütz». In Van Meter K. M. (sous la dir.), *La Sociologie*. Paris: Larousse, p. 456.

un stock commun de connaissances»⁴⁷. La sédimentation est alors intersubjective et potentiellement transmissible dans le temps. Les expériences gagnent progressivement un statut d'anonymat en étant détachées de leur contexte original de biographies individuelles concrètes et en devenant accessibles aux membres d'un groupe social. Le langage est le lieu de dépôt par excellence de ces sédimentations collectives, «qui peuvent être acquises de façon monothétique, c'est-à-dire en tant que totalités cohérentes et sans reconstruction de leurs processus originaux de formation. Comme l'origine réelle de ces sédimentations est devenue sans importance, la tradition pourrait inventer une origine tout à fait différente, sans pourtant menacer ce qui a été objectivé. En d'autres termes, les légitimations peuvent se succéder l'une à l'autre, et chaque fois fournir de nouvelles significations aux expériences sédimentées de la collectivité en question. L'histoire passée de la société peut être réinterprétée sans nécessairement troubler l'ordre institutionnel en conséquence»⁴⁸. La substance a ainsi tendance à s'abstraire toujours plus de son contexte d'émergence, à se diluer dans la forme qui lui a permis d'être communiquée, bref, à n'être plus qu'une formule susceptible d'être apprise et mémorisée d'un savoir, c'est-à-dire de ce qui est socialement défini comme réalité — et non ce qui est référé «à des critères extra-sociaux de validité cognitive»⁴⁹. Mais, précisément, la définition de ce savoir est sociale et donc totalement contingente.

Dans l'interprétation de l'obligation du voile que le juge constitutionnel effectue au regard de la *shari'a* érigée en source principale de législation, on ne peut qu'être frappé de cet entrecroisement des sédimentations historique et biographique. Entre, d'une part, le postulat du prescrit divin et de son acception sociale et, d'autre part, la volonté réformatrice érigée en principe d'interprétation, le juge atteste magistralement de l'opération consistant à investir une règle formelle d'une signification précise et contraignante, en lui conférant un statut d'impératif religieux historiquement fondé et socialement sanctionné: lui seul serait à même d'appréhender à la fois comme norme à imposer à la société et comme normalité sociale à transcrire en droit. Le voile appartient à ces pratiques dont l'histoire religieuse nous a laissé la trace, sédimentée en forme normative. Reprise aujourd'hui dans un contexte judiciaire, l'obligation formelle de porter le voile, dont la normalité est affichée, se voit sanctionner moralement et juridiquement par un juge érigeant son mode d'interprétation en traduction présente et culturelle d'une volonté atemporelle. La justice constitutionnelle, dans sa recherche d'une moralité conforme à sa représentation de la normalité religieuse et sociale, a de la sorte donné consistance à un prescrit formel hérité de l'histoire. Tout en prétendant traduire la normativité naturelle, elle l'a en fait construite. En ce sens, le présent de l'histoire, c'est l'historicité de la norme.

⁴⁷ Berger et Luckman, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁸ *Idem*, p. 98.

⁴⁹ *Idem*, p. 100.