

Maisonneuve & Larose

Pluralisme normatif et ambiguïté dans le Fiqh

Author(s): Jean-Paul Charnay

Reviewed work(s):

Source: *Studia Islamica*, No. 19 (1963), pp. 65-82

Published by: [Maisonneuve & Larose](#)

Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/1595193>

Accessed: 04/07/2012 18:13

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <http://www.jstor.org/page/info/about/policies/terms.jsp>

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.



Maisonneuve & Larose is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Studia Islamica*.

<http://www.jstor.org>

PLURALISME NORMATIF ET AMBIGUÏTÉ DANS LE FIQH

On a depuis longtemps, en Islam, signalé la coexistence de normes contradictoires. En tout système juridique, d'ailleurs, l'ambiguïté peut apparaître, au niveau de la norme, sous deux formes ⁽¹⁾ : ou coexistence d'un nombre divers de normes ayant même objet et proposant des solutions différentes ; ou existence d'une norme unique, mais susceptible de justifier de solutions divergentes un certain nombre de combinaisons. Dans les deux cas, l'ambiguïté se place sous le signe du pluralisme ⁽²⁾, pluralisme qui découle de mécanismes juridiques : mécanismes de création du droit dans le premier, de technique d'application dans le second. Encore pourrait-on se demander si le premier ne se résoud pas dans le second, n'en est pas une extériorisation : la solidification en normes contradictoires des diverses virtua-

(1) On négligera donc ici, d'une part le cas d'insuffisante précision dans l'énonciation de la réglementation de l'activité, ou de la définition d'un statut, insuffisance pouvant provenir soit d'une rédaction technique défectueuse, soit d'une inadéquation entre l'ordre juridique et les faits sociaux, économiques, politiques, etc. D'autre part, le cas de doute sur l'interprétation d'une norme unique due à l'ambivalence sémantique de l'un des termes qui la formule : car le problème est alors souvent d'ordre philologique.

(2) A l'inverse, au point de vue philologique, l'ambiguïté se place sous le signe de l'unicité, et de la solitude. Car un mot seul est en cause. Certes, ses variations de sens peuvent modifier profondément l'interprétation du passage — parfois d'une importance capitale — où il est utilisé (cf. les exemples cités in *Sur les ad'dād, l'homonymie des contraires en arabe*, Cahiers des Entretiens interdisciplinaires sur les sociétés musulmanes, École pratique des Hautes Études, Paris 1960). Mais, une fois telle interprétation choisie, le mot demeure intangible, fermé sur lui-même. V. aussi, D. Cohen, « Ad'dād et ambiguïté linguistique en arabe », *Arabica*, t. VIII, janvier 1961, p. 1-29.

lités contenues dans une norme antérieure. C'est ce qu'on tentera de rechercher ici, en décomposant préalablement la structure de la norme.

En effet, toute règle juridique contient deux sortes d'éléments : une prescription positive ou négative, ou description d'une institution ; puis les modalités d'application de cette prescription, ou de fonctionnement de cette institution. Ou, pour simplifier, la règle comprend un principe invariant (par exemple : l'union entre les sexes (mariage) ; ou la possibilité de dissoudre le mariage ; ou le principe de la transmission des biens du de cujus aux héritiers ; ou l'établissement de liens entre l'homme et l'objet (propriété, possession...), et des éléments variables (conditions nécessaires pour que le mariage puisse être célébré, la dissolution du mariage prononcée, la dévolution des biens effectuée, la propriété établie...).

Ces éléments peuvent être des normes juridiques secondaires (manière de célébrer le mariage ou de constater sa dissolution...) : à leur propos, le problème de l'ambiguïté pourrait à nouveau se poser. Mais ce sont le plus souvent des éléments de fait : âge du mariage, circonstances entraînant sa dissolution. Ces éléments variables assurent l'insertion du principe dans la vie. Ils sont, en quelque sorte, des médiateurs. D'où leur relative plasticité, et les jeux qu'ils proposent au juriste.

Du fait de cette dissociation de la norme, le doute ⁽¹⁾ peut donc surgir à un double point de vue : détermination de la règle à appliquer, discrimination des éléments de fait à retenir dans l'espèce envisagée, et qui imposeront, ou non, la solution proposée par la norme. Le transfert de ces éléments de fait à l'intérieur de la norme elle-même entraîne le transfert de l'ambivalence du niveau des conditions d'application de la norme à celui de son choix.

Aussi doit-on distinguer l'ambiguïté au niveau de l'invariant, remise en cause de la société, et l'ambiguïté au niveau des variables, élément du raisonnement juridique.

(1) Cf., à ce propos, R. Brunschvig, « Variations sur le thème du doute dans le fiqh », *Studi Orientalistici di Giorgio Levi Della Vida*, vol. I, p. 61, Istituto per l'Oriente, Rome 1952.

. * .

L'ambiguïté juridique au niveau de l'invariant ne se peut concevoir. Non, certes, que le principe de non-contradiction des normes soit une condition nécessaire de l'existence du droit, dont le rôle est de prescrire, d'organiser. En logique pure, il serait concevable que le droit, instrument neutre, délivré de toute préoccupation finaliste, se construise par un mouvement de négations internes et réciproques : la norme passerait alternativement de l'être au non-être.

Mais il s'agit là d'une vue de l'esprit, car l'ordre juridique qui tolérerait de telles ambivalences entraînerait la dissolution de la société dont il est l'armature ; le principe de non-contradiction est une indispensable condition de son efficacité.

D'ailleurs, une société déterminée pourrait supporter un certain degré d'ambiguïté juridique sans atteindre le seuil au-delà duquel sa dissolution — ou, plus exactement, sa mutation — interviendrait. Ce degré devrait être apprécié à un double point de vue : qualitatif, quantitatif. Au point de vue qualitatif, il faudrait déterminer l'importance sociale des normes inversées, et leur répercussion intimiste : le doute apporté dans la conscience de l'usager. Au point de vue quantitatif, il faudrait considérer le taux d'applicabilité des normes contradictoires, leur amplitude d'utilisation. Ce qui a trait au rituel observé, aux relations familiales ou économiques de base, causerait plus de troubles qu'une opposition relative à une institution tombée en désuétude...

A de telles ambivalences, le classicisme même du *fiqh* (ou, si l'on préfère, son académisme) s'oppose : son respect obligé, lors même que purement verbal, de la règle coranique. Parole incréée, Loi supra-naturelle, unique manifestation de Dieu compréhensible pour les humains, et de la Sunna — l'enseignement du Prophète — qui la complète, interdit en principe toute variation de cette règle. S'impose aussi le respect de la règle émanée de l'*ijmâc*, puisque, par grâce spéciale, Dieu a accordé à sa communauté de ne pouvoir se tromper. Et l'impeccabilité des grands *mujtahid* créateurs et de leurs épigones a valeur de dogme.

Mais le simple énoncé des sources si diverses de la *Charî'a* fait précisément concevoir l'apparition d'ambivalences : d'autant plus que le *fiqh* s'est aussi constitué par réduction des coutumes étrangères, par assouplissement des structures mentales des sociétés extérieures conquises, et qui furent repensées selon les principes islamiques. Cette intégration de l'exotique confère au *fiqh* un caractère romantique, qui le prédispose à la coexistence des extrêmes. Et certains exemples de normes contradictoires au niveau de l'invariant pourraient être cités.

Mais ils ne mettent pas véritablement en cause le principe de non-contradiction, car les normes inverses ne s'appliquent pas simultanément, mais s'expliquent (outre les cas de pure erreur) par des variations spatiales, temporelles ou sociologiques. Et si certaines oppositions au niveau des principes se font jour, elles sont souvent jugulées par un usage local fortement établi qui ne laisse guère de latitude à l'interprète. Une recension exacte serait d'ailleurs difficile à tenter, eu égard à la masse des documents à dépouiller d'une part, aux multitudes de comportements locaux à analyser d'autre part.

* * *

Si donc l'ambiguïté au niveau de l'invariant n'est qu'un résidu de la diversité des situations historiques, l'ambiguïté au niveau des variables apparaît comme l'un des éléments indispensables du raisonnement juridique. Mais afin de mieux déterminer son rôle, il est d'abord nécessaire d'analyser le *fiqh* quant à ses fins, et quant à ses caractères.

En Occident, le droit a pour but de permettre l'action des hommes ; d'où le besoin d'un minimum de fixité des normes pour assurer la sécurité de cette action. Aussi l'ambiguïté sera, en principe, écartée du droit positif. Et si elle apparaît, ce sera en tant qu'instrument de la technique juridique, instrument que chaque usager pourra utiliser à son profit.

En Islam, le droit a également pour but de guider l'action de l'homme. Mais il n'est pas simple instrument : il a une vocation universaliste, il crée un mode de vie, et tend à régler toutes les activités humaines — tout au moins à les qualifier par référence,

sinon à une morale, tout au moins à une loi qui transcende, non plus seulement l'individu, mais l'humanité elle-même. Aussi, le droit musulman n'est pas seulement un pragmatisme : au delà, et au-dessus de la recherche de l'efficacité et de la sécurité de l'action, l'application du droit constitue, en soi, une œuvre pie. La règle générale est un absolu que le croyant, même simple usager, doit atteindre, et il y a bénédiction à en rechercher continuellement une meilleure approximation. Devant ce but moral, les nécessités sociales de la non-contradiction et de l'efficacité juridiques pâlisent singulièrement. Et Omar, se déjouant, se justifiait : « Il est mieux de revenir au droit chemin que de persévérer dans l'erreur ».

Et l'ambiguïté risque fort de se perpétuer, du fait de cette recherche incessante, dans l'écart de plus en plus ténu, mais à jamais irréductible, qui sépare la mise en œuvre de la règle légale de son asymptote : la règle légale elle-même. Mécanisme d'approximation qui pourrait, toutes proportions gardées, être rapproché de la recherche systématique de la « légalité socialiste » dans le droit soviétique, ou du « bien commun » selon le droit canonique. Encore que la « légalité socialiste » constitue un objectif mouvant dans le futur, une progression créée par des directives et des textes successivement abandonnés ; et le « bien commun », un principe destiné à accorder les règles canoniques énoncées à leur but supérieur. Tandis que la pureté de la règle constitue, en droit musulman, un objectif à retrouver : un retour intellectuel et moral aux sources.

Aussi, contrairement à la jurisprudence française, qui se construit par sédimentation à partir des textes — lors même qu'elle en torture la lettre ou l'esprit — et acquiert aussitôt une densité particulière, et, souvent, une existence autonome, la décision du juge musulman demeure, en principe, isolée, et volatile : chaque cas d'espèce doit être tranché par référence directe à la Loi (c'est-à-dire, aux solutions proposées par les grands docteurs de chaque rite), sans écran procédural ou jurisprudentiel. Illustration remarquable de ce rapport direct, mais plein d'humilité, qui relie, dans l'Islam, la créature pensante au Dieu unique.

En principe, car, en pratique, l'abus du *taqlid*, motivé chez les

cadis — sans doute par les pressions des gouverneurs, souvent dénués de scrupules, qui les avaient nommés — mais aussi par la crainte d'innover, de couvrir des actes illicites, ou de tomber par mégarde dans la partialité, entraîna l'application stricte, sur le plan judiciaire, de la *machhûr* (opinion dominante dans une société donnée) et des solutions du *camal* — ce dernier terme devant d'ailleurs être entendu, semble-t-il, moins dans le sens occidental de « jurisprudence » que : pratique du tribunal, destinée à entourer la *Charî'a* d'un manteau protecteur, en appliquant aux réalités concrètes qui ne se plieraient pas à ses règles, d'autres règles de moins noble origine ⁽¹⁾... La construction est d'une grande subtilité.

Aussi bien, le *fiqh* est-il plus un droit de juriste consultant, proposant des apaisements en fonction de ses connaissances de la loi, que de juge tranchant selon de trop abrupts précédents. Le rôle que l'ambiguïté y joue doit donc être recherché dans ses caractères mêmes.

. * .

On se bornera évidemment ici à rappeler les caractères qui ont une influence sur le sujet : le *fiqh* est sacré en son essence, doctrinal en sa formulation.

Le droit musulman est sacré en son essence : point n'est besoin d'y insister : l'origine du Coran, l'établissement de la *Sunna*, la formation de l'*ijmâc* le prouvent assez. Ce caractère réagit sur la structure de la norme, et sur son autorité. En effet, il interdit en pratique la dissociation de l'invariant et des variables : les plus petits éléments de fait, dès lors qu'ils sont énoncés dans la norme, acquièrent une valeur absolue, et leur modification s'avère impossible, car illicite — irreligieuse. Aussi le *fiqh* constitue-t-il un système juridique à normes figées : l'autorité qui s'attache au texte sacré, puis aux écrits des docteurs, conduit à dénier à l'usager toute latitude d'interprétation. La norme ne pourra être utilisée que si aucune variation n'intervient : le cas concret envisagé, pour que l'invariant lui soit

(1) Cf. Joseph Schacht, *Esquisse d'une histoire du droit musulman*, 1953, p. 54.

appliqué, devra reproduire fidèlement les éléments de fait contenus dans la norme.

D'où un danger : le *fiqh* risque de n'appréhender qu'un nombre trop restreint de la masse des actes ou des faits déjà intervenus ou susceptibles de l'être ; le besoin se fit sentir de resserrer les mailles trop lâches du droit pour saisir, canaliser, une plus notable partie de l'activité humaine. Besoin satisfait grâce à deux phénomènes conjoints : l'extension du nombre des normes, la juridisation du fait.

La multiplication des normes atteignit bientôt un degré tel que la porte de l'*ijtihād* dut, par mesure de précaution, être fermée ; cette multiplication résulta aussi de la jurisprudence des cadis, et de certaines juridictions parallèles compétentes en une matière déterminée (administrative, commerciale, criminelle...) et des *qânûn* des souverains. Au cours de cette multiplication, un certain nombre de normes contradictoires avaient été créées.

Mais ces normes, à leur tour, reprenant la structure traditionnelle des normes antérieures, « juridisaient » le fait, en posant les variables sur le même plan que l'invariant, en lui conférant une valeur absolue et, semble-t-il, d'application inconditionnelle (par exemple, le mariage sera dissous si le mari s'est éloigné de *telle* distance, ou a été absent durant *tel* laps de temps) : et ces mesures paraissent devoir être appliquées à toutes espèces. Mais elles diffèrent selon les docteurs qui les ont posées : la contradiction apparaît.

Ces deux phénomènes confèrent au *fiqh* un aspect singulier pour un juriste occidental : masse énorme de normes dont chacune surgit en son entier, variables et invariant, indissolublement liés, mais se présentant toujours comme une émanation dynamique de la loi divine et de ses compléments — on ne saurait dire une déduction sous peine d'exagérer le rôle que se reconnaît le juriste musulman : moins élaboration volontairement rationnelle que maturation intellectuelle de textes sacrés à l'état brut qui doivent être rendus socialement utilisables.

D'où le qualificatif de « juridisme existentiel » dont on pourrait (hors de toute référence philosophique, évidemment) user pour décrire cet aspect : les règles, minutieuses et formalistes, mais discontinues et globales, sont extérieures et antérieures à celui

qui les formule, et préservent ainsi leur caractère d'unicité, d'individualité, qui est d'ailleurs une des constantes du droit musulman : en effet, ce souci de conserver toute la spécificité du moment juridique qui passe, et ce qu'il a d'unique, apparaît ensuite sur le plan de l'application du droit : dans l'importance accordée à la *felwâ* du jurisconsulte, dans la valeur reconnue au témoignage du juste, dans l'intérêt apporté aux faits concrets de l'espèce envisagée, dans la suprématie reconnue, tout au long du procès, à l'action de la partie sur celle du juge...

Cette prolifération, anarchique au premier abord, de normes jaillies de la Parole incréée, supra-humaine, hors de la nature terrestre, et qui risque d'abandonner l'utilisateur sans guide et sans recours au milieu de leur foisonnement contradictoire, et parfois symétrique, peut-on espérer la voir s'ordonner, comme les arabesques, en des entrecroisements orchestrés ? Un tel ordonnancement est possible grâce à un autre caractère du *fiqh* : il est doctrinal en sa formulation.

En effet, ces règles multiples ont été énoncées par les juristes-théologiens en fonction de leur époque, de leur milieu, du contexte social (donc, pour satisfaire des besoins différents, pour réaliser une nécessaire médiation entre un état de fait antérieur et la règle nouvelle qu'il appelle), et aussi dans un but pieux, pour parvenir à une interprétation estimée supérieure de la règle préexistante. Ce qui explique également la création de normes contradictoires. D'autant plus que toute une série de procédés — qui s'apparentent plus d'ailleurs à des attitudes mentales qu'à des mécanismes de technique juridique s'appliquant à des cas et selon un schéma déterminés — permettent de rejeter telle règle normalement applicable, d'appliquer telle autre, ou même de les combiner, etc... Il suffira ici de les nommer : principes de l'*istih'sân* (équité, fondé sur l'intuition et non le *qiyâs*), de l'*istiqlâh'* (bien public, ou, plus exactement, utilité sociale permettant de repousser la règle existante) : principes dont l'application fut d'ailleurs vite bloquée par la fermeture de l'*ijtihâd*, après que les premières solutions dégagées eurent été incorporées à la *Charî'a* ; méthode de la *siyâsa char'îyya* (politique selon les principes fondamentaux de la *Charî'a*), qui permit l'élaboration de règles parallèles à la *Charî'a* elle-

même (encore que le rite malékite eût tendance à intégrer les deux catégories de normes), mais qui cessa assez rapidement du fait de circonstances historiques défavorables ; théorie de la *d'arûra* (nécessité impérieuse permettant d'échapper à une norme), faculté de changer de rite (*h'aqq at-lamassuk*), affirmation des mystiques relatives à la possibilité de ne pas respecter la loi extérieure mais de rechercher son sens caché...

Or, le juriste doit exercer l'*ikhliyâr* : droit, et même devoir, de procéder à un choix raisonné entre des solutions divergentes... alors que ne joue aucun des mécanismes destinés, en droit français, à définir la norme applicable : ni émission de la norme par une autorité déterminée, ni hiérarchie des normes, ni procédure d'abrogation de la norme lui retirant toute existence juridique (aucune institution du droit musulman ne peut donc être considérée comme abrogée, même si elle est tombée en désuétude), peu de concepts et de fictions juridiques susceptibles, par leur jeu corrélatif, de fournir des séries d'hypothèses dont l'une rejoindrait, dans la logique du système, le cas concret envisagé ; et enfin, pas de cour suprême solidifiant et systématisant les précédents contradictoires, et capable, grâce à sa fonction d'homogénéisation centralisatrice, de susciter le pouvoir normatif de la jurisprudence.

Mais, en pratique, de nombreux phénomènes de compensation jouent, qui évitent au croyant ou au juriste, d'être abandonnés au milieu d'une forêt de normes divergentes, mais également valables et respectables (1). On a déjà signalé l'importance du *taqlîd*, bien qu'il soit réputé indigne d'un être pensant. La « coutume » locale fixe et fige les solutions que la société inté-

(1) Parfois, la qualification d'un acte par l'une des cinq catégories retenues (obligatoire, conseillé, indifférent, blâmable, interdit) pourra éclairer le choix. Mais assez rarement. Car seul ce qui est interdit (*h'arâm*) est prohibé d'une façon expresse, avec la possibilité d'une sanction religieuse dans l'Au-delà, et une sanction juridique immédiate : nullité de l'acte, et, le cas échéant, peine. Tandis que nombre d'actes, qualifiés de blâmables (*makrûh'*) n'en sont pas moins juridiquement valables, et fréquemment effectués (par exemple : la répudiation). D'ailleurs, en certains cas, il est précisément difficile de déterminer, par exégèse, si la réprobation n'est qu'indicative (*makrûh'*), ne débordant donc pas le terrain moral et éthique, ou expresse (*h'arâm*), s'extériorisant aussi dans le domaine du droit. Enfin, les mœurs, les coutumes locales peuvent imposer, par la pression sociale, des comportements contraires à la hiérarchie établie par la théorie des cinq qualifications.

ressée peut supporter. L'ignorance où demeurent souvent le justiciable et son conseil de l'existence des règles contradictoires, ou tout simplement la difficulté de découvrir l'opinion dominante à travers les écoles et les autorités à consulter, constituent également des filtrages sévères (1). Enfin, des règles ont été créées, assez stables, à l'effet de déterminer quelle norme doit être utilisée : et ce, en fonction d'une série de critères relatifs à son origine (détermination du respect dû aux divers auteurs, bien-fondé de la chaîne la rattachant à une autorité illustre...), à l'examen des nécessités logiques, physiques et sociales, etc...

« Lorsque je parle de « controverse », ceci se rapporte à une divergence (d'opinion) pour ce qui est de déclarer notoire (*tachhîr*). Quand je mentionne « deux dires » (ou opinions) ou des « dires », ceci se réfère au résultat négatif de mes recherches touchant la déduction légale (alors) prédominante et expressément formulée. Pour le sous-entendu, j'ai eu égard au sous-entendu conditionnel, et rien de plus. J'indique par « être solide » ou « a été trouvé bon », le fait qu'un Docteur de la Loi autre que ceux cités plus haut a déclaré cette opinion « solide » ou « manifestement juste ». Par « hésitation », j'indique celle où se trouvent les auteurs postérieurs quant à la transmission des opinions anciennes, ou relatives à ce que manque un texte formel chez les anciens. Par « encore que », je fais allusion à une divergence d'opinion au sens de notre rite ». Ainsi s'exprime, dans la préface de son illustre *Mukhtaṣar*, Khalil ben Ish'âq (xiv^e siècle) (2). Et 'Illfch, juriste de la fin du xix^e siècle, renchérit : en cas de contradiction de normes, quatre solutions sont possibles, qui vont de l'application de la norme la plus contraignante (car la loi doit être appliquée strictement : principe moral de rigorisme), à l'application de la norme la plus douce (car la loi doit régir, sans le fausser, le libre cours de la nature). On mesure les doutes qu'une telle pluralité normative risque, en principe, de causer au juge ou au croyant !

(1) Il serait intéressant de rechercher si l'ouvrage d'un juriste n'atteint pas, en certains cas, à la valeur d'un « quasi code » : que l'on songe par exemple, à la fortune du *Mukhtaṣar* de Khalil, ou des recueils de la jurisprudence annotée des cadis de Fès.

(2) Trad. Bousquet, t. I, *Le Rituel*, p. 14, Maisonneuve, 1956.

D'ailleurs — et bien que ce sentiment soit peu répandu dans les masses, qui n'osent s'écarter de l'usage local — indulgence est réservée au juriste qui, en dépit de ses recherches, se serait trompé, et à ceux qui l'auraient suivi.

* *

Mais il est maintenant possible de définir plus précisément le rôle de l'ambiguïté dans le raisonnement juridique, en comparant le droit musulman et le droit français.

Certes tout ordre juridique consiste en un certain nombre de normes, dont l'agencement constitue l'un des systèmes intellectuels qui permettent d'appréhender la spécificité des relations humaines en telle société. Cet ordre repose donc sur les concepts de base d'une société donnée, et leur projection historique — non évidemment sans distorsions, ni anomalies. Aussi, la plupart des règles, et des institutions (invariant) d'un droit déterminé, ne sauraient correspondre exactement à celles d'un autre droit. Et les mœurs, les habitudes entraînent, dans la détermination des variables elles-mêmes, de sensibles différences : les faits biologiques élémentaires, les nécessités économiques de base, qui constituent souvent ces variables, n'ont pas, dans les diverses sociétés, la même tonalité, la même résonance. Il ne s'agit donc point ici de comparer des normes appartenant à deux ordres juridiques hétérogènes — le musulman, le français — mais de montrer comment le dynamisme interne de ces ordres a secrété des mécanismes différents, mais à finalité semblable : assurer l'application du droit à l'immense variété du concret.

Dans le droit musulman, le caractère sacré s'oppose à ce que l'on procède à la dissociation entre l'invariant et les variables de fait : la norme ne peut s'appliquer à l'espèce que si celle-ci se moule exactement sur celle-là (1). D'où le phénomène de juridisation du fait donnant naissance à une série de normes se rattachant au même objet, contradictoires toutefois sur

(1) En conséquence, la distinction entre le texte de valeur légale et son application jurisprudentielle n'existe pour ainsi dire pas dans le droit musulman classique. V. *supra* le rôle du 'amal, phénomène typique du Maroc.

le seul plan des variables. Faut-il en conclure que ce pluralisme qui résulte dès l'abord de la simple formulation des normes correspond à l'essence interne du *fiqh*? Il ne le semble pas : l'invariant demeurant stable, les normes multiples sont justifiables d'un commun dénominateur. En conséquence, si l'on admet cette dissociation, le pluralisme contradictoire apparaît seulement comme un moyen technique conférant à l'usager une certaine latitude d'appréciation sur les conditions de fait destinées à assurer l'introduction de l'invariant dans l'espèce envisagée. Ce pluralisme réalise l'adéquation de l'invariant au réel.

Adéquation réalisée, en droit français, par l'action de la jurisprudence, qui déplace les variables de la règle légale ou réglementaire comme autant de curseurs s'adaptant au concret. Ce mécanisme, très souple ⁽¹⁾, supprime la nécessité de disposer d'une pluralité de règles contradictoires.

* * *

Et précisément, on peut voir jouer les deux mécanismes dans un domaine généralement considéré comme étant de droit étroit : celui de la dissolution du mariage.

Selon le *fiqh*, le mariage est rompu par répudiation unilatérale du mari : c'est-à-dire, par une simple volition psychologique : voici l'invariant. Mais les divergences des auteurs apparaissent justement dans l'exposé des variables de fait : quelle doit être la manifestation extérieure de cette volition psychologique ? Certains exigent expressément la mention verbale ou écrite du mot *l'alâq*, parfois même devant être assortie, pour être valable, du nombre de fois par lequel la répudiation est prononcée (qu'on se rappelle la savoureuse expression : « Je te répudie par autant de fois qu'il y a de tuiles dans la ville d'Alger »). D'autres, au contraire, vont jusqu'à admettre que

(1) Ici s'imposerait l'exposé succinct de la méthode jurisprudentielle, ce phénomène d'érosion de la règle donnée et de construction de règles nouvelles, par le passage de l'interprétation exégétique à l'interprétation extensive, elle-même susceptible d'aboutir à une solution *contra legem*, sans qu'il en résulte d'ailleurs d'ambiguïté si la nouvelle jurisprudence est bien fixée.

seule suffit une formulation non équivoque : par exemple, paroles du mari à sa femme : « Je te souhaite maintenant de trouver un autre homme tel que moi ». D'autres, enfin, vont jusqu'à admettre qu'entraîne une répudiation valable la simple matérialisation, si l'on ose dire, de l'intention de répudier dans l'esprit du mari, même si cette intention ne s'exprime extérieurement que par une phrase qui n'a aucun rapport avec le sujet, ou, mieux encore, ne s'exprime pas du tout extérieurement — ce qui n'est évidemment pas très commode à déterminer. Des observations analogues pourraient être effectuées en matière de rupture de mariage pour cause d'éloignement, de majorité, de constitution de *habous*, de rituel, etc. Il n'y a là que diversité de variables, diversité proposée par les auteurs pour introduire l'invariant dans le concret, non véritable pluralité de règles divergentes. Aussi bien, les juristes saisis de tels litiges posent le problème, non au niveau de la pluralité des normes, mais à celui de l'existence de l'insuffisante formulation de la répudiation, ou à celui des conditions spécifiques de l'éloignement.

Ou bien alors, des ambiguïtés identiques existent dans notre droit, car la jurisprudence détermine concrètement, en chaque cas d'espèce, et selon les milieux sociaux et les époques, quels « excès, sévices ou injures graves rendant intolérable le maintien de la vie conjugale » devront entraîner le divorce : les injures dont un mari qualifie sa femme sont supportables en certains contextes, non en d'autres ...

* * *

L'ambiguïté est un élément nécessaire du raisonnement juridique. Elle n'est pas un phénomène particulier au *fiqh*. Et, objectivement, elle est de même intensité dans chaque mécanisme juridique (doctrinal, ou jurisprudentiel) : elle réalise la nécessaire adaptation de cette chose inerte dès qu'énoncée : la norme juridique — au cas où l'on n'admettrait pas, avec Hegel, l'identification de la norme avec le réel —, à l'action humaine ; elle permet un certain jeu à la liberté individuelle, qui ne doit être ni écrasée par les institutions, ni abandonnée

à son vagabondage ; une recherche entre diverses solutions pour découvrir la plus adéquate au cas concret envisagé. Elle permet aussi la lutte dialectique des prétentions opposées qui s'affrontent au cours du litige. Psychologiquement, donc, le juge — musulman ou français — se détermine en fonction de la solution qui lui paraît la meilleure : juridiquement, socialement — ou religieusement. Mais, formellement, les techniques juridiques diffèrent ; et les processus intellectuels aussi, sans doute (encore que l'étude n'en ait point été faite). Et surtout, subjectivement, le caractère sacré du *fiqh* tend à revaloriser les contradictions portant sur du fait juridisé. D'où certaines différences :

— Dans le *fiqh*, l'ambiguïté est aussitôt matérialisée (elle apparaît dès la formulation de la norme à côté d'une autre norme) et structurale (elle résulte de la comparaison externe des variables de deux normes).

— Dans le droit français, elle est virtuelle (toute norme juridique a, sinon pour destin irrévocable, tout au moins pour vocation potentielle, la faculté de donner naissance, par le jeu de l'interprétation, à des solutions inverses. L'ambiguïté n'apparaît donc qu'en cas de prétentions divergentes s'appuyant sur une même norme, ou de doute sur la conduite à tenir par un individu isolé face à la norme ; on sait, au contraire, combien le *qiyâs* fut, sauf par l'école hanéfite, peu favorisé) et dynamique (elle constitue l'un des moyens techniques que l'usager utilise pour surmonter les conflits soulevés par l'application de la norme).

Des observations analogues pourraient être faites en d'autres systèmes juridiques. Ainsi, les mécanismes élaborés par le droit romain pour résorber les contradictions ont varié selon les époques. A la fin de la République, le droit honoraire remplace peu à peu l'ancien droit civil : c'est au préteur — créateur de ce droit honoraire — qu'il incombe de coordonner les règles divergentes de l'ancien droit et du droit prétorien : celui-ci sera souvent favorisé, mais pas automatiquement : magistrats et justiciables conservent une certaine liberté de choix. Au contraire, sous l'Empire, apparaît le principe de l'émission de

la norme par une seule autorité. Aussi les empereurs (notamment Hadrien, puis Théodose II et Valentinien III dans une célèbre Constitution de 426 connue sous le nom de « loi des citations ») édictent-ils des règles impératives afin de déterminer, parmi les normes contradictoires, laquelle doit s'appliquer. Ils pondèrent ainsi la valeur juridique des règles posées par les anciens jurisconsultes, en fonction de la concordance ou de la discordance de leurs opinions : la solution majoritaire doit l'emporter ; une préférence est parfois accordée à certains jurisconsultes. Mais en cas de dispersion des opinions, le magistrat — et le justiciable — retrouvent leur liberté d'appréciation. Procédés comparables aux avertissements de Khalil qui ont été cités (1). Il fallut attendre les codifications justiniennes pour que le principe de non-contradiction fût considéré comme une condition d'existence du droit : ce n'est que longtemps après sa prise de conscience que l'ambiguïté a été réduite, au moins en principe. De même, ce n'est qu'en 1873 que le *Judicature Act* a réglé les conflits entre la « *Common Law* », droit archaïque d'origine coutumière, et l'« *Equity* », œuvre de la « *Court of Chancery* », juridiction autonome depuis Édouard III. Et l'un des plus célèbres recueils canoniques, le *Décret de Gratien* (XII^e s.), porte le titre évocateur de *Concordantia discordantium canonum* !

La coexistence de normes contradictoires est donc un phénomène qui se retrouve dans de nombreux droits. Phénomène nécessaire pour assurer à l'action humaine un certain jeu, et résultant aussi de l'éparpillement des groupes sociaux, il est remplacé, dans les droits plus élaborés des sociétés uniformisées, par la mise en vigueur d'une règle unique, mais plastique, afin d'éviter la multiplication des normes, de plus en plus précises, mais contingentes — multiplication qui d'ailleurs ne pourrait jamais rejoindre le nombre et les combinaisons infinies des situations susceptibles de se produire, et devant être résolues. Le caractère sacré du *fiqh* a, jusqu'à nos jours, interdit une telle réduction à l'unité, une telle économie de moyens.

(1) Des principes de pondération analogues ont été posés par les théologiens chrétiens pour surmonter les contradictions des pères de l'Église, et, au niveau de la morale de comportement, des casuistes.



Mais une double évolution inversée ne se produit-elle pas actuellement ?

Afin d'assurer l'efficacité de l'action, la civilisation issue de Rome et de Byzance a lentement dégagé trois caractères de la règle juridique : unicité, généralité, non contradiction, et l'idée, pour les obtenir, de confier l'émission de la règle à une autorité centrale habilitée. A la limite, on parvient à la codification qui est, par définition, la procédure la plus apte à supprimer toute ambiguïté, puisqu'elle ordonne, de l'intérieur, les diverses matières et, de l'extérieur, les harmonise entre elles. Par essence, une codification se veut logique et efficace. Mais, en contrepartie, elle a immédiatement deux effets : elle fige le droit, elle sclérose la recherche juridique, qui, dans un premier stade, se replie du plan de la création doctrinale ou coutumière à celui de l'exégèse. On conçoit le traumatisme reçu par les esprits qui se persuadent alors que le principe de non-contradiction est de l'essence même du droit, et non simplement une des conditions de sa meilleure efficacité. Traumatisme qui pèse encore sur nous, depuis les codifications napoléoniennes. Alors qu'en pratique, depuis 150 ans, les érosions, les destructions subies par la codification, les constructions adventices à elle ajoutées, les constructions autonomes, législatives ou jurisprudentielles, plus ou moins systématisées par la doctrine, et qui se dressent à côté d'elle — parfois contre elle —, la nécessité — ou le désir justifié — d'enserrer dans le filet juridique un nombre toujours plus grand d'activités humaines en fonction des techniques nouvelles, ont empli notre droit d'une multitude de règles qui s'agencent plus ou moins bien entre elles, s'opposent parfois. D'autant plus que l'on assiste à un véritable phénomène de « déqualification juridique » : ce que l'on tenait pour invariant est déqualifié, devient variable, donc soumis au gré de l'appréciation de fait du juge ou du justiciable, étouffé par des réglementations trop complexes pour être bien observées. A cela s'ajoute une dégradation de la croyance juridique, les fréquents bouleversements politiques entraînant de trop nombreux bouleversements du droit pour que l'on continue à croire

à sa pérennité et à son unicité, donc à sa non-contradiction. Aussi, la création et l'application du droit tendent, après cet intermède contingent qu'a été la codification, à laisser réapparaître cette forme de latitude d'action due à la multiplicité des normes. Il est d'ailleurs piquant de constater que cette latitude d'action qui résulte, indirectement, pour le musulman, du caractère sacré reconnu au droit, soit la conséquence, dans notre droit actuel, d'une sorte de perte de foi en la valeur de la loi, d'une « désacralisation » juridique ...

A l'inverse, les musulmans sentent-ils cette pluralité contradictoire des normes comme une carence : en éprouvent-ils un certain malaise de conscience, puisque l'origine, et le but, de la norme musulmane entraînent, pour les usagers, le désir de son exacte application, moyen le plus sûr d'être en accord avec la divinité ? Désir bien plus impérieux que celui de l'occidental, simplement soucieux de ne pas donner prise à une sanction d'ordre purement matériel ... Il ne le semble pas, bien que les moralistes rapportent parfois les affaires de croyants trop scrupuleux. Au contraire, un hadith affirme qu'il y a bénédictions dans les divergences des docteurs : cette richesse antinomique, lorsqu'il en est pris conscience — ce qui n'est pas toujours le cas, pour les raisons qui ont déjà été énoncées — paraît donc avantage plus que défectuosité. Et, précisément, dans les codifications relatives au statut personnel intervenues récemment en quelques pays musulmans, cette pluralité de normes a été mise à contribution. Le Code marocain (1956), par exemple, s'il demeure dans les limites coraniques envisagées de la façon la plus orthodoxe, n'en a pas moins adopté les règles malékites les plus libérales qu'on puisse trouver dans ce rite. Le Code tunisien a été au-delà de l'interprétation traditionnelle du Coran : par une série de raisonnements et de biais, il tend, par exemple, à supprimer la répudiation. De même, certaines dispositions de codes ont été prises, dans un but d'assouplissement, non dans le rite dominant du pays considéré, mais dans un autre rite.

Mais cette utilisation de la pluralité des normes dans l'élaboration des codes aboutit à sa négation, puisque, désormais, le choix est fait, une fois pour toute, par le législateur, pour

le juge et pour l'usager. Après donc l'insertion (si elle est réussie) de la norme unique dans la société envisagée, les nécessités, les distorsions familiales, économiques, sociales, etc., et le désir de les résoudre, entraîneront-ils, à la longue, une certaine variabilité dans l'application des règles par la jurisprudence ? Peut-être est-il encore trop tôt pour le dire.

Ainsi, l'ambiguïté, comme dans le langage, comme en bien d'autres matières en Islam, apparaît vite dans le *fiqh*. Mais l'analyse des mécanismes juridiques permet, sinon de la réduire totalement, tout au moins d'en tenter une explication et, peut-être, d'en diminuer l'importance — tout comme il a été fait, sur le plan philologique, pour les *ad'dād*, ces mots donnés par les grammariens arabes de l'époque classique comme possédant des significations opposées. Il resterait à rechercher, sur les plans socio-psychologique et psychanalytique, pourquoi l'esprit musulman s'est complu à cette mise en lumière d'oppositions résultant parfois plus de la réflexion systématique que de la nature des choses.

Jean-Paul CHARNAY
(Paris).
