



**BANQUE ISLAMIQUE DE DEVELOPPEMENT
INSTITUT ISLAMIQUE DE RECHES ET DE FORMATION**

**JURISPRUDENCE DE LA MASLAHA
ET
SES APPLICATIONS CONTEMPORAINES**

***Série de Conférences d'Eminents Erudits
No 7***



**BANQUE ISLAMIQUE DE DEVELOPPEMENT
INSTITUT ISLAMIQUE DE RECHESCHES ET DE FORMATION**

**JURISPRUDENCE DE LA MASLAHA
ET
SES APPLICATIONS CONTEMPORAINES**

HUSSEIN HAMID HASSAN

***Série de Conférences d'Eminents Erudits
No 7***

Série de Conférences d'Eminents Erudits No 7

© INSTITUT ISLAMIQUE DE RECHERCHES ET DE FORMATION
BANQUE ISLAMIQUE DE DEVELOPPEMENT

Les opinions exprimés dans ce livre ne reflètent pas nécessairement celles de l'Institut Islamique de Recherches et de Formation ou celles de la Banque Islamique de Développement.

La référence à ce livre et les citations sont permises à condition d'en mentionner la source.

Première édition

1416H (1995)

Publié par :

**INSTITUT ISLAMIQUE DE RECHERCHES ET DE FORMATION
BANQUE ISLAMIQUE DE DEVELOPPEMENT
TEL 6361400
TELEX 601407 - 601137 ISDB SJ
CABLE : BANKISLAMI JEDDAH
B.P.: 9201
DJEDDAH 21413
ARABIE SAOUDITE**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
Au Nom de Dieu, Le Clément, Le Miséricordieux

TABLE DE MATIÈRES

Avant-propos

Préface

Glossaire

Chapitre I: Définition de la *Maslaha* (intérêt ou utilité)

La *Maslaha* sur le plan linguistique

La *Maslaha* sur le plan de la *Charia* (Jurisprudence Islamique)

Division de la *Maslaha*

I. Catégories de la *Maslaha* selon sa reconnaissance par la *Charia*

- Première approche
- Deuxième approche
- Troisième approche
- Quatrième approche

II. Catégories de la *Maslaha* d'après sa force immanente

III. Division de la *Maslaha* d'après son envergure

IV. Division de la *Maslaha* sur le plan de la constance et de la mutabilité

Chapitre II : Une révision des méthodologies des Erudits de *Ousoul* (fondamentalistes) concernant le *Istidlal Morsal* (raisonnement libre)

La *Maslaha* comme base pour la législation

La *Maslaha* comme base pour l'interprétation des textes

Al Chatbi dans la Jurisprudence de la *Maslaha* et ses applications

Applications de la Jurisprudence de la *Maslaha*

Le premier *Asl* (principe fondamental)

Le Deuxième *Asl* (principe fondamental)

Le Troisième *Asl* (principe fondamental):

La préservation de soi

Le Quatrième *Asl* (principe fondamental) :

"*Sad et Fath Al-Zara'e*"

(Blocage et déblocage des voies ou moyens)

L'objectif de la règle de *Sadd Al- Zara'e* (blocage des moyens)

Evidences pour la reconnaissance de ce *Asl*

(Principe fondamental)
Applications de ce *Asl* (principe fondamental)
Le Quatrième *Asl* (principe fondamental) :
Principe d'interdiction et de circonvencion
des *Ahkams* (règles de la *Charia*)
Définition de la *Tahayul* (circonvencion)
Evidence de la reconnaissance de ce *Asl*
(Principe fondamental) par le législateur

1. Circonvencion va à l'encontre de l'objectif visé par le législateur
2. La Conséquence d'un Acte de circonvencion est en fin de compte la *Mafsada* (Mal)
3. Le Principe de la non validité de la circonvencion pour rendre un devoir inapplicable - par accomplissement ou omission
4. Le manque de volition dans le contrat, acte de circonvencion
5. La circonvencion est non valide d'après la règle de la "Contra Condition"
6. L'interdiction de la circonvencion: une preuve déductive
Le cinquième *Asl* (principe fondamental): le *Istihsan*
(Approbaton discrétionnaire)
Les types de *Istihsan*
La relation entre *Istihsan* et le texte
Le sens de *Takhsis* (participation) du texte
et abandonner le *Qiyas* (analogie) pour la *Maslaha*
du point de vue des *Malékites*

Chapitre III: Concilier l'opinion des *Malékites* relative à l'annulation de la *Maslaha* contraire et à celle concernant *Istihsan* considéré comme étant la préséance donnée à la *Maslaha* qu'impose la preuve

Quelques applications de ce *Asl* (principe fondamental)
de l'aboutissement de l'acte
La portée de ce *Asl* (principe fondamental)
Exemples de ce *Asl* (principe fondamental)
Preuve de la reconnaissance de ce *Asl* par la *Charia*
(Principe fondamental)
Quelques applications de cette règle

AVANT-PROPOS

Conformément à l'article 2 du Statut de l'Accord portant création de la Banque Islamique de Développement (BID), ratifié, jusqu'au 1414H. par quarante six pays Islamiques d'Asie, d'Afrique et d'Europe, l'Institut Islamique de Recherche et de Formation de la BID s'est vue assigné la tâche d'entreprendre et de mener les recherches, les études et la formation dans le domaine des applications de la *Charia* dans les activités économiques, financières et bancaires des peuples et des communautés Islamiques.

L'Institut, en vue de promouvoir les travaux de recherche et les études dans les domaines de l'économie Islamique, a mis en place un programme de conférences traitant des problèmes essentiels du *Fiqh*, centrés sur l'infrastructure de la pensée économique Islamique moderne. Ce programme a commencé au cours du mois béni de Ramadan 1413H avec trois conférences pilotes portant sur :

- Fiqh* de la *Daroura* (Loi de la nécessité dans la jurisprudence Islamique)
- Fiqh Al Maslaha Al Amma* (Loi de l'intérêt Public dans la jurisprudence Islamique) et ses Applications Modernes.
- Garra'r* (Aléatoire) Eléments des Contrats et leurs Implications dans les Applications Modernes.

La présente étude porte sur le *Fiqh de la Maslaha Al Amma* (Loi de l'intérêt Public dans la jurisprudence Islamique) et ses Applications Modernes. C'est la seconde dans ces séries d'études et elle reprend le texte de la deuxième conférence donnée par le Professeur Dr. Hussein Hamed Hassan, au cours du Mois de Ramadan 1414H.

Le Professeur Dr. Hussein Hamed Hassan est le Président de l'Université Islamique Internationale d'Islamabad, Pakistan et Professeur des Fondements de la Jurisprudence Islamique, à l'Institut du Caire, Egypte et à l'Université de Oum Al Qoura à la Mecque Al Moukarramah. Il est l'auteur

de plusieurs ouvrages sur les fondements de la Jurisprudence Islamique en général et sur l'intérêt public en Islam en particulier.

Dans cette étude sur le *Fiqh Al Maslaha*, le Professeur Dr, Hussein Hamed Hassan, présente le point de vue Islamique se rapportant à l'intérêt public, ses conditions et liens statutaires ainsi que ses dimensions selon le *Fiqh*. C'est ainsi qu'il passe en revue un certain nombre d'applications modernes du *Fiqh de la Maslaha* que justifient les exigences des transactions financières et économiques modernes.

Nous prions Dieu Tout Puissant pour que cet effort louable et béni soit une addition utile à la littérature Islamique sur le sujet, que les chercheurs en Economie Islamique ainsi que ceux qui sont en quête de vérité et de vertu puissent en profiter et que cet ouvrage soit enfin un guide pour tous les Musulmans dans les quatre coins du monde.

Dr. M. Fahim KHAN
Directeur de l'IIRF, P.I.

PREFACE

La grandeur de l'Islam, l'éminence de la *Charia Islamique* , ainsi que l'aptitude de son système à satisfaire pleinement les besoins des communautés et les intérêts des peuples sont devenues aujourd'hui une réalité incontestable. Les textes même de la *Charia* l'avaient déjà certifiée; puis l'histoire de la première époque des Musulmans nous présente le plus important témoignage et la plus puissante preuve de son authenticité; enfin, les savants de l'Occident l'ont unanimement reconnue .

C'est pour avoir profondément gardé leur foi en leur religion, pour s'être conformé à ses préceptes et pour avoir appliqué ses principes que les musulmans se sont couverts de gloire et ont prédominé, devenant ainsi les maîtres du monde, les guides de l'humanité et ses éminents savants, portant le flambeau du savoir et de la sagesse, éclairant à l'humanité la voie du bien, et lui inculquant les principes de la justice, de l'équité, de la liberté, de la fraternité et de l'égalité. Ils sont ainsi, et à juste titre : " la meilleure communauté suscitée pour le hommes "

Aujourd'hui, les juristes, tant en Orient qu'en Occident, ont commencé à se tourner vers la jurisprudence Islamique, attirant l'attention de leurs communautés sur ce qu'elle comporte de nobles principes, et de lois équitables susceptibles de réaliser les intérêts de l'individu et de la communauté, de satisfaire aux besoins des nations et des peuples; principes et lois forgés d'une grande précision, et exprimés dans un style d'une rigueur et d'une magnificence imposantes qu'aucune autre jurisprudence ne peut égaler.

Si la grandeur de l'Islam et la prééminence de sa *Charia*, sont concrétisées par son aptitude à s'adapter aux intérêts des hommes et à satisfaire leurs besoins, il faudrait, par conséquent nous poser la question: Quelle voie a-t-elle suivie pour satisfaire ces besoins et pour réaliser ces intérêts ?

Peut-on dire que l'intégralité de la *Charia* et l'aptitude de son régime à satisfaire les besoins de la communauté, ainsi que le fait d'avoir apporté des préceptes réalisant ces intérêts en toutes circonstances et face à tous les problèmes qui peuvent surgir dans l'avenir, signifient que le *faqeeh* (jurisconsulte) trouve toujours un texte dans le corpus de la *Charia* lui permettant de répondre à tout problème qui se pose à lui? Ou bien la *Charia* n'a-t-elle point stipulé expressément de loi à propos de chaque cas en soi? Dans de telles conditions, comment le *faqeeh* pourrait-il arrêter le jugement susceptible de réaliser la *maslaha* à propos des cas pour lesquels il n'existe point de texte prescrit? Le *faqeeh*, en vue de parvenir à ce jugement, peut-il uniquement compter sur son raisonnement personnel sans se référer aux textes? Ou bien, est-il obligé de s'y référer sous une forme quelconque? Peut-on dire que les textes de la *Charia* ne visent pas toujours à réaliser les *Maslahas*? Ou qu'ils sont même parfois contraires à ces *Maslahas*? et quels sont les méthodes d'induction et les procédés d'interprétation que doit suivre un érudit pour déduire les jugements susceptibles de réaliser les *Maslahas* dans les différents cas pour lesquels il n'existe pas de textes formels?

Le présent document se propose de donner les réponses plausibles à toutes ces questions.

Cette recherche comportera une introduction et quatre chapitres.

CHAPITRE I

Définition de la *Maslaha*

DEFINITION DE LA MASLAHA

INTRODUCTION :

Sur le plan linguistique

Sur le plan linguistique, la *Maslaha* est, au sens propre du mot, une "*Manfa'a*" (une utilité). Au sens figuré, on l'applique à l'acte qui comporte un bien conçue motionnellement comme un intérêt. C'est ainsi qu'on dit: le commerce est une *Maslaha*, la recherche du savoir est une *Maslaha*, étant donné qu'ils constituent à l'origine un intérêt à la fois matériel et moral. La *Maslaha*, dans ce sens, est le contraire de la *Mafsada* (corruption). De même que l'utile est l'opposé du nocif. Quant à la *Maslaha*, c'est le plaisir acquis ou préservé.

Acquérir, c'est se procurer le plaisir et le préserver c'est le garder et le maintenir. (*Kamousse Al Mohit* p. 277)

Sur le plan de la *Charia*

La *Maslaha* a été définie par Al Ghazali dans ces termes: " Quant à la *Maslaha*, c'est à l'origine (c'est-à-dire linguistiquement; Trans.) rechercher un intérêt ou conjurer un *Darar* (mal). Ce n'est point dans ce sens que nous l'entendons, étant donné que rechercher un intérêt ou conjurer un mal sont toujours des buts visés par l'homme et il est dans l'intérêt des hommes de s'assurer du bienfait de leurs objectifs. Nous entendons, en fait, par la "*Maslaha*", le respect des objectifs visés par la *Charia*, objectifs qui cherchent à préserver les cinq biens que possède l'homme à savoir: sa religion, sa morale, sa raison, sa progéniture et sa fortune. Tout ce qui tend à la préservation de ces cinq règles fondamentales ou biens peut se ranger sous le titre de la "*Maslaha*", et tout se qui s'en éloigne est une *Mafsada* (mal, vice) et la conjurer, par conséquent, un intérêt.

Si nous lui appliquons le sens que nous entendons ou le sens convenu dans le *Qiyas* (analogie), nous lui conférons cette acception. (Al Moustasfa vol. 1 p. 286) .

A l'origine, c'est à dire traditionnellement, la *Maslaha*, est la recherche du bien et la conjuration du mal. Toutefois, Al Ghazali n'entend pas par la *Maslaha* ce sens littéral, mais pour lui, c'est rechercher le bien ou conjurer le mal tel que l'entend la *Charia*. On voit ainsi, que ce qu'un homme peut considérer comme un bien, peut être jugé, du point de vue de la *Charia*, comme étant une *Mafsada* (mal) et vice versa. En effet, la conception humaine et celle de la *Charia* ne sont pas nécessairement ou fondamentalement les mêmes. Pour la *Charia*, la *Maslaha* réside dans la préservation des objectifs visés par la *Charia*, même si ces derniers s'opposent aux objectifs de l'homme. Ceux-ci, en s'opposant aux objectifs de la *Charia* ne deviennent point, en fait, des *Maslahas* (des intérêts) mais des caprices et des passions agrémentées par l'être et revêtues d'apparences belles et trompeuses par les coutumes et les traditions. Selon Al Ghazali, la *Maslaha* ainsi définie correspond à l'acception convenue ou entendue dans le *Qiyas*. Ce qui revient à dire que se référer dans l'ensemble aux objectifs de la *Charia*, pour la *maslaha*, est une condition fondamentale pour la considérer comme telle, ou pour considérer comme valides les arguments sur lesquels se fonde le jugement. Puis il reste à connaître les raisons pour lesquelles la *Charia* l'a considérée ou non comme telle. En effet, pour reconnaître les *Maslahas* légitimes, on ne peut se fier à la raison toute seule pour décider que celles-ci sont conformes ou non, d'une façon générale, aux buts visés par la *Charia*. La *Charia* peut, par ailleurs, invalider cette description de la *Maslaha* par un texte quelconque. Il s'agira alors d'une *Maslaha* annulée. D'autre part, la *Charia* peut admettre des espèces similaires de *Maslahas*; cette légitimation se fera à travers le *Qiyas* (analogie), qui consiste à tirer un jugement du sens saisi d'un texte et du consensus. Ou bien la *Charia* pourrait déterminer les attributs de cette *Maslaha* et l'identification de l'intérêt dans ce cas se fera à travers *Istidlal Morsal* (raisonnement libre). Ou bien encore que la *Charia* pourrait se taire sur cette *Maslaha*, qui n'y est ni contredite par un texte ni définie en tant que genre. Il s'agira alors d'une *Maslaha ghariba* (inconnue). Or une *Maslaha* ne peut être établie sur la base d'un "inconnu", étant donné qu'elle serait

alors synonyme de désir ou de caprice. C'est pourquoi nous voyons Al Ghazali se montrer d'une prudence excessive en déterminant ce qui constitue une *Maslaha*. C'est ainsi qu'il exige d'abord, la "conformité générale", c'est à dire, que la *Maslaha* soit essentiellement conforme aux buts visés par la *Charia*, puis, en plus de cette condition, lui impose d'autres conditions dérivées des opinions afférentes à la *Maslaha* dans la *Charia*.

Quant à **Al Chatbi**, il a défini la *Maslaha Morsala* (intérêt général, public, indéterminé ou commun) comme suit: "C'est toute règle fondamentale de la *Charia*, non citée dans un texte précis mais qui est conforme aux principes de la *Charia* et dont le concept est tiré de ses préceptes". Il a, par la suite, confirmé la foi due à l'*Istidlal Morsal* (raisonnement libre et sans borne) dans ces termes: " Elle est valable; on peut s'y fonder et s'y référer si cette règle fondamentale, devient, de par la convergence des preuves catégorique, étant donné qu'il n'est point nécessaire pour qu'une règle soit déduite sans équivoque de se baser sur une seule preuve plutôt que sur plusieurs preuves. Ceci s'applique au genre d'*Istidlal Morsal* que Malek aussi bien que Al Chafei ont admis." (Al Mouwafakat vol. 2 p.39).

Ainsi, l'*Istidlal Morsal* ou le raisonnement libre pour parvenir à une règle, est, d'après Al Chatbi, la *Maslaha* qui ne s'appuie pas sur un texte précis mais sur plusieurs textes dont la preuve atteste sa convenance aux principes de la *Charia*.

De son côté, Al Toufi définit ainsi la *Maslaha*: " C'est la cause qui mène au bien et à l'utile, tel le commerce qui engendre le bénéfice. Tel est le sens usuel du mot mais d'après la *Charia*, c'est la voie qui mène à l'objectif visé par la *Charia*, qu'il s'agisse de culte ou d'affaires temporelles" Comme on peut le constater, la définition de Al Toufi se rapproche de celle de Al Ghazali, bien qu'elle s'en écarte pour le contenu. La *Maslaha*, d'après les définitions conventionnelles, s'applique comme on l'a vu à toute cause engendrant un bien, et Al Ghazali comme on l'a également vu, donne en premier lieu à la *Maslaha* cette définition. Par ailleurs, et à l'exemple de Al Ghazali, Al Toufi établit une différence entre les objectifs des hommes et ceux de la *Charia*: " La *Maslaha*, dit-il est la cause qui permet d'atteindre le

but visé par le législateur, (c'est à dire un *Nafa'* (bienfait) tel visé par le législateur) et non un bien pris dans le sens absolu et couramment admis. D'après Al Toufi, le *Qissas* (talion) est ainsi une *Maslaha*, parce qu'il permet d'éviter l'effusion du sang, et parce qu'il est un *Nafa'* (bienfait) visé et spécifié par la *Charia*. Or, nous avons vu Al Ghazali affirmer que tout ce qui comporte la préservation de l'un des "cinq règles fondamentales", est une *Maslaha*: Le "*Qissas*" (talion), par conséquent, est une *Maslaha*, vu qu'elle comporte la sauvegarde de la personne d'autant plus que cette *Maslaha* est certifiée par un texte.

Toutefois, il existe une différence fondamentale entre Al Ghazali et Al Toufi, en ce qui concerne la *Maslaha*, en tant que *Dalil* (évidence ou preuve) de la *Charia*. Al Ghazali considère la définition précédente comme étant une définition de la *Maslaha*, c'est à dire une description appropriée de celle-ci plutôt que comme une preuve de la *Charia*. Il a, par conséquent, divisé la *Maslaha* en catégories et a établi des conditions afin qu'elle puisse servir comme évidence ou preuve pour rendre des jugements. C'est ainsi, dit-il, que la *Maslaha* se catégorise, selon la manière dont elle est reconnue dans la *Charia*, en *Maslaha Molgha'a* (annulée), *Mo'tabara* (reconnue) et *Morsala* (communément admise). Cette dernière se subdivise en deux parties: la *Maslaha Mola'ema* (conforme) et la *maslaha ghariba* (inconnue). Cette dernière, autant que la *Maslaha Molgha'a* (annulée), ne constituent point pour lui, bien sûr, des preuves. Quant à la *Maslaha Mo'tabara* (reconnue), elle se prête au "*Qiyas*" (l'analogie) dont la validité est prouvée par un principe fondamental précis (texte). Pour la *Maslaha Mola'ema* (conforme), c'est celle qu'on adopte sans l'attestation d'un texte précis pour déterminer son espèce, tant que les textes ont prouvé sa conformité aux préceptes de la *Charia*. Bien sûr, Al Ghazali n'a pas admis toute *Maslaha Mola'ema* (conforme), mais seulement celle qui est nécessaire et celle qui peut se ranger sous ce titre. Les *Malékites* (école de jurisprudence), l'ont suivi, sans cette dernière restriction et tout en acceptant toutes *Maslahas* conformes sans devoir être par nécessité ou besoin.

Al Toufi, quant à lui, adopte pour la *Maslaha* la définition qui peut être invoquée en tant qu'évidence ou preuve de la *Charia*, sans recourir à des subdivisions de la *Maslaha* relevant de la reconnaissance de la *Charia*,

de sa rigueur immanente, ou de sa conformité ou autres critères. Il ne soumet la *Maslaha* qu'à la seule condition de sa conformité aux objectifs généraux de la *Charia*. Il condamne même ces subdivisions comme arbitraires et forcées. Le seul critère pour lui est sa conformité aux objectifs légaux contrairement aux *Malékites* et aux autres écoles qui soumettent la *Maslaha* à d'autres conditions. Il importe de souligner à ce propos, que Al Toufi définit la *Maslaha* en tant que preuve de la *Charia* alors que Al Ghazali définit d'abord la *Maslaha* dans son sens absolu sous la *Charia*, puis lui impose des conditions afin qu'elle devienne fiable à elle seule, en tant que preuve de la *Charia* pour les cas non mentionnés dans les textes.

DIVISIONS DE LA MASLAHA

I. Catégorie de la *Maslaha*: Selon sa reconnaissance par la *Charia*

Les auteurs des *Ousuls* (fondamentalistes) de la jurisprudence ont adopté diverses approches pour cette catégorisation :

Première Approche: La *Maslaha*, d'après sa reconnaissance par la *Charia*, se divise en trois catégories:

La première, est une *Maslaha* dont la validité est attestée par la *Charia*. Cette validité est prouvée par l'existence d'un texte qui reconnaît soit le genre ou l'espèce de la *Maslaha*. Par exemple, obliger le voleur à rendre la valeur de son larcin, même s'il a reçu le châtement de son vol pour le décourager de récidiver, est considéré comme une *Maslaha* approuvée, étant donné que la *Charia* a statué de l'espèce de la *Maslaha* en stipulant que l'usurpateur doit rendre la valeur de ce qu'il a volé. De même, faire subir à celui qui consomme de l'alcool (l'ivre) le même châtement que le diffamateur (parce qu'il commettrait probablement une diffamation sous l'effet de l'ivresse) est une *Maslaha* que la *Charia* a reconnue, étant donné l'existence d'une règle fondamentale qui détermine le genre de cette *Maslaha*. C'est cette règle qui s'applique au cas d'un homme et d'une femme se trouvant dans un lieu retiré, cas qui est considéré dans sa prohibition,

comme un acte d'adultère, ce qui laisse entendre la parité en général de l'acte incriminé et de l'acte qui menerait le plus probablement à celui-ci. Cette *Maslaha* se prête, d'après cette école, au *Qiyas* (analogie), ou c'est en fait, le *Qiyas* même, vu que le critère qui la détermine est l'existence d'une règle fondamentale en vertu de laquelle la *Charia* approuve cette *Maslaha* même ou son espèce.

La deuxième, est une *Maslaha* statuée par la *Charia* comme non valide. Cette nullité est justifiée par l'existence d'un texte comportant un jugement qui contredit le jugement auquel on pourrait arriver en se basant sur cette *Maslaha*. L'argument présenté était la *Fatwa* donnée par un juriste à un Roi, qui pendant le jeûne avait eu des rapports sexuels. D'après cette *Fatwa*, il devait jeûner au lieu d'affranchir un esclave, bien qu'il soit à même de le faire, car l'affranchissement d'un esclave ne suffirait pas pour inciter le Roi à renoncer définitivement à violer le caractère sacré du jeûne, étant donné la facilité de cette solution, alors que le jeûne l'y inciterait davantage, et la *Kaffarah* (la rétribution ou la compensation pour avoir rompu une injonction religieuse) a été statuée pour la dissuasion. Cette *Maslaha* est jugée non valide par la *Charia*, vu qu'il existe un texte qui stipule l'affranchissement d'un esclave pour toute personne ayant la possibilité de le faire, et qui viole le jeûne de Ramadan. La *Maslaha*, dans ce cas, a ainsi dicté un jugement contraire à celui stipulé par le texte. On peut également avancer l'exemple de l'opinion qui dit que la fille doit hériter autant que le fils, étant donné, d'une part, leur même degré de parenté de la personne héritée, et que, d'autre part, la fille actuellement partage les responsabilités de la vie avec son mari. Par conséquent, elle doit s'égaliser avec le fils. Or cette *Maslaha* a été statuée comme nulle par la *Charia*, vu qu'il existe un texte coranique disant que le garçon a une part égale à celle de deux filles dans l'héritage.

De même l'opinion qui veut donner à l'épouse le droit de mettre un terme à son mariage au même titre que l'époux, sous prétexte que l'épouse est une des parties contractantes et les droits du contrat reviennent sans distinction aux deux parties. Cette *Maslaha* a été également considérée par la *Charia* comme non valide et ce, en raison de la présence d'un texte

stipulant que le divorce est le droit de celui qui paie la dot (c'est-à-dire l'époux).

La Troisième, il s'agit d'une *Maslaha* que la *Charia* n'a considérée ni comme non valide ni comme valide. Il n'est point aisé de présenter des exemples précis de ce type de *Maslaha*. Al Ghazali a même nié l'existence de ce type de *Maslaha* vu que, d'après lui, il n'existe point de fait que la *Charia* n'ait point mentionné: Cela reviendrait à dire que Dieu a laissé les hommes à leur gré et que la religion est inachevée et que sa grâce n'a point été comblée. Or ces allégations sont contraires à ce que Dieu Tout Puissant a dit dans le Coran.

Quant à Al Chatbi, il a avancé un seul exemple de ce type de *Maslaha*: l'assassin doit être privé de l'héritage pour contrecarrer ce qu'il intentait de faire, au cas où il n'existe pas de texte explicite de la *Charia* pour un tel jugement. Toutefois, il ne s'agit pas d'un exemple d'une *Maslaha* qui n'a point été mentionnée. En effet, le traitement contraire à l'intention est un principe de la *Charia* confirmé par les textes en général. Extrapoler à partir de ce principe, c'est suivre une *Maslaha* conforme aux préceptes de la *Charia*.

Ceux qui ont attribué à certains Imams ou à d'éminents jurisconsultes ces types de *Maslahas* ont eu tort, vu qu'aucun d'eux n'a jamais accepté l'existence de ce type de *Maslaha*.

Cette méthode a été celle que la plupart des auteurs des *Ousuleins* (fondamentaux) de la jurisprudence ont adoptée, sauf Al Ghazali qui les a contredits. On voit que d'après cette approche, la *Maslaha Morsala* (communément admise) pour ce groupe est la *Maslaha* que la *Charia* n'a point mentionnée comme étant soit valide, soit non valide.

Deuxième Approche: est celle de AL Ghazali qui a divisé la *Maslaha* en quatre catégories.

Premièrement, une *Maslaha* dont l'espèce a été reconnue par la *Charia* et elle relève chez lui du *Qiyas* (analogie) qui consiste à déduire un

jugement du sens implicite d'un texte ou d'un consensus (d'opinions). Il entend par *Qiyas*, la transmission d'une règle spécifique de son cas à un autre en vertu des mêmes raisons justifiant le cas du texte. C'est le cas par exemple de la transmission de la prohibition du vin d'après celle de l'alcool, la raison étant l'ivresse qui a justifié la prohibition en premier lieu; de même que la transmission de la nécessité de donner du "*Daman*" (compensation ou une remise égale) imposé à l'origine à l'usurpateur, au voleur en raison de la transgression qui a justifié ce jugement dans le premier cas cité par le texte.

Deuxièmement, une *Maslaha* dont l'espèce a été approuvée par le législateur et que Al Ghazali appelle souvent une *Maslaha* conforme au type de préceptes du législateur, donnant comme exemple de ce type, la *Fatwa* des Compagnons du Prophète - Prière et Paix soient sur lui - concernant le châtement infligé au consommateur de l'alcool, au même titre que celui infligé au diffamateur substituant ainsi à l'acte même de diffamation, l'éventualité de cette diffamation. Comme on le verra plus tard, le Législateur a remplacé, dans de nombreux jugements, la chose elle-même par sa probabilité (ou le probable qui se produira comme conséquence d'un certain acte).

Troisièmement, une *Maslaha* qui va à l'encontre d'un texte de la *Charia* et qu'il appelle souvent la *Maslaha Molgha'a* (nulle ou annulée). Il l'a définie comme étant incompatible, dans une certaine mesure, à un texte de la *Charia*. La suivre signifierait donc, contredire la *Charia* même.

Quatrièmement, une *Maslaha* non citée dans la *Charia*, qu'il a appelée souvent la *Maslaha Ghariba'a* (inconnue). Il la définit comme étant une *Maslaha* au sujet de laquelle les textes ou les exemples de la *Charia* ont gardé le silence. Il n'y a point de texte pour la contredire, ou pour statuer son genre. (*Chifa'a Al Ghalil Fi Massalek Al Ta'alil* p.181).

Selon Al Ghazali, les *Maslahas Morsala* (communément admises) comportent celles dont l'espèce a été approuvée par le Législateur. Les *Maslahas* inconnues et annulées, sont, par contre, absolument rejetées chez lui, et comme il le rappelle, elles le sont également par la totalité des érudits.

(Al Mostasfa vol.2 p. 306). En ce qui concerne la *Maslaha* dont le genre a été certifié par la *Charia*, et qu'il définit souvent comme étant la *Maslaha* pour laquelle on peut se référer à un texte précis, elle fait partie, selon lui, du *Qiyas* (analogie). Elle est même la seule espèce déduite par le *Qiyas*. D'autre part, la *Maslaha* dont l'espèce a été reconnue par la *Charia* et qui ne fait pas partie chez lui du *Qiyas*, c'est plutôt, la *Maslaha Morsala* (communément admise) elle même.

Troisième Approche: c'est celle formulée par Dr. Mostafa Chalabi.

Selon cette approche, la *Maslaha* est ou bien approuvée par des textes ou bien fait l'objet d'un consensus ou non et dans ce cas on l'appelle une *Maslaha Mo'otabara* (approuvée).

La deuxième est soit recusée par un texte ou par un consensus ou non et dans ce cas on l'appelle antithétique à une autre preuve ou évidence de la *Charia*. Dans un troisième cas, la *Maslaha* est dénommée *Morsala* (publique ou communément admise). Pour la deuxième, qui n'est ni l'une ni l'autre, elle peut plutôt se dénommer une *Maslaha Mo'areda* (antithétique), contraire à une autre preuve ou évidence. En ce qui concerne la *Maslaha* valide ou non valide, la question de l'annuler ou de l'admettre, constitue un autre problème qui diffère selon les diverses écoles (de jurisprudence) ou selon les différences des évidences qui s'y rapportent. Ce qui explique le refus de Dr. Chalabi de la catégorisation admise par la majorité (des jurisconsultes), c'est qu'il trouve que la *Maslaha* est une preuve de la *Charia* comme tous les autres (types) de preuves et que le simple fait que cette preuve contredise un texte ou un consensus, ne suffit pas pour l'annuler, mais incite plutôt à instaurer entre elle et les autres types de preuves les règles d'approbation et d'harmonisation. (*Rissalet Ta'alil Al Ahkam* p. 282).

En effet, la catégorisation introduite par les fondamentalistes jurisprudentiels est valable et il n'existe pas de *Maslaha* approuvée par l'un des *Imams*, qui serait contraire à ce qu'un texte de la *Charia* stipule. Ce que Dr. Chalabi considère comme textes, n'est, en réalité que des aspects superficiels et des généralités et la justification présentée pour le cas en question, est peu probante. C'est pourquoi Al Ghazali, comme nous l'avons

vu, estime que la *Maslaha Molgha'a* (annulée) est la *Maslaha* qui contredit d'une certaine façon un texte de la *Charia* et dont l'application implique la violation de la *Charia*. Cependant, il affirme que la *Maslaha* pourrait exiger la mort d'un Musulman, utilisé comme bouclier par l'ennemi si le fait de ne pas le tuer peut entraîner la défaite des Musulmans et leur domination par les mécréants. Cette *Maslaha* restreint la généralité du verset Coranique qui interdit de tuer une âme sinon pour une juste raison. Cela signifie que la *Maslaha* dans la mort du bouclier humain n'est pas annulée, étant donné que ce qui la contredit n'est point un texte qui lui est spécifiquement consacré, (c'est à dire impliquant un jugement spécifique pour ce fait) mais il s'agit de généralités se prêtant à différentes interprétations et explications. Ainsi, la *Maslaha* compatible a justifié cette interprétation et a restreint ces généralités, vu qu'il s'agit d'une *Maslaha* dont l'espèce a été reconnue par le texte.

Quatrième Approche : Mais un des érudits ne s'est point aligné à ce consensus: il estime que sur le plan de la conformité et de l'annulation, il n'y a aucune raison de répertorier la *Maslaha* en approuvée, annulée et publique. Pour lui, si la *Maslaha* contredit un texte précis, elle ne doit point être approuvée. Si elle se trouve en contradiction avec des règles d'ordre général ou commun, il faudrait la concilier avec ces règles en donnant à une telle *Maslaha* la prééminence sur le texte général, et considérer cette *Maslaha*, dans ce cas, comme particulière et spécifique, sans enfreindre un texte ou le détracter. C'est là l'opinion de Al Toufi Al Hanbali qui a mis au point une approche à partir de laquelle on peut déterminer les *Maslahas*. Cette approche est totalement différente de celle de ses prédécesseurs. La conclusion à laquelle il aboutit, c'est que la *Maslaha* prévaut sur les cas généralement admis (dans les textes) pris dans leur sens étroit ou apparent et non sur les textes spécifiques et catégoriques. Nous verrons, par la suite que sa théorie n'est qu'une combinaison des *Maslahas Morsala* (communément admises) et de la règle de *Sadd Al Zara'e* (ou enfreindre les règles pour rejeter certains types d'actes ou de conduites permissibles afin de conjurer une *Mafsada* (mal) qui résulterait le plus probablement de ces actes ou conduites, quelque soient les *Maslahas* qu'ils comportent, Tr). Contrairement à ce qu'il prétend, il n'est point donc novateur, vu que la *Maslaha* qui contredit le texte précis est la *Maslaha* dite *Molgha'a* (annulée)

chez l'ensemble des érudits et la Maslaha approuvée est le *Qiyas*. Seule reste, la *Maslaha Morsala* (communément admise). Par ailleurs, on constate une certaine ambiguïté et carence dans sa théorie, en ce qui concerne la condition de "conformité". Si on comprend, d'après ses paroles, qu'il s'agit de la *Maslaha* inconnue qui n'est pas conforme aux commandements du législateur, sa théorie se trouve totalement démolie: cette *Maslaha* ne fait point autorité ici, vu qu'elle ne se fonde point sur un texte de la *Charia* qui la soutient, sans parler de sa contradiction avec les textes généraux et leurs acceptions apparentes mais sa prééminence sur ces textes lui a été accordée par le biais de la particularisation et la justification. Si, toutefois, on entend par ses paroles qu'il s'agit des *Maslahas* conformes dont le genre est attesté par les textes, la particularisation de ces textes généraux et leurs acceptions apparentes viendra des textes attestant la validité du genre de la *Maslaha*. Par ailleurs, nous avons montré plus haut que Al Ghazali avait déjà estimé que la *Maslaha* dans la mort du "Musulman bouclier humain" restreint ou particularise la règle générale déduite des paroles de Dieu Tout Puissant:

" Ne tuez pas l'homme que Dieu vous a interdit de tuer , sinon pour une juste raison ".

Pour plus de précision, la *Maslaha* mentionnée ici par Al Toufi, est celle dont l'espèce n'a pas été attestée par les textes.

II.Catégorie de la *Maslaha*: d'après sa force immanente

La *Maslaha*, d'après sa force, se subdivise en trois catégories: nécessaire perfectible et requise. Les érudits *Ousouleins* (fondamentaux) de la jurisprudence se sont étendus dans les définitions de ces différents types et les exemples illustrant leur nature, disant que sous chaque rang de *Maslaha* figurent des sous classes qui la complètent ou la complémentent. Pour une étude plus approfondie, on peut donc se référer aux ouvrages fondamentalistes afférents à ce sujet.

La signification de cette division peut se révéler des points suivants :

1. Le genre de la *Maslaha* à laquelle on se réfère comme argument ou preuve: Certains (jurisconsultes), posent comme condition, pour la *Maslaha* perfectible et requise, l'existence d'un principe de base spécifique sur lequel on peut établir le *Qiyas*, à moins que cette *Maslaha* ne soit vraiment nécessaire, et dans ce cas elle rejoindra cette dernière espèce, devenant par là même sujette aux mêmes jugements prononcés en sa faveur, sans avoir besoin de recourir à un texte spécifique sur lequel on exercera le *Qiyas* (analogie), étant donné que les autres conditions nécessaires pour adopter la *Maslaha*, sont remplies. C'est cette attitude qu'a adoptée Al Ghazali. Quant aux Malékites, ils prennent les *Maslahas* requises en considération comme faisant autorité, les plaçant au même niveau que les *Maslahas* nécessaires; n'exigeant point pour chacune de ces deux catégories la présence d'un texte spécifique, étant donné que les autres conditions de validité de la *Maslaha* sont remplies. Al Chatbi les a suivis dans ce sens, alors que Al Toufi, comme nous l'avons vu, a fait exception à ce consensus.

2. La prépondérance (*Targeeh*) donnée à une *Maslaha* dans le cas des *Maslahas* contradictoires: Cette division est d'une grande importance, quand une seule situation est susceptible d'être l'objet à la fois de deux *Maslahas* ou de deux fins. Il faudrait alors faire prévaloir l'une sur l'autre. Les fondamentalistes de la jurisprudence ont démontré que la *Maslaha* nécessaire passe avant la requise et cette dernière avant la perfectible. Ils ont également trouvé qu'il existe un ordre déterminant l'hierarchie des *Maslahas* nécessaires, de sorte à faire prévaloir la *Masalaha* de la religion sur celle de l'âme, celle de l'âme sur celle de la raison, celle de la raison sur celle de la progéniture, et celle de la progéniture sur celle des biens. Enfin, en ce qui concerne la *Maslaha* complémentaire, elle est valable, en tant que telle, à condition que sa validité n'entraîne la négation de la règle fondamentale. Si la *Maslaha* complémentaire entraîne point la négation de la fondamentale, alors cette *Maslaha* complémentaire doit être désapprouvée. C'est ce qui s'applique aux *Maslahas* requises attachées à celles nécessaires, et aux perfectibles attachées aux requises, étant donné que la requise complémentaire la

nécessaire, et la perfectible complémente la requise. Si l'adoption de la *Maslaha* complémentaire entraîne la négation de celle qu'elle complémente, elle doit donc être omise ou annulée l'omettre. C'est sur cette règle que se fondent de nombreux jugements jurisprudentiels dans le domaine des "*Maslahas Morsala*" (publiques ou communément admises).

III. Catégorie de la *Maslaha*: D'après son envergure

Cette catégorie est spécifique à Al Ghazali, chez qui la *Maslaha* se subdivise en *Maslaha* au profit de tous, et celle qui concerne la majorité, et celle aussi qui concerne une personne en particulier et propre à une situation unique: l'exemple de la *Maslaha* générale profitant à tous, est celle qui prescrit la mort de l'hérétique imposteur si le mal qu'il cause est plus que probable, et que ce mal est général. Il y a aussi la *Maslaha* de tuer l'athée dissimulé et de ne point accepter son repentir après qu'il soit tombé sous votre domination. Un exemple de la *Maslaha* concernant la majorité est le fait de tenir les artisans pour responsables de tout dégat dans les articles qu'ils ont produits et qu'ils doivent compenser. Une telle garantie est une *Maslaha* pour les acheteurs de ces articles qui ne constituent point, bien sûr, la nation ni l'humanité toute entière. Quant à l'exemple de la *Maslaha* spécifique et unique, c'est celle qui requiert l'annulation du contrat de mariage de l'épouse du disparu et la détermination de la période de "*Edda*" (période obligatoire d'attente de la femme divorcée avant qu'elle ne puisse se remarier) de la femme pour qui la menstruation s'est distancée. Il s'agit là d'une *Maslaha* unique se rapportant à une seule personne dans une situation unique.

L'importance de la catégorisation sus mentionnée apparaît dans les points suivants:

1. Le genre de la *Maslaha* qui peut être admis. Certains savants fondamentalistes attribuent à Al Ghazali l'opinion selon laquelle la généralité doit prévaloir, comme condition, pour chaque *Maslaha Morsala* (communément admise). Or, Al Ghazali lui-

même dit le contraire. Après avoir mentionné cette catégorisation, il écrit, dans son ouvrage "*Chifa'a Al Ghalil*": Tout cela doit être considéré comme faisant autorité, pourvu qu'il ne soit pas inventé et inconnu, qu'il ne contredise pas un texte, ni ne cause l'altération (de la *Charia*). (*Chifa'a AL Ghalil* p.184).

2. Quand il s'agit du *Targeeh* (la prépondérance) d'une *Maslaha* entre des *Maslahas* contraires, c'est la *Maslaha* générale qui doit passer avant la particulière. C'est ainsi qu'on fait prévaloir la *Maslaha* des possesseurs des biens sur celle de certains artisans en les rendant responsables de la réparation des dégâts. Nous verrons que la règle de "*Sadd Al Zara'e*" est basée sur ce principe de base tant qu'il stipule l'interdiction de l'acte éventuel dans les cas pouvant entraîner une *Mafsada* (mal ou corruption) égale à la *Maslaha* incluse dans cet acte ou qui la dépasse. Dans la comparaison entre la *Maslaha* et la *Mafsada* subie, il faut les considérer tant dans leurs aspects généraux que particuliers.

IV. Catégorie de la *Maslaha*: Sur le plan de la constance et de la mutabilité

Cette catégorie est introduite par Docteur Mostafa Chalabi qui a divisé la *Maslaha* en deux subdivisions: l'une est la *Maslaha* qui change avec le temps, et avec le changement du milieu et des gens. La seconde est la *Maslaha* constante à travers le temps. Cette subdivision lui a permis de tirer une conclusion des plus importantes: il estime que lorsqu'il s'agit de transactions et des coutumes, la *Maslaha* variable a la prééminence sur les textes et le consensus, étant donné que ces transactions et ces coutumes, comme il l'estime, varient et changent avec le temps, le milieu et les circonstances. Mais si la *Maslaha* est constante et fixe, et qu'elle est notée seulement dans le domaine de culte et des rites, les textes et le consensus passent avant elle. (Dr. Mostafa Chalabi, *Ta'alil Al Ahkam*, Ta, p. 321).

En somme, l'importance de cette subdivision réside, d'après lui, dans le fait qu'elle autorise la modification des règles établies en fonction du

changement des *Maslahas* et de donner la prééminence à la *Maslaha* changeante sur les textes et le consensus. Or, cette subdivision ne nous semble point nécessaire et nous n'admettons ni le principe sur lequel elle s'est fondée ni l'objectif qu'elle vise. En effet, les préceptes de la *Charia* qui ont été statués pour réaliser une certaine *Maslaha*, sont constants, inchangeables et immuables, vu que la *Maslaha* qui est l'objet de tels préceptes, est également immuable. D'autre part, nous estimons qu'il ne faut en aucune sorte ignorer le texte pour une *Maslaha* quelconque, qu'elle soit constante ou muable.

La preuve en est que: tout *Dalil* (évidence) de la *Charia*, est fondé sur deux prémisses: la première se réfère aux préceptes de la *Charia* et la seconde à la réalisation de l'objectif visé par ces préceptes. La première prémisses relève du *Naql* ou des textes transmis de la religion, et la seconde relève de la théorie. Si, par exemple, la *Charia* a stipulé que la charge de la preuve incombe au demandeur et le serment est à celui qui nie, il s'agit là d'une règle de la *Charia* décidée pour une *Maslaha* déterminée. Cette règle ne peut se prêter à aucune modification ou substitution, étant donné que la *Maslaha* qu'elle se propose de préserver, est également constante. Si donc un cas se présente au juriste concernant un artisan qui prétend que la marchandise qu'il a vendue, s'est avariée sans négligence ni carence de sa part, alors que l'acheteur de l'article est en désaccord sur ce qu'il avance, le juriste doit faire des investigations sur l'affaire. S'il estime que la sincérité et l'honnêteté sont les qualités qui prédominent chez la catégorie des artisans; il dira alors que l'artisan ne doit point garantir les dommages, et que son droit de décliner sa responsabilité de l'avarie de l'article est valable. L'acheteur de l'article ne recevra de lui que le serment déclinant sa responsabilité. Le juriste fondera son jugement sur le fait que le demandeur est celui qui n'est pas soutenu par une preuve accablante, alors que la prétention du défendeur coïncide avec la qualité dominante, qui est l'honnêteté des artisans. L'artisan sera le défendeur et l'acheteur est le demandeur. Etant donné que la charge de la preuve incombe au demandeur et le serment est à celui qui nie la charge, l'acheteur devrait alors fournir la preuve pour prouver la faute ou la négligence de l'artisan. S'il ne s'en acquitte pas, l'artisan n'aura qu'à recourir au serment (sur la véracité de son innocence). Par ailleurs, si, dans d'autres temps ou lieux, la qualité

dominante chez les artisans sera la malhonnêteté, la *fatwa* du jurisconsulte, imposera à l'artisan la charge des pertes, vu que c'est lui qui sera considéré comme défendeur, tant que sa prétention est contraire à l'ambiance dominante (celle-ci étant la malhonnêteté chez les artisans). La *Fatwa* (l'opinion légale) changera, sans que la règle de la *Charia* ni la *Maslaha* pour laquelle cette règle a été légiférée comme cautionnement ne le soient.

Le même cas se présente pour la question de la tarification (des produits), et l'abolition des parts des nouveaux Musulmans pillés et ruinés par la guerre pour rallier leur loyauté chancelante et la suspension du Hadd (punition) pour le vol au cours de l'année de disette. Ainsi, après la déduction de leurs causes et raisons, les règles de la *Charia* ne se prêtent point ni à l'altération ni au changement. Elles s'appliquent à tous les cas qui s'y rapportent.

CHAPITRE II

Une révision des méthodologies des Erudits de *Ousoul* (fondamentalistes) concernant le *Istidlal Morsal* (raisonnement libre)

Une révision des méthodologies des Erudits de *Ousoul* (fondamentalistes) concernant le *Istidlal Morsal* (raisonnement libre)

Traitant des buts de la *Charia* et des fondements du *Fiqh*, les érudits ont abordé le problème de la *Maslaha* selon trois plans: 1) la *Maslaha* en tant que base pour la législation; 2) la *Maslaha* en tant que base pour l'interprétation des textes, et 3) la *Maslaha* en tant que preuve pour les (règles) de la *Charia*, en l'absence du texte qui atteste expressément la règle prescrite sur un fait déterminé.

Les *Maslahas* comme base pour la législation:

Tous les érudits, anciens et contemporains, se sont accordés à dire que le législateur Tout Puissant, a voulu, par Sa Loi, réaliser les *Maslahas* des êtres humains, et leur éviter le *Darar* (mal) et le *Fassad* (corruption) tant imminents que futurs. Tout texte révélé et toute Loi statuée, n'ont pour objectifs que la réalisation d'une *Maslaha* ou l'éviction d'un mal, que la personne, en y pensant, l'aperçoive clairement ou l'ignore. La preuve en a été donnée par des déductions catégoriques à partir des textes du Sacré Coran et de la *Sunna* (la Tradition du Prophète) qui sont venues expliquer le *Tahlil* (permissibilité), le *Tahrim* (interdiction), *Ijab* (confirmation) et le *Nadb* (recommandation) avançant les causes, les règles et les *Maslahas* qui pourraient profiter tôt ou tard aux personnes auxquelles ces paroles sont adressées.

Les *Maslahas* comme base pour l'interprétation des textes:

Etant donné que le Sage Législateur a voulu, par Sa Loi, réaliser les *Maslahas* des êtres humains et leur faire éviter les *Mafsadas* (mal, corruption), tout texte de la *Charia* tiré du Coran ou de la Tradition du Prophète doit être interprété, ainsi que son champ d'application et la portée de son action, dans le cadre des *Maslahas* que ces textes cherchent à réaliser et des raisons profondes pour lesquelles ils ont été statués. Nous verrons que toutes les écoles de la jurisprudence ont adopté cette méthode et en ont tiré bon nombre de règles de la *Charia*. Par ailleurs, cette méthode n'implique pas l'interprétation littérale de la *Charia*, mais elle s'inspire des *Maslahas* et des raisons pour lesquelles ces textes ont été statués. Elle est guidée en cela par l'approche de la *Charia* pour les jugements, son esprit et ses arguments ainsi que les causes qui seront déduites d'elle. Lorsque, dans cette intention, une *Maslaha* est à identifier le texte et son champ d'application seront alors interprétés et définis en fonction de cette *Maslaha*. Quelques érudits contemporains ont pensé que cette méthode est la manière de déduire les *Maslahas Morsala* (communément admise) et qu'en s'y conformant le texte sera restreint et particularisé par la *Maslaha*. Il s'agit là d'une interprétation erronée qui a été rectifiée par les érudits fondamentalistes dignes de foi. Ils ont prouvé que cette méthode est, en fait, un raisonnement basé sur le texte et une interprétation de ce dernier à la lumière du sens premier auquel il se prête et que dégage le contexte. Ils ont également montré que, en exerçant l'*Ijtihad*, et en émettant leurs *Fatwas*, tous les érudits se fondent sur cette méthode. En somme, cette méthode d'interprétation se fonde sur le principe fondamentaliste précité, c'est-à-dire que les *Maslahas* doivent être prises en considération en prescrivant les règles, et que le Législateur a voulu par Sa Loi, la réalisation des *Maslahas* des hommes.

Voici quelques applications de ce principe fondamental :

1. Le Prophète, Prière et Paix soient sur lui, a interdit la vente de l'esclave *Modber*. L'esclave auquel son maître a dit : " tu seras affranchi après ma mort." L'interdiction implique la non validité du fait interdit. Donc, d'après les règles fondamentalistes d'interprétation, si le maître vend son propre esclave *Modber*, cette vente est alors considérée comme nulle et non valide, et par conséquent n'a aucun effet. La propriété ne peut donc passer du vendeur à l'acheteur.

Toutefois, les *Malékites* ont dit que si l'acheteur de l'esclave *Modber*, l'affranchit, cet affranchissement est valide et la vente se trouve conclue, bien que l'acheteur ait affranchi ce qu'il ne possède pas, étant donné que le contrat d'achat était nul et sans effet. Ce jugement se fonde sur l'interprétation du *Hadith* à la lumière de la *Maslaha* que le *Hadith* est venu sauvegarder. Mais, l'interprétation acceptable est celle qui réalise cette *Maslaha* et non celle qui la contredit ou qui l'entrave même si elle est conforme aux principes de l'interprétation textuelle. C'est alors que le *Moujtahed* (jurisconsulte) peut s'interroger sur la *Maslaha* que le Législateur a voulu sauvegarder en interdisant la vente de l'esclave *Modber*, vu que tout texte vise la réalisation d'une *Maslaha* ou l'éviction d'une *Mafsada* (mal). Ce n'est point par hasard que le Législateur a émis ce texte. Le jurisconsulte devrait l'examiner à la lumière de ces principes fondamentaux. Il verrait alors que la *Maslaha* revient à l'esclave *Modber*, c'est-à-dire que la *Maslaha* est dans son affranchissement. Le Prophète - Prière et Paix soient sur lui - a en effet interdit sa vente afin qu'elle ne le prive pas de sa liberté quand son maître meurt. La *Maslaha* ne revient donc point ni au maître ni à celui qui a pris l'initiative de le vendre. Mais la vente, qui a été suivie par l'affranchissement, a parfaitement et immédiatement réalisé la *Maslaha*. Cette vente peut donc être approuvée et l'affranchissement est valide vu qu'il s'agit d'un affranchissement immédiat et qui n'est point remis à un temps futur.

2. Dans son interprétation du Verset Coranique: " Demandez le témoignage de deux témoins parmi vos hommes", Al Ghazali estime que si le Législateur n'avait point posé la condition de l'équité des témoins, les jurisconsultes l'auraient exigée, étant donné que ce que le Législateur vise par le témoignage c'est la confirmation des droits et les droits ne peuvent, en aucune sorte, être confirmés par une personne inique.
3. Le Prophète - Prière et Paix soient sur lui - a interdit l'interception des *Rokbanes*, (les caravanes) qui apportent les marchandises, c'est à dire les importateurs. Leur interception veut dire leur rencontre sur les routes avant leur entrée dans les marchés, et acheter leurs

marchandises et leurs biens. Ainsi les conditions de l'offre et de la demande ne sont pas remplies, c'est à dire que les conditions du marché qui déterminent le prix équitable ne sont pas réalisées. La règle générale est que l'interdiction d'une chose implique nécessairement que cette chose est invalide. Mais que faire si l'interception a lieu et que l'achat des "*Rokbanes*" est effectué avant que les prix ne soient déterminés à leur niveau normal et ordinaire dans les marchés? La vente devient-elle nulle et non avenue et doit-elle être annulée? ou bien suffirait-il de donner aux *Rokbans* le droit d'option s'ils se rendent compte qu'ils ont vendu à un prix bien moindre que celui des marchandises équivalentes? Les juristes qui exercent l'*Ijtihad* n'ont point été d'accord quant à l'interprétation qu'il fallait donner, à la lumière de la *Maslaha* que le texte cherche à réaliser. Les uns estiment que la *Maslaha* dont la sauvegarde est visée par le texte est celle des *Rokbanes*, ou les commerçants, vu que s'ils vendaient avant d'arriver aux marchés, ils pourraient vendre à des prix moindres que ceux équivalents (des marchandises) parce qu'ils ignorent les prix. Dans ce cas, le jugement à porter n'est point de déclarer la vente invalide, ce qui serait contraire à la règle fondamentale qui stipule que toute vente est valide et n'est considérée invalide que lorsque la *Maslaha* l'exige. Le jugement consistera, alors, à donner aux commerçants le droit d'option pour la validité de la vente. Si, arrivés au marché, ils apprennent qu'ils ont vendu à des prix moindres que ceux du marché, ils demandent l'annulation de la vente. Le principe ainsi adopté est que le texte doit être interprété de façon stricte à la lumière de la *Maslaha* que le texte cherche à préserver ni plus ni moins. D'autres érudits estiment que la *Maslaha* que le Législateur a voulu sauvegarder en interdisant l'interception des *Rokbanes* pour acheter leurs marchandises, est en fait la *Maslaha* des habitués des marchés, c'est à dire des consommateurs. Car les intercepteurs achètent, en effet, à bon marché, puis monopolisent les marchandises, pour les vendre à des prix plus élevés aux consommateurs. C'est pourquoi ils considèrent cette vente comme invalide. L'acheteur devrait, alors, rendre la marchandise et reprendre ce qu'il avait déjà payé. Les vendeurs pourraient alors se rendre au marché, se soumettant à la règle de l'offre et de la demande, qui exclut

toute forme de monopole. La *Maslaha* a ainsi déterminé l'interprétation qui la réalise. Le jugement, comme on le voit, a varié selon l'interprétation donnée à la *Maslaha* que le texte vise à réaliser.

4. Le Prophète, Prière et Paix soient sur lui, s'est abstenu de tarifier (les marchandises) quand ses Compagnons le lui ont demandé. " C'est Dieu qui les fixe, répondit-il. Je voudrais rencontrer Dieu sans que l'un de vous ait à réclamer contre une injustice que j'ai commise concernant un bien ou le sang." Les *Malékites* ont interprété ce texte à la lumière de la *Maslaha* que le texte a voulu préserver, c'est à dire celle des commerçants qui vendent selon la loi de l'offre et de la demande. La tarification peut donc leur porter préjudice. Toutefois, ils (les *Malékites*) estiment que si la monopolisation et la spéculation des commerçants entraînent la hausse des prix, la tarification est alors valable.
5. On rapporte le *Hadith* du Prophète - Prière et Paix soient sur lui-: " Pas d'héritage pour l'assassin" sans précision sur la nature du meurtre, s'il est volontaire ou involontaire, s'il est justifiable ou non, s'il est commis directement ou sur ordre. Il a fallu interpréter ce *Hadith* et définir son champs d'application. La méthode adoptée par les juristes a été de reconnaître la *Maslaha* dont la préservation a motivé le jugement, ou pour laquelle cette sentence "sagesse" (cause) a été statuée. Ceux qui ont dit que la *Maslaha* est de prévenir l'agression contre l'homme restreignent l'application de cette règle aux seuls cas de meurtre volontaire et injustifiable. D'autres, tels Al Chafei ont estimé que cette règle est à appliquer dans tous les cas de meurtre.

La jurisprudence de la *Maslaha* et ses applications chez Al Chatbi:

On considère Al Chatbi comme étant le premier à avoir prôné la théorie du caractère catégorique "*Kat'eia*" des *Ousouls* (principes fondamentaux) de la jurisprudence, et à définir ses fondements et déterminer ses branches. Cette théorie se résume en deux points:

Premièrement : Tout *Asl* (principe ou élément fondamental) adopté unanimement par la jurisprudence et auquel on se réfère pour extraire des *Ahkams* (jugements), doit être de caractère catégorique, que ce *Asl* (principe fondamental) soit une preuve ou une citation du Coran et de la *Sunna* (la Tradition du (Prophète), soit une règle générale dérivée par induction des textes de la *Charia* ou des principes fondamentaux logiques ou des conceptions générales de la *Charia*. Al Chatbi écrit à ce propos : " Les *Ousouls* (principes fondamentaux) de la jurisprudence en religion sont catégoriques et non conjecturales". Il fournit ensuite les preuves attestant la validité de son opinion. (Cf *Al Mouwafakat* vol.1 p. 29).

Deuxièmement : Les évidences ou preuves attribuées à l'esprit ne peuvent être considérées à elles seules comme preuves pour justifier les fondements de la jurisprudence. Il n'est point permis de compter sur l'argumentation rationnelle pour prouver un jugement de la *Charia*: seule la transmission ou le *Naql* est valable pour la prouver. La raison ne sert qu'à aider dans le processus de transmission. C'est à ce propos que Al Chatbi écrit: "Si les arguments de la raison sont utilisés dans ce domaine, ils doivent être fondés sur l'évidence des textes transmis, ou du moins aider à authentifier ces textes, ou à déterminer leurs causes etc... Mais ils n'ont point la force autonome de la preuve tant qu'il s'agit d'une question de la *Charia* et la raison n'est point une source de législation". (*Al Mouwafakat* vol. 1 p. 25)

Confirmant cette opinion, Al Chatbi ajoute : " Si la raison et les textes transmis s'accordent sur une question de *Charia*, c'est à la seule condition que les textes transmis aient la préséance, la raison ne fera que suivre. La raison n'a de libre cours dans ce domaine que dans le cadre déterminé par le texte transmis". (*Al Mouwafakat*, vol.1 p. 87). Son opinion se trouve par la suite appuyée par des preuves catégoriques, tout en soulignant que la détermination d'un fait comme étant une *Maslaha* ou une *Mafsada* (mal) revient à la *Charia* elle même ,et ne peut en aucune façon être dictée par le tempérament ou le bon plaisir: " Les *Maslahas* que la *Charia* cherche à réaliser et les perversions qu'elle tend à conjurer ne sont déterminées que d'après leur rapport à la vie future dans la vie présente, et

non d'après les passions précaires qui les ont produites. (*Al Mouwafakat*, vol II, p. 37).

Dans ses deux ouvrages "*Al Mouwafakat Fi Ossoul Al Charia*" et "*Al Eittissam*"; Al Chatbi a, d'autre part, abordé la question de l'*Istidlal Morsal* (raisonnement libre) c'est-à-dire la *Maslaha* sans borne en tant qu'un *Asl* (principe fondamental) de la jurisprudence. Il a pris soin d'inclure ce genre de raisonnement et de le ciseler dans les textes de la *Charia*: d'où il relève et d'après lequel il est justifié", disculpant ainsi le Imam de Médine, Malek, de l'accusation que lui ont lancée ceux qui ont méconnu sa jurisprudence et sa méthode de raisonnement, à savoir soumettre les textes de la *Charia* à des *Maslahas* qu'il considère comme valides. Appliquant la théorie du caractère catégorique des *Ousouls* (principes fondamentaux) de la jurisprudence, Al Chatbi affirme que le raisonnement libre est un des fondements de la jurisprudence. Par là même, il est catégorique et est une preuve déduite des textes de la *Charia* c'est à dire du Coran et de la *Sunna*, déduction menant à des conclusions certaines et catégoriques. S'y fonder et à partir desquelles établir d'autres règles signifie se fonder sur un principe fondamental et sur une preuve catégorique. Imam Malek, que Dieu l'agrée dit: " Tout principe fondamental de la *Charia* qui n'a pas été attesté par un texte précis, mais qui est conforme aux préceptes de la *Charia* et s'inspire de ses évidences ou preuves, doit être considéré comme valable. On peut s'y fonder et s'y référer, pourvu que ce principe fondamental soit devenu, par l'ensemble des évidences qui le soutiennent, catégorique, étant donné qu'une seule preuve ou évidence ne doit pas nécessairement constituer une règle catégorique mais plutôt un ensemble de preuves. Ceci s'applique à l'*Istidlal Morsal* (au raisonnement libre), reconnu par Malek et Al Chafei. Si un jugement n'est pas attesté par un principe fondamental précis, il l'est du moins par une base générale et si cette dernière est catégorique, elle pourrait avoir la valeur du premier, comme elle pourrait lui être supérieure selon la force de ce principe fondamental ou sa précarité. Il en est de même pour l'*Istihsan* (l'approbation), ce qui signifie donner la préséance à l'*Istidlal Morsal* sur le *Qiyas* (*Al Mouwafakat* vol. 2 p.39). Al Chatbi estime, donc, que la conformité de la *Maslaha* aux préceptes de la *Charia* ne peut se reconnaître par une seule preuve ni par un seul texte particulier mais d'après un ensemble de preuves ou de textes qui, réunis, seraient à caractère

catégorique, même si, pris séparément, ils perdaient ce caractère. Par ailleurs, il n'établit aucune différence entre le *Asl* (principe fondamental) tiré par induction des textes de la *Charia* et la règle générale, donnant comme exemple le fait de donner la préséance à la *Maslaha* générale sur la *Maslaha* particulière." Il s'agit-dit il-d'un *Asl* (principe fondamental général) tiré par induction, non d'un seul texte, mais d'un ensemble de textes à caractère catégorique ". A titre d'exemple, il rappelle les cas de *Maslaha* mentionnés par les *Hadiths*: la *Maslaha* de ceux qui fréquentent le marché, en interdisant les opérations d'achat entre citadens et villageois; celle des citadins, en interdisant d'intercepter les caravanes; et celle de la communauté en prohibant le monopole et en confisquant par la force les vivres que détiennent les monopolisateurs pour assurer à cette communauté les moyens de subsistance. Il rappelle également le cas de la décision prise par les Compagnons du Prophète - Que Dieu les agrée - d'interdire à Abou Bakr de pratiquer le commerce après son accession au Califat et de lui assurer une rente de *Beit Al Mal* (Trésor public), faisant ainsi prévaloir la *Maslaha* des Musulmans sur la *Maslaha* individuelle de Abou Bakr - qui consistait à se livrer au commerce et au métier qu'il aimait .

Il rapporte également l'histoire de Abou Talha qui a insisté pour servir de bouclier humain au Prophète, lui disant "Ma poitrine et non la tienne". Il le protégea ainsi de son corps jusqu'au moment où il succomba. Le Prophète ne s'y est pas opposé, faisant prévaloir une *Maslaha* publique, sur une *Maslaha* privée ou particulière: celle de la sauvegarde de la vie du Prophète, étant donné que sa mort nuira aux *Maslahas* de l'Islam et des Musulmans sur celle de Abi Talha - Que Dieu l'agrée -. De la même manière, il est permis de placer l'idiot sous tutelle, faisant prévaloir une *Maslaha* publique - la sauvegarde des biens de la communauté - sur une *Maslaha* privée, celle de l'idiot, vu que la communauté a un certain droit sur ses biens et que son droit, à lui, se limite à ses dépenses personnelles et familiales, sans gaspillage ni prodigalité.

Toutes ces preuves ou évidences, parmi d'autres non mentionnées ici, montrent que donner la préséance à la *Maslaha* publique ou générale sur la *Maslaha* particulière ou privée est l'objectif du Législateur. Aucune preuve ne prouve à elle seule ce *Asl* (principe fondamental), mais il est

déduit de l'ensemble des textes et des préceptes. C'est comme si ce *Asl*, cet objectif visé, ou bien cette *Maslaha*, constitue une proposition générale: que la *Maslaha* publique a la préséance sur la *Maslaha* particulière ou privée. Selon Al Chatbi " elle pourrait même être bien plus valide que la proposition générale unique, étant donné que pour les uns, cette dernière est conjecturale, alors que la généralité tirée par induction de l'ensemble des textes est catégorique". Par ailleurs, il estime à ce propos, qu'en reconnaissant la validité de ce *Asl* ou *Maslaha* générale, le Législateur reconnaît du même coup tout ce qui s'y rattache de façon directe ou bien ce qui réalise l'objectif de cette *Maslaha*. C'est ainsi, par exemple, que les Compagnons du Prophète ont dit que les artisans doivent être responsables de la marchandise qu'ils prétendent avariée ou détruite faisant ainsi prévaloir la *Maslaha* des possesseurs de la marchandise sur celle des artisans, et ce, après que la malhonnêteté ait sévi parmi les artisans, que la religion ait perdu sa force et son pouvoir sur les âmes, et que la trahison et l'iniquité se soient emparées des consciences. Rappelons que la règle du *Asl* (principe fondamental) stipulait que les artisans ne sont point obligés de dédommager la marchandise prétendue, avariée ou détruite, à moins que les possesseurs de la marchandise ne prouvent leur responsabilité ou leur carence. Mais c'était en un temps où dominait le pouvoir de la religion sur les âmes et où régnaient la loyauté et l'intégrité. Ce fait n'a point été spécifié par un texte précis mais il a été considéré comme un fait particulier faisant partie d'une généralité déductive, qui est la préséance de la *Maslaha* publique ou générale sur la *Maslaha* privée, comme si ce principe fondamental a été exprimé en terme général .

Devançant une objection éventuelle à cette méthode d'*Istidlal* (raisonnement), Al Chatbi y répond: " Si la Charia approuve la généralité de la *Maslaha* c'est-à-dire qu'elle fait prévaloir la *Maslaha* générale sur la *Maslaha* particulière, comment donc pourrait-on trouver une justification à sa défense de la *Maslaha* partielle qui se présente, telle la garantie exigée des artisans par exemple. Cette objection hypothétique signifie que les preuves sont fondées sur le fait que la *Maslaha* générale est à prévaloir sur la *Maslaha* particulière. C'est ce qui explique l'interdiction de la vente par le citadin au villageois, pour sauvegarder la *Maslaha* des habitués des marchés, de même que l'interdiction d'aller au devant des caravanes, pour la

Maslaha des citoyens et autres preuves partielles qui prouvent que l'objectif du Législateur est de faire prévaloir la *Maslaha* générale sur la *Maslaha* particulière. Si on exige des artisans le cautionnement des marchandises qu'ils détiennent, ou si on interdit à un musulman de construire une usine dans une zone à forte population ou si on lui impose certaines restrictions quant à l'utilisation de sa propriété par égard à l'intérêt de la communauté, comment pourrait-on en conclure que ce que vise le Législateur est la préséance accordée à la *Maslaha* de la Communauté sur la *Maslaha* de l'individu sous cette forme spécifique du cautionnement des artisans, de l'interdiction de la construction de l'usine ?

C'est là, en somme, l'objection posée à laquelle Al Chatbi répond: "Si le *Asl* général (principe fondamental) se trouve confirmé par déduction, il est considéré alors comme étant une règle générale qui couvre les cas particuliers" (*Al Mouwafakat* vol. 1 P. 41). Explicitant sa pensée, Al Chatbi ajoute: " Si le jurisconsulte déduit une acception générale des preuves particulières, et que cette acception se trouve confirmée, il n'a point besoin par la suite d'une preuve particulière pour n'importe quel cas particulier qui pourrait se présenter dans l'avenir. Mais il doit le juger, quoique particulier, comme étant conforme à cette acception précise sans recourir au *Qiyas* ou à une autre preuve, étant donné que ce qui a été déduit du contexte général aura alors la même acception que le texte général lui-même. Pourquoi alors avoir besoin d'un texte particulier". (*Al Mouwafakat* vol. 3 p. 34).

Poursuivant sa pensée, Al Chatbi affirme que l'(acception) générale déduite des textes de la *Charia* a la même force d'autorité que l'(acception) générale tirée de la formule linguistique générale elle-même: " Si le général est prouvé, dit-il, il n'est point nécessaire qu'il émane d'une formule verbale indiquant la généralité... mais aussi d'une déduction tirée de plusieurs contextes jusqu'à ce qu'une idée générale collective soit formée dans l'esprit, à laquelle on se réfère au même titre que les généralités dégagées des formules verbales". A titre d'exemple, Al Chatbi rappelle la règle de la levée *Rafa al Harag* (la gêne ou la difficulté) qui est un des objectifs de la *Charia*: " Nous tirons ce principe fondamental de plusieurs faits ayant de différents aspects mais tous confirment le *Asl* de la levée la gêne ou de la difficulté. C'est ainsi que lorsque nous trouvons légiférées, en cas de

manque d'eau pour les ablutions, le *Tayamome* (laver le visage et les mains avec du sable, en cas d'absence d'eau), la possibilité de faire la *Salat* étant assis, si on a des difficultés à se mettre debout, *Al Kasr* et *Al Fitr* lorsqu'on est en voyage, la possibilité de rassembler les deux Salats au cours d'un voyage, ou pour cause de maladie ou des averses, d'abjurer devant le péril du massacre et de la torture, la permission de se nourrir des bêtes mortes et autres par crainte de périr qui est la plus grande des souffrances, la *Salat* vers n'importe quelle direction au cas où il est impossible de déterminer la *Qibla* (la direction de la Mecque), le passage des mains mouillées sur les chaussures ou sur le pansement au moment de la prière pour éviter toute aggravation de la fracture (d'os), l'absolution de ce qui pourrait rompre le jeûne et dont il est difficile de se prémunir, telle que la poussière et autres. Si le jurisconsulte arrive à des telles généralités, il peut par conséquent, les appliquer sur tous les cas réalisant cet objectif, comme il procède pour le cas d'un mot ou d'un terme verbal pouvant être appliqué sur des généralités. Après avoir ainsi prouvé que la levée de la gêne ou de la difficulté est l'objectif du Législateur, Al Chatbi ajoute: "Nous estimons que la levée de la gêne ou de la difficulté est applicable, de manière absolue, à tous les cas, par la force de déduction au même titre que les généralités définies linguistiquement." (*Al Mouwafakat* vol.3 p. 299) .

Par ailleurs, Al Chatbi a eu soin de distinguer le *Asl* (principe fondamental) général, c'est-à-dire la *Maslaha Morsala* (publique), de la réalisation de son objectif dans n'importe quel cas. En d'autres termes, il établit la différence entre le *Asl* fondamental de "la préséance donnée à la *Maslaha* générale sur la *Maslaha* particulière" et la préséance de la *Maslaha* des possesseurs des biens sur celle des artisans, disant que l'*Asl* général (fondamental) tiré par déduction de l'étude attentive de plusieurs textes, est un fondement catégorique. Quant à la réalisation de l'objectif de ce fondement dans des circonstances particulières ou bien son application à une situation donnée est une question conjecturale. En somme, bien que nous affirmions, de façon catégorique, que la *Maslaha* générale a la préséance sur la *Maslaha* particulière, nous pourrions ne pas affirmer catégoriquement la possibilité d'appliquer cette règle ou de réaliser son objectif dans le cas particulier de la garantie exigée des artisans ou celui de l'interdiction de construire une usine dans une région à forte population ou

celui des contraintes imposées pour l'utilisation d'une propriété privée. En effet, le général qu'on tire de la formule verbale pourrait être prouvé de façon catégorique, mais il peut être également conjectural dans son acception dans un cas particulier. Les preuves peuvent être, en général, absolues alors que la réalisation de leur objectif ou leur application à certains cas particuliers, peuvent être, comme nous le disions, conjecturales. Si nous affirmons que la *Maslaha Morsala* (publique ou communément admise) est une preuve catégorique, nous entendons par là la *Maslaha* générale ou universelle, c'est-à-dire le *Asl* (principe fondamental), ou l'objectif du Législateur, défini et prouvé par un ensemble de textes de la *Charia*, signifiant dans leur ensemble ce caractère catégorique. Si nous avançons que la *Maslaha* est une preuve conjecturale, nous entendons par là qu'il faut appliquer ce *Asl* au cas particulier et le juger d'après cette même règle. A titre d'exemple, rappelons les propos de Al Ghazali que la préséance de la *Maslaha* générale sur la *Maslaha* partielle est un objectif de la *Charia*, étant donné que cela s'appuie sur des preuves innombrables. Il applique, par la suite ce *Asl* catégorique sur la question du bouclier humain (ou des infidèles qui se barricadent derrière des prisonniers Musulmans, de sorte qu'on ne peut les repousser des pays Musulmans que par la mort de ce bouclier humain fait des Musulmans). Il dit à ce propos qu'il s'agit là d'une *Maslaha* conjecturale c'est-à-dire que nous ne pouvons point affirmer de façon catégorique que ce cas particulier ou cette situation se range de façon explicite sous le *Asl* général, mais que nous pensons fermement que cette règle s'applique selon toute probabilité à ce cas de la barricade humaine. Ce qui ne change en rien la validité de la règle déduite à propos de cette question par les Ulémas (érudits religieux): agir, selon la preuve conjecturale, est une obligation. C'est pourquoi on a pu dire que la *Maslaha* réalisée par la mort du "bouclier" humain est une *Maslaha* partielle conjecturale.

Le *Istidlal Morsal* (raisonnement libre) est par conséquent, une des méthodes adoptée pour prescrire des règles en se fondant sur les textes de la *Charia* et non point un procédé qui s'en éloigne, qui lui est contraire, ou qui la déborde. Ce qui revient à dire qu'il est possible de déduire une règle de ce que laissent entendre des textes variés et d'un ensemble d'preuves sans que l'un de ces textes ou de ces preuves n'indique de façon précise le *Asl* en

question. Ce qu'on entend ici par Irsal (liberté), c'est qu'il est libre ou non soumis à une évidence ou preuve particulière, ce n'est point un *Asl* (fondement) précis. C'est pourquoi Al Chatbi a été catégorique en refusant de reconnaître la *Maslaha* qui contredit le texte, la classifiant comme conjecture qui contredit une règle catégorique, disant à ce propos: " Quant au conjectural qui contredit un *Asl* catégorique, et qui n'est point soutenu par un autre *Asl* catégorique, il est formellement rejeté." A titre d'exemple, il avance le cas du jurisconsulte qui a prononcé une *Fatwa* obligeant celui qui prête serment *Zihar* contre sa femme (qu'elle lui est interdite comme sa propre mère) de devoir jeûner deux mois consécutifs, alors que le jeûne dans ce cas n'est point prescrit que pour celui qui n'a pas trouvé un esclave à affranchir: " Cette *fatwa*, dit-il, est contraire aux fondements de la *Charia*, et ce qui contredit ses fondements n'est point valable vu qu'il lui est étranger. "(*Al Mouwafakat* vol.3 p.299). Si le jurisconsulte déduit que le but de la *Kaffara* (l'expiation) est la répression, ce qui est rationnellement concevable, puis essaie d'atteindre cet objectif en s'écartant des textes comme pour le cas du maître de l'esclave, et la question de l'affranchissement d'un esclave, il donne alors la préséance au conjectural sur le catégorique, ce qui représente une violation aux fondements de la *Charia*. La *Maslaha* dans ce cas, bien qu'elle soit conforme, est cependant inconnue, vu que sa validité n'a pas été reconnue par des textes de la *Charia*. Par contre si le jurisconsulte déduit que la cause de l'exhédération de l'assassin est l'agression puis il utilise cette cause pour exclure celui qui commet involontairement un meurtre, son *Fatwa* n'est pas alors contraire à un *Asl* (principe fondamental) catégorique, vu qu'il ne s'agit pas là d'un *Ijtihad* contredisant un *Asl* catégorique. La majorité des érudits fondamentalistes appellent la *Maslaha* contraire au texte une *Maslaha* annulée, s'accordant tous sur sa non-validité. En effet, les *Maslahas* qui enfreignent les textes de la *Charia* ne sont que des caprices et des passions, auxquels les usages et les coutumes ont donné l'apparence des *Maslahas*. C'est ainsi qu'à l'époque pré-Islamique, on estimait qu'enterrer vivant les petites filles était une *Maslaha*, de même leur privation du droit d'héritage et le meurtre d'une personne autre que l'assassin.

D'autre part, ils ne trouvaient rien d'exécration dans le fait de s'adonner à la boisson, aux jeux de hasard, l'usure et le mariage avec des

prostituées, ainsi que le fait d'attribuer l'enfant à une autre personne que le père. Le Droit Romain lui-même, avec toute sa gloire, a permis au prêteur d'asservir son débiteur insolvable, et s'il s'agit de plusieurs prêteurs et que personne ne désire acheter la dette, ces prêteurs avaient alors le droit de partager le corps du débiteur. Les sages de Rome ne trouvaient dans ce jugement aucun abus jusqu'à l'avènement de l'Islam avec ses principes équitables :

" Si votre débiteur se trouve dans la gêne Attendez qu'il soit en mesure de vous payer Si vous faites l'aumône en abandonnant vos droits c'est préférable pour vous "

(La Vache, V. 280)

De son côté, la loi Anglaise a persisté, pendant des siècles environ, à estimer que la *Maslaha* exigeait la privation des filles du droit de l'héritage et l'accaparement par le fils aîné de tout l'héritage, ainsi que la privation des ascendants. De plus, considérant les liens du mariage comme précaires, l'épouse ne pouvait point hériter son époux. Ce n'est qu'en 1925, que les Anglais ont pris conscience de l'iniquité de cette loi, et se sont orientés d'emblée, en 1929, vers la jurisprudence Islamique, associant les filles à l'héritage et accordant les mêmes droits d'héritage à tous les enfants comme ils ont reconnu le droit des ascendants à une part de l'héritage. De plus considérant les liens du mariage comme étant égaux à ceux du sang, ils ont, par conséquent, accordé à l'épouse le droit d'hériter son mari. Quant à la loi Américaine, elle continue à estimer que la *Maslaha* est dans la liberté de disposer de sa fortune de sorte que le testateur peut léguer toute sa fortune à sa maîtresse ou à son valet ou à son chien chéri, laissant ses héritiers dans l'indigence et le dénuement (cf. la thèse portant sur "les Restrictions sur la Liberté de Rédiger son Testament dans la Jurisprudence Islamique, et les Lois Anglaise et Américaine" de l'auteur de cette recherche). Le dernier exemple que nous avançons sur la façon dont les désirs et les passions se donnent l'apparence des *Maslahas*, est la loi qu'a adoptée, en 1966, la Chambre des Communes Britanniques, légalisant l'homosexualité considérée désormais comme ne présentant aucun mal pour l'individu ni la société. Cette loi, par ailleurs, est toujours en vigueur (cf. *Al Ahram*, du 12 Février 1966).

En somme, la théorie de Al Chatbi pour le *Fiqh* des *Maslahas* (intérêt ou utilité) se résume ainsi:

1. Les *Ahkams* (règles) statuées par la *Charia* sont celles qui réalisent les *Maslahas* des hommes dans les temps présents et futurs. Si une clause s'y présente pour une situation particulière ou un fait spécifique, il faut l'adopter même si le juriste pense que la *Maslaha* réside ailleurs. Quand, par contre, une clause spécifique ne s'y présente pas concernant une situation particulière ou un fait déterminé, le jugement doit être tiré des *Ousouls* générales (principes fondamentaux ou conceptions) ou bien des objectifs de la *Charia*, déduits de ses textes, selon un raisonnement inductif, notifiant son caractère catégorique.
2. Autant que les textes de la *Charia* signifient littéralement un *Houkm* (jugement) par leurs mots et expressions, autant ils le signifient par l'entendement et le sens qui s'en dégagent. Si une règle est tirée du sens ou de la signification d'un seul texte, il s'agit alors du *Qiyas* (l'analogie); tel est le cas de la prohibition du *Nabeez* (vin) d'après l'entendement de la prohibition du *Khamr* (l'alcool), citée par un texte spécifique. Si le *Houkm* (jugement) est tiré du sens de plusieurs textes et d'un ensemble d'preuves, cette méthode est alors dénommée l'*Istidlal Morsal* ou *Maslaha Morsala*, comme c'est le cas de la garantie des artisans, jugement tiré du sens des textes, qui, dans d'autres cas, donnent la préséance à *Maslaha* générale sur la *Maslaha* particulière.
3. La *Maslaha Morsala*, en tant que *Asl* (principe fondamental) général, tiré par déduction d'un ensemble de textes de la *Charia*, est un *Dalil* (évidence ou preuve) catégorique. Mais son application aux situations et aux faits non cités par les textes, signifie la conjecture qui est considérée, pourtant, comme une *Hojja* (argument) de la *Charia*.

Applications de la jurisprudence de la *Maslaha*

Dans les paragraphes suivants, nous présenterons quelques applications de la méthode suivie par Al Chatbi pour le raisonnement libre, quant aux cas et situations non cités par des textes (spécifiques). Nous parlerons d'abord de le *Asl Al Chari'i* (principe fondamental de la Charia) ou de ce que Al Chatbi appelle souvent le "principe fondamental général déduit". Puis je prouverai que même si la validité de ce *Asl* n'est pas statuée par un texte précis, elle l'est par de nombreux textes qui prouvent sa conformité au genre de prescriptions approuvées par le Législateur. Nous aborderons ensuite le *Far'* (branche), cas ou situation pour laquelle on cherche un *Houkm* (jugement) par raisonnement libre montrant qu'on peut lui (la branche) appliquer le *Asl* (principe fondamental) général de la *Charia* ou le principe fondamental général déduit, même si sa règle n'est pas tirée d'un texte précis ou tirée par analogie du sens de ce texte.

Le premier *Asl* (principe fondamental):

Accorder au conjectural, la même valeur que l'acte ou la chose elle-même: ce qui revient à dire que la *Charia* met sur le même pied l'acte et tout ce qui pourrait mener à cet acte, attribuant aux deux le même jugement: l'acte et ce qui y mène. Il s'agit là d'une *Maslaha* collective ou générale tirée des textes de la *Charia* par déduction notifiant son caractère catégorique. La preuve en est que :

- (1) Le Législateur a interdit à l'homme de se trouver dans un lieu retiré (*Kholwa*) avec une femme qui lui est étrangère, vu que cela entraîne éventuellement l'adultère, c'est-à-dire que cela constitue une cause pouvant entraîner l'adultère. La cause d'un fait éventuel s'est ainsi substituée au fait lui-même, et on a donné à cette éventualité (*Kholwa*), la même règle ou jugement de ce qui est conséquence présumée, c'est-à-dire l'adultère.
- (2) Le Prophète-Prière et Paix soient sur lui-a proscrit le voyage de la femme sans *Mehrem* (un parent mâle qui lui est interdit tel son père, frère ou fils), vu qu'il considère le voyage comme une cause éventuelle de l'adultère. Ainsi, la présomption de la chose a le même

statut que la chose elle-même, et c'est donner à l'éventuel le même jugement que celui de sa conséquence présumée.

- (3) Le Prophète - Prière et Paix soient sur lui - a interdit à l'homme d'épouser en même temps une femme et sa tante maternelle ou paternelle disant si vous le faites, vous rompez du même coup vos liens de parenté; Ainsi l'éventualité d'un fait a la même valeur que le fait lui-même et il s'ensuit qu'on applique au cas probable le même jugement de la conséquence présumée.
- (4) L'interdiction des fiançailles formelles de la veuve pendant la période de la *Edda* (la viduité suivant le décès de son mari) ainsi que celle de la copulation pour le *Mehrem* (pendant la période des rites du *Hajj* (pèlerinage), étant donné que les fiançailles pendant la période de la *Edda* peuvent éventuellement inciter la veuve à mentir pour presser le mariage pendant la *Edda*. Le Législateur a donné à la probabilité du fait, le même jugement que celui de la conséquence présumée. De même la copulation pour le *Mehrem* est une cause probable que rendra le pèlerinage invalide. Il a donc interdit la cause en la substituant à la conséquence éventuelle en lui donnant la valeur de la chose présumée ou en d'autres termes on substitue la cause à la conséquence qui peut en découler.
- (5) Les *Houdouds* (les châtiments spécifiés par la *Charia* pour certains péchés graves) doivent être appliqués pour exercer un effet de dissuasion, prévenant ainsi la cause qui peut y mener, même si l'acte lui-même n'a pas été commis, mais on substitue l'éventualité à la conséquence présumée.

Ces textes, comme beaucoup d'autres, confirment de façon catégorique, que le Législateur donne à la chose probable, la même valeur que la chose elle-même, c'est-à-dire donne aux causes la même valeur que celle des conséquences qui peuvent en découler, même si ces conséquences ne se produisent pas dans tous ces cas. C'est ce qu'entendent les juristes fondamentalistes en disant: "Ce qui doit être pris en considération, c'est le fait probable et non le fait certain". Le fait certain veut

dire ici la conséquence qu'entraîne la cause, ou la conséquence présumée d'une telle probabilité. Al Chatbi appelle souvent ce *Asl* (principe fondamental) la *Maslaha* communément admise, la qualifiant de conforme aux prescriptions de la *Charia*. Al Ghazali l'appelle, de sa part: "un objectif de la *Charia*, qui se révèle de manière évidente tant dans le Coran et la *Sunna*, que dans d'autres différentes indications". Il s'agit là, de formules différentes pour un même sens qui est le *Asl* (principe fondamental) catégorique, déduit des textes de la *Charia* par raisonnement inductif.

Les Compagnons du Prophète ont appliqué cette règle générale fondamentale au châtement infligé au consommateur de l'alcool, étant donné que du temps du Prophète - Prière et Paix soient sur lui - il n'existait pas de punition déterminée, le blâme étant considéré comme une sorte de repression. Au temps de Abi Bakr - Que Dieu l'agrée - il l'a évalué, de son point de vue, à quarante coups de fouet; alors qu'au temps de Osman, vu l'intensification de la consommation de l'alcool, il a convoqué ses Compagnons - Que Dieu les agrée - et les a consultés à ce propos. Ali - Que Dieu l'agrée - a alors dit: qui s'énivre, délire - parler sans en avoir conscience - et celui qui délire abuse et calomnie. Je trouve qu'on lui applique le chatiment du calomniateur. Ali estime donc que la consommation de l'alcool est une cause éventuelle de calomnie et étant donné que la *Charia* a donné au fait éventuel la valeur de la conséquence présumée, Ali a, par conséquent, donné le jugement de la calomnie qui est d'être fouetté quatre vingt fois pour la cause de l'acte éventuel, à savoir la consommation de l'alcool. Il a ainsi appliqué à un individu un *Asl* (fondement) général de la *Charia* ou une "déduction générale" à un cas particulier qui s'inscrit sous cette règle; ce qui montre que la *Maslaha* discernée par Ali, est conforme aux préceptes de la *Charia* et fait partie d'un genre dont la validité, dans son ensemble, a été reconnue par les textes.

Le deuxième *Asl* (principe fondamental):

La nécessité d'éviter le plus grave des *Dararrans* (deux maux) en commettant le moindre. Il s'agit là d'un *Asl* (principe fondamental) général de la *Charia* tiré des textes à caractère catégorique. Bien plus, toutes les

Takaleefs (obligations ou devoirs) s'y fondent. Voici quelques exemples prouvant le caractère catégorique de cette règle fondamentale:

1. L'obligation du *Jihad* (combat pour la cause de l'Islam) implique la destruction des êtres, mais c'est un mal particulier qu'on tolère pour éviter un mal général plus grave, résultant de l'agression des mécréants, et qui est l'effusion du sang.
2. Le *Qissas* (talion) et les *Houdouds* (le châtiment prescrit dans les textes de la *Charia*) impliquent la destruction des êtres et la nuisance à causer au musulman, mais c'est un mal particulier commis afin de repousser un méfait généralement plus grave, qui est la destruction de la vie des Musulmans, de leurs biens et de leur honneur.
3. La lutte contre les renégats ou les hors-la-loi et ceux qui refusent de payer la *Zakah* implique également la destruction des êtres et la perte de biens mais c'est un mal bien moindre par rapport au mal que représente la sédition impétueuse qui éclaterait si on ne luttait pas contre eux.
4. Le devoir religieux qui consiste à inciter aux bonnes oeuvres et à interdire le mal surtout en présence d'un sultan inique, pourrait entraîner la mort ou la perte des biens, mais il a été permis ou même exigé, étant donné qu'on commet ainsi le moins nuisible des deux maux pour repousser le plus grave.

En fait, à observer les lois de la *Charia*, on verrait qu'elles reposent sur l'obligation d'une action à entreprendre si la *Maslaha* ainsi réalisée est supérieure au mal que cette action peut impliquer. Si, par contre, un cas se présente dont le jugement ne se trouve ni explicitement exprimé par le texte ni implicitement tiré d'un *Qiyas*, et s'il comporte deux maux, on repousse le plus nuisible des deux en comettant le moindre des deux maux.

Ce *Asl* (principe fondamental) a été appliqué aux cas et aux situations pour lesquels les textes n'offrent pas, soit explicitement ou implicitement, de jugement précis. Citons parmi ces cas:

1. Le *Kharaj*, (impôt foncier en plus de la *Zakah*) est imposé si *Beit Al Mal* (trésor public) n'a point les fonds nécessaires pour les dépenses indispensables de l'Etat. Avoir recours au *Kharaj*, c'est donc repousser le mal le plus préjudiciable en commettant le moins nuisible, selon le *Asl* (principe) catégorique qui prescrit le choix du moindre des deux maux pour éviter le plus nuisible. " Si l'absence d'une protection (assurée par l'Etat), dit Al Chatbi, risquerait de leur faire perdre tous leurs biens, que serait-ce alors d'une petite partie de ces biens? Si, donc ce mal pernicieux peut être détourné par un moindre mal qui consiste à leur retirer une partie de leurs biens, on ne peut hésiter à faire prévaloir le second de ces maux sur le premier. C'est ce que laissent entendre les objectifs de la *Charia* sans devoir recourir à d'autres preuves pour l'attester. Si jamais les infidèles ravagent la terre de l'Islam, il faut aller à son secours, et si l'Imam (le gouverneur) appelle aux armes, on doit forcément répondre à son appel. Bien que cela implique tant la mort que la perte des biens, il n'est stipulé que pour la seule défense de la religion et de la *Maslaha* des Musulmans.

2. En ce qui concerne la question du Grand *Imamat* (la plus haute instance du pays) attribué à une personne qui n'a pas atteint le rang de *Moujtahed* (une personne très versée dans les affaires de la jurisprudence), Al Chatbi, a également appliquée le même *Asl* (principe fondamental) pour la nomination d'un Imam qui n'est pas très versé dans les sciences de la *Charia*, s'il n'existe pas de *Moujtahed* en ce moment; et ce pour éviter le plus nuisible des deux maux: le mal de laisser les Musulmans sans Imam (gouverneur) et les conséquences qui peuvent en découler comme séditions entraînant l'effusion du sang, les pertes des biens, l'outrage à l'honneur et l'assaut de l'ennemi, ce qui constitue un mal bien plus nuisible que le manque de la qualité du *Ijtihad* chez le *Imam*. En effet, il peut en l'occurrence recourir au *Taqlid* (suivre l'exemple des précédents *Moujtaheds*), et le mal est alors évité et les *Maslahas* dont la gestion dépend du poste du *Imamat* seront sauvegardés". Nous sommes, dit Al Chatbi à ce propos, devant un choix: ou bien on laisse les gens dans le chaos, qui signifie faire régner la

corruption et la confusion, ou bien on accepte le *Imam* non *Moujtahed* et les excès sont alors évités. Le seul mal qui reste, est l'incompétence au *Ijtihad* et à ce propos, le *Taqlid* (l'imitation) des cas précédents est suffisant. Il s'agit, comme on le constate, d'un raisonnement basé sur la *Maslaha* et attesté par le besoin d'un *Imam*, raisonnement à caractère catégorique dont la validité et la conformité se passent de toute preuve ou justification.

Le troisième *asl* (principe fondamental):

La préservation de Soi*:

La préservation de soi est un *Asl* (principe fondamental) général de la *Charia*, tiré par raisonnement déductif des textes, déduction à caractère catégorique. Les preuves en sont innombrables. A titre d'exemples, Al Chatbi avance les cas suivants: " Il est interdit de tuer une *Nafs* (âme) et ce crime encourageant le *Qissas* (talion), est considéré comme l'un des plus grands péchés comparable au *Cherk* (l'idôlatrie).

C'est la raison pour laquelle il est devenu un devoir impérieux de subvenir au besoin des nécessiteux, de payer la *Zakah*, d'aider quiconque est incapable de gérer ses propres affaires, et d'instituer gouverneurs, juges et rois. Les armées ont été formées pour combattre ceux qui se proposent de tuer les âmes et celui qui court le risque de mourir de faim a le droit de se nourrir de tout ce qui est licite ou même illicite: bête morte, sang, porc etc.

Tous ces textes et règles confirment de façon catégorique que le Législateur a conçu la préservation de l'être humain comme un objectif et sa sauvegarde est un *Asl* (principe fondamental) catégorique qu'aucune preuve particulière n'a confirmée et dont la validité n'a point été reconnue par un texte spécifique auquel on peut se référer. Mais la conformité de ce *Asl* à la *Charia* est prouvée par un ensemble de preuves de différentes sortes. Si ce *Asl* reposait sur une preuve particulière, on aurait dû le spécifier. Il est donc dégagé par raisonnement déductif d'un ensemble de preuves à caractère catégorique et non d'une seule preuve particulière. (*Al Mouwafakat*, vol 1, p.38)

Les Compagnons du Prophète - Prière et Paix soient sur lui - ont appliqué ce *Asl* à la complicité de meurtre en infligeant la peine de mort à plusieurs personnes s'ils se sont ralliés pour tuer une seule personne . Rappelons les mots de Omar à ce propos: "Si les habitants de Sana'a se rallient (pour le tuer), je les tuerai tous contre lui". C'est en tant que *Maslaha* générale qu'il a considéré la mort du groupe contre celle de l'individu, estimant que s'il ne les tuait pas tous contre un, les assassins seraient encouragés à se rallier pour tuer les adversaires, et l'âme que le Législateur vise à préserver serait de plus en plus menacée. "Procédant à ce genre de *Istidlal Morsal* (raisonnement libre), Al Chatbi écrit: "Il est permis de tuer plusieurs personnes contre une et le fondement sur lequel on se base est la *Maslaha Morsala* (communément admise) tant qu'il n'existe point de texte particulier statuant cette question précise ,mais cette opinion est celle rapportée de Omar Ibn Al Khattab - que Dieu l'agrée - . Malek et Al Chaféi l'ont adoptée. La *Maslaha* ici réside dans le fait que par principe la vie a un caractère sacrée. Or la non observation de ce principe signifierait l'annulation du concept du *Qissas* (le talion), encourageant ainsi les gens au meurtre par complicité tant que cette complicité ne les expose à aucune peine. On pourrait s'y opposer en avançant qu'il s'agit là d'une innovation par rapport aux lois de la *Charia* - la mort d'une personne autre que le meurtrier - et que le *Asl* (règle fondamentale) exige d'exécuter la personne qui a commis effectivement le meurtre et que les complices ne sont point des assassins. Nous récuserons cette opinion en disant que celui qui a subi la peine de mort est, en effet, le seul meurtrier, qui est, dans ce cas le groupe des complices (d'après Malek et Al Chaféi). Le meurtre est attribué au groupe exactement comme s'il avait été commis par un seul assassin. Ce qui importe ici c'est de considérer plusieurs personnes responsables du meurtre d'une seule personne et ce, en vue de réaliser la *Maslaha*: aucune innovation n'est donc point introduite et l'objectif de la *Charia* visant à éviter l'effusion du sang respecté et maintenu. C'est pourquoi nous trouvons chez *Malek* des règles similaires, consistant à couper plusieurs mains au lieu d'une et en cas de vol à titre de châtiment exemplaire prescrit. (*Al Estissna'a* pp.2 et 125)

Les Malékites ainsi que Al Ghazali ont appliqué ce *Asl* (règle fondamentale) sur un cas "auxilliaire" ou à une question particulière qu' aucun texte précis ne stipule: c'est lorsque le *Haram* (l'illicite) envahit la

terre et que les voies du gain licite se trouvent fermées, il est alors permis de prendre du *Haram* ce qui suffit à satisfaire le besoin, et non point seulement ce qui permet à peine de subsister. "Si l'on suppose, dit Al Ghazali à ce propos, que tous les biens du monde sont devenus dans leur totalité *Harams*, à cause des transactions dépravées, lorsqu'il est impossible de distinguer le bon grain de l'ivraie, et qu'il devient difficile de parvenir au *Hallal* pur et certain - ce qui en fait est arrivé, pourquoi donc le supposer! - on permet alors à tout nécessaire de prendre ce dont il a besoin des biens qui s'offrent à lui, étant donné que l'en interdire entraînerait sa mort et le contraindre à ne prendre que ce qui suffit à peine à subsister, ce qui le dissuaderait de s'engager dans des transactions commerciales."

**Quatrième Asl : " Sa'ad et Fat'h Al Zara'e"
(Blocage des voies ou moyens et leur déblocage)**

Sa'ad Al Zara'e signifie que ce qui est permis est bloqué ou interdit (tant que *sadd* en arabe signifie bloquer ou interdire), dans les cas où cela mènerait à ce qui n'est pas permis. Si donc l'acte permis - pour ce qu'il comporte de *Maslaha* - entraîne le plus souvent une *Mafsada* (un mal) équivalent à la *Maslaha*, ou même la dépassant, le Législateur interdit alors une telle action. Trois conditions sont indispensables pour l'application de cette règle:

Premièrement: que l'acte permis entraîne une *Mafsada* (mal). L'acte permis comporte en principe une *Maslaha*: on ne peut donc interdire cet acte, tant qu'il réalise cette *Maslaha* et n'entraîne pas une *Mafsada* qui annule les avantages procurés. Mais si cet acte est une cause menant à une *Mafsada*, le Législateur alors l'interdit.

Deuxièmement: que la *Mafsada* (mal) qui découle de l'acte permis soit équivalent ou supérieure à la *Maslaha* réalisée par cet acte. Si, par contre, la *Maslaha* dépasse la *Mafsada*, l'acte n'est pas par conséquent interdit. " La *Zaria* ou la voie qui mène à une chose interdite (*Haram*), dit Al Kharafi à ce propos, pourrait ne pas être *Haram* en soi si elle entraîne une *Maslaha* probable tel que le paiement de la rançon des prisonniers de guerre aux impies - alors

qu'il leur est interdit de profiter des biens des Musulmans comme le montre la *Charia* dans toutes ses particularités. De même lorsqu'on paye des sommes d'argent à un homme qui ne les mérite pas - ce qui est illicite - pour l'empêcher de commettre le crime d'adultère s'il n'y a point d'autres moyens de l'en détourner. Citons également le cas du soldat mentionné par Malek, que Dieu l'agrée, et auquel on paye des fonds afin d'éviter un combat entre lui et le bailleur de fonds. Mais il a posé comme condition que la somme payée ne soit pas grande. Dans tous les cas, ce moyen de débourser des fonds mène au péché de prendre du *Harram* (fonds non mérités). Pourtant on l'exige puisque la *Maslaha* ainsi réalisée prévaut cette *Mafsada*. Al Chatbi nous donne quelques exemples d'actes menant à une *Mafsada*, mais qui ne sont pas interdits à cause de la *Maslaha* prépondérante réalisée: " Mais dit-il, il est valide - de permettre un acte quand la *Maslaha* prévaut sur la *Mafsada* - si cela est mis dans sa juste place, c'est-à-dire à titre d'un jugement pris au profit de la *Maslaha* générale contre celle particulière. Tel est le cas d'interdire l'interception des caravanes, cette interdiction étant à l'origine non permise vu que cela fait partie de l'interdiction d'une utilité, mais c'est une question nécessaire ou importante pour les habitués des marchés. L'interdiction de la vente au nomade par le citadin est à l'origine une interdiction d'une utilité, mais elle est tout de même dans l'intérêt des citadins (dans leur ensemble). La garantie des artisans pourrait être du même ordre comme il existe beaucoup d'autres cas semblables où l'aspect de la collectivité ou de la généralité est le plus fort. Rappelons, à ce propos, que les Compagnons de Abu Bakr Al Saddik, en le déclarant Calife lui ont conseillé d'abandonner son activité commerciale et son gagne pain, pour ce qui est plus important du point de vue de la collectivité, à savoir la prise en mains des intérêts des musulmans, et tout en le rémunérant du *Beit Al Mal*. Et ce genre de conseil est correct et valide."

Ce que nous pouvons tirer de ces textes avancés par les érudits *Malékites* c'est que l'acte qui comporte la réalisation d'une *Maslaha* ou qui permet de conjurer une *Mafsada*, ne peut être interdit même si cet acte, vu

sous un autre angle, était un moyen de provoquer une *Mafsada* et de manquer une *Maslaha*, tant que la *Maslaha* effectivement réalisée ou la *Mafsada* repoussée sont supérieures à la *Mafsada* qui en découle ou à la *Maslaha* manquée et que cet acte comporte en principe. Payer la rançon des combattants est, en principe, un acte interdit, vu qu'il comporte une *Mafsada* consistant à renforcer les impies dans leur lutte contre les Musulmans, mais c'est le moyen de réaliser une *Maslaha* dépassant le mal, c'est à dire, la *Maslaha* de sauver les prisonniers de guerre Musulmans de la servitude, du meurtre, de les voir se détourner de leur religion. De même, le fait de payer des sommes d'argent à celui qui veut dépraver une Musulmane est un acte qui est à l'origine illégitime vu qu'il permet l'acquisition injuste d'un bien. Mais il s'agit d'un moyen de réaliser une *Maslaha* prépondérante, à savoir sauvegarder l'honneur des femmes Musulmanes et conjurer la corruption de l'adultère. Payer, également à ceux qui barrent la route des pèlerins, les empêchant d'accomplir leur pèlerinage est un acte illégitime - vu qu'il contribue à aider ces gens à acquérir les biens d'autrui par des voies illégitimes. Mais étant donné qu'il s'agissait d'un moyen permettant la réalisation de la *Maslaha* de l'accomplissement du pèlerinage - Malek l'a permis.

Interdire également aux commerçants de gagner leur pain et de se procurer leurs moyens de subsistance en accueillant les caravanes et en réalisant quelques bénéfices par l'achat de leurs marchandises est un acte, originairement illégitime, vu qu'il s'agit de l'interdiction d'une chose nécessaire et dont on a besoin. Mais, étant un motif pour une *Maslaha* plus importante et générale qui est celle des habitués du marché, cette interdiction a été permise par le Législateur qui a dit: " N'interceptez pas les caravanes." Empêcher l'interception ici est une *Mafsada* (mal), puisqu'elle entrave des *Maslahas* d'ordre nécessaire ou indispensable, mais elle constitue un moyen pour une *Maslaha* plus importante, celle des habitués du marché. Ce qui était interdit a été donc permis pour faire ainsi prévaloir la *Maslaha* générale sur la *Maslaha* particulière .

Tenir les artisans responsables de compenser les dommages sans que le possesseur du bien fabriqué ne prouve la carence ou l'infraction de la part de l'artisan est un acte illégitime vu que cela peut parfois charger

injustement un innocent, ce qui constitue une *Mafsada*, une iniquité pour lui et un dommage causé à une partie de ses biens. Mais, étant donné que cette garantie est un motif - pour une *Maslaha* prépondérante, une *Maslaha* générale-celle des possesseurs des articles fabriqués - représentée par la préservation de leurs biens et la suppression du grand embarras litigieux qui pourrait résulter si on laissait les artisans entièrement irresponsables, en disant qu'ils ne peuvent être chargés de la marchandise avariée à moins de présenter une preuve catégorique prouvant la négligence de l'artisan, cette *Maslaha* a donc été permise par les *Malékites* et à leur suite par bien d'autres.

D'autre part, l'interdiction imposée à Abu Bakr - Que Dieu l'agrée - d'exercer un métier pour subvenir aux besoins de sa famille, est une interdiction d'une *Maslaha* nécessaire ou indispensable, ce qui est illégitime. Mais cette interdiction étant un moyen pour une *Maslaha* prépondérante, celle de la communauté des Musulmans qui consiste à s'occuper de leurs affaires, les Compagnons ont par conséquent interdit Abu Bakr d'exercer une profession, lui offrant ce dont il avait besoin du trésor public, ce que Al Saddik a approuvé et accepté.

Tous ces exemples montrent qu'il s'agit d'un certain acte originellement illégitime et non permis pour la *Mafsada* qu'il comporte ou pour la *Maslaha* à laquelle il s'oppose. Mais cet acte revêt d'autres aspects de sorte que son interdiction, dans certains cas, empêche une *Maslaha* plus importante de se réaliser ou entraîne un mal ou une perversion plus grands. Cet acte est alors permis pour que la *Maslaha* la plus importante soit réalisée et que le mal le plus grave soit évité. Certains érudits fondamentalistes appellent cette méthode: *Fath* (Déblocage) *Al Zaria* (moyens ou voies) le définissant ainsi : "Les moyens qui mènent à une chose interdite pour le mal qu'ils comportent, ne deviennent pas en soi interdits s'ils entraînent une *Maslaha* supérieure ou s'il permet de repousser un mal plus grand."

Troisièmement: Si l'acte permis qui entraîne le mal est très courant. Les théoriciens *Malékites* déclarent que la règle des *Zara'e* (voies ou moyens)

ne veut pas dire que tout moyen menant à une chose non permise doit être interdit. Mais le problème doit être envisagé dans certains de ses détails:

Ainsi, Al Qarafi répartit les *Zara'e* en trois catégories " une catégorie que la *Oumma* a été unanime à bloquer; une seconde qu'on s'est accordé à ne pas interdire et une catégorie sur laquelle le consensus des érudits ne s'est pas fait: Malek la bloque et d'autres savants la maintiennent dans sa légitimité originare. "*Sadd Al Zara'e*, dit-il, n'est point spécifique à la doctrine de Malek, comme l'imaginent de nombreux *Malékites*. Mais les *Zara'e* se répartissent en trois catégories: l'une que la *Oumma* a été unanime à bloquer, à interdire et à trancher tel le fait de forer des puits sur les routes des Musulmans, comme ils peuvent y périr, de même mettre le poison dans leur nourriture, injurier les idoles devant la personne qu'on connaît susceptible de blasphémer Allah Tout Puissant. Une autre catégorie pour laquelle le consensus de la *Oumma* s'est fait pour ne point l'interdire, est représentée par les motifs qu'on ne peut bloquer comme l'interdiction de planter des vignes par crainte des boissons alcoolisées, vu que personne ne l'avait prescrit, et comme l'interdiction de voisinage des maisons par crainte de l'adultère. Une troisième catégorie est celle que les érudits ne se sont point accordés soit à bloquer soit à l'admettre. Tel est le cas des ventes à échéance, comme par exemple celui qui vend une marchandise à dix dirhams si l'échéance est d'un mois et qui l'achète ensuite à cinq avant l'échéance du mois: Commentant le cas, Malek dit: "Il s'agit là d'un moyen d'emprunter cinq pour dix à échéance utilisant à cette fin un simulacre de vente. "Quant à Al Chafei, il déclare: "Il faut considérer l'aspect de la vente et le juger d'après son apparence, cela est donc permis." Ce genre de ventes comporte, dit-on, jusque mille cas différents, que Malek a spécifiés mais que Al Chaféi a contestés. De même, il ne partage pas son opinion quant à la question de regarder la femme: faut-il l'interdire vu que cela peut entraîner l'adultère ou ne faut-il pas l'interdire, ainsi que le fait de juger par connaissance, faut-il l'interdire, étant un prétexte pour les juges malhonnêtes de prononcer des jugements faux, ou ne le faut-il pas? Al Chaféi s'est également opposé à Malek en ce qui concerne la garantie demandée aux artisans, vu que, par leur travail, ils modifient les articles de façon que leur possesseur ne peut plus les reconnaître s'ils sont vendus. Faut-il alors leur imposer la garantie selon la règle courante ou ne doit on pas les charger de

cette garantie, étant donné qu'ils sont des salariés et le fondement du salariat est l'honnêteté? Donc, deux opinions différentes. Il en est de même pour la garantie demandée aux porteurs des aliments pour qu'ils n'y touchent pas. Les cas semblables sont nombreux. C'est nous qui soutenons de bloquer ces *Zara'e* et non Al Chaféi. Cette opinion n'est d'ailleurs pas le propre de Malek - Que Dieu lui accorde Sa Miséricorde - mais il en a parlé plus que les autres et il existe un consensus sur le principe de son blocage. En somme, ce que la Oumma a été unanime à bloquer comme *Zaria'h*, c'est ce qui entraîne de façon certaine ou plus que probable un mal, et ce, selon les coutumes traditionnelles des gens. D'autre part ce que la Oumma a été unanime à ne pas bloquer est la *Zaria'h* qui mène rarement à la conséquence interdite. Quant à ce qui a été une pomme de discorde entre Malek et les autres, c'est la catégorie de *Zaria'h* permise qui mène de façon fréquente à la conséquence interdite.

Rappelons que les exemples cités par Al Karafi montrent, bien qu'il ne l'ait point explicité, que les *Zara'e's* (voies et moyens) sur lesquels l'unanimité s'est faite pour les bloquer, sont ceux qui mènent de façon certaine ou conjecturale aux conséquences interdites (*Al Forouks* v. 4 p.6) On peut en conclure que les *Zara'e* objet de désaccord ne sont point de cette sorte. Par ailleurs en comparant ces derniers à ceux qu'on est unanime à ne pas bloquer, on verra qu'une différence notable existe entre eux: pour le dernier cas, il est de l'ordre de l'éventualité rare que la *Zaria'h* ou moyen mène au résultat possible. Quant aux autres *Zara'e'*, objet de désaccord, cette éventualité s'élève un peu plus sans qu'elle parvienne à la certitude ou à la conjecture plus que probable.

D'autre part, Al Chatbi a réparti l'acte permis quant à la *Maslaha* qu'il comporte pour l'actant par rapport aux méfaits qu'il cause aux autres, en quatre catégories. Premièrement, un acte permis entraînant de façon certaine un mal. Il entend par là la certitude ordinaire comme le fait de forer un puits derrière la porte de la demeure dans l'obscurité de sorte que celui qui y entre ne peut qu'y tomber, et autres exemples similaires. Ces actes, selon lui, doivent donc être interdits. Deuxièmement, un acte permis entraînant rarement un mal ou dommages, comme le fait de creuser un puits dans un tel endroit que, selon toute probabilité, personne ne peut y

tomber. De tels actes d'après Al Chatbi, ne peuvent pas être interdits. Troisièmement, un acte permis menant très probablement à un mal comme la vente des armes aux adversaires, les vignes aux producteurs du vin, et les instruments qui servent à tromper les gens, ce qui constitue une fraude. Il s'agit là, d'après lui, d'un objet de discorde. Quatrièmement, un acte permis menant fréquemment et non rarement ou probablement à un mal comme la question des ventes à terme :

"Ce cas, dit-il, est un objet d'équivoque." Par ailleurs Al Chatbi a montré avec une minutieuse précision et en s'appuyant sur une analyse scientifique rigoureuse, les fondements du jugement qu'il a donné à chacune de ses divisions (*Al Mouwafakat v. 2 p.357*)

**Le critère objectif de la règle de
Sa'ad Al Zara'e' (bloquer les voies et les moyens):**

La "conjecture" et la "certitude" dont on a précédemment parlé, ne renvoient point à ceux qui utilisent l'acte permis comme moyen entraînant un mal, mais à tout homme ordinaire. Si, par exemple, il est prouvé que celui qui a creusé le puits ne sait pas ni ne s'imagine que cet acte entraînerait la chute d'une personne dans ce puits, alors que cet acte, de l'avis d'une personne ordinaire, entraîne cette conséquence, cet acte est alors considéré comme non permis. Celui qui l'a creusé est donc responsable de toutes les conséquences découlant de son acte, tel l'indemnisation de vie et des biens. Quant à l'intention de la personne, il appartient à Dieu Tout Puissant de connaître le vrai secret des âmes et de juger les intentions réelles des êtres. Le critère pour juger les *Zara'e'* est un critère objectif et non personnel d'après lequel on considère la réalité, les faits et les conséquences des actes du point de vue des gens sages et conformément aux coutumes courantes. Il n'y entre ni l'intention de l'actant, ni sa conscience, ou son savoir ou sa conjecture vu qu'il est l'auteur de la cause ou moyen qui est susceptible de mener à sa conséquence.

Dans son ouvrage *Al Mouwafakat* (v. 1, p.211.)", Al Chatbi écrit à ce propos: "On doit considérer la cause au même titre que le résultat, que l'auteur de la cause soit intentionné ou non, vu qu'ayant été à l'origine de ce

résultat selon l'ordre courant des choses, il est considéré comme étant son auteur direct. Citons comme exemple à ce propos, la règle de l'enchaînement fatal des choses où les résultats sont attribués à leurs causes: la relation entre la faim et la satiété et celle entre l'embrassement et le feu. C'est ainsi que les faits qui résultent de nos actes nous sont attribués même si nous n'en sommes pas entièrement responsables. Et s'il s'agit là d'un principe couramment connu, les causes, selon cet ordre, sont mis également, par la jurisprudence, sur le même pied que les conséquences. Dans *Al Mouwafakat* v.1 p.214, Al Chatbi dit: "Si l'auteur de la cause qu'il a pleinement assumée dont il a méconnu les interdictions, veut par la suite empêcher son effet ou sa conséquence, il vise alors l'impossible, cherchant à empêcher ce qui ne peut l'être, et à interdire ce pour lequel il n'a point respecté les interdictions. Comme par ailleurs, le Législateur ne peut séparer les causes de leurs effets et que l'objectif de cet auteur est contraire à celui du Législateur, cet objectif est par conséquent nul et non valide."

**Preuves pour la reconnaissance de ce *Asl*
(principe fondamental):**

Al Chatbi a établi les preuves qui prouvent que la *Charia* a reconnue ce *Asl* (principe fondamental), attestant que c'est par déduction des textes de la *Charia* qu'il a été trié, déduction reconnue comme irréfutable. La *Charia*, par conséquent, doit interdire l'acte permis s'il constitue une cause menant à un mal égal ou supérieure à la *Maslaha* qu'il comporte. Al Chatbi a également démontré que cette notion dégagée des textes de la *Charia* est considérée comme une (conception) générale déduite d'un texte précrit, et s'applique donc à tous les cas non cités sans qu'il ait besoin de recourir à une preuve quelconque prise d'un texte par *Al Qiyas* (analogie) ou autre.

Parmi les textes qui prouvent que la *Charia* reconnaît ce *Asl* citons :

1. La parole dite par le Prophète (Paix et Prière soient sur lui), quand on lui conseilla de tuer le *Mounafiqines* (les hypocrites, les imposteurs): "Je crains que les gens disent Mohamed tue ses disciples." La justification de la mort existe et qui est l'abjuration après la foi et la recherche à pervertir tous les Musulmans. Sa mort était donc légitime

vu qu'on repoussait ainsi un mal. Mais comme cet acte était une *Zaria* (voie ou moyen) à une accusation -celle de Mohamed (P.P.S.L) tuant ses disciples - il a été interdit, étant donné qu'il s'agissait alors d'un mal dépassant de loin la *Maslaha* de la mort du parjure.

2. La parole que dit le Prophète - Paix et Prière soient sur lui - à Aïcha (son épouse) - Que Dieu l'agrée -: "Si les gens n'étaient pas jusqu'à une époque toute récente des mécréants, j'aurais construit *Al Ka'ba* sur les assises jetées par Ibrahim. "La construction sur les assises posées par Ibrahim est un acte permis, vu la *Maslaha* que représente son édification sur les fondements que Dieu a recommandés. Néanmoins cet acte est un motif pour un mal plus grand que cette *Maslaha* à savoir l'abjuration de ceux qui se convertissaient à l'Islam, ce qui constitue un mal dépassant la *Maslaha* de la démolition de la *Ka'ba* et sa réédification sur les fondements de Ibrahim. Et c'est ce qui a été en fait accompli.
3. Le Prophète - Paix et Prière soient sur lui - a interdit à l'homme de se trouver dans un lieu isolé avec une femme qui lui est étrangère, comme il a interdit à la femme de voyager sans un "*Méhrem*" et à l'homme d'épouser à la fois une femme et sa tante soit maternelle soit paternelle disant: "Si vous faites cela, vous rompez irrémédiablement vos liens familiaux. Il a également interdit de demander explicitement ou implicitement la veuve en mariage durant la période de viduité (*Edda*). Il a interdit aussi à la femme au cours de cette dite période suivant le décès du mari, de mettre les parfums, les parures et tout ce qui la rend désirable pour le mariage, comme il a interdit le parfum et l'accouplement pendant l'*Ihram*. Il a également prohibé au créancier de prendre des présents du débiteur, à l'assassin d'hériter la personne assassinée. Tous ces cas et tant d'autres cas constituent des motifs où l'intention du mal n'est point certaine dans tous les cas. Mais la *Charia* a été fondée sur la prévoyance et la prudence quant à ce qui pourrait mener au mal.
4. La parole de Dieu Tout Puissant: "N'insultez pas ceux qu'ils invoquent en dehors de Dieu, sinon ils répliqueront en insultant Dieu par

hostilité et par ignorance." Dieu a ainsi interdit l'insulte aux idoles des impies étant donné que cet outrage et cette injure faits à leur idoles peuvent être un motif pour les impies de blasphémer Dieu Tout Puissant. La *Maslaha* d'éviter leurs blasphèmes est donc plus grande que celle de notre injure à leurs idoles.

5. Le Prophète - Paix et Prière soient sur lui - a prohibé de trancher les mains (le *Hadd* étant une peine prescrite pour le vol) pendant les conquêtes afin que cela ne soit pas un motif incitant la personne qui a subit cette peine de joindre les impies. C'est pourquoi les peines et les châtiments (les *Houdouds*) ne sont pas exécutés pendant la guerre.
6. La parole de Dieu Tout Puissant : " Interdire aux femmes de frapper le sol de leurs pieds pour montrer leurs atours cachés, bien que la chose soit permise en soi. Cette interdiction se justifie par le fait que les hommes pourraient entendre le tintement du bracelet de cheville, ce qui serait une incitation à la séduction.
7. Le Prophète - Prière et Paix soient sur lui - a proscrit l'interdiction d'utiliser abondamment l'eau de peur que cela ne soit une *Zaria* (cause ou prétexte) d'interdire le pâturage. Dans le même *Hadith*, il justifie cette défense en disant que l'éleveur de bétail qui ne peut point se servir de cette eau pour son troupeau ne pourra pas l'amener paître dans les alentours.
8. Tous ces textes de la *Charia* s'accordent sur un seul jugement considéré comme catégorique: c'est que si l'acte, qui est permis pour la *Maslaha* qu'il réalise ou pour le mal qu'il repousse constitue en même temps un motif ou une *Zari'a* pour faire manquer une *Maslaha* plus importante ou pour causer un mal plus grand, le législateur doit alors interdire cet acte afin de réaliser celle des deux *Maslahas* estimée comme supérieure ou de repousser le plus grand des deux maux. Cette acception absolue s'applique de façon générale comme on vient de le voir, à tous les cas particuliers.

Applications de ce *Asl* (principe fondamental):

1. Accepter un présent est un acte permis pour la *Maslaha* qu'il réalise sur le plan de l'affection et de la concorde entre les Musulmans. Mais on interdit au gouverneur, au juge et à ceux qui assument une fonction publique d'accepter des présents vu que cela est un moyen pour satisfaire une demande de celui qui présente le cadeau même s'il n'a pas droit à ce qu'il réclame ou au jugement qu'il veut obtenir.
2. Le témoignage de l'adversaire contre son rival est à l'origine permis étant donné que cela mène à l'identification des droits et du bien fondé de la cause. Mais ce témoignage est interdit de peur que l'adversaire y trouve un motif pour attaquer son rival et lui causer à tort du mal.
3. Donner la préséance à l'un des deux adversaires devant les juges est un fait qui ne comporte en soi aucun mal. Mais comme cela constitue un motif à affecter profondément l'autre protagoniste, à affaiblir sa position en présentant sa cause, persuadé qu'il serait vain de chercher à prouver la véracité de sa cause tant que le juge a des préférences pour son adversaire et le privilège.
4. C'est à ce titre qu'il est interdit au juge de juger d'après sa propre connaissance de cause, ainsi que l'achat des denrées alimentaires pour les monopoliser, la vente des armes pendant la sédition aux impies, aux rebelles et aux brigands. Il est également interdit de louer sa maison ou sa boutique à celui qui y commet un péché ou à celui qui presse les raisins pour en faire du vin. Originellement, tous ces cas étaient permis pour la *Maslaha* qu'ils comportaient. Mais vu qu'ils constituaient aussi une *Zari'a* (motif) menant au mal, ces actes ont été interdits. Repousser les maux qui en découlent, prévaut sur les *Maslahas* réalisées (*A'alam Al Mowaka'eem* v.3 p.173).
5. C'est à ce même titre également que Omar a interdit à quelques uns de ses Compagnons d'épouser des juives. Cela pouvait être, en effet, une raison d'épouser des prostituées, vu que la plupart des juives ne

voyaient aucun mal à professer la prostitution si jamais elles y trouvaient un intérêt pour leurs coréligionnaires et afin que cela ne soit point un motif pour épouser les juives pour leur beauté et délaisser les Musulmanes avec tout ce que cela comporte comme mal et corruption. On peut rapprocher de ces cas l'interdiction imposée par l'Etat à certaines professions telles que les membres du corps diplomatique et les étudiants poursuivant leurs études à l'étranger d'épouser des étrangères afin de ne point risquer de porter atteinte aux intérêts de l'Etat. Il s'agit de l'interdiction d'un acte permis afin de ne pas constituer une *Zari'a* (moyen ou voie) entraînant ce qui est interdit comme le fait de divulguer les secrets d'Etat ou de détourner les étudiants de leur mission pour laquelle ils ont été envoyés à l'étranger.

6. S'inscrivent également sous ce principe, les directives données par Omar aux gouverneurs des provinces, leur demandant d'interdire aux non-Musulmans d'être des changeurs dans les marchés et de les renvoyer, justifiant cet ordre par le fait que les Musulmans, par la grâce de Dieu, n'ont pas besoin de leurs services. Malek a rapporté que Omar a estimé que cette décision était nécessaire pour empêcher certains Musulmans de croire que le *Riba* (l'usure) pratiqué par ceux-là, si on les laissait sans objection de la part des Musulmans, était permis par la *Charia*. C'est pourquoi il fallait les interdire. Dans le même ordre d'idées, rappelons que l'Etat interdit à certains étrangers d'exercer quelques activités importantes permises, qui se rapportant à la raison d'Etat, ne peuvent être confiés qu'aux nationaux. De même, on impose quelques restrictions à certaines professions et activités bien qu'à l'origine, tout citoyen a le droit de choisir la profession qui lui plaît et le travail qui lui convient et ce, pour ne point donner lieu aux abus, à la corruption et au mal.
7. On peut de même rappeler les interdictions décidées par l'Etat concernant l'abattage des femelles du bétail et la vente de la viande certains jours spécifiques si cet abattage entraîne une baisse de la production animalière et si la consommation quotidienne de la viande cause à la fois une hausse des prix et une baisse de la production de la viande.

8. Citons également et au même titre, l'interdiction de construire une usine dans une région peuplée par mesure d'hygiène pour la santé publique.
9. Enfin, rappelons aussi les plans économiques élaborés par l'Etat dans le domaine agricole et autres des activités économiques. En principe, l'entrepreneur a le droit de choisir le genre d'activité et le volume de production qui lui conviennent dans le domaine agricole. Mais l'Etat intervient s'il s'avère que laisser la totale liberté aux agriculteurs entraîne une surproduction d'une denrée particulière que le marché ne peut absorber et qu'il est impossible d'exporter, causant ainsi des pertes pour l'Etat, alors que d'autres produits agricoles nécessaires sont délaissés par les agriculteurs qui cherchent surtout à réaliser des gains considérables mais qui ignorent les conditions du marché extérieur et les relations de l'Etat avec les autres pays importateurs de cette denrée.

De nombreuses applications de ce *Asl* (principe) ont été citées dans mon ouvrage "La théorie de la *Maslaha*." On peut s'y référer surtout aux pages 234 et suivantes.

Le Quatrième *Asl*: le principe d'interdiction ou de circonvolution des *Ahkams* (règles de la *Charia*):

Définition du *Tahayul* (circonvolution) :

Définissant le *Tahayul* (circonvolution), Al Chatbi écrit qu'il s'agit en réalité de donner la priorité ou la préséance à un acte apparemment permis pour invalider un *Houkm* (règle de la *Charia*), le transformant de façon apparente en une autre règle. Cette manoeuvre vise à enfreindre en fait les lois de la *Charia*. Tel par exemple, le cas du donateur de ses biens à l'échéance de l'année (*Hawl*) pour échapper à la *Zakah*. Or, à l'origine le don est permis et le refus de payer la *Zakah* est en soi prohibé. Chacun des deux cas comporte à la preuve séparément une *Maslaha* ou une *Mafsada*. Si donc

on les associe avec cette intention, le don serait un moyen de ne pas s'acquitter de la *Zakah* ce qui est un mal, pourvu que cette association vise à annuler un *Houkm* (règle de la *Charia*) (*Al Mouwafakat* v. 2 p. 21).

Par conséquent, le *Tahayul* (circonvention) consiste à accomplir un acte ou à utiliser un moyen apparemment valide en vue de détourner un *Houkm* (règle) certifiée par la *Charia*. En effet, Dieu a prescrit certaines choses et en a interdit d'autres, souvent de façon absolue, inconditionnelle et sans les justifier, comme l'obligation de la prière, du pèlerinage, du jeûne, ainsi que l'interdiction de l'adultère, de l'usure, de l'homicide, de la dilapidation illégale et injuste des biens d'autrui. Dans d'autres cas, la prescription d'une règle ou son interdiction peut être soit liée à une justification soit dépendante d'une condition comme l'imposition de la *Zakah*, la *Kafarah* (l'expiation), le droit de préemption pour l'associé, de même le cas de la prohibition de remarier une femme qui a été répudiée à trois reprises, et celui de l'utilisation des biens usurpés et volés. Si une personne chargée de ces *Takalifs* (obligations ou devoirs) entreprend un acte communément légitime avec l'intention d'utiliser cet acte comme moyen de se soustraire à cette imposition que Dieu a prescrite ou de se permettre ce qui lui est interdit, ce qui est imposé devenant apparemment non imposé, et ce qui est illicite apparemment licite ou *Hallal*, ce procédé est considéré alors comme circonvention et subterfuge. Rappelons par exemple, que la *Charia* a interdit le *Riba'a* (l'usure): Si donc le fraudeur cherche à le circonvenir pour rendre un acte apparemment illicite, licite en donnant la priorité ou en commençant par un acte apparemment licite comme celui de la vente avec l'intention préméditée de vendre ce qui vaut dix comptant à vingt à terme, cet acte est ce qu'on appelle une circonvention ou un biais juridique et un subterfuge, visant à annuler une règle de la *Charia*. Ce qui veut dire donner au *Haram* l'apparence du *Hallal*. Si une personne possède des biens qui atteignent le *Nissab* (remplit les conditions requises pour la *Zakah*) et veut se dérober à cette obligation ou réduire la somme à payer, en faisant des dons ou en rassemblant ou en répartissant ses biens dans cette intention, cette personne est alors considérée comme manoeuvrant pour se soustraire à son obligation ou pour la réduire: Ce qui constitue une annulation d'une règle de la *Charia*, une négation d'un objectif catégorique de la *Charia* et un manquement d'une *Maslaha* reconnue.

D'autre part, l'héritier n'a point droit au testament effectué par celui qu'il hérite, ce qui constitue une sauvegarde de l'égalité entre les héritiers. Si le testateur a utilisé un subterfuge en recourant à un acte apparemment permis, tel que reconnaître une dette à l'héritier, cela constitue une circonvension d'une règle de la *Charia* pour annuler tout testament en faveur de l'héritier.

En somme, la circonvension s'accomplit si le tricheur vise un objectif prohibé et contraire à celui visé par la *Charia*, en invalidant un droit ou en annulant une obligation ou en rendant *Hallal* (licite) ce qui est *Harram* (illicite) ou bien l'inverse, le licite devenant illicite, sans recourir aux procédés qui normalement mènent à cette chose illicite. Par contre, il recourt à un subterfuge pour atteindre son but illicite et son objectif illégitime, consistant à accomplir un acte originairement légitime réalisant une *Maslaha* particulière qui n'est pas celle que vise le tricheur dont l'intention réelle est contraire à celle du Législateur.

C'est ainsi que le contrat du don est un contrat apparemment permis étant donné que sa légitimité vise des nombreuses *Maslahas* (intérêts) qui en découlent comme la protection et la charité à la personne bénéficiant du don, le moyen de lui assurer une certaine opulence que cette personne soit riche ou pauvre, et de gagner son affection et son amitié ainsi que de repousser le vice de l'avarice chez ce donateur. Si donc le donateur vise à assurer toutes ces *Maslahas*, par son don, celui-ci sera alors légitime. L'intention du donateur correspondant ainsi à celle du Législateur qui a institué cette législation. Mais le fraudeur vise par cet acte autre chose: se dérober à l'obligation de payer la *Zakah*, ce qui est contraire à la *Maslaha* de la protection, de la mansuétude et renforce le vice de l'avarice et de la ladrerie.

De même, le Législateur a visé par le contrat de mariage la constitution d'une famille, la procréation, le co-habitat, l'affection et la tendresse entre l'époux et son épouse. Si donc le tricheur vise le premier aspect d'un mariage (sexe), sans avoir l'intention de constituer une famille ou de coopérer avec son épouse pour l'éducation de leurs enfants, son

intention est alors considérée comme contraire à celle du Législateur qui vise par le mariage la cohabitation permanente et la coopération des deux époux pour endosser les charges de la vie. Or, le fraudeur ne vise point par le contrat de mariage, la réalisation de ces *Maslahas*.

C'est pourquoi nous avons affirmé qu'il n'y a de circonvension que si la personne cherche à enfreindre et à annuler un *Asl* (principe fondamental) de la *Charia* et une *Maslaha* approuvée: "Les circonvensions à être prohibées et annulées, dit Al Chatbi, sont celles qui détruisent un *Asl* (principe fondamental) de la *Charia* et qui sont contraires à une *Maslaha* de la *Charia*. Si nous supposons que la circonvension n'annule pas un principe fondamental et n'est pas contraire à une *Maslaha* déterminée par la *Charia*, sa validité est alors reconnue et l'acte n'est point considéré comme nul et non valide.

Al Chatbi ajoute également (*Al Mouwafakat* vol.2 p.387): " Etant donné que les *Ahkams* (règles instituées) ont été établies pour l'intérêt des hommes, les actions doivent être par conséquent considérées en fonction de ces intérêts, vu qu'ils constituent l'objectif du Législateur. Si donc un acte est apparemment et en fait conforme à la légitimité, il ne pose aucun problème. Par contre, s'il est en apparence conforme à la légitimité alors que la *Maslaha* réalisée enfreint cette règle, l'acte est considéré alors comme non valable et illégitime. Les actes fondés sur la *Charia* n'ont pas été institués pour eux-mêmes mais à d'autres fins: le sens qu'ils impliquent, à savoir les *Maslahas* pour lesquelles ils ont été édictés. Celui qui agit de façon contraire, se trouve donc dans l'illégitimité. (*Al Mouwafakat* vol 2 p.385).

Les évidences qui prouvent la reconnaissance de ce *Asl* (principe fondamental) par le Législateur :

Al Chatbi a fondé la réfutation du "Tahayoul"(circonvension) sur un nombre de Ousouls (principes fondamentaux) d'ordre général et de règles catégoriques. Il a déduit ensuite des textes de la *Charia* que la circonvension qui consiste à se servir d'un acte apparemment légitime pour annuler les règles de la *Charia* est une méthode frappée de nullité par la *Charia*.

Ces fondements sont:

1. La circonvension va à l'encontre de l'objectif du Législateur.

La nullité de la circonvension se fonde, d'après Al Chatbi, sur le fait que le fraudeur vise ce qui est contraire à l'objectif du Législateur, son acte est donc frappé de nullité, vu que l'intention de celui qui agit selon la *Charia* doit être conforme à l'objectif du Législateur. Celui, donc, qui se sert des *Takalifs* (obligations) de la *Charia* pour réaliser un objectif autre que celui pour lequel elles ont été instituées, enfreint la *Charia* et l'acte de toute personne ayant commis cette infraction, se trouve annulé. Al Chatbi a donc donné les preuves pour prouver que l'infraction de l'objectif ou de l'intention du Législateur rend l'acte nul. et non valide (*Al Mouwafakat* vol.2 p.231)

2. La conséquence d'un acte de circonvension est en fin de compte la *Mafsada* (mal) :

Al Chatbi a établi les preuves catégoriques que la considération des conséquences des actes représente un objectif dont tient compte le Législateur. Ce *Asl* (principe fondamental) signifie que le juriste ne peut juger de la permissibilité ou de l'interdiction d'un acte qu'après avoir examiné les conséquences qui en ont découlé. L'application de ce *Asl* (principe) fait que l'acte permis et légitimé pour une *Maslaha* qu'il entraîne ou pour un mal qu'il repousse, est interdit si la réalisation de cette *Maslaha* ou le mal évité sont la cause de la non réalisation d'une *Maslaha* plus importante ou d'un mal plus grave. De même, l'acte non permis pour le mal qu'il entraîne ou la *Maslaha* qu'il repousse, devrait être permis si la *Maslaha* réalisée ou le mal repoussé entraînent une *Maslaha* égale ou supérieure. C'est le *Asl* (principe) qui s'applique au *Tahayul* (circonvension).

3. Le principe de la non validité de la circonvension pour rendre un devoir inapplicable par accomplissement ou omission à une condition :

Une cause justifiant un devoir, dépend, pour être applicable, de l'accomplissement ou de l'omission d'une certaine action. Si une personne satisfait ou omet cette cause justificative dans l'objectif de réaliser une

Maslaha légitime, l'action sera valide. Mais si cette personne remplit ou omet cette condition afin uniquement d'être en règle sans avoir l'intention de réaliser une *Maslaha* légitime, mais visant plutôt à détourner les conditions requises pour un devoir à accomplir, cette action est alors illégitime et non valide. Si le *Nissab* (somme imposable pour la *Zakah*) est atteint, il motive l'obligation de la *Zakah*. Mais cette obligation dépendra du maintien de ce *Nissab* jusqu'à l'écoulement de l'année (*Al Hawl*). Si, par conséquent, la personne chargée de l'obligation de la *Zakah*, poussée par la nécessité, dépense ce *Nissab* avant l'échéance de l'année (*Al Hawl*) ou bien la conserve en prévision d'une nécessité, les conséquences fondées sur les causes de cette obligation dépendront de l'existence ou de la non existence de la condition requise de cette obligation. Par contre si cette personne dépense le *Nissab*, étant donné qu'il constitue la condition requise pour l'obligation du paiement de la *Zakah* dans l'intention d'éviter les conséquences qui auraient dû en découler, cette action est alors non valide.

Al Chatbi a présenté des preuves catégoriques qui, dans leur ensemble, confirment qu'agir, en vue de satisfaire la condition requise ou de l'omettre afin d'annuler la validité de la cause, constitue un acte non valide et nul. Cet acte, ajoute-t-il, qui vise à établir une cause motivant une conséquence dans le but de réaliser une *Maslaha* ou d'éviter un mal, n'est que pure absurdité, dépourvue de sens et d'intérêt. Contraire à la règle des *Maslahas*, base des jugements à prendre, cet acte est également contraire à ce que vise le Législateur, vu que la cause, ayant existé effectivement, détermine en conséquence des obligations légales, mais dont l'exécution dépend de la réalisation d'une condition complémentaire à la cause. Mais celui qui a agi ainsi dans l'intention d'éviter l'obligation qu'entraîne la cause a du même coup agi en visant un objectif contraire à celui du Législateur. Or, aller à l'encontre de l'objectif du Législateur est non valide; par conséquent l'acte est donc nul et non valide. (*Al Mouwafakat*, vol 2 p 278)

4. Absence de la volonté délibérée dans le contrat, acte de la circonvension:

La satisfaction est le fondement de tout contrat mais la satisfaction étant plutôt intérieure, impossible à déceler de façon évidente, la *Charia* a

placé la probabilité de la satisfaction dans la formulation du contrat lui-même. Mais s'il s'avère que le contractant qui a établi les termes du contrat a intentionnellement visé autre chose que ce pourquoi ils ont été formulés, la satisfaction du contrat devient nulle. La formule utilisée ne peut en effet constituer une justification de la conséquence découlant de l'accord conclu que si le contractant l'a délibérément entendue et visée, ne cherchant point une autre acception contraire à ce qu'elle signifie et aux obligations qu'elle implique.

Celui qui fait un contrat d'un don avec l'intention de s'en servir pour se dérober et ne pas payer la *Zakah* ne satisfait pas les conditions du contrat conclu, vu qu'il a visé par la formule - l'acte de donation - le contraire de ce qu'elle implique. Le terme de "don" se réfère, dans son origine, à la volonté d'un donateur décidé à octroyer un bien à un donataire à titre de charité et de bienfaisance. Mais le donateur du *Nissab* (de la *Zakah*) n'attribue pas au terme "don" le sens qui lui est dévolu par la *Charia*, mais il cherche à se dérober à l'obligation de payer la *Zakah*. La *Charia* n'a point utilisé le terme de "don" en l'entendant comme moyen d'éviter le paiement de la *Zakah*, de même qu'elle n'a pas signifié par le terme *Nikah* (mariage) un moyen permettant à un homme qui a divorcé sa femme trois fois de la réépouser, mais plutôt un moyen d'assurer la permanence et la continuité de la vie commune conjugale.

5. La circonvension est non valide d'après la règle de la "contra-condition":

Les jurisconsultes se sont accordés à dire que si les deux parties contractantes posent une condition contraire à ce qu'implique le contrat ou ce qui est, du point de vue de la *Charia* n'est pas *Hallal* (licite), la condition est alors considérée comme illicite et le contrat est annulé. Les *Chaféïtes* et les *Hanéfites* se sont contentés de ce jugement, mais les *Malékites* et les *Hanabites* ont poussé un peu plus loin leur raisonnement en disant que si les deux parties contractantes agissent de connivence en ce qui concerne la condition posée et se sont accordés sur ce qui annulerait le contrat s'il avait été explicité, ce contrat est alors jugé nul et non valide au cas où cette intention et cet objectif se trouvent prouvés par un des moyens

d'identification reconnus de la *Charia*. Par contre, le premier groupe - les *Chaféites* et les *Hanéfites* - n'ont pas considéré le contrat comme nul même si l'intention illégitime avait été prouvée et que la connivence à propos de la condition contraire à ce qu'implique le contrat est évidente, et ce, en se référant aux *Zahiri* (les apparences).

6. Une preuve déductive interdisant la circonvension:

Il existe des textes de la *Charia* dont l'ensemble certifie de façon catégorique l'interdiction de la circonvension par la *Charia*. En voici quelques uns:

- a) Les versets du Coran concernant les hypocrites et les imposteurs: Dieu, blâmant ces deux catégories les a flétris et les a menacés de Sa punition. L'hypocrite et l'imposteur sont ceux qui émettent des paroles ou accomplissent des actes, avec un objectif contraire à celui visé par le Législateur quant à ces paroles ou à ces actes. C'est ainsi que l'imposteur prononce les paroles de la *Chahada* non avec l'intention implicite et explicite de se soumettre à Dieu Tout Puissant, mais avec l'intention de préserver ses biens ou de sauver sa vie. De même, l'hypocrite pratique ses prières non avec l'intention de se tourner à Dieu, L'Unique Adoré, ni pour mériter Sa récompense dans l'au-delà, mais dans l'intention d'obtenir les faveurs des hommes ou de gagner leur respect et autres espèces de biens de ce monde.

- b) Les paroles du Saint Coran concernant les propriétaires de vergers qui ont juré de cueillir leurs fruits la nuit afin d'esquiver le droit du pauvre. Selon la loi de ces propriétaires, le pauvre n'a droit que s'il assiste à une part de cette cueillette. Aussi Dieu les a-t-il punis ici - bas en détruisant leurs vergers, tout en leur ménageant un châtement bien plus terrible dans l'au delà. Par ailleurs, la circonvension visant à aller à l'encontre de l'objectif du Législateur est évidente dans leur action vu qu'ils ne cherchent pas, par la cueillette en l'absence des

pauvres une *Maslaha* déterminée ordonnée par le Législateur mais leur but se limitait à priver les pauvres de leurs droits.

- c) Il existe également l'histoire racontée par le Saint Coran à propos du peuple du *Sabbat*. Comme il leur était interdit de procéder à la pêche le samedi, ils avaient alors creusé des bassins reliés par des canaux à la mer pour que les grands poissons y entrent le samedi et qu'emprisonnés, ils puissent les pêcher les autres jours de la semaine.
- d) Le Saint Coran interdit à l'époux de manœuvrer en usant de la *Rag'ae* (droit de retour) pendant la (*Edda*) dans l'intention de nuire à l'épouse répudiée. En effet, le mari divorçait sa femme et la laissant jusqu'à l'approche de la fin du délai de viduité (*Edda*) revenait à elle puis la répudiait de nouveau jusqu'à l'approche de la fin de la *Edda*, revenait à elle et ainsi de suite, dans le seul but de lui nuire.
- e) Le Saint Coran a posé une condition pour le testament. Celui-ci ne doit point être établi dans l'intention de nuire aux héritiers légitimes. Les textes de la *Sunna* ont confirmé ces paroles; Ils ont proscrit au Musulman de réarranger les divers éléments ou les modalités de ses biens afin de ne point payer l'aumône. Il faut rappeler également que la *Sunna* a mis en garde les Musulmans contre les agissements des juifs qui, par les subterfuges les plus hideux, se sont permis ce que Dieu a interdit. Dieu leur avait interdit de manger les graisses, mais ils les ont arrangés, les ont vendues et ont joui des revenus de leur vente. De même on trouve dans la *Sunna*, la condamnation du *Mouhallel* et du *Mouhallallah*, c'est à dire la personne qui épouse une femme répudiée trois fois pour lui permettre de revenir après son divorce à son premier mari, qui est aussi maudit pour avoir eu recours à ce subterfuge afin de détourner l'interdiction de la *Charia*. Le suborneur et celui qui reçoit le pot de vin sont également maudits. Le présent du débiteur, la vente de Aina (acheter un article à tempérament et le vendre au comptant avant la fin du terme initial), ainsi que la saisie injustifiée de la propriété par les dirigeants du

pays ont été bannis. Dans tous ces cas, l'intention de violer les Lois du Législateur est évidente et la circonvension est certaine.

Cinquième *Asl* (principe fondamental):
L'*Istihsan* (approbation discrétionnaire) :

Les Malékites ont défini l'*Istihsan* (approbation) comme étant une préférence accordée à une *Maslaha* partielle plutôt qu'à un *Qiyas* (analogie) général. C'est donner la préséance au *Morsal* libre (raisonnement) sur le *Qiyas* (analogie) (*Al Mouwafakat* vol.3 p.139). D'après Al Chatbi, l'*Istihsan* pour les *Malékites* consiste à donner la préséance au raisonnement libre sur le *Qiyas*. De son côté, Ibn Rochd, estime que, étant donné que le *Qiyas* pourrait entraîner des jugements excessifs et sévères, on y renonce pour un certain cas en raison d'un facteur qui affecte le jugement et qui est spécifique à ce cas. (*Al Mouwafakat* vol.1 p.40)

En somme, on peut résumer ainsi les implications de ces définitions:

L'*Istihsan* ne se fonde pas uniquement sur la rationalité. C'est ce que confirme Ibn Al Arabi qui déclare que renoncer à une preuve ne peut se faire que pour une preuve plus forte qui pourrait être *Ijma'e* (consensus) *Orf* (tradition) ou la *Maslaha* libre ou la règle de *Raf'e Al Harag* (écarter la gêne ou les difficultés). Al Chatbi donne la définition suivante: *Istihsan* est l'adoption d'une *Maslaha* partielle face à une preuve générale. "Il s'agit par conséquent de donner la préséance au *Isdidlal Morsal* (raisonnement libre) sur le *Qiyas* (analogie). Ceci montre clairement que l'*Istihsan* est un raisonnement fondé sur la preuve de la *Maslaha* dont le genre est attesté par les textes de la *Charia*, par opposition au *Qiyas*, en tant que règle générale et non partielle.

Si, par exemple, le *Qiyas* (analogie) est pris dans le sens de règle ou de fondement interdisant le *Gharar* dans son ensemble dans les diverses transactions, la *Maslaha* libre exige qu'un *Gharar* (vente aléatoire) de petite importance (c'est-à-dire l'ignorance par ex. de certains aspects des ventes) doit être, par contre, admis, étant donné que l'interdiction de la vente pour un *Gharar* grand ou de peu d'importance pourrait entraîner l'interdiction de

toute vente. Or, les opérations de vente représentent une activité indispensable et les interdire ou les entraver constitue une grave épreuve. Par ailleurs, on sait que, d'une part, la *Charia* a statué l'élimination de la difficulté et de la gêne (*Haraj et Machaka*) et que, d'autre part, la vente, dans son principe même, est indispensable ou nécessaire. De plus, l'élimination du *Gharar* est un élément complémentaire à cette nécessité et à cette utilité, et comme les textes de la *Charia* ont attesté que si la *Maslaha* complémentaire entraîne l'annulation de la *Maslaha* essentielle et fondamentale, cette *Maslaha* complémentaire est alors à négliger. C'est ainsi qu'il faut abandonner le *Qiyas* général par la gêne et les difficultés qu'il peut entraîner dans certaines de ses implications. En somme, décider de l'interdiction du *Gharar* de façon absolue, entraîne la non réalisation de la *Maslaha* visée par ce texte même. En effet, interdire le *Gharar* dans son ensemble ne peut qu'aboutir à fermer les portes à toute vente qu'est la *Maslaha* fondamentale et primordiale, et si cette *Maslaha* fondamentale n'est pas réalisée, la *Maslaha* complémentaire le serait aussi, vu qu'elles sont indissociablement liées.

Les types de *Istihsan* :

Certains Malékites comme Ibn Al Arabi donnent à l'*Istihsan* une acception large, permettant d'inclure toute action d'après n'importe quelle preuve contraire au texte dans sa généralité ou à la régularité du *Qiyas* (analogie). C'est pourquoi Ibn Al Arabi distingue l'*Istihsan* d'après *Orf* (coutumes), *Ijma'e* (consensus), la *Morsala* (communément admise), la *Maslaha* et le *Asl* (principe fondamental) de la levée du *Haraj* et de la *Machaka* (la gêne et la difficulté).

1) Pour le recours à la coutume plutôt qu'à la règle générale, il a pris comme exemple le serment et sa référence à la coutume. Ainsi, si une personne a juré de ne pas entrer dans une maison, elle ne trahit pas son serment en entrant dans une mosquée bien qu'au niveau de la langue, il s'agit d'une violation du serment, vu que la mosquée se nomme "Maison". Malek préfère recourir à l'usage habituel et coutumier de la langue plutôt qu'au sens restreint et limité donné par la langue. Par conséquent, il a estimé que l'entrée de la Mosquée ne

constituera pas une violation du serment étant donné que dans la langue de communication courante, elle n'est pas désignée par le terme "maison".

- 2) Quant au cas de l'abandon de la preuve en faveur de la *Maslaha*, il l'a illustré par l'exemple de la garantie exigée de l'ouvrier à la journée travaillant en indépendant. En règle générale, celui-ci se caractérise par l'honnêteté et on n'exige pas de l'homme honnête une garantie, à moins qu'on ne prouve le contraire. Toutefois Malek a préféré ne pas se fonder sur cette règle quand les consciences ont été corrompues et que cette malhonnêteté a prédominé chez les journaliers. C'est cette fréquence qui a déterminé Malek à placer le serviteur en position du réquerant dont l'allégation de perte et de destruction ne peut être acceptée sans preuve, alors qu'à l'origine, quand la religion éclairait les âmes, le journalier était l'accusé vu que les apparences et l'usage courant témoignaient pour lui. Sa justification du dommage subi était, par conséquent, admis sans preuve. Ainsi, Malek, en exigeant la garantie du journalier commun, s'est fondé sur la *Maslaha* pour exclure ce cas du *Asl* (règle générale, ou fondamentale).
- 3) Pour le cas de l'abondance de la preuve en faveur du *Ijma'e*, il l'a illustré par l'exemple de l'imposition de la valeur totale de la bête à celui qui a coupé la queue de la mule du juge. Ce jugement constitue une exception à la règle générale qui exige que l'agresseur débourse l'équivalent de ce qui a été endommagé par l'agression par rapport à la valeur du *Ain* (le bien) objet de cette agression. Il a motivé ce *Istihsan* fondé sur le consensus du fait que la mule du juge sert habituellement de monture et n'est point utilisée pour un autre objectif. Lui couper la queue équivaut à l'annulation totale de sa *Maslaha* (utilité) étant donné cet aspect spécifique de son utilisation: l'utilité de la mule et par conséquent son existence même, deviennent pour le juge nulles et vaines. Vu que la compensation consiste à réparer les dommages subis par le juge du fait de la queue coupée de sa mule, et que le montant déboursé doit être suffisant

pour acheter une autre monture, l'agresseur doit donc payer la valeur de la bête entière.

4.L'abondance de la preuve en faveur de la règle de la levée de la gêne et de la difficulté, est illustré par le cas d'abondance de la preuve pour les questions ne présentant pas une grande importance, et ce, pour éviter la difficulté et faciliter la vie à l'homme. C'est ainsi que les *Malékites* ont permis l'entrée des bains publics sans la détermination des charges d'emploi ni celle de la durée d'utilisation, ou celle de l'eau employée. La règle fondamentale était l'interdiction, mais ils ont estimé que "si ces questions ne sont pas précisées par le *Orf* (coutume), elles perdent toute importance par nécessité. Il existe par ailleurs, une règle jurisprudentielle stipulant l'impossibilité d'annuler le *Gharar* dans sa totalité dans les contrats, étant donné que cela restreint le champ des transactions. Mais on a recours à la règle du *Gharar* à titre de complément pour éviter les différents litiges qui pourraient se produire. Il s'agit donc d'un des éléments complémentaires, et on sait que si ceux-ci, pris en considération, entraînent l'annulation des *Maslahas* fondamentales, ils sont annulés dans leur totalité en vue de la réalisation de la *Maslaha* la plus importante. Il faut donc permettre certains types du *Gharar*, conséquences souvent inévitables des opérations de vente, étant donné qu'il serait difficile à la personne en cause de les éviter."

Malek a longuement développé ces questions. Il a ainsi permis d'engager un salarié contre sa nourriture sans que sa quantité ne soit spécifiée, vu que le *Gharar* ici, est de si peu d'importance qu'il peut être facilement admis et n'entraînera pas, dans la plupart de cas, de disputes. Il a établi une différence entre le *Gharar* de peu d'importance qu'implique la vente à terme qu'il permet et le *Gharar* affectant les prix qu'il interdit. En conséquence, il a permis l'achat d'une marchandise avant la moisson, mais interdit la vente immédiate, si même elle est faite à un *dirham* (la marchandise devant être délivrée au moment de la moisson), le laxisme n'étant point toléré quant aux prix et leur évaluation la plupart du temps ne peut point être laissée à la coutume. Par contre, le prêteur peut tolérer

quelques jours de retard dans l'échéance, mais ne tolère pas de changements dans le prix.

On peut constater qu'il s'agit d'une catégorie de cas secondaires (branches), dont l'un des cas pouvait être ramené aux règles générales connues et qu'on lui applique un jugement conforme à celui des cas similaires régis par ces règles. Mais étant donné que le fait de le ramener à ces règles et à ces généralités entraîne la perte d'une *Maslaha* statuée par plusieurs textes, ou viole la règle de la levée de la difficulté et de la gêne, ou bien contredit le *Ijma'e* (consensus) ou le *Orf* (les coutumes), on s'est abstenu de soumettre cette catégorie aux règles générales pour lui appliquer un jugement spécifique ou particulier susceptible de réaliser une *Maslaha* ou de lever la gêne ou qui soit conforme au *Ijma'e* (consensus) et au *Orf* (coutumes).

Certains Malékites avaient restreint l'*Istihsan* à un seul genre consistant à renoncer à la preuve en vue d'une *Maslaha* ou à donner la préséance au *Morsal* (raisonnement libre) sur le *Qiyas* (analogie), dans le sens de règle générale. C'est ce que fait Al Chatbi lui-même, rapportant que d'après certains Malékites, l'*Istihsan* est le recours à une *Maslaha* partielle plutôt qu'au *Qiyas* général. Ainsi l'*Istihsan* se trouve écarté par le consensus, la tradition, la règle de la levée de la gêne. Toutefois cette dernière règle est attribuée à une *Maslaha* communément admise attestée par les textes de la *Charia*. De même le *Orf* (coutumes) peut être la source de *Maslaha*, étant donné que la méconnaissance des coutumes des hommes et de leurs habitudes dans les transactions peut entraîner de graves difficultés et une grande gêne. Quant au *Ijma'e* (consensus) dans l'exemple cité, il est évident qu'il se fonde également sur la *Maslaha*.

En ce qui concerne Al Karafi, il définit l'*Istihsan* comme étant l'abandon d'un *Qiyas* (analogie) menant à un jugement excessif et sévère en faveur d'une acception dont dépendrait le jugement et qui est spécifique à ce cas. Il est probable qu'il entend par cette acception qui a motivé le rejet de l'analogie, la *Maslaha* communément admise. De même, cette acception pourrait être aussi bien le *Orf* (coutume), le *Ijma'e* (consensus) ou encore la levée de la difficulté et de la gêne. Si par exemple, le *Qiyas* (analogie)

impose l'interdiction du *Gharar* dans son ensemble, suivre le *Qiyas* strictement et à la lettre peut entraîner l'interdiction de la vente de nombreuses marchandises dont l'achat et la vente sont permis, telle que la vente des noisettes et des amandes avec leurs coques ainsi que la vente des racines enfouies entièrement dans le sol. Bien plus, il serait interdit de vendre tout ce qui comporte une partie cachée - telles que les maisons dont les fondements sont creusés dans la terre - ainsi que d'innombrables cas semblables pour lesquels il n'existe pas de textes qui les permettent. Il est évident qu'on ne peut les interdire à priori, vu qu'une telle interdiction entraînerait une gêne pénible et des difficultés énormes. Ainsi, on ne peut dire que l'interdiction du *Gharar* de façon absolue aboutit à un jugement sévère et excessif. Par conséquent le *Qiyas* (analogie) ne s'étend pas pour couvrir les cas de petits gharars que les gens, de façon générale, tolèrent et qui n'entraînent pas de différends. La raison pour laquelle on a renoncé au *Qiyas* (analogie) raison spécifique à ce cas, est la levée de la gêne et de la difficulté pour les hommes en les déchargeant des obligations imposées par les preuves dans les affaires de peu d'importance.

Le jurisconsulte se trouve alors devant un texte général ou un *Qiyas* comme il constatera que si cette généralité ou ce *Qiyas* sont suivis intégralement et à la lettre, cela aboutira à des règles excessives et trop rigoureuses pour certains cas. Le résultat serait des préjudices infligés aux hommes et des épreuves et des difficultés qui leur sont imposées. Le jurisconsulte n'aura alors qu'à renoncer au *Qiyas* pour ce cas, afin d'éviter aux hommes ces difficultés et ces épreuves, se conformant ainsi à la règle des besoins et des nécessités sur les obligations. C'est pourquoi on rapporte ces paroles de Malek: "Celui qui se soumet aveuglement au *Qiyas* (analogie) s'écarte presque de la *Sunna* (*Al Ei'tissam* vol 2 p.138)

Evidence Du ASL (principe fondamental) de ISTIHSAN

Présentant les preuves de la *Charia* qui, dans leur ensemble confirment que le Législateur prend en considération le principe de *Istihsan*, Al Chatbi écrit: "En jurisprudence, les exemples sont nombreux, comme le cas du prêt, qui est à l'origine une opération usuraire, étant donné que le *Dirham* est accordé contre un *Dirham* à terme. Mais il a été permis pour les

facilités qu'il offre aux nécessiteux, car si on avait maintenu l'interdiction, cela aurait causé des difficultés à ceux qui se conforment à la *Charia* dans leurs transactions. Un autre exemple est celui de la vente de "Araya" ou la concession du dattier avec ses fruits encore sur les branches contre des dattes sèches, vu qu'il s'agit d'une vente d'un produit frais contre un produit sec. Mais cette opération a été permise pour l'intérêt et les facilités qu'elle comporte pour les deux parties concernées par cet échange. Si celui-ci avait été interdit, ce type de vente ne pourrait exister. De même le *Riba* (usure) dans le crédit à terme, aurait abouti à des difficultés s'il avait été banni. On rappelle également les exemples des prières du coucher et du soir qu'on combine et rassemble pour éviter la fatigue, celui des prières et du jeûne pendant les longs voyages, les prières faites sous l'effet de la peur ainsi que les autres licences accordées pour des cas semblables. En fait, ces autorisations, dont l'interdiction est exigée par la preuve générale, ne sont données que pour une fin assurant une *Maslaha* ou évitant une *mafsada* dans ce cas précis. Maintenir les interdictions de la preuve générale aurait mené au renoncement à la *Maslaha* visée par cette même preuve. C'est pourquoi on doit prendre en considération les conséquences ou l'aboutissement (de l'acte en question). Les exemples du corps dévêtu qu'on expose et soumet à l'examen médical pour un traitement, de prêteur et du metayage, ainsi que de la vente de "*Salam*", sont également à citer, bien que tous ces cas soient interdits par la preuve générale. "Il s'agit là d'un type de preuves ou d'évidences, conclut Al Chatbi, qui prouve la justesse de cette règle que Malek et ses disciples ont adoptées".

La relation du *Istihsan* au texte

Le *Istihsan* se trouve impliqué dans les textes de la *Charia* à deux niveaux:

Premièrement: La règle de *Istihsan* comme nous l'avons déjà mentionné a été établie par déduction de nombreuses évidences ou preuves de façon catégorique. La suivre revient à suivre ces textes, et non sa propre opinion ou bien instituer une règle selon ses propres désirs. Or la preuve générale déduite est, comme précédemment dit, semblable au sens général dérivé d'un texte général de la *Charia*.

Deuxièmement: Dans chaque cas de *Istihsan*, le juriste a recours à une évidence ou preuve de la *Charia*, soit *Ijma'* (consensus), soit *Orf* (coutumes), soit *Morsala* (communément admise), soit *Maslaha* (intérêt ou utilité) ou levée de la difficulté et de la gêne, considérées toutes comme légitimes et comme déjà mentionnées dérivées du principe de la prise en considération des *Maslahas* pour un jugement à émettre.

Le sens de *Takhsis* (particularisation) du texte et le renoncement au *Qiyas* (analogie) pour la *Maslaha* du point de vue des *Malékites*

Les juristes *Malékites* estiment que si le général est appliqué et que le *Qiyas* (analogie) est retenu, il est préférable, selon *Malek*, qu'ils soient considérés, spécifiés en fonction de la *Maslaha*. L'*Istihsan*, comme on le sait, est le renoncement à ce qu'impose l'évidence ou la preuve pour la *Maslaha*. Or la *Maslaha*, telle que les *Malékites* l'entendent, est celle qui se conforme à la *Charia*. C'est un *Asl* (principe général) déduit de plusieurs textes et d'un ensemble de preuves qui dans leur totalité, instituent son caractère catégorique. Ainsi, la particularisation (c'est-à-dire la restriction du général) est faite d'après l'ensemble des textes attestant l'espèce de la *Maslaha* en question et des preuves dont on a déduit le *Asl* (principe général, catégorique). Cette *Maslaha* n'est donc pas celle qui, dans l'abstrait, est conçue par les hommes.

De son côté, Al Chatbi a récusé l'opinion de ceux qui prétendaient que l'*Istihsan* est ce que le juriste préfère, selon sa propre logique et ses penchants, en disant que ni la nécessité, ni la raison ni une preuve catégorique ou conjecturale, de la *Charia* ne soutiennent une telle allégation. Et si elle existe, elle ne peut être attribuée à la *Charia* (Loi de Dieu) puisqu'elle se réfère essentiellement à une loi élaborée par la raison.

CHAPITRE III

**Conciliation de l'opinion des *Malekites* relative
à l'annulation de la *Maslaha* contraire au texte
et celle concernant le *Istihsan* considérée
comme étant la préséance donnée à la
Maslaha
sur ce qu'impose l'évidence**

Conciliation de l'opinion des *Malekites* relative à l'annulation de la *Maslaha* contraire au texte et celle concernant le *Istihsan* considérée comme étant la préséance donnée à la *Maslaha* sur ce qu'impose l'évidence

Certains écrivains contemporains ont relevé et reproché aux *Malékites* leurs opinions contradictoires: D'un part, ils affirment que la *Maslaha* qui est contraire aux textes (Lois) est nulle et non avenue, et d'autre part ils estiment que le *Istihsan* est le renoncement à ce qu'exige la preuve au profit de la *Maslaha*. De plus, ils disent que si l'on se réfère du général pour l'appliquer aux cas, il est préférable selon Malek de le particulariser (c'est-à-dire le restreindre) ou de le considérer en fonction de la *Maslaha* en question. Ainsi, il semble qu'en ce qui concerne le *Istihsan*, les *Malékites* donnent la préséance à la *Maslaha* sur les généralités, alors qu'ils annulent celle contraire au texte en ce qui concerne la *Maslaha* elle-même. En fait cette contradiction n'est qu'apparente. En voici les raisons:

1. La *Maslaha* à laquelle on donne la préséance sur le *Qiyas* (analogie) et les généralités, est la *Maslaha* qui est conforme à l'espèce qu'exige la *Charia*, c'est-à-dire qui ne soit ni incompatible avec l'un des *Asl* (principe fondamental), ni contraire à l'une de ses preuves. On peut, par conséquent, dire que ce qu'entendent les *Malékites* par "généralités" et "*Qiyas*" particularisés ou spécifiés (c'est-à-dire restreints) à la *Maslaha*, est ce qui vise à réaliser un objectif et non point la preuve ou le texte de la *Charia*.

Ainsi, dans le cas de la responsabilité financière du journalier indépendant, exemple des preuves (généralités) spécifiées par la *Maslaha*, on se trouve pas de texte comportant dans sa généralité la non-imposition de cette responsabilité. Le motif de la garantie est, en effet, la faute ou l'hostilité comme le précisent ces paroles de Dieu Tout Puissant " Soyez hostile envers quiconque vous est hostile dans la mesure où il vous est hostile". Ce texte établit un jugement objectif et indiscutable, reste le moyen

de prouver cette hostilité. Mais, nous trouvons également à ce propos un autre texte, à savoir, la parole du Prophète (Prière et Paix soient sur lui): "La charge de la preuve incombe au demandeur et à celui qui nie le serment". L'application de ce qu'implique cette preuve exige la non imposition de la compensation au journalier en indépendant pour les dommages subis et dont il n'est point, comme il le prétend, responsable, vu que les conditions prévalant à cette époque où la religion remplissait les coeurs et orientait les hommes, témoignaient en sa faveur. Sa position est alors celle de l'accusé, de celui qui nie. Mais, lorsque la malhonnêteté, la négligence et la trahison ont prédominé chez les artisans et les journaliers, on a délaissé ces généralités afin de préserver les biens et le journalier a été considéré comme demandeur. Dans ce cas, en effet, les conditions prévalant sont en faveur du possesseur du bien qui devient l'accusé et le journalier requérant. Ainsi, ce qui importe c'est le motif qui justifie le jugement et non un texte de la *Charia* qui donne la préséance à la *Maslaha* sur ce texte.

Al Chatbi, dans son ouvrage (*Al Ittisam*, vol.II p.161) écrit à ce propos: "On sait que chaque question doit être considérée sous deux aspects: celui de l'évidence ou la preuve pour le jugement et celui de son motif. Pour le premier, on ne peut que se référer au Livre (*Le Coran*) et à la *Sunna* ou bien au *Ijma* (consensus), au *Qiyas* (analogie) et autres principes qui en dérivent. Quant au motif du jugement, il n'est point nécessaire qu'il soit établi d'après une évidence ou preuve de la *Charia* mais il peut l'être d'après ou sans cette preuve".

Cette même règle est appliquée pour les cas sans grande importance en vue de lever la gêne et la difficulté. Mais ici, on n'entend pas par preuve, le texte qui a dicté le jugement de la *Charia* et auquel on a renoncé pour une plus grande facilité, mais on l'entend dans le sens de l'accomplissement du motif de la preuve de la *Charia*. C'est ainsi qu'un Hadith a interdit de façon catégorique le "*Gharar*", et Malek qui cherchait d'abord les raisons qui ont motivé ce *Hadith* pour ensuite voir si ces motifs s'appliquent à d'autres cas pour lesquels il n'existe pas de textes à suivre pour les jugements, écrit dans (*Al Mouwafakat*, vol.I p.89): "Les mots du *Hadith* ne signifient point l'interdiction de tout ce qu'on appelle *Gharar*, étant donné qu'il a été prouvé que le Législateur a permis la vente des noix et des amandes ainsi que celle

des maisons dont les fondations se trouvent cachées, or tous ces cas constituent des formes de *Gharar*. Le *Gharar* visé par le *Hadith* est celui qui entraîne des litiges et qu'on ne peut généralement admettre ou pardonner". Ainsi, Malek permet le *Gharar* sans importance, qui ne causent pas de disputes et qu'on peut généralement tolérer. Par ailleurs, les *Ousouleins* de la jurisprudence (fondamentalistes) suivent une règle stipulant que: "Si le sens d'un texte est clair et ne comporte aucune difficulté ni équivoque, on peut s'y fonder pour interpréter le texte par inclusion ou exclusion".

De même, imposer une amende à celui qui a coupé la queue de la mule du juge, n'est point agir selon le *Ijma* (consensus) ni une *Maslaha* contraire au texte de la *Charia*, où Dieu Tout Puissant dit: "

"Soyez hostiles envers quiconque vous est hostile, dans la mesure où il vous est hostile."

paroles, qui précisent que l'agresseur doit payer le prix de son agression. Par conséquent, l'agresseur doit dédommager l'agressé pour les pertes subies dans ses biens et qu'il a causées par son agression. Si l'objet de cette agression est rendu entièrement inutilisable, son propriétaire a le droit de demander la valeur entière de cet objet. Mais si l'agression n'a causé que de légers dégâts, il ne peut qu'exiger l'équivalent de ce dommage et non la valeur entière de l'objet endommagé. Une question a divisé les fondamentalistes à savoir si l'agression entraîne la perte de l'utilité de la propriété (*Ain*) ou bien de l'objet lui-même. Malek estime que la perte de la plus grande partie du *Ain* (objet) équivant à celle de l'objet tout entier (cas de la queue de la mule), vu que la raison de la compensation est de dédommager le propriétaire pour les pertes subies sur le plan de l'utilisation de l'objet de l'agression. Il s'agit là d'une exception à la règle qu'on applique, à savoir que la personne devrait ne payer que la valeur de la partie endommagée, et non d'un renoncement ou d'un rejet d'un texte de la *Charia*.

En somme, le texte établit une règle stipulant que l'agresseur doit payer en compensation ce qu'il a endommagé. Mais quand on cherche à appliquer cette règle sur le cas où l'agression entraîne la perte de la plus

grande partie de l'objet agressé, comme par ex. le cas de la queue coupée de la monture du juge, les opinions des juristes ont divergé. Les *Malékites* estiment qu'il a droit à la compensation de l'objet entier, alors que Al Chaféi et Ahmed jugent qu'il n'a droit qu'à la compensation de la partie endommagée. Quant à Abou Hanifa, il adopte, pour les vêtements et les esclaves, le point de vue des *Malékites* concernant "la plus grande partie (c'est-à-dire une compensation entière). Toutefois, si l'objet endommagé est privé de la moitié ou moins que la moitié de son utilité, la compensation toujours selon les *Malékites* devrait dédommager la partie perdue uniquement.

Ce désaccord ne concerne point la règle de la *Charia* instituée par les textes, mais plutôt l'application de cette règle. Ainsi, les *Malékites* estiment que dans le cas de la queue coupée de la mule du juge, l'agresseur est obligé de compenser le juge pour la valeur de la bête entière vu que l'utilité de la bête qui ne sert que de monture, est entièrement perdue. Par contre, les autres trouvent que la bête n'est pas entièrement perdue puisqu'on peut s'en servir pour d'autres fins d'ordre général, et non pour une seule fin particulière.

Tous sont donc d'accord pour obliger l'agresseur à compenser le propriétaire du *Ain* (bien) pour les dommages subis. Mais ils divergent quant à l'utilité de l'objet de l'agression. Malek se réfère à l'usage particulier alors que d'autres à l'usage général. Ainsi, si selon la règle générale, l'agresseur est obligé de payer une compensation égale seulement à la partie endommagée, les *Malékites* appellent l'exception de cette règle et qui oblige l'agresseur à payer la valeur de tout l'objet, *Istihsan* (approbation discrétionnaire).

Quelques applications de ce *Asl* (Règle fondamentale) concernant les conséquences de l'acte :

L'envergure de ce *Asl* (principe fondamental)

Parlant de ce *Asl*, Al Chatbi écrit: "La prise en considération des conséquences des actes est reconnue et requise par le Législateur, que ces actes soient conformes à la *Charia* ou s'en écartent. Le juriste ne peut juger l'un de ces actes connus ou omis par ceux qui en sont chargés qu'après avoir examiné les conséquences ou les aboutissements de cet acte. L'acte pourrait être justifié par une *Maslaha* à réaliser ou une *mafsada* à conjurer mais il pourrait avoir des conséquences ou un aboutissement contraires à l'intention qui a présidé à son accomplissement. Il pourrait être également, illégal pour une *mafsada* qu'il génère ou une *Maslaha* qu'il entrave, mais ses conséquences peuvent, par contre, le rendre légal. Si on peut qualifier le premier cas de légitime, la recherche de la *Maslaha* pourrait toutefois mener à un mal égal ou même plus grand que cette *Maslaha*, ce qui interdirait ce terme de légitime. De même si l'on taxe le second cas d'illégitime, l'interdiction de cet acte pour le mal qu'il comporte, pourrait mener à un mal égal ou même plus grand et dans ce cas on ne pourrait point parler d'illégitimité de façon absolue. Il s'agit donc là, d'un domaine à l'accès difficile et épineux pour le juriste, mais qui, cependant, a son attrait et son goût propres dûs à ce soin et ce souci louables qu'il comporte de préserver les objectifs de la *Charia*. (*Al Mouwafakat* vol.4, p.195).

Exemples de ce *Asl* (principe fondamental)

1. Le texte de la *Charia* a permis la vente pour les *Maslahas* qui en résultent.
Le Législateur, en effet, n'institue pas les lois vainement, et cette *Maslaha* réside dans le besoin du vendeur du prix de sa vente, et celui de l'acheteur du bien qu'il achète. Si, par conséquent, une personne vend à terme un bien à dix dirhams puis l'achète comptant avant le terme à cinq, cette vente génèrera une *mafsada* qui est le prêt usuraire, et la *Maslaha* visée par l'acte de la vente n'est pas ainsi réalisée: "Aucune des *Maslahas*, écrit à ce propos Al Chatbi, pour lesquelles la vente a été instituée, n'a été réalisée."
2. Le don est un contrat légitimé par des *Maslahas* visées par le Législateur, telles la pitié et la charité pour le donataire, le désir de lui assurer plus d'aisance, qu'il soit riche ou pauvre, de gagner son affection et

son amitié et de reprimer le vice de l'avarice et de la parcimonie chez le donneur. Mais si une personne accorde un don à la fin de l'année (*hawl*) pour éviter de payer la *Zakah* et qu'une année après il le récupère, la *Maslaha* pour laquelle Dieu Tout Puissant a permis le don, ne sera pas réalisée. Bien plus, le don dans ce cas a abouti à un résultat contraire à cette *Maslaha*, vu qu'il n'a fait que renforcer le vice de la parcimonie et a repoussé la *Maslaha* de la pitié et de la charité pour le donataire. Le contrat du don devait, à l'origine, mener à une *Maslaha*, mais, ici, il a abouti à l'opposé de l'objectif pour lequel il a été permis. Bien plus, la conséquence de ce don a été le non paiement de la *Zakah*, ce qui est une *mafsada*, (un mal), ou le reniement d'une *Maslaha* plus grande que celle que visait l'acte du don, si l'on suppose qu'une telle *Maslaha* existait.

3. Les textes de la *Charia* ont recommandé la recherche du *Halal* (le licite), de ses voies comme ils ont recommandé d'éviter toute équivoque et tout doute quant aux moyens qu'on utilise. Ainsi, prenons l'exemple du mariage qui exige que l'homme travaille pour subvenir aux besoins de ses enfants et de sa femme. Si les voies du *Halal* (licite) sont trop limitées, alors que les voies douteuses ou illicites sont aisément accessibles et largement ouvertes, cet homme pourrait suivre ces voies pour assurer les besoins de sa famille utilisant ainsi des moyens illicites. Dans ce cas, les textes non restrictives et les généralités des preuves exigent l'interdiction du mariage pour le mal ou la *mafsada* qu'il pourrait entraîner. Mais l'interdiction du mariage entraînera la perte de plus grands *Maslahas* ou un mal plus grave, vu que le mariage assure d'autres *Maslahas* comme la procréation. En outre, éviter la *mafsada* (mal) du *Haram* (l'illicite) pour les moyens d'existence, pourrait mener à une *mafsada* (mal) plus grand, celui de la fornication. Dieu pourrait alors pardonner le premier mal commis pour éviter la deuxième conséquence c'est-à-dire la *mafsada* de l'adultère.

Les preuves de la reconnaissance de ce *Asl* par la *Charia*

Al Chatbi a présenté les preuves catégoriques que la *Charia* a reconnu ce *Asl*. Il a également noté quelques méthodes de *Ijtihad* qui s'y fondent comme les *Zara'e* (motifs ou moyens), le *Istihsan* (approbation discrétionnaire) - l'interdiction du *Tahayul* (la circonvolution de la Loi) comme il a fourni d'autres preuves concernant ces méthodes. Voici quelques unes de ces preuves qui confirment que le Législateur a institué et reconnu ce *Asl*, tout en montrant de façon catégorique qu'il s'agit d'un objectif de la *Charia*:

1. Les *Takalifs* (obligations ou devoirs) dictés par la *Charia* ont été institués pour les *Maslahas* des hommes. Or celles-ci sont soit de ce bas monde ou de celui de l'au-delà. Ces dernières se rattachent aux aspirations de l'homme à un monde futur où il serait parmi les élus du paradis et non parmi les condamnés à l'enfer. Quant aux *Maslahas* de ce bas monde, on peut dire que les actes sont les prémisses de certains résultats qui sont les *Maslahas*. Ils sont par conséquent les causes d'effets ou de résultats visés par le législateur. Ces résultats sont le produit des causes ou des actes, étant donné qu'ils constituent la raison d'être de ces causes. Il s'agit là de la reconnaissance des conséquences des actes.
2. Les conséquences des actes peuvent être reconnues ou non par la *Charia*. Si elles sont reconnues, aucun problème ne se pose, mais si elles ne le sont pas, les actes pourraient avoir des conséquences contraires aux objectifs de ces actes, ce qui n'est point valable étant donné, comme déjà dit, que les *Takalifs* (obligations ou devoirs) de la *Charia* ont été institués pour les *Maslahas* des hommes et aucune *Maslaha* ne peut être prévue là où se trouve d'une éventualité égale ou supérieure à cette *Maslaha*. De même cela pourrait entraîner une situation telle que nous ne pouvons pas rechercher une *Maslaha* à travers un acte légitime, ou nous attendre à causer un méfait par un acte interdit ce qui, en fait, ne peut correspondre à la *Charia*.
3. L'examen exhaustif et global des preuves de la *Charia* montre que les conséquences ou les fins des actes ont été prises en considération dans la légitimation des actes comme le dit Dieu Tout Puissant:

"O vous les hommes!
servez votre Seigneur qui vous a créés,
vous, et ceux qui ont vécu avant vous.
Peut-être le craignez-vous".

Et :

"O vous qui croyez!
Le jeûne vous est prescrit
comme il a été prescrit
aux générations qui vous ont précédé
Peut-être craignez-vous Dieu."

Et Sa parole Tout Puissant:

"Ne dévorez pas à tort vos biens entre vous;
n'en faites pas présent aux juges
dans le but de manger injustement
une part des biens d'autrui
Vous le savez parfaitement"

Et :

"N'insultez pas ceux qu'ils invoquent en dehors Dieu,
sinon ils insulteraient Dieu
par hostilité et par ignorance"

Et Sa parole :

"Il y a pour vous, une vie, dans le talion
O vous, les hommes doués d'intelligence!
Peut être craignez-vous Dieu!"

C'est ainsi qu'Al Chatbi a démontré par ces preuves que ce Asl est un objectif du Législateur. S'y fonder et établir, sur ces bases, d'autres branches, c'est se fonder sur un Asl (principe fondamental) dont la compatibilité avec la *Charia* a été prouvée non par une seule évidence ou preuve, mais par un ensemble d'évidences ou de preuves qui certifient son caractère catégorique. Nous avons déjà noté que Al Chatbi a présenté les preuves catégoriques qui démontrent la force d'autorité des règles et des bases qu'implique ce Asl, telles que *Al Zara'e* (causes ou motifs), le *Istihsan* (l'approbation discrétionnaire) et *Al Tahayoul* (la circonvention). Or, nous avons déjà parlé de la *Maslaha* communément admise, des *Zara'e*, de

Istihsan, du *Al Tahayoul* et des autres voies de *Ijtihad*, ainsi que des méthodes de déduction qui tiennent compte des *Maslahas* pour l'établissement des jugements. De même, nous avons également traité des résultats ou conséquences des actes selon les objectifs de la *Charia*. Il nous reste à présent, à traiter rapidement de quelques autres règles ou bases fondamentales.

Nous rappellerons brièvement les quelques règles fondamentales mentionnées par Al Chatbi, et qui se réfèrent au *Asl* de la prise en considération des résultats ou des conséquences des actes, qui lui-même, se fonde sur la prise en considération des *Maslahas* pour les jugements (*Ahkam*) à prendre:

Premièrement: Règle du maintien du statu-quo

Ce principe consiste à dire que l'acte contraire à la *Charia* et qui constitue une violation à une *Maslaha* reconnue par la *Charia* doit être interdit ou du moins entravé dans la mesure du possible, avant que le contravenant n'atteigne son but et ce, afin que la *Maslaha* ne soit entièrement perdue ou que la *Mafsada* (le mal) ne soit complètement réalisée ou accomplie. Il s'agit également d'une règle fondamentale qui implique que si l'acte contraire à la *Charia* est accompli, il est invalidé et n'entraîne aucune des conséquences que produit l'acte conforme à la *Charia*. Toutefois si l'interdiction de cet acte cause à l'agent de l'acte, un mal ou un méfait plus grand ou lui fait perdre une *Maslaha* plus importante que celle impliquée par l'interdiction, le juriconsulte doit alors établir une *Fatwa* permettant la non interdiction de l'acte. Le *Hadith* concernant la personne qui a uriné dans une mosquée se réfère à ce cas. En effet, le Prophète (Prière et Paix soient sur lui), a ordonné de le laisser jusqu'à ce qu'il finisse d'uriner, vu que dans le cas contraire, cette personne aurait souillé son habit ce qui l'affecterait corporellement. Par conséquent, la préséance a été donnée à l'acte commis plutôt qu'à son interdiction puisque celle-ci mènerait à la souillure de deux objets et non d'un seul.

De même, le juriconsulte devrait permettre l'acte commis en infraction, avec ses conséquences si dans l'interdiction de ces conséquences, des *Maslahas* plus importantes sont perdues ou des *mafsadas* (méfaits,

maux) plus graves sont réalisées. Ici, on se réfère au *Hadith* concernant le refus de la reconstruction de la *Ka'ba* sur les fondations d'Ibrahim. Le Prophète (Prière et Paix soient sur lui) s'est abstenu de démolir *Al Beit (la Ka'ba)* et de la reconstruire sur les fondations d'Ibrahim respectant toutes les règles présumant qu'il s'agit là de ce haut lieu saint alors qu'il n'est point construit sur ses vraies fondations. En effet, sa démolition ou la décision de ne pas prendre *Al Ka'ba* comme point d'orientation pour les prières, constituait un mal et une *mafsada* beaucoup plus graves.

Il faut rappeler également la parole du Prophète (Prière et Paix soient sur lui): "Toute femme qui se marie sans le consentement de son *Walli* (chef de famille ou gardien) son mariage est non valide, non valide, non valide." et à un autre propos: "Mais si le mariage est consommé, le *Mahr* (dot que paie le mari) est le droit de la femme pour les rapports qu'il a eus avec elle." Ce *Hadith*, d'une part, tempère l'interdiction du mariage sans le consentement du *Walli*, dites plus haut, et d'autre part valide ce mariage ainsi que ses conséquences, telles que l'héritage, la paternité des enfants et le système réglant les relations de parenté.

Expliquant cette règle Al Chatbi écrit: "Lorsqu'une personne commet un acte interdit, cet acte pourrait aboutir à des conséquences qui sont, les simples résultats de cet acte, comme il pourrait générer une situation dont les implications sont plus graves que celles de l'interdiction de cet acte. On devrait alors laisser cette personne les subir ou bien permettre les conséquences de l'infraction commise de façon conforme à la justice. Dans ce cas, la personne a violé une règle générale, toutefois malgré cette faute commise, le mal serait moindre en maintenant cet état de fait, si sa suppression entraîne un mal plus grave que celui résultant de l'interdiction. En fait, la preuve de l'interdiction, était plus probante avant l'infraction, mais une fois commise, la preuve de la permission de l'acte devient plus probante, vu les circonstances qui s'y rattachent. La question se réfère essentiellement à la prise en considération des conséquences, un jugement d'annulation ou de non validité, pourrait entraîner une *mafsada* (un mal) égale ou plus grande que celle résultant de l'interdiction de cet acte". (*Al Mouwafakat IV*, 205).

Quelques applications de cette règle

1. Un mariage invalidé pour une raison relative au *Sadak* (comme le *Mahr*, dot payé par le mari) devrait être annulé et les époux séparés si cela se passe avant la consommation du mariage, mais celui-ci consommé, il ne peut y avoir d'annulation, vu les nouvelles circonstances qui donnent la préséance à la non-annulation du mariage. Il existe toutefois des cas d'annulation du contrat de mariage après sa consommation et avant la naissance des enfants. Mais, après la naissance des enfants, la séparation des époux n'est point valide.
2. La règle fondamentale interdit la vente de l'esclave *Moudber* et ce, conformément au *Hadith* qui l'interdit. Mais Malek reprend et modifie cet acte de vente en étudiant ses conséquences si l'acheteur affranchit l'esclave. Juger dans ce cas, que l'acte de vente est non valide, ne peut point réaliser la *Maslaha* pour laquelle l'interdiction avait été instituée, à savoir, la préservation du droit de l'esclave à être affranchi. Donc, dire que cet acte est nul et non avenu, cause un grand mal à l'esclave *Moudber* puisqu'il est ainsi privé de l'affranchissement.
3. Malek estime qu'un contrat au profit d'autrui devient valide si cette deuxième partie renonce à ses droits. A l'origine, la règle ne donne point à une personne le droit ou le pouvoir de disposer des biens d'autrui sans la permission du détenteur de ce droit, du fait que l'exigence de la permission implique que ce dernier a un intérêt dans le contrat. Dire que le contrat est non valide, malgré l'existence de la permission de la personne intéressée, ne peut qu'entraîner la perte d'une *Maslaha*.
4. Admettre les agissements des tyrans et des souverains injustes bien que d'après la règle, ces agissements sont invalides à cause de la non compétence catégorique ou conjecturale de ces tyrans. Bien que les conséquences de ces actes devraient être invalidées, elles doivent

être toutefois considérées comme valides vu les *mafsadas* (maux) qui probablement en résulteraient dans le cas contraire.

5. Les verdicts prononcés par celui qui assume la fonction de juge sans avoir été nommé par les voies légitimes, doivent être validés s'ils sont conformes à la *Charia*. Dans son ouvrage *Al Kawa'ed Al Kobra* (I, 73), Al-'Ezz Ben Abdel Salam écrit: " Si les infidèles s'emparent d'une grande région et qu'ils confient à des juges le soin de gérer les affaires des Musulmans, il semble clair que les verdicts doivent être validés pour l'intérêt général et les *Maslahas* à réaliser et les grandes *mafsadas* (maux) à conjurer. Comme on peut le constater, le juriste estime valides les verdicts déjà prononcés bien que la règle de base considère comme non valide le fait que des infidèles assurent les fonctions judiciaires chez les Musulmans:

Nous trouvons dans tous ces cas, que l'acte constitue lui même une violation de la *Charia* et que selon la règle de base, ses conséquences auraient dû être invalidées. Mais étant donné que l'invalidation de ces conséquences pourrait entraîner un mal plus grand et une *mafsada* plus grave, on a dû, pour être réalistes, admettre et accepter certaines de ces conséquences. C'est pourquoi Al Ez Ibn Abdel Salam écrit: "Je constate que nous validons leurs actes (des souverains infidèles) qui se conforment au droit tout en invalidant leur prétention au pouvoir, et ce, dans l'intérêt de la population. De même, nous validons les actes du Imam nommé par les tyrans tout en refusant son *imamat*, car ce qui a été admis par nécessité doit être estimé selon la valeur de cette nécessité et cette nécessité est liée à ses agissements. Ainsi sa souveraineté ne peut être validée contrairement à l'*Imam*-juste et équitable dont la souveraineté et l'autorité sont reconnues pour toutes les responsabilités qui incombent aux *Imams*".

Deuxièmement: La règle restreignant la personne dans l'exercice de son droit

Cette règle impose au juriste d'examiner les aboutissements ou les conséquences de l'exercice par une personne de son droit que lui a

souscrit le Législateur. S'il s'avère que cette personne n'a exercé son droit que pour nuire intentionnellement aux autres, alors qu'il pouvait le faire sans causer de mal à autrui, le juriconsulte doit alors annuler ce droit et ce, selon la règle ou le *Asl* de la prise en considération des conséquences. Mais si l'exercice du droit ne se limitait pas à l'intention de nuire aux autres et que la personne visait son intérêt propre ou une *Maslaha* personnelle et que cette intention s'était doublée de l'intention de nuire aux autres, le juriconsulte doit alors soupeser et comparer les deux droits d'après la force des *Maslahas* que comportent ces droits. Il doit alors donner la préséance à la *Maslaha* de la communauté sur celle de l'individu à exercer son droit, comme il donne la préséance au droit qu'on exerce pour préserver sa vie sur celui exercé pour préserver ses biens, à la *Maslaha* "requis" sur la *Maslaha* à caractère promotionnel et ainsi de suite, comme déjà expliqué pour la règle des *Zara'e*. (*Al Mouwafakat*, II, 348).

**Troisièmement: Règle de la recherche des *Maslahas* nécessaires
ou requises indépendamment des actes
répréhensibles inévitables**

Dans les opérations de vente, d'achat ou dans les transactions avec les autres, de même, dans le mariage, le Musulman s'expose à commettre certains actes répréhensibles ou à suivre des voies contestables et suspectes. Toutefois abandonner ces *Maslahas* nécessaires ou requises pourrait entraîner des maux et une corruption bien plus graves que la *Maslaha* de la prudence vis à vis de ces actes répréhensibles. Cette personne doit rechercher de toutes ses forces le *Halal* (le licite). Mais refuser d'entreprendre des opérations de vente, d'achat, des transactions, se refuser au mariage, de crainte de commettre certains actes répréhensibles, courants dans la vie et dans les marchés, afin d'éviter ainsi tout ce qui peut être suspect, n'est point permis. En effet on délaisse ainsi une *Maslaha* fondamentale pour une *Maslaha* complémentaire ou dérivée. Or, si ce qui est complémentaire entraîne l'annulation de l'essentiel, il devrait alors être négligé et rejeté: "Si la recherche de ce qui est nécessaire, indispensable ou complémentaire, écrit Al Chatbi, ne s'accomplit qu'à travers certains actes répréhensibles du point de vue de la *Charia*, la poursuite de la *Maslaha* est

alors valable, à condition de prendre ses précautions dans la mesure du possible. C'est le cas du mariage par exemple qui exige que l'homme cherche à subvenir aux besoins de sa famille dans un monde où les voies du licite sont limitées alors que celles de l'illicite et les voies suspectes sont largement ouvertes. Il se trouve alors obligé souvent de gagner sa vie en pratiquant ces voies non permises. Mais on ne peut pour cela interdire le mariage car les conséquences seraient alors plus graves que celles résultant de l'expectative de la *Mafsada* à laquelle on peut s'exposer. Si, dans les temps présent, on prend en considération une telle crainte de ce qui n'est pas permis, on serait mené à interdire le *Asl* du mariage, ce qui n'est pas valide. Il en est de même pour l'instruction, la participation aux funérailles et l'exécution des fonctions de la *Charia* si cela ne peut se faire qu'à travers ce qui est repréhensible. De tels incidents rencontrés ne peuvent détourner ces questions de leur *Asl* - qui sont les règles fondamentales de la religion - et celles des *Maslahas* et c'est ce qu'impliquent les objectifs du Législateur.

Quatrièmement:La règle du cas spécial:

Cette règle signifie que le Législateur juge tous les actes des personnes responsables d'appliquer la *Charia*, que ces actes soient illimités ou restreints. Le jurisconsulte, s'il a un cas à juger, doit appliquer la règle de la *Charia* qui concerne ce cas et telle que le Législateur l'a instituée tout en tenant compte des restrictions et des circonstances spécifiques à ce cas. Ainsi il ne peut point émettre le même jugement pour des cas similaires si les circonstances et les conditions sont différentes. Al Chatbi a illustré ce cas par l'exemple du mariage. Le Législateur a stipulé qu'il est généralement recommandé. Si le jurisconsulte est interrogé sur le mariage, il répond qu'il est recommandé à titre de *Nadb*. Mais si une certaine personne le consulte à propos du mariage, il doit alors examiner les circonstances particulières à cette personne s'il trouve qu'elle commettra, de façon certaine, le péché de la fornication si elle ne se marie pas, le mariage alors lui sera conseillé comme un devoir à accomplir. Mais s'il s'aperçoit que cette personne ne risque pas de commettre ce péché et qu'elle n'a pas les moyens de payer les frais du mariage, il lui permet de ne pas se marier. Ainsi le *Asl*, base sur laquelle se fonde le jugement est le même, à savoir le mariage est recommandé, mais ses exigences diffèrent selon les individus, et selon leurs conditions et leurs

circonstances. Explicitant cette règle, Al Chatbi écrit dans son ouvrage *Al Mouwafakat* vol 4, p.198: " En général, l'examen de la cause spéciale revient à examiner les circonstances spécifiques à chaque personne en ce qui concerne son admissibilité aux charges en question qu'il doit assumer. Le jurisconsulte conseille à chaque personne les règles prescrites dans les textes qui conviennent à ses circonstances particulières, vu qu'il s'agit là de l'objectif de la *Charia* dans l'imposition des *Takalifs* (charges). C'est comme s'il s'attache avec minutie à particulariser (c'est-à-dire restreindre) la généralité des charges et des personnes à qui ces charge sont adressées .

GLOSSAIRE

Ahkam (pl.)	:Règles (jugements)
Aina	:Type de Vente
Araya	:Type de Vente
Asl	:Principe Fondamental, Règle, Racine, Base
Beit Al Ma'al	:Trésor Public
Dalil	:Evidence ou Preuve
Daman	:Garantie ou Dédommagement
Darar (sing.)	:Mal, Méfait
Dararan	:Deux Maux
Dirham	:Nom d'une Devise
'Edda	:Viduité, Période que la femme répudiée doit forcément attendre avant de se remarier.
Far'	:Branche
Fassad	:Corruption
Fat'h	:Déblocage, Ouverture
Fatwa	:Opinion Légitime
Figh	:Jurisprudence Islamique
Ghareeb	:Inconnu
Gharar	:Vente aléatoire
Grand Imamat	:La plus haute instance du Pays
Hadd	:Châtiment
Hadith	:Tradition et Paroles du Prophète (P.P.S.L)
Hallal	:Licite
Haram	:Illicite, Prohibé .
Hojja	:Commandement
Maison	:Mosqué
Houdoud	:Châtiment prescrit par la Charia pour de graves péchés
Houkm	:Règle (jugement)
Ihram	:Rite d'Abstinence pendant le Pèlerinage
Ijab	:Confirmation
Ijma'	:Unanimité

Ijtihad	:Consensus
Imam	:Gouverneur
Irsal	:Liberté
Istidlal	:Raisonnement
Istidlal Morsal	:Raisonnement libre
Istihsan	:Approbation Discrétionnaire
Jihad	:Lutte pour la cause de l'Islam
Kaffarah	:Sacrifice expiatoire pour l'infraction d'une obligation religieuse
Ka'ba	:Maison de Dieu à Mecque
Khamr	:Boisson alcoolique
Kharaj	:Impôt foncier en plus de la Zakah
Mafsada	:Mal; Corruption
Manfa'a	:Intérêt; Utilité, Bienfait
Mahr; Sadaq	:Dot
Mahram	:Un parent mâle que la femme ne peut épouser, tel que le père, le frère ou le fils
Maslaha	:Intérêt; Utilité; Bienfait; Bienfaisance, Objectif
Maslahas;	
(Massaleh) Pl.	:Intérêts; Utilités; Bienfaits; objectifs
Maslaha Morsala	:Intérêt Public; communément admis
Morsal	:Libre
Morsala	:Public; communément admis
Moudber	:Déserteur
Moujtahed	:Jurisconsulte; érudit
Mounafeq	:Hypocrite; Dissimulateur
Nabiz	:Vin
Nadb	:Recommandation
Nafa'	:Utilité
Nikah	:Mariage
Naql	:Transmission d'un texte
Nissab	:Niveau minimum de biens requis pour l'imposition de la Zakah
Orf	:Coutumes
Raf'a al Haraj	:Levée de la gêne
Ramadan	:Mois de jeûne

Riba	:	Usure
Rokbane	:	Caravanes
Qebila	:	Direction de la Mecque
Qissas	:	Talion
Qiyas	:	Analogie
Sadaq; Mahr	:	Dot
Sadd	:	Bloquer
Sadd		
et Fath-Al Zara'e	:	Bloquer et débloquent les voies et moyens
Salam	:	Type de vente
Salat	:	Prière
Sunna	:	Tradition du Prophète Mohamed (P.P.S.L.)
Tahayul	:	Circonvention
Tahlil	:	Autorisation; interdiction
Tahrim	:	Prohibition: interdiction
Takhsis	:	Particularisation; spécification
Taqlid	:	Imitation: confirmisme
Targeeh	:	Prépondérance
Tayamoum	:	Ablution pulvérale (sable)
Le Livre	:	Le Coran
Uléma	:	Erudits
Oumma	:	Nation
Ousoul; Ousoulein	:	Fondamentalistes,
Wali	:	Gardien, Chef de famille
Zahiri	:	Apparences
Zakah	:	Taxe aumônier: Dîme, aumône légale
Zara'e (pl.)	:	Moyens; motifs, causes
Zaria (sing.)	:	Moyen; cause
Zihar	:	Répudiation par le sermon du dos.

D22 - Juris
FH - 7 juin 1995