Opwis Felicitas,
Maṣlaḥa and the Purpose of the Law. Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century.

Leyde, Brill (Studies in Islamic Law and Society, vol. 31), 2010, 370 p.
ISBN: 978-9004184169

Voici un ouvrage dont on peut dire qu'il était attendu depuis longtemps. En effet, dans le développement récent assez formidable des études sur le droit islamique, on était dans l'attente de celui ou celle qui daignerait se pencher sur l'histoire de la notion de *maṣlaḥa* qui a joué tardivement un rôle majeur, notamment au moment de l'*iṣlāḥ*. On sait que, depuis cette époque, la notion n'a cessé de rencontrer du succès auprès de nombreux auteurs musulmans contemporains. F. Opwis connaît d'ailleurs bien cette littérature contemporaine, comme la thèse du Syrien al-Būṭī ou le petit livre du leader nationaliste marocain ʿAllāl al-Fāsī. On doit tout de même relever l'absence de toute référence au Tunisien al-Ṭāhir b. ʿAšūr qui, lui, a aussi composé un livre sur la question. Il est nécessaire également d'indiquer que nous disposions jusqu'ici d'études sur la pensée du seul Šāṭibī, qui a été un des théoriciens majeurs de cette notion, comme l'ouvrage du Pakistanais Muhammad Khalid Masud (*Islamic Legal Philosophy*, Delhi,1989). Mais sans doute faut-il aussi ne pas oublier la thèse de Abdel Magid Turki (*Polémiques entre Ibn Ḥazm et Bāǧī sur les principes de la Loi musulmane*, Alger, Sned, 1975, notamment p. 397-445) où la question est abordée de façon déjà approfondie, même si elle est limitée. L'œuvre de Šāṭibī a été souvent mise en avant, à cause du rôle joué par ʿAbdu et ses élèves ; mais elle a souvent empêché de voir l'ensemble du processus dont elle n'est que l'aboutissement.

Avant d'aller plus loin, on observe aujourd'hui que souvent on rend *maṣlaḥa* par « intérêt général [(1)] ». Cette traduction constitue une interprétation malencontreuse du terme arabe originel. En effet, *maṣlaḥa* désigne l'avantage que peut tirer une personne ou un groupe de personnes, voire la communauté des fidèles dans son ensemble, d'une règle. Cet avantage n'est pas explicite et il ne peut être établi que par l'exégèse juridique. Dans la culture occidentale, l'intérêt général n'est pas l'addition des intérêts particuliers, mais il est l'intérêt auquel tout un chacun devrait parvenir grâce à un usage correct de la raison. On suppose en outre qu'il coïncide avec l'intérêt général tel qu'il est défini par le Souverain (monarque, parlement), dans la mesure où l'État a des fondements rationnels et où grâce à la délibération et à l'équilibre des pouvoirs, les décisions du gouvernement sont, sinon en adéquation avec la raison, du moins ont tendance à s'en rapprocher de façon asymptotique. Plus récemment, cette théorie a subi une mutation importante avec la prévalence de la démocratie électorale et surtout avec la forme pervertie qu'en donne la démocratie d'opinion : l'intérêt général tend de plus en plus à devenir incertain puisqu'il évolue au gré des majorités qui fluctuent. Pour tout dire, l'intérêt général est souvent défini par les majorités, mais aussi par les puissances organisées qui influent sur les orientations de ces majorités comme les grands groupes économiques et les groupes de pression divers. La doctrine islamique de la *maṣlaḥa* reconnaît d'emblée la légitimité de l'intérêt particulier, mais elle le déclare inférieur en degré à l'intérêt collectif, qui est défini non par un groupe d'intérêts mais seulement par ceux qui légitimement détiennent le pouvoir de dire le droit [(2)]. Mais ces derniers ne disposent pas d'une liberté complète puisqu'ils doivent s'inscrire à l'intérieur des limites posées par des siècles d'exégèse, de casuistique et de spéculation. La *maṣlaḥa* du point de vue de la « Communauté des croyants » est définie en théorie par Dieu ; en pratique, elle est du ressort des oulémas et des gouvernants. De ce point de vue, elle n'a que peu à voir avec les aspirations des populations (qui seraient plutôt l'expression de leurs appétits et de leurs passions) ou l'idée de majorité. Il y a donc une réelle analogie entre *maṣlaḥa* et « intérêt général », mais les deux catégories présupposent deux conceptions radicalement différentes. Si nous prenons l'exemple des besoins matériels des sujets, la doctrine occidentale suppose qu'il existe une légitimité en tant que tel du besoin (il est de l'intérêt général d'améliorer les conditions d'existence d'une population), tandis que la pensée islamique classique estime qu'on ne peut rechercher l'amélioration de l'existence pour elle-même, mais seulement si elle a des fins religieuses qui la transcendent. La différence entre les deux systèmes apparaît très clairement dans cette discussion : alors que l'un est orienté vers l'Autre Vie, l'autre est au contraire orienté vers l'Ici-Bas. Sans doute que ce qui oppose les deux modèles, c'est l'émergence du côté occidental de l'État moderne (défini comme un Sujet fictif). Celui-ci se donne comme tâche de veiller sur la sécurité et le bien-être de ses ressortissants car il en va de sa pérennité.

(1) Voir, à titre d'exemple, Marie Claret de Fleurieu, *L'Etat musulman, entre l'idéal islamique et les contraintes du monde temporel*, Paris, LGDJ, 2010, p. 70. Cet auteur, qui n'est ni arabisante ni islamisante, s'appuie sur un auteur musulman contemporain.

(2) Avec une telle notion, le droit islamique a pu faire l'économie de « droits subjectifs ».

BCAI 27 (2012) Opwis Felicitas: Maṣlaḥa and the Purpose of the Law. Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century., recensé par M. Hocine Benkheira
© IFAO 2026 BCAI en ligne http://www.ifao.egnet.net

L'apparition de l'idée de *maṣlaḥa* constitue indéniablement une rupture dans l'histoire de la pensée juridique islamique. Alors que primitivement, la loi révélée est présentée comme s'imposant aux fidèles en raison même de son auteur (à savoir Dieu), sans avoir besoin d'être justifiée dans le détail de ses prescriptions, le processus de rationalisation et d'élaboration d'une théologie systématique conduit les oulémas, notamment les *uṣūlī*, à soutenir d'abord que chaque règle divine recèle une « sagesse » (*ḥikma*) – selon le principe que Dieu ne peut agir de manière non motivée –, ce qui débouche, du moins chez certains d'entre eux, à soutenir que Dieu agit toujours en vue d'une fin (*maqṣūd*) et qu'il est possible aux hommes de cerner cette dernière. Aussi la *maṣlaḥa* des hommes constitue la fin poursuivie par l'Auteur de la *šarīʿa*. Nous retrouvons la structure téléologique de l'action divine, telle que la théologie islamique la postule. Cela implique que la doctrine de la *maṣlaḥa* ne peut émerger qu'à l'issue d'un approfondissement de la pensée théologique : c'est pour cela qu'elle faisait défaut à une période ancienne.

Évidemment, on peut entrevoir tout ce que cette doctrine peut impliquer : si l'on peut cerner les fins que Dieu poursuit, on peut édicter des règles qui visent ces mêmes fins. Ce raisonnement, quand on le mène à son extrémité, aboutit, chez certains auteurs, à soutenir que la fin poursuivie par Dieu grâce à la *šarīʿa* est de procurer des avantages aux hommes et de leur éviter des nuisances (*mafsada*). Donnons un exemple simple : la prohibition du vin. Certes, le fidèle est invité à observer cette prohibition sans se poser de question, mais il n'en demeure pas moins qu'elle comporte une fin et un avantage. La fin est que celui qui l'observe évite de sombrer dans l'ivresse et par conséquent de perdre, dans cette situation, la raison. Pourquoi faut-il éviter cela ? Parce que l'ivresse perturbe la conduite humaine : les actes produits par le sujet ne sont plus valides, ou, pire encore, parce qu'ils sont caractérisés par des vices évidents. Or, si les actes de l'ivrogne ne sont généralement pas recevables, cela implique notamment que ses actes cultuels sont nuls ; et si tel est le cas, il mettra en cause son salut. Une *maṣlaḥa* de la prohibition du vin et des boissons enivrantes en général, est de permettre d'accéder au salut éternel. On doit préciser que la prohibition des boissons enivrantes comporte d'autres avantages pour le fidèle : par exemple, ne pas commettre des actes délictuels ou bien préserver sa fortune. Aussi observer cette prescription négative, c'est avant tout un bénéfice pour l'individu (le salut), même si elle comporte également des bénéfices pour la collectivité (ordre public). De ce point de vue, la doctrine de la *maṣlaḥa* permet de réinterpréter le corpus de lois hérité. Cela ne constitue qu'un aspect. L'autre aspect porte sur d'éventuelles nouvelles lois : toute loi qui veillerait sur les intérêts des fidèles, sans entrer en contradiction avec le corpus reçu, ne devrait-elle pas y être incorporée, comme si elle avait été édictée par Dieu Lui-même ?

L'ouvrage de F. Opwis, issu d'une thèse, est constitué de cinq chapitres. Dans le premier, consacré à « l'émergence d'un concept juridique », l'auteur se penche sur les relations entre *maṣlaḥa* et *istiṣlāḥ*, *maṣlaḥa* et *istiḥsān*, ainsi que sur les écrits d'Ibn al-Muqaffaʿ (m. vers 139/757) et al-Ḫwārizmī (m. après 387/997) et sur les premiers *uṣūlī* comme al-Ǧaṣṣāṣ (m. 370/980), Abū-l-Ḥusayn al-Baṣrī (m. 436/1044) et al-Ǧuwaynī (m. 478/1085).

Jusqu'au IVe/Xe siècle, on peut considérer que la notion est déjà à l'œuvre, mais le terme est absent. Le terme fréquent est *istiṣlāḥ*. L'A. observe que la notion est également proche de celle d'*istiḥsān*, mais elle refuse qu'on les confonde. En fait, le principe de la *maṣlaḥa* revient à prendre en considération l'intérêt soit du fidèle, soit de la Communauté des musulmans. C'est pour cela qu'elle peut recouper en partie la notion occidentale d' « intérêt commun » ou « intérêt général », dans la mesure où la règle de droit doit veiller à préserver ce dernier (3). Une règle qui contredirait la *maṣlaḥa* serait d'une certaine façon une contradiction en soi. Cependant, l'autre versant est que la *maṣlaḥa* désigne également l'intérêt particulier.

F.O. montre ainsi que Ǧaṣṣāṣ, bien qu'il fût muʿtazilite et donc ouvert à un usage étendu de la raison dans les questions religieuses, était hostile à la notion de *maṣlaḥa*. Selon lui, la *ʿilla* d'une règle ne pouvait être recherchée que dans le cadre du raisonnement par analogie, la raison pour laquelle Dieu a institué telle règle pouvant nous échapper comme le montre l'exemple de Moïse et du Ḫidr dans le Coran (4). On doit noter que Ǧaṣṣāṣ polémique avec un auteur šāfiʿite anonyme – à moins que ce ne soit avec le šāfiʿisme de son époque en général -, ce qui semble indiquer que la doctrine de la *maṣlaḥa* trouve son origine dans ce courant de pensée, non dans le mālikisme comme on l'a souvent déclaré.

(3) De nos jours, les auteurs musulmans insistent plutôt sur cette dimension holiste.

(4) « A *ratio legis* [*ʿilla*] of a textually based ruling…is deduced only in order to analogically transfer this ruling to an unprecedent case (*farʿ*); it is not deduced to explain the textual ruling or the text itself. Therefore… any *ratio legis* that does not occur in connection with the procedure of analogy is not a *ratio legis* and is meaningless » (p. 18). Il rejette, lit-on plus loin, toute idée de *ratio legis* qui serait « le raisonnement sous-jacent à la règle divine » (p. 19), de même qu'il rejette explicitement tout lien entre la fin poursuivie par Dieu en établissant les lois et les *rationes legis* des règles (p. 20).

BCAI 27 (2012) Opwis Felicitas: Maṣlaḥa and the Purpose of the Law. Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century., recensé par M. Hocine Benkheira
© IFAO 2026 BCAI en ligne http://www.ifao.egnet.net

On peut ajouter qu'il est notoire que les ḥanafites se sont tenus éloignés de cette doctrine et qu'ils n'y ont apporté aucune contribution. F.O. n'en a retenu aucun, hormis Ǧaṣṣāṣ et Abū al-Ḥusayn al-Baṣrī. Ce dernier, même s'il ne nie pas, comme al- Ǧaṣṣāṣ, tout lien entre *ratio legis* et *maṣlaḥa*, n'est pas un partisan de la doctrine de la *maṣlaḥa* car pour lui « la *ratio legis* est [seulement] un signe du jugement divin, non un principe explicatif. Elle n'est pas liée à l'objectif que Dieu [se donne] en imposant sa loi. Aussi la *maṣlaḥa* est associée à la loi révélée mais est inopérante pour identifier les *rationes legis* ou pour établir de nouvelles règles (…). Elle n'a pas pour fonction d'aider à trouver des solutions à des cas au sujet desquels l'écriture demeure silencieuse » (p. 41). C'est pour cela qu'il estimait que la *maṣlaḥa* ne pouvait servir comme instrument pour dériver des règles pour des objets qui ne sont pas traités dans les sources de la Loi (Coran, Sunna, *iǧmāʿ*). Dans ce cas particulier, le juriste doit, selon le théologien muʿtazilite, recourir à son intelligence.

Alors que les ḥanafites al-Ǧaṣṣāṣ et Abū al-Ḥusayn al-Baṣrī, qui étaient d'obédience muʿtazilite en théologie, critiquent la notion de *maṣlaḥa*, al-Ǧuwaynī (m. 478/1085), qui était šāfiʿite-ašʿarite, lui donne une certaine place dans la théorie légale. À sa suite, plusieurs autres šāfiʿites-ašʿarites ont joué un rôle majeur dans l'histoire de la doctrine de la *maṣlaḥa* : il s'agit notamment de Ġazālī et de Rāzī. C'est à ces deux auteurs de premier plan que F.O. consacre le second chapitre de son ouvrage. Selon elle, les juristes ašʿarites partent d'un même présupposé : le refus de considérer que le savoir légal puisse exister hors de la révélation et la suspicion dans laquelle ils tiennent les lois humaines les ont contraints à découvrir des méthodes qui permettent à la loi religieuse de statuer sur la totalité de l'expérience humaine, même quand cela n'est pas explicite dans les sources écrites (p. 41-42). Le pionnier de cette réaction ašʿarite fut, selon F.O., al-Ǧuwaynī. Il s'efforce, nous dit-elle, de protéger les prérogatives des docteurs de la Loi de prononcer des décisions pourvues d'autorité aussi bien dans les matières religieuses que mondaines en concevant une méthodologie claire pour dériver des règles au sujet de cas nouveaux sur lesquels les sources de la Loi sont silencieuses. Il va même jusqu'à espérer que les musulmans seraient ainsi en mesure d'arriver à un tel résultat, même dans le cas d'une extinction totale des *muǧtahidūn* (p. 42). Trois aspects de sa pensée lui ont permis de remporter un certain succès : 1° - la loi religieuse s'applique à tous les domaines de l'activité humaine ; 2° - sa compréhension de la *maṣlaḥa* comme un élément dans le raisonnement par analogie, notamment dans le *qiyās al-maʿnā* ; et 3° - sa typologie des *rationes legis* afin de permettre l'extension de la compétence de la loi révélée à de nouvelles situations (p. 43). La discussion de la problématique telle qu'elle est envisagée par al-Ǧuwaynī établit un lien étroit avec la question du pouvoir des oulémas en tant qu'héritiers des prophètes, qui doivent être suivis et obéis. Il met en garde aussi contre la situation dans laquelle on laisse la définition de la *maṣlaḥa* aux dirigeants politiques, car dans ce cas on court le risque de voir la religion changer. Sans le concours des oulémas, les fidèles ne peuvent la définir par eux-mêmes (p. 44-45).

Le second chapitre, intitulé « Intégration de la *maṣlaḥa* dans le raisonnement par analogie », est consacré à l'examen de la pensée de deux grands šāfiʿites-ašʿarites : al-Ġazālī et Faḫr-al-dīn al-Rāzī. F.O. attribue un rôle important au premier : « The breakthrough in defining *maṣlaḥa* as a legitimate concept of law-finding came with… al-Ghazālī… » (p. 65). Alors que le chapitre 4 est consacré à deux juristes ḥanbalites, les chapitres 3 et 5 sont consacrés à deux juristes mālikites majeurs : al-Qarāfī et, pour finir, al-Šāṭibī. Il est regrettable que l'auteur n'ait pas jugé utile de prendre en considération l'œuvre Ibn ʿAbd al-Salām (m. 660/1263), auteur des *Qawāʿid al-aḥkām*, et qui avait été l'élève d'al-Āmidī (m. 631/1233). C'est sur la base des avancées de son maître al-Ǧuwaynī que Ghazālī fait progresser la doctrine. F.O. écrit au sujet de ce dernier : « Although inconsistencies remain al-Ghazālī's elaboration, he is doubtlessly the most influential jurist to formulate the concept of *maṣlaḥa*. It is within the basic framework of al-Ghazālī's conception of *maṣlaḥa* in which future generations of jurists position and develop their own interpretations » (p. 88). Même si cet auteur ne consacre pas beaucoup de place à cette notion dans son œuvre, il n'en établit pas moins la validité de son emploi afin d'étendre le champ légal, en définissant la *maṣlaḥa* comme la fin de la loi divine, afin de préserver cinq conditions générales de l'existence humaine, qui sont la religion, la vie, l'intelligence, la descendance et la propriété. La certitude que la *maṣlaḥa* constitue la fin de la loi est le résultat d'une induction. La notion comporte chez Ġazālī deux faces : elle constitue une source dans la mesure où elle est l'expression de la finalité de la loi divine et elle est aussi une *ratio legis* qui sert à établir de nouvelles règles. Rāzī, qui écrit un siècle après Ġazālī, combine deux idées : tout en reconnaissant que la *maṣlaḥa* est la finalité de la loi divine, il restreint le recours aux *maṣlaḥa* non attestées (*mursala*) dans les textes. Une fois cela reconnu, Rāzī considère la *maṣlaḥa* comme un instrument légal légitime pour créer du droit.

Qarāfī (m. 684/1285), qui n'a jamais exercé de charge officielle, cherchait à défendre l'intégrité de la loi islamique contre les intrusions du pouvoir

BCAI 27 (2012) Opwis Felicitas: Maṣlaḥa and the Purpose of the Law. Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century., recensé par M. Hocine Benkheira
© IFAO 2026 BCAI en ligne http://www.ifao.egnet.net

politique. Alors que Rāzī limitait le recours à la *maṣlaḥa* dans le cadre du raisonnement par analogie, par l'intermédiaire de la *ʿilla*, Qarāfī, qui considérait que la *maṣlaḥa* était le but poursuivi par la loi dans tous les domaines, y voyait un principe juridique général permettant de créer du droit. F.O. résume ainsi l'esprit de sa doctrine : « Le bien-être des croyants est le critère suprême pour évaluer une situation juridique » (p. 172). On se rapproche ainsi d'une conception utilitariste de la règle de droit. Cet utilitarisme s'accentue nettement avec les juristes suivants comme le ḥanbalite Ṭūfī (m. 716/1316), qui tient la *maṣlaḥa* pour l'indice le plus fort de la loi, ou le mālikite Šāṭibī (m. 790/1388), qui est sans doute l'auteur de l'exposé le plus systématique de la doctrine de la *maṣlaḥa*.

Le problème de la doctrine de la *maṣlaḥa* est qu'il faut être capable de déterminer l'intention du Législateur – *i.e.* Dieu -, qui n'est pas explicite. On est obligé de faire des supputations. C'est ainsi que selon Ǧuwaynī, la loi du talion s'explique par la volonté de protéger l'intégrité physique de chacun. Puisque chacun est menacé de subir ce qu'il pourrait faire subir à autrui, les plus raisonnables sont amenés à éviter de s'attaquer à autrui. Mais cela n'est nulle part écrit : cela est seulement déduit, par présomption que le Législateur ne peut pas établir une règle vainement ou sans raison valable. Aussi la doctrine de la *maṣlaḥa* constitue une tentative de réinterpréter la totalité du droit positif légué par la tradition à la lumière du principe que toute loi a une raison d'être (*ʿilla*). Cela a conduit les juristes, adeptes de cette doctrine, à vouloir cerner l'intention du Législateur dans chaque cas particulier, afin de pouvoir constituer une typologie des fins poursuivies par le Législateur. C'est une manière de vouloir étendre le corpus des lois en édictant des règles conformes à ces fins. Si, par exemple, une des fins poursuivies par le Législateur est la défense de l'intégrité physique des personnes, on peut considérer que l'on peut édicter de nouvelles règles si elles sont motivées par cette règle et pourvu qu'elles n'entrent pas en conflit avec d'autres règles majeures. C'est pour cette raison que F.O. a donné comme sous-titre à son livre « Islamic Discourse on Legal Change ».

L'histoire de la notion de *maṣlaḥa* et plus généralement des *uṣūl al-fiqh* doit répondre à une question : y a-t-il un lien entre le développement d'une pensée juridique spéculative (une théologie juridique), à partir du IVe/Xe siècle, de plus en plus élaborée et sophistiquée, et l'effondrement du califat dans le monde sunnite à peu près à la même époque ? Il faut tenir compte du fait qu'avant cette époque, une telle pensée était à peu près absente. On invoque bien sûr la *Risāla* de Šāfiʿī (m. 204/820). Mais outre que l'on a montré que cet écrit n'avait que peu à voir avec la discipline des *uṣūl al-fiqh*, on néglige le fait que même si tel avait été le cas, il serait mystérieusement demeuré une tentative unique au cours du IIIe/IXe siècle, ce qui est tout de même peu vraisemblable. Les anciens juristes, s'ils recouraient à l'autorité de la Tradition (prophétique ou non), s'ils faisaient un certain usage du raisonnement, notamment du *qiyās*, et si même tardivement ils ont systématiquement cherché à fonder leurs développements sur le Coran, ils ne disposaient pas d'une théorie explicite ni n'avaient réellement cherché à en établir une. Une telle doctrine n'est devenue indispensable que pour des juristes érigés en détenteurs exclusifs du pouvoir de dire le droit. Cet aspect est souligné par l'A. dans la conclusion de l'ouvrage. Une autre transformation importante avait lieu en même temps et a concouru au même résultat : le concept de Dieu lui-même était en train de se transformer, de même que toute la théologie islamique (par exemple, adoption de la doctrine de l'impeccabilité des prophètes par le sunnisme, etc.).

Comme l'indique le sous-titre du livre, la *maṣlaḥa* constitue une catégorie qui permet d'admettre le changement sans remettre en question la tradition reçue. Car, en effet, une des particularités du droit islamique est que sa légitimité et donc son autorité ne se rapportent pas seulement au fait qu'il émane de Dieu, mais aussi qu'il se présente comme un legs des générations précédentes. C'est pour cette raison que l'innovation, même limitée, est souvent perçue avec beaucoup d'hostilité. Pour la rendre acceptable, il a fallu au préalable rendre acceptables plusieurs procédés, notamment le *qiyās* et, pour ce qui concerne l'ouvrage considéré ici, la catégorie de *maṣlaḥa*, qui permettent d'introduire des innovations sans qu'elles paraissent en contradiction avec le corpus normatif en vigueur. Ainsi on peut indiquer que l'émergence de la catégorie de *maṣlaḥa* n'est pas fortuite, mais résulte de la nécessité de trouver les moyens de tenir compte du changement. D'où d'ailleurs le succès qu'elle a rencontré au cours du XXe siècle.

Dans sa conclusion, F. O. insiste sur trois aspects de sa recherche. Le premier a trait à l'enjeu de la controverse sur la catégorie de *maṣlaḥa* : il s'agit des rapports entre politique et droit. Alors que le Califat abbāside avait perdu le pouvoir de dire le droit et que les oulémas (sunnites) s'en étaient approprié, ils demeuraient cependant divisés au sujet des domaines qui n'avaient pas fait l'objet de textes révélés. Il y avait d'une part ceux qui, comme al-Ǧaṣṣāṣ et al-Baṣrī, considéraient que, dans ce cas, l'on devait faire appel à l'intelligence humaine afin d'établir des règles au bénéfice des hommes, sans que celles-ci soient in-

BCAI 27 (2012) Opwis Felicitas: Maṣlaḥa and the Purpose of the Law. Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century., recensé par M. Hocine Benkheira
© IFAO 2026 BCAI en ligne http://www.ifao.egnet.net

cluses dans la loi religieuse ; on ne pouvait non plus les rattacher à la *maṣlaḥa*. Ces règles devaient par ailleurs être promues par les détenteurs du pouvoir *de facto* et leurs agents. Le camp opposé, représenté sans doute au départ par le šāfiʿisme, considérait que les domaines au sujet desquels la loi divine était silencieuse ne devaient pas être abandonnés au pouvoir *de facto*, et qu'ils devaient être envisagés à la lumière de la catégorie de *maṣlaḥa*. Tout en reconnaissant que les avantages qu'on en tirait étaient mondains, les règles qu'on établissait ainsi appartenaient malgré tout à la loi divine. Si on admet qu'une partie de la Loi pouvait dépendre de la volonté des titulaires du pouvoir *de facto*, alors il faut également admettre la variabilité de la législation, qui sera aussi instable que le gouvernement. C'est pour cela que Ǧuwaynī, qui était un šāfiʿite-ašʿarite, estimait que « la loi devait être indépendante de toute intrusion politique » (p. 337). Ce but ne pouvait être atteint que si on montrait que la *šarīʿa* couvrait la totalité des domaines et si on établissait en même temps des procédures pour dériver des règles à propos de questions mondaines qui n'avaient jamais été traitées dans des textes religieux. C'est à la lumière de telles considérations qu'il a introduit la *maslaḥa* comme instrument pour créer du droit. Pour ce faire il associa la *maṣlaḥa* avec le critère de l'opportunité afin de pouvoir identifier la *ratio legis* des règles. Ainsi le juriste pouvait recourir à des *rationes legis* afin d'étendre et d'adapter la loi divine en cas de besoin. Les juristes ultérieurs poursuivirent l'œuvre de Ǧuwaynī dans cette direction. La doctrine de la *maṣlaḥa* fut donc un des moyens de renforcer et de consolider le pouvoir des juristes (5). Le second résultat important concerne le passage de la conception de la *ratio legis* du « modèle du signe » (auquel demeurait attaché par exemple al-Baṣrī) au « modèle de la motivation », qui eut lieu selon F.O. vers le Ve/XIe siècle. Cette rupture était associée à la croyance dans la capacité humaine d'abstraire des textes révélés le sens voulu et de l'appliquer dans la création législative contemporaine. S'ensuivit un recours massif aux catégories de la logique aristotélicienne, qui fut enseignée dans des formes adaptées jusqu'au début du XXe siècle dans les médersas. Cette évolution indique aussi sans doute un renouvellement de l'ašʿarisme. Le troisième résultat concerne les fonctions remplies par cette catégorie de *maṣlaḥa*. Elle en distingue deux : de manière rétroactive, elle permet de rendre compte des lois héritées des premiers musulmans et qui n'étaient pas établies par des textes révélés ; atteindre le changement dans le domaine légal soit en abandonnant un texte législatif existant soit en introduisant une nouvelle règle. On doit cependant observer que la première fonction est remplie par l'ensemble des *uṣūl al-fiqh* : ces dernières organisent la réinterprétation globale du corpus juridique hérité.

Cet ouvrage constitue une très utile contribution à une meilleure connaissance d'une catégorie majeure de la pensée juridique islamique. Toutefois, comme la matière est d'une très grande abstraction, la lecture n'en est pas toujours aisée. Cependant cela ne devrait pas décourager ceux qui ne sont pas familiers avec les *uṣūl al-fiqh*, car une meilleure compréhension des catégories de pensée juridiques devrait mieux aider à comprendre l'histoire politique et sociale du monde islamique, y compris de nombreux aspects contemporains.

Mohammed Hocine Benkheira
Ephe - Paris

(5) On peut observer qu'au XXe siècle, la situation fut bouleversée quand Habib Bourguiba, qui n'était pas un *ʿālim*, s'empara de la catégorie de *maṣlaḥa* afin de réformer le droit de l'adoption. Il n'agit pas, faut-il le rappeler, au nom de la supériorité du Droit civil, d'inspiration française ou non, mais au nom de la *maṣlaḥa*.

BCAI 27 (2012) Opwis Felicitas: Maṣlaḥa and the Purpose of the Law. Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century., recensé par M. Hocine Benkheira
© IFAO 2026 BCAI en ligne http://www.ifao.egnet.net