HAL
open science

# La création d'un droit bancaire islamique

Michaël Moaté

## To cite this version:

Michaël Moaté. La création d'un droit bancaire islamique. Droit. Université de La Rochelle, 2011. Français. NNT : 2011LAROD027 . tel-00753035

**HAL Id: tel-00753035**

**https://theses.hal.science/tel-00753035**

Submitted on 16 Nov 2012

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE LA ROCHELLE

**FACULTE DE DROIT, SCIENCE POLITIQUE ET GESTION**

ÉCOLE DOCTORALE PIERRE COUVRAT- ED 088
CENTRE D'ETUDES INTERNATIONALES SUR LA ROMANITE- EA 4227

# LA CREATION D'UN DROIT BANCAIRE ISLAMIQUE

Thèse pour le doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement le 09 décembre 2011
par

**Monsieur Michaël MOATÉ**

DIRECTEURS DE RECHERCHE

**Monsieur Jacques BOUINEAU**
*Professeur en Histoire du Droit*
*à l'Université de La Rochelle*

**Monsieur Hassan ABD EL-HAMID**
*Professeur d'Histoire et de Philosophie du*
*Droit à l'Université Aïn Shams du Caire*

RAPPORTEURS

**Monsieur Dhafer SAÏDANE**
*Maître de conférences en*
*Sciences Economiques*
*à l'Université de Lille III*

**Monsieur Sami ALDEEB ABU SAHLIEH**
*Professeur des Universités*
*Directeur du Centre de droit arabe et musulman*

SUFFRAGANT

**Monsieur Burt KASPARIAN**
*Maître de conférences en Histoire du Droit à l'Université de La Rochelle*

L'Université de La Rochelle n'entend ni approuver ni désapprouver les assertions contenues dans ce travail de thèse. Elles sont propres à leur auteur qui seul en répond.

# REMERCIEMENTS

Le travail de thèse est un voyage, un cheminement, une initiation presque. Loin d'être une villégiature, c'est surtout un départ pour l'inconnu, une forme de renoncement, beaucoup d'espoirs aussi. Il importe dans une entreprise de ce type d'être entouré, guidé, d'aller vers l'autre et de savoir l'accueillir, d'être corrigé aussi. Si mes recherches ont pu aboutir en somme, c'est pour une très grande part en raison des contributions dont j'ai été gratifié.

Je dois ainsi la genèse de mes travaux à la confiance que m'ont accordée mes directeurs de thèse, messieurs les Professeurs Jacques Bouineau et Hassan 'Abd El-Hamid. Parce qu'ils m'ont offert l'opportunité d'initier mes recherches, ils sont ceux sans qui rien n'eût été possible. Leurs attentions à mon égard, en France d'abord et lors de mon arrivée en Egypte ensuite, ont grandement contribué à changer l'étudiant en doctorant puis, comme les meilleurs enseignants savent le faire, ils m'ont offert cette liberté dont Epictète dit qu'elle est « l'indépendance de la pensée ». La constance de leur disponibilité à mon égard tout au long de mon cursus doctoral me protégea toujours de l'égarement dont pâtissent certains doctorants. Pour tout cela, je les remercie.

A l'adresse de monsieur Bouineau je me dois de compléter que les qualités humaines et le dévouement qu'il met dans l'exercice de sa vocation d'enseignant élèvent ses étudiants sur le plan de la connaissance mais également sur le plan humain. Alors, en leur nom et au mien, merci, simplement.

Si j'ai mis en exergue la notion de cheminement, il me faut ajouter que lors de ses pérégrinations le doctorant doit pouvoir compter sur une boussole fiable sous peine de ne jamais atteindre son but. Mon épouse, Bénédicte, est cette boussole qui tantôt m'encourage à aller de l'avant, tantôt corrige le cap. A l'approche de son terme je veux lui dire que sans elle à mes côtés mon entreprise n'aurait pas eu la même saveur.

Désireux de concilier savoir universitaire et applications pratiques, j'ai eu la bonne fortune, au cours de mes années de doctorat, de parcourir le monde arabe et d'y puiser à de multiples sources de connaissances. Ainsi, lors des différentes escales de mon périple, en Egypte, en Arabie Saoudite, mais aussi au Maroc, j'ai pu compter sur les conseils avisés de nombreux spécialistes.

C'est en Egypte que tout commença réellement pour moi. Mon apprentissage du droit musulman aux côtés du Professeur 'Abd El-Hamid, sans oublier la contribution du Professeur Mouhanna que je remercie, a posé les jalons des années de recherches qui ont suivi. Mon expérience égyptienne m'a en outre permis de trouver plus tard la force d'affronter les vents contraires que les

doctorants ne manquent pas de rencontrer tôt ou tard. Je suis particulièrement reconnaissant envers Mohammed Youssef et Ihab pour leur sollicitude dont j'espère m'être montré digne.

Pour mon escale marocaine, je tiens à exprimer ma gratitude à monsieur Kamal Jabry, directeur marketing du Crédit du Maroc, mais également, parmi ses collaborateurs, à Mohammed Regragui, Omar Agzenay-Biyout et à Mohsin Dafaa, juriste. Leurs compétences conjuguées à l'amitié qu'ils m'ont accordée, ont réellement enrichi mon travail de thèse en faisant naître des perspectives que mon parcours universitaire ne m'avait pas jusque-là permis de révéler. Ce passage au Maroc fut très profitable et cela je le dois avant tout à mon ancien camarade de promotion Badreddine Lam-Addeb, ainsi qu'à sa famille, pour qui l'hospitalité et le don de soi ne sont pas de vains mots.

S'il est des étapes marquantes dans la vie d'un homme, la naissance du premier enfant en fait certainement partie et c'est sous le soleil du Maghreb qu'Adam vint au monde. « Un seul être vous manque et tout est dépeuplé » dit Lamartine, il me fallut 26 ans pour comprendre cette formule ; la réussite de mon travail lui est dédiée.

C'est à mon retour du Maroc, en regagnant la France que j'eus vent debout et fus prêt d'échouer. Je parvins néanmoins à poursuivre ma route et pus pour cela compter sur une assistance familiale sans faille. A ma mère, Véronique, tout d'abord, je veux dire merci pour sa présence, son écoute, mais aussi pour sa patience, qualité dont tout doctorant souhaite que sa mère soit pourvue. Je tiens également à remercier mon père, Didier, qui au-delà de ce qu'un bon père offre à son fils me fit partager sa précieuse connaissance de l'industrie bancaire ce qui aida considérablement le juriste que je suis à démêler quelques nœuds. Je ne peux taire ici le rôle qu'ont joué mes grands-parents, Noëlle et Jean-Claude, dans la poursuite de mon doctorat. C'est peu de dire que sans eux mon travail serait resté à l'état d'ébauche. Je leur exprime ma profonde gratitude et sais gré à ma grand-mère, en bonne institutrice qu'elle fut, de m'avoir aidé, des heures durant, à corriger ce que ses anciennes consoeurs ont semble-t-il eu certaines difficultés à m'inculquer.

Mais mon projet de thèse ne pouvait s'achever sans que je ne parte pour le berceau de l'Islam et centre du développement doctrinal du droit bancaire islamique, l'Arabie Saoudite. Je remercie ainsi messieurs Jean Marion, directeur de la Banque Saudi-Firansi, Marc Khoueiri, en charge des produits structurés dans la salle des marchés de cet établissement, mais aussi 'Ali Al Daher et 'Ali Al Shutaïfi, respectivement directeur marketing et directeur du programme « *Tawafuq* », pour leurs contributions techniques.

A mon retour du Royaume d'Arabie Saoudite je commençai d'entrevoir le terme de ma route. Les dernières encablures ne furent pas les plus aisées à parcourir, mais fort heureusement je bénéficiai là encore d'un important soutien.

Ma reconnaissance va ainsi à Pierre, Elisabeth et Marie Calvagnac pour leur présence quotidienne auprès de ma famille et de moi-même. Je remercie aussi ma sœur, Laura, et espère que la vie lui offrira la chance, lors de son futur doctorat, de pouvoir remercier un si grand nombre de personnes. Ma gratitude va encore à Dominique Penot pour ses conseils inspirés et sa profonde connaissance de l'Islam. Je n'oublie pas non plus Alexandre Moaté et Mostafa Shazli qui, en plus d'être des amis fidèles, m'ont fait partager leur savoir en islamologie.

Je remercie enfin messieurs les Professeurs Dhafer Saïdane et Sami Aldeeb Abu Sahlieh pour les riches enseignements que leurs travaux universitaires m'ont apportés. Je leur sais gré de m'avoir fait l'honneur d'être les rapporteurs de ce travail de thèse et de siéger à mon jury de soutenance. Je suis heureux de compter au sein de ce jury monsieur Burt Kasparian dont les conseils qu'il me prodigua lorsque j'étais son étudiant résonnèrent souvent en moi dans les moments de doute.

# SOMMAIRE


***INTRODUCTION GÉNÉRALE***

**PARTIE PRÉLIMINAIRE-**
**L'ÉMERGENCE D'UNE DOCTRINE BANCAIRE ISLAMIQUE**

**Titre I- Les origines doctrinales d'un droit musulman des affaires**

*Chapitre 1- Les sources du droit musulman des affaires*

*Chapitre 2- Les concepts bancaires à l'aune du droit musulman*

**Titre II- Le développement d'une théorie bancaire islamique : fruit de l'histoire du droit musulman**

*Chapitre 1- Les opérations financières dans l'empire musulman*

*Chapitre 2- La résurgence de la pensée musulmane au XXe siècle*

**PARTIE I-**
**LA LÉGITIMATION DES TECHNIQUES BANCAIRES MUSULMANES**

**Titre I- Les techniques bancaires islamiques**

*Chapitre 1- Les techniques islamiques de financements*

*Chapitre 2- L'élargissement de l'offre de produits bancaires islamiques*

**Titre II- Les différents modèles de banques islamiques**

*Chapitre 1- La diversité de la banque islamique*

*Chapitre 2- La recherche d'unité*

**PARTIE II-**
**BANQUE ISLAMIQUE, LA CONFRONTATION DES DROITS OCCIDENTAUX ET MUSULMANS**

**Titre I- La banque islamique en occident**

*Chapitre 1- Le cas de la France*

*Chapitre 2- La banque islamique dans les pays de Common law*

**Titre II- La banque islamique en pays musulmans**

*Chapitre 1- Le cas marocain*

*Chapitre 2- La Finance islamique en Arabie saoudite*

**Titre III- La finance islamique et son intégration au système financier global**

*Chapitre 1- Finance islamique et opérations internationales*

*Chapitre 2- La finance islamique dans le système financier international*

***CONCLUSION GÉNÉRALE***

***SOURCES***

***BIBLIOGRAPHIE***

***BIBLIOGRAPHIE ÉLECTRONIQUE***

***INDEX***

***GLOSSAIRE DES TERMES ARABES***

***TABLE DES MATIÈRES***

***« La hauteur nous attire mais non les degrés qui y mènent;***
***les yeux fixés sur la lune, nous cheminons volontiers dans la plaine »***

***Johann wolfgang von Goethe***

# INTRODUCTION GENERALE

Le printemps des peuples arabes auquel nous assistons à l'aube de cette deuxième décennie du XXIe siècle jette un regard nouveau sur les relations entre l'Occident et le monde arabe. La défiance réciproque, de mise depuis la période de décolonisation et qui trouva son point culminant dans le monde post 11 septembre 2001, semble devoir se résorber. Le fondamentalisme islamique n'apparaît plus comme une solution politique réaliste alors que le soutien, parfois tacite, souvent patent, des puissances occidentales aux régimes autoritaires arabes s'efface devant la soif de changement manifestée par les foules cairotes et tunisoises. C'est dans ce contexte, empli d'espoir, mais encore difficile à décrypter que nous présentons notre thèse de doctorat en Droit sur « La création d'un droit bancaire islamique ».

Ce sujet, essentiellement technique de prime abord, se révèle en réalité beaucoup plus vaste qu'il n'y paraît. Révélateur de la diversité de ce monde musulman que l'on a trop tendance à uniformiser, le secteur de la banque islamique est en outre un exemple pertinent des rapports entre l'occident et l'Islam. Fort d'une croissance annuelle supérieure à 10% ce secteur concerne aujourd'hui la gestion d'au moins mille milliards de dollars et essaime dans le monde entier, de New York à Kuala Lumpur en passant par Londres, l'Allemagne et tout le monde musulman[1].

A la croisée des problématiques majeures de notre époque, cette thèse de doctorat a la prétention, à travers un voyage dans le temps et dans l'espace, d'approfondir un sujet qui n'a encore été que partiellement développé en langue française. En effet, si de nombreux médias se sont fait l'écho du succès des techniques islamiques de financement, que le gouvernement français et avec lui

[1] Le taux de croissance du secteur est estimé entre 10 et 15% par an, selon une étude du cabinet de conseil McKinsey la richesse des investisseurs de la région du Golfe atteindrait 1500 milliards de dollars parmi eux 20 à 30% pourraient opter exclusivement pour des produits financiers islamiques et même 50 à 60% s'ils présentent des caractéristiques équivalentes à celles des produits conventionnels. Voir SERHAL Chucri Joseph, SAINT MARC Gilles, « Titrisation islamique : comment accéder à une nouvelle base d'investisseurs », *Revue Banque et Droit*, 2006, N°109 p. 29 et JOUINI Elyès, PASTRE Olivier, Rapport Jouini et Pastré remis le 13 novembre 2008, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Paris Europlace, 2008, p. 6 : « à l'horizon 2020, ce marché devrait représenter 1.300 milliards de dollars (soit, à titre de simple mise en perspective, l'équivalent du tiers des fonds propres de l'ensemble des banques mondiales en 2007 ou l'équivalent de la moitié de la capitalisation boursière de la Place Financière de Paris aujourd'hui) ».

nombre d'autorités politiques[2], économiques[3] et même religieuses[4] vantent dans l'idée de « finance islamique » un espoir de moralisation de la finance mondiale, gravement remise en cause par la crise qui l'affecte depuis 2008, rares sont les travaux universitaires décrivant ce que nous qualifions de phénomène de la « banque islamique ».

Pour être tout à fait juste, plusieurs études ont été publiées ces derniers mois[5], mais si leur intérêt technique est évident, l'analyse qu'elles présentent ne permet pas d'embrasser la notion dans sa globalité[6]. Ce n'était d'ailleurs pas leur but, nous le reconnaissons bien volontiers. Ainsi, si les premières banques islamiques ont vu le jour dans les années 1970, le substrat idéologique ayant permis leur éclosion est bien antérieur. La résurgence d'une identité musulmane, structurante aussi bien politiquement qu'économiquement est un élément essentiel qui ne pourra pas, dans le cadre de notre travail, s'analyser sous le seul angle de l'afflux de pétrodollars en terre islamique, consécutif aux chocs pétroliers. La richesse des études en islamologie sera ici d'une aide précieuse même si la matière financière leur est bien souvent étrangère. De même, l'étude des

---

[2] Christine Lagarde, alors ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi vante l'éthique financière islamique dans son discours du 26 novembre 2008, au II$^{ème}$ Forum Français de la Finance Islamique organisé par Secure Finance et la Chambre de commerce franco-arabe à Paris. [En ligne] http://oummatv.tv/Christine-Lagarde-La-finance (consulté le 25 septembre 2011).

[3] Cf. STIGLITZ Joseph, *Conférence de presse du président de la commission d'experts sur la réforme du système monétaire et financier international*, Communiqué de presse, 26 mars 2009, Département de l'information, service des informations et des accréditations, New York, Organisation des Nations Unies, [En ligne] http://www.un.org/News/fr-press/docs/2009/Conf090326-STIGLITZ.doc.htm (consulté le 25 septembre 2011) : « Joseph Stiglitz a reconnu l'intérêt que porte la Commission à la finance islamique. Tout d'abord, a-t-il lancé, la Malaisie est le pays d'Asie du Sud-Est qui, à l'époque, a su le mieux gérer, et de façon éthique, la crise économique asiatique. », « Il semblerait que la finance islamique ait gardé à l'esprit que pour qu'un système financier puisse fonctionner, il lui faut, à sa base, des liquidités réelles, a plaisanté l'économiste américain ».

[4]Le journal officiel du Vatican, l'*Osservatore Romano*, écrivant dans un article du 3 mars 2009 cité Lorenzo Totaro, « Vatican Says Islamic Finance May Help Western Banks in Crisis », Bloomberg.com, 4 mars 2009, [En ligne] http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=aOsOLE8uiNOg (consulté le 25 septembre 2011) : « les principes éthiques sur lesquels est basée la finance islamique rapprochent les banques de leurs clients et du véritable esprit qui devrait caractériser tous les services financiers. »

[5] Voir notamment GUERANGUER François, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique*, Paris, Dunod, « Collection Marchés Financiers », 2009, 262 p., CAUSSE-BROQUET Geneviève, *La finance islamique*, Paris, Revue Banque Edition, « Collection Marchés Finance », 2009, 216 p., PARIGI Stéphanie, *Des banques islamiques*, Paris, Ramsay, Documents, 1989, 216 p., RYCX Jean-François, *Islam et dérégulation financière*, Le Caire, Cedej, 1987, 267 p., OBEIDI Zouheir, *La banque islamique, une nouvelle technique d'investissement*, Beyrouth-Liban, Dar al rashad al islamiya, 1988, 291 p. et la récente thèse de doctorat de Layla El Hatimi, *Les substituts du prêt à intérêt dans les banques islamiques*, Thèse : Droit : Perpignan : 2007, 352 p.

[6] Il convient néanmoins selon nous de mettre à part le travail de prime importance de GALLOUX Michel, *Finance islamique et pouvoir politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997, « Collection Islamiques », 222 p.

particularismes locaux en matière de pratique religieuse, fruit de l'histoire juridique du monde musulman, ne pourra faire l'économie de l'influence exercée par les systèmes de droit des anciens empires coloniaux sur leur droit positif, de même que les rapports de forces actuels, qu'ils soient économiques ou géopolitiques[7]. C'est là que se trouve à nos yeux l'originalité de ce sujet que nous avons souhaité aborder par le prisme du droit comparé[8].

Un juriste francophone, de formation universitaire française, se trouve dans ce type de travail confronté à des difficultés de plusieurs ordres. Il se doit tout d'abord de développer des connaissances départies de tout *a priori* sur le droit musulman. Qu'ils soient positifs comme peuvent l'être de nombreux travaux vantant les mérites d'un Islam idéalisé, ou négatifs, laissant de côté la richesse d'une culture millénaire protéiforme résumée à la pratique outrancière et par trop vindicative du fondamentalisme musulman[9]. En cela, mes recherches bibliographiques menées durant une année au Caire, sous la direction des Professeurs 'Abdelhamid et Bouineau, furent une aide inestimable. Par leur biais, c'est l'Histoire, l'histoire du droit ici, qui fut garante de l'objectivité de mon travail. Le retour aux sources du droit musulman et à travers lui, le retour aux sources de l'histoire juridique méditerranéenne m'ont permis d'envisager la diversité et les oppositions actuelles à l'aune de leur cohérence et de leur réciproque enrichissement originel[10].

De plus, la cohérence et la richesse du droit musulman n'éliminent pas, une fois établies, les disparités et même les oppositions ayant eu cours depuis lors. Ce que d'aucuns désignent, par souci simplificateur, mais que nous suivrons à notre tour, par « banque islamique » recouvre une réalité complexe. En effet, bien que la présence d'établissements bancaires soit attestée dans le monde musulman

---

[7] « La méthode fonctionnelle du droit comparé [...] orientée en fonction du problème [...] étudiera non seulement les institutions juridiques en tant que telles mais aussi et surtout le rôle et les objectifs qu'elles poursuivent dans leur système juridique. » JALUZOT Béatrice, *Méthodologie du droit comparé bilan et prospective*, Revue internationale de droit comparé, 2005, N°1, p. 39.

[8] « La comparaison qui s'attache aux seules règles, sera certainement plus superficielle que celle qui cherche à les replacer dans un contexte sociocognitif plus large faisant notamment sa place au culturel.» PONTHOREAU Marie-Claire, « Le droit comparé en questions entre pragmatisme et outil épistémologique », *Revue internationale de droit comparé*, 2005, N°1, p. 16.

[9] « La théorie comparatiste [..] exige de scruter le discours juridique pour y déceler des signes de partialité. La comparaison est ainsi de nature à libérer le raisonnement juridique de certains carcans conceptuels sclérosant en ouvrant la porte à d'autres grilles de lecture. » MUIR WATT H., « Fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, N°3, p. 503.

[10] « L'unité de la foi qui justifie notre rencontre et la comparaison de nos systèmes juridiques se base sur la croyance que nous partageons tous que la civilisation ne peut ni exister ni avancer si ce n'est dans une société fondée sur des lois justes.» Lord Macmillan cité par GRAVESON R.H., « L'influence du droit comparé sur le rapprochement des peuples », *Revue internationale de Droit Comparé*, 1958, N°3, disponible sur www.persee.fr.

depuis le IX$^{e}$ siècle[11], les modèles et justifications religieuses, visant aujourd'hui à légitimer de nouvelles techniques bancaires fondées sur les principes du droit musulman, sont multiples. Il nous appartiendra de les envisager dans leur diversité afin de déterminer si leur dénomination commune est justifiée. Ici encore, notre expérience personnelle servira le propos qui sera développé.

Riche d'une expérience de plusieurs années dans le monde arabe, du Maroc à l'Arabie Saoudite en passant par l'Egypte et ayant travaillé dans plusieurs établissements financiers proposant des produits financiers « islamiques », nous nous attacherons à montrer comment les principes fondateurs de la banque islamique et avec eux de la doctrine économique musulmane s'accordent avec les réalités financières positives. L'aspect professionnel de ce projet de thèse ayant conduit ma recherche, un soin tout particulier sera apporté à la pratique bancaire islamique dans un monde globalisé.

La France, en tant que pays européen comportant le plus grand nombre de musulmans et dont nous avons vu que le gouvernement souhaitait y faciliter le développement de banques islamiques, fera l'objet d'une étude particulière. L'introduction de règles inspirées de la religion musulmane dans son ordre juridique revêt un intérêt universitaire évident au moment où les débats sur la notion de laïcité se font toujours plus présents.

Ce projet de thèse est vaste et à ce titre ne pourra comporter tous les approfondissements que des chercheurs en droit musulman, en droit bancaire ou en sciences sociales seraient en mesure d'y inclure. Leurs apports seront pris en compte tout au long de notre développement et contribueront, nous l'espérons, à faire de cette thèse sur « la création d'un droit bancaire islamique » la première étude juridique globale du phénomène.

Ce travail sera mené en trois temps.

Dans le premier, nous nous attacherons à déterminer dans quelle mesure il est permis de parler de « banque islamique » au regard du droit musulman classique et de son évolution récente. L'interdiction de la rémunération des crédits par l'intérêt étant, nous le verrons, une des caractéristiques essentielles de la doctrine économique musulmane, il nous importera de comprendre dans cette partie préliminaire si l'acception islamique du mot banque est justifiée.

Ceci nous conduira à l'étude de la légitimation et de la pratique des techniques bancaires musulmanes (Partie I) dans leur diversité afin de répondre à cette interrogation simple : existe t-il un modèle de banque islamique, consensuel et cohérent permettant d'ouvrir la voie à un modèle bancaire alternatif ?

---

[11]ASHTOR Eliyahu, *East-West trade in the medieval mediterranean*, London, Variorum Reprints, 1986, p. 561 et p. 69 et ss.

A la suite de ces développements, il sera alors temps d'envisager le droit bancaire islamique dans sa confrontation positive avec les grands systèmes de droit occidentaux, Civiliste et de *Common law* (Partie II), et de déterminer *in fine* son apport au système financier mondial.

# PARTIE PRELIMINAIRE- L'EMERGENCE D'UNE DOCTRINE BANCAIRE ISLAMIQUE

Compte tenu de la perspective de l'analyse qui a été déterminée précédemment dans l'introduction générale, le choix d'une partie préliminaire s'est imposé pour des raisons méthodologiques. Il est en effet nécessaire, avant d'aborder les techniques bancaires musulmanes pratiquées aujourd'hui, d'expliciter le substrat idéologique ayant conduit à leur émergence. Les origines doctrinales du droit musulman des affaires (Titre I) nous serviront, dans la suite de nos développements, de support de comparaison quant à la légitimité juridique des opérations financières islamiques. L'étude de l'émergence d'une théorie bancaire islamique (Titre II) permettra de reconstituer la formation des doctrines, des idéologies qui président aujourd'hui aux destinées de la finance islamique.

## *TITRE I- LES ORIGINES DOCTRINALES D'UN DROIT MUSULMAN DES AFFAIRES*

Dans la perspective islamique, tous les aspects de la vie sont régentés par la religion, le « Droit est le plan fixé par Dieu »[12]. L'islam est « *din wa dawla* », religion et Etat[13] et régente ainsi tous les aspects de la vie du musulman. La loi musulmane est la voie, *Shari'a*, que doit suivre tout musulman, selon ce que dictent le texte sacré de l'Islam, le *Qor'an*, et les actes du Prophète de l'Islam, la *sunna*[14]. Le *fiqh*, qui est généralement traduit en français par « droit », recouvre

---

[12] MILLIOT Louis, « L'idée de la Loi dans l'Islam », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1952, N°4, disponible sur www.persee.fr, p. 6-7 selon l'auteur, la Loi prend naissance dans le pacte primordial (*Mithak azali*) passé entre Dieu et l'homme qui lui prête obéissance, et, sur le même point COULSON Noël J., *Histoire du droit islamique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, « Collection Islamiques », 1995, p. 41.

[13] *La Shari'a* du point de vue du *taklif* (période de responsabilité de l'homme entamée lors du pacte primordial et s'achevant à la fin des temps) est universelle cf. TURKI Abel Magid, *Polémiques entre Ibn Hazm et Bagi sur les principes de la loi musulmane*, Alger, Etudes et Documents, 1975, p. 424 et AL ZARKA Mustapha, *al fiqh al-islami fi thawbihi al jaddid*, Beyrouth, 7e éd., p. 31.

[14] COULSON Noël J., *Op. cit.*, p. 3-4. Selon l'auteur « un musulman ne peut séparer entre la foi et la loi religieuse. Le Coran affirme à cet égard : « Ceux qui ne jugent pas d'après ce que Dieu a fait descendre, ceux là sont les pervers, […] les injustes, […] les mauvais (5 : 44, 45, 47) » et « Lorsque Dieu et son envoyé ont décidé d'une affaire, il n'appartient pas à un croyant ou une

l'ensemble des règles et des méthodes établies à partir de la *Shari'a*[15]. Il est « l'intelligence de la Loi »[16] et est traditionnellement divisé en deux champs[17] :

- Le droit des actes de dévotion, *al fiqh al 'ibadat*, qui concerne les rites religieux, les intérêts spirituels du musulman.

- *al fiqh al mu'amalat*, le droit des transactions, qui régente les rapports sociaux permettant d'assurer la vie sociale du musulman, mais ne peut être assimilé directement à un droit musulman des affaires, les relations commerciales n'étant pas distinctes du droit civil en droit classique. Le *fiqh al mu'amalat* est traditionnellement moins marqué par le caractère religieux et a subi de longue date l'influence d'apports étrangers[18].

C'est bien évidemment ce dernier champ qui nous intéressera ici et fera l'objet de notre étude, le concept récent d'économie islamique en étant directement issu[19]. Pour cela, nous envisagerons les sources du droit musulman (Chapitre 1) avant de confronter les concepts bancaires majeurs aux principes de l'Islam (Chapitre 2).

---

croyante d'avoir le choix dans leur affaire. Quiconque désobéit à Dieu et à son envoyé, s'est égaré d'un égarement manifeste (33 : 36). »

[15] COULSON Noël J., *Op. cit.*, p. 41 et MILLIOT Louis, *L'idée de la Loi dans l'Islam*, Revue Internationale de Droit Comparé, 1952, N°4, disponible sur www.persee.fr., p. 3. Pour Abu Hanifa le *fiqh* « est la connaissance de ce qu'il est permis ou interdit à un homme de faire ». Il s'agit pour Louis Milliot d'une « science des droits et des devoirs, une déontologie ».

[16] BLANC François-Paul, *Le Droit musulman*, Paris, Dalloz, 1995, « Collection La connaissance du Droit », p. 25.

[17] MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2001, 2e édition, p. 181. Les auteurs distinguent ainsi « d'une part, les institutions en rapport avec la vie future et relatives aux actes de dévotion, dites *ibadat*. D'autre part le groupe formé par les *negotia juris* (*mu'amalat*), opérations d'affaires destinées à assurer l'existence de l'homme pris individuellement. ». Sur le même point JAHEL Selim, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », *Revue internationale de droit comparé*, 2003, N°1, p. 107.

[18] EL SHAKANKIRI Mohammed, « Loi divine, Loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'Islam », *Revue internationale de Droit Comparé*, 1981, N°3, disponible sur www.persee.fr, p. 14.

[19] ROY Olivier, *L'échec de l'Islam politique*, Paris, éditions du Seuil, 1999, « Collection esprit », p. 167.

# ***Chapitre 1- Les sources du droit musulman des affaires***

L'étude des sources du droit musulman est cruciale pour celui qui prétend analyser l'émergence actuelle d'un droit bancaire islamique. Le caractère sacré du droit musulman en fait sa spécificité. Toute problématique nouvelle s'analysant nécessairement à l'aune de ces sources qui serviront de bases légitimantes aux solutions retenues. La relative concision des sources primaires du droit musulman des affaires (Section 1) et leurs méthodes d'exégèse (*tafsir*) nous dévoileront un corpus de principes généraux (Section 2) dont la variété et parfois même l'opposition éclaireront notre analyse sur la pratique moderne des banques islamiques.

## Section 1- Les sources primaires : *Qor'an* et *Sunna*

Le *Qor'an,* texte sacré de l'islam, constitue avec la *sunna*, la source primaire du droit musulman (§1). S'il est dit qu'il contient toutes les réponses aux interrogations sur la conduite de la vie du musulman[20], des méthodes d'exégèse se sont peu à peu développées afin de tirer les incidences pratiques de ce postulat et, partant, de permettre l'adaptation de ces principes sacrés en des temps, lieux ou situations non explicitement réglés par le Livre ou son messager, Muhammad (§2).

### *§1- Les sources primaires*

Le *Qor'an*, source primaire du droit musulman propose assez peu de normes concernant directement les relations commerciales. On estime ainsi à 550 le nombre de versets[21] intéressant directement la pratique commerciale et à seulement une dizaine ceux dont on a pu déduire des principes financiers.

---

[20] *Qor'an* S.V, V.3 « Aujourd'hui j'ai parachevé pour vous votre religion », S.VI, V.38 « Nous n'avons rien omis dans ce Livre ».

[21] A ce propos DJARAOUANE Karim, SERHAL Chucri Joseph, « La désignation de la loi applicable dans les contrats de financement islamique », *Revue de droit des affaires internationales*, 2009, N°2, p. 116.

La *sunna*, qui correspond aux actes et dires du Prophète de l'Islam, les *ahadith* (sing. *hadith)*, tels qu'ils ont été consignés, nous apporte quantitativement un nombre d'enseignements bien plus important[22]. L'action du Prophète de l'Islam constituant une forme de source législative déléguée, légitimée dans le *Qor'an* par les fonctions de *Rasul,* « messager de Dieu », et de *Nabi*, « Envoyé de Dieu » sur terre qui lui ont été accordées[23]. A cet égard, le pouvoir législatif de la *sunna* est fondamentalement celui d'expliciter le *Qor'an* sur des points imprécis[24]. Elle apparaît en fait comme l'exégèse primaire tirant sa force de la légitimité prophétique de Muhammad, interprète le plus éminent de la volonté législatrice de Dieu.

Plutôt que de fournir au juriste un corpus de dogmes précis, la *Shari'a* constitue la base de l'exégèse secondaire et dégage plusieurs grands principes dont l'apport sera utile pour comprendre la démarche globale de l'émergence d'une théorie bancaire islamique. Nous nous contenterons ici d'en poser les bases.

Tout d'abord, la mise en exergue du commerçant dont la conduite de son commerce est élevée au rang de pratique noble[25] dans le contexte de l'Arabie du temps de l'Hégire[26], pour peu qu'elle suive les enseignements de l'Islam.

L'enrichissement du musulman est également valorisé dans la mesure où il est bénéfique à l'ensemble de la communauté et, là encore, à la condition qu'il ne soit pas obtenu par des moyens contraires aux principes religieux[27]. Certains

---

[22] Les *Sahih* d'Al Boukhary et de Muslim, qui font référence, recueillent respectivement sept mille et neuf mille *hawadith* jugés comme authentiques (*sahih*) sur plus de trois cent mille recueillis. Les quatre *Sunan* d'Al Sughra, Abu Daoud, Al Tirmidhi et Ibn Majah en comptent chacun cinq mille.

[23] Notamment *Qor'an* S.XVI, V.113 et LADJILI-MOUCHETTE Jeanne, *Histoire juridique de la méditerranée, Droit Romain, Droit musulman*, Tunis, Publication scientifique tunisienne, série histoire du droit N°1, 1990, p. 240 « Muhammad est *Nabi* vis-à-vis de Dieu (reçoit le message, fonction passive) et *Rasul* (messager) vis-à-vis de la communauté, transmetteur du message divin ».

[24] LADJILI-MOUCHETTE Jeanne, *Op. cit.*, p. 243.

[25] *Qor'an* S. XXIV, V.37 et RODINSON Maxime, *Islam et capitalisme*, Editions Du Seuil, Paris, 1966, p. 33-34 où l'auteur cite le *hadith* « le marchand sincère et de confiance sera au jour du jugement parmi les prophètes, les justes et les martyrs. »

[26] L'Arabie, dont la vile sacrée, *Makka*, La Mecque, attire chaque année nombre de pèlerins venant visiter le temple sacré de la *Ka'ba*, est au centre du transit commercial régional, le commerce caravanier fournissant la plus grande part des revenus de cette région aride. Sur l'activité commerciale dans l'Arabie préislamique voir, ABDELHAMID Hassan, *Essais sur le langage juridique de l'islam, Politique, Droit et commerce dans la civilisation musulmane*, Le Caire, Editions Dar al-Nahda al-Arabia, 2005, p. 129-146. Et sur les relations commerciales internationales dans l'Empire musulman au Moyen Age, notamment grâce à l'apport d'Ibn Khaldun en la matière, cf. *Lessons in Islamic economics*, édité par KAHF Monzer Jeddah, Islamic research and training institute, 1998, disponible sur www.irtipms.org, p. 575 et s.

[27] Cf. *Qor'an* S.II, V.282, et propos de l'*Imam* 'Ali Ibn Abu Taleb, gendre du Prophète et quatrième *Khalife*, « Si la pauvreté était un homme je l'aurais tué » et HAMIDULLAH Muhammad in *Cahiers*

auteurs ont déduit de cette approche une similitude entre l'Islam et la vision calviniste de l'enrichissement individuel, voire même avec les principes fondateurs du libéralisme[28]. Nous reviendrons plus loin[29] sur la rigueur, et surtout sur l'ampleur qu'il est possible de donner à ce type de rapprochements[30], mais précisons néanmoins dès à présent que, selon nous, en matière de droit musulman il convient de garder à l'esprit que la liberté du musulman, le permis et le prohibé, ne doivent être envisagés qu'à travers le rapport de soumission du croyant face à son Seigneur. C'est toujours dans le cadre fixé par la religion que l'individu musulman évolue, son intérêt personnel s'effaçant constamment derrière celui de sa communauté-mère, la *ummah*[31].

Partant, c'est toujours au regard de la sauvegarde des buts essentiels de la *Shari'a* qu'il faudra analyser les solutions doctrinales retenues, au fil des siècles, par les *'ulama* (sing. *'alim*), jurisconsultes musulmans, dans l'affirmation progressive d'un droit bancaire islamique. Les deux exemples envisagés précédemment affirment sans ambiguïté qu'une telle entreprise est possible, sur des bases commerciales plutôt que financières et dans l'optique d'un enrichissement global de la communauté musulmane[32].

Ainsi, l'ensemble des commandements de la *Shari'a* constitue aujourd'hui, la base sur laquelle les juristes islamiques s'appuient pour déduire un droit

---

*de l'ISEA*, supplément 120 série V, N°31 décembre 1961, p. 27 qui résume « Le Prophète comble d'éloges ceux qui, loin d'être des parasites, s'enrichissent pour pouvoir venir en aide aux déshérités ».

[28] Voir notamment à ce propos, CHAPELLIERE Isabelle, *Ethique et finance en Islam*, Paris, Koutoubia, 2009, p. 32-33. Selon l'auteur il y a « similitude entre l'éthique calviniste décrite par Weber et l'Islam » car l'Islam « incite fortement les fidèles à ne pas laisser dormir les richesses mais à les exploiter pour leur propre compte et celui de la communauté ». L'auteur opère également un rapprochement avec les théories libérales quand il déclare qu'en Islam, « l'intérêt particulier se confondant avec l'intérêt général comme dans « La Fable des abeilles de Mandeville », considérée par Friedrich Hayek comme le texte fondateur de la doctrine libérale, qui développe de façon satirique la thèse de l'utilité sociale de l'égoïsme : les vices des particuliers sont nécessaires au bien-être ».

[29] Cf. *infra* p. 247.

[30] Sur l'assimilation récente de la chrématistique à l'économie par les théories économiques libérales cf. notamment AKTOUF Omar, *La Stratégie de l'Autruche*, Paris, Ecosociété, 2005, p. 56 et ss.

[31] « L'intérêt de la communauté prime l'intérêt individuel » le droit et patrimoine de l'individu sont considérés comme des dons de Dieu« tout croyant concerné par l'au-delà doit mettre ce don au service de la communauté » MUSA Mohamad Yusuf, *at tashri' al islami wa atharuh fil fiqh al gharbi*, Le Caire, al Maktabat ath thaqafiya, 1960, p. 125-126.

[32] Précisons que l'enrichissement dont il est question ici, n'est point exclusivement vénal, à ce propos voir GAFOURI Abdul Hâdi, *Islam et économie*, Beyrouth, Liban, Les éditions Al Bouraq, 2000, p. 239 et le *hadith* : « Le Prophète a dit, un jour à Abu Dharr : *« Penses-tu que la richesse soit l'abondance des biens ? – Oui, Apôtre d'Allah. – Tu penses donc que la pauvreté est la rareté des biens ? – Oui Apôtre d'Allah ! – Non la vraie richesse est celle du cœur et la vraie pauvreté, est également celle du cœur. »*

bancaire spécifiquement musulman. Nous verrons que la relecture de ces principes, dictée par des intérêts divers conduira à de profondes divergences sur la portée de ces principes sacrés.

## *§2- Les sources évolutives : Ijma' et Qiyas*

Face à l'absence de réponses précises, dans les sources primaires du droit musulman, à toutes les problématiques juridiques soulevées au quotidien, les juristes musulmans ont, dès les premiers temps de l'Islam, élaboré des méthodes complémentaires de création de règles de droit. Légitimés en cela par le *Qor'an* donnant pouvoir à la communauté musulmane d' « ordonner ce qui est convenable et d'interdire ce qui est blâmable »[33], les *mujtahidun,* interprètes qualifiés par leur connaissance du *Qor'an* et du *hadith* ainsi que par les vertus morales et intellectuelles que la communauté leur reconnaissait, ont usé de leur effort personnel d'interprétation, *ijtihad*, pour créer du Droit.

Ce que nous désignons par les sources évolutives du droit musulman sont donc des méthodes d'exégèse[34], déduites des sources primaires, permettant d'établir des règles contraignantes dont la portée diffère selon l'école juridique dont sont issus, en droit musulman classique, ces interprètes qualifiés des sources primaires[35], et dont nous verrons qu'elles constitueront des sources à part entière au fur et à mesure du développement du *fiqh* et de l'évolution du rôle de ses interprètes[36].

Nous aurons l'occasion, au cours de notre développement, de faire appel au rôle joué par ces notions dans la légitimation de techniques bancaires islamiques modernes et nous nous contenterons ici d'en présenter le cadre général.

Le *Qiyas* et l'*ijma'* sont deux méthodes complémentaires, la première « opérant l'effort de création de la règle juridique et l'autre lui conférant le caractère de normes législatives »[37].

---

[33] *Qor'an* S.III, V.110.

[34] MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Op. cit.*, p. 82. « On pourra même soutenir qu'il n'y a que deux sources : *Coran* et *sunna,* les deux autres : *idjma* et *kiyas* n'étant que des méthodes d'interprétation. »

[35] Il ne nous appartient pas de détailler les écoles juridiques dans cette partie, se reporter aux développements *infra* p. 48 et p. 156.

[36] Cf. *infra* p. 50.

[37] Idem, *Op. cit.*, p. 126.

L'*Ijma'* tout d'abord, est, ainsi que l'a défini l'éminent islamologue Louis Milliot, un « procédé de technique législative et en même temps la solution théologique au problème de la conciliation de la Raison et de la Foi »[38]. Légitimé par la *Shari'a*, l'*ijma'* est fondé sur l'accord unanime de la communauté musulmane. La solution unanimement agréée à une problématique juridique acquérant par là même force de Loi[39].

Le *qiyas* ou déduction par analogie est une forme de syllogisme juridique combinant « la révélation avec la raison humaine »[40]. La solution du *qiyas*, déduite des sources primaires, permet l'application d'une solution établie à une situation analogue. Le *qiyas* selon le grand théologien Al Ghazali, consiste ainsi à assimiler un cas inconnu à un autre, connu, en vue de confirmer ou d'infirmer une règle par le fait de l'existence d'un élément commun qui permet de leur appliquer une décision légale. Pour Abu l Husayn al Basri, « le *qiyas* c'est appliquer au cas dérivé, la même règle qu'au cas d'origine (*ta'lil*), par le fait que dans les deux cas se retrouve le motif (*'illa*) de cette règle »[41].

Ce motif, cette qualité, est la raison d'être de la loi, ce en quoi le Législateur a voulu rendre l'acte visé, obligatoire (*wâjib*), recommandé (*mandûb*), licite (*mubâh*), répréhensible (*makrûh*), ou interdit (*haram*)[42]. Or, celle-ci n'est que rarement exprimée dans le texte source (*Qor'an, hadith*), elle doit donc être recherchée parmi toutes les raisons qui peuvent être envisagées (méfait de l'ivresse pour l'interdiction du vin ou extension aux ornements d'or de la règle d'imposition zakataire définie sur l'or par un *hadith* par exemple[43]). Pour la déterminer (et déterminer ainsi si le raisonnement est à même d'établir une déduction analogique) le *mujtahid* s'appuiera sur l'autorité du texte exposant le cas d'origine (*Qor'an, sunna* ou *ijma'*, à l'exclusion d'une solution elle-même issue de l'analogie), à défaut de quoi il préfèrera la raison ayant la plus grande portée (étendue de l'effet juridique ou raison fondant le plus grand nombre de textes).

---

[38] MILLIOT Louis, « La pensée juridique de l'Islam », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1954, N°3, disponible sur www.persee.fr, p. 9.

[39] *Qor'an* S.IV, V.115 et interprétation a contrario du *hadith* « Ma communauté ne s'accordera jamais sur une erreur ». C'est donc également « une preuve de la validité des raisonnements établis par les *mujtahidun* », COULSON Noël J., *Op. cit.,* p. 78.

[40] MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Op. cit.*, p. 116.

[41] SELLAMI Mohamed-Moktar, *Le Qiyas et ses applications contemporaines*, Jeddah, IRTI, 1999, disponible sur www.irtipms.org, p. 15-16.

[42] OBEIDI Zouheir, *Op. cit.*, p. 140. Précisons ici qu'il n'est pas possible en droit musulman de dire qu'un fait ou un acte est *haram* ou *halal* si ce n'est pas fermement établi par le *Qor'an* ou la *sunna*. Ceci ayant nous le verrons, des conséquences importantes sur l'analyse que nous ferons du développement des pratiques commerciales islamiques : cf. *infra* p. 204.

[43] Pour des précisions sur la *zakat*, cf. *infra* p. 25.

Bien entendu, un *qiyas* ne peut contrevenir à une source d'autorité supérieure, il ne peut ainsi contredire le *Qor'an*, la *sunna*, ni même la solution d'*ijma'* (sauf cas particulier où la solution du *qiyas* est légitimée par l'*ijma',* lui conférant ainsi la même autorité légale, par assimilation[44]).

Pour conclure, le *qiyas* est, intrinsèquement une solution doctrinale dont la portée et même l'utilisation est différemment envisagée selon les écoles juridiques (*madhab*, pl. *madhaïb*) ce qui donnera lieu à des controverses sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir[45]. Les divergences de la période classique trouvant leur continuation dans l'élaboration récente d'une doctrine bancaire musulmane.

## Section 2- Les principes généraux d'un droit musulman des affaires

De ces sources, le droit musulman a tiré des principes régissant les relations commerciales que nous avons choisi - en accord avec la majorité des juristes des banques islamiques contemporaines - de diviser en deux catégories, les principes positifs (§1) et les principes négatifs (§2).

Les principes positifs concernent, de manière générale, les finalités que l'Islam a fixées aux êtres humains ; les principes négatifs obéissant quant à eux à une prohibition clairement identifiée[46]. Nous les envisagerons sous l'angle spécifique de la notion de banque islamique.

Il nous appartiendra par conséquent de déterminer la portée de ces principes au regard des sources, mais, c'est là l'intérêt de cette analyse, également à travers les oppositions doctrinales qui les concernent et dont nous verrons l'incidence sur la création d'un droit bancaire musulman.

### *§1- Les principes positifs*

Le droit musulman est un droit essentiellement religieux, l'ensemble des règles qu'il propose se doit de coïncider avec les buts essentiels assignés à

---

[44] Cf. *supra* note 39, p. 21.

[45] Cf. *infra* p. 191.

[46] En Islam, tout ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé selon le *hadith* « *Al halalu bayyinun wa l haramu bayyinun* », ce qui est autorisé l'est clairement et ce qui est interdit l'est également.

l'Homme par la *Shari'a*, les *maqasid al Shari'a*, parmi lesquels nous pouvons citer la protection de la vie, la sauvegarde de la raison, la continuité de la procréation, la protection des biens, la sauvegarde de l'intégrité du message religieux[47]. Ainsi les règles de droit sont analysées au regard des finalités recherchées, en vertu de l'adage « *al umur bi maqasadiha* », « les choses sont considérées selon leur finalité ».

Il convient, avant de poursuivre notre développement des principes positifs du droit musulman des affaires, d'insister sur la différence fondamentale entre les approches musulmanes et occidentales en la matière.

S'il est aujourd'hui permis d'établir des rapprochements entre les dogmes islamiques et les théories humanistes occidentales[48] (et sur le plan de l'éthique des affaires comme nous le verrons à la suite de nos développements) au fond, dans l'optique musulmane, c'est en tant que musulman (ou catégorie sociale protégée par le droit musulman[49]) que la sauvegarde des biens ou de la vie est appréhendée et non simplement en tant qu'individu comme c'est le cas dans les droits occidentaux modernes. Sous cet angle, il est aisé de comprendre que la vie, les biens de l'apostat ou du non-croyant, ne bénéficieront d'une protection qu'en raison d'un appel à un retour dans le giron de l'Islam. C'est, avant tout l'Islam, dans cette conception, qui protège l'Homme de la mécréance et lui fait grâce de ses faveurs[50]. L'Islam, à cet égard « n'a jamais cessé d'être intégriste » comme l'a justement fait remarquer Maxime Rodinson[51]. La différence est pour ainsi dire principielle, mais nous verrons par la suite qu'elle est plus nuancée dans la pratique.

A travers la notion de *maslaha*, principe de l'intérêt général[52], le droit musulman a élaboré une méthode permettant d'adapter rationnellement[53] l'application de la Loi en des circonstances où la solution juridique établie

---

[47] Sur les buts de la Loi qoranique, TURKI Abel Magid, *Op. cit.*, p. 413 et MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Op. cit.*, p. 120.

[48] SCHACHT Joseph, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve & Larose, « Collection Islam d'hier et d'aujourd'hui », 1992, p. 91 : « maintenant on avance une suggestion bien plus audacieuse, adopter les principes généraux élaborés par les premiers savants du *fiqh* et en tirer un droit moderne et nouveau [...] L'idée générale qui sous-tend ce programme de refonte moderniste du droit islamique est d'exprimer les idées occidentales nouvelles dans des formes traditionnelles. »

[49] Sur la notion de *dhimmi*, qui accorde à ses bénéficiaires un statut intermédiaire, cf. *infra* p. 219.

[50] Cf. *supra* p. 19, note 31.

[51] RODINSON Maxime, *L'Islam politique et croyance*, Paris, Fayard, 1993, p. 26.

[52] Chez Shatibi le principe de l'intérêt général est désigné par la notion de *masalih mursala* voir à ce propos TURKI Abel Magid, *Op. cit.*, p. 407

[53] *Ibid.,* p. 399 « la *maslaha* est l'application rationnelle de La Loi par le respect des *Maqasid* qu'elle exprime ou implique dans ses trois sources, le *Qor'an*, la *sunna* et le consensus. »

conduirait à un résultat contraire aux *maqasid al Shari'a*[54]. Ainsi la *maslaha* peut porter sur des nécessités, de simples besoins et peut servir à parachever, compléter ou améliorer les solutions relevant du domaine de la Loi[55]. La difficulté posée par l'application de la *maslaha* est la remise en cause potentielle et permanente de tout le système du droit musulman au gré des changements de circonstances et de la subjectivité de l'interprète.

Nous verrons dans la suite de nos développements le rôle joué par la *maslaha* dans le développement d'un droit bancaire musulman et constaterons que si son rôle dans la vivification du droit musulman est indéniable, elle permet également la justification de solutions mettant en cause la cohérence même de l'édifice juridique islamique[56] en accentuant les excès de la casuistique alors que sa fonction est précisément d'en atténuer les faiblesses[57].

De même, le rôle des *kawaïd kulliyat*, principes généraux, du droit musulman[58] fut historiquement de permettre l'adaptation des canons islamiques figés par la fermeture des portes de l'*ijtihad*[59] (*sad bab el ijtihad*), le rôle des juristes se bornant désormais à reproduire les solutions établies par les premiers *mujtahidun*, aux conditions nouvelles de temps et de lieu[60]. Ils contribuèrent à perpétuer dans la mesure du possible le développement du *fiqh*[61] et prirent une large part « au divorce entre le droit officiel des transactions pécuniaires et le droit officieux des praticiens » comme l'a montré le Professeur Jahel[62].

---

[54] Le respect de l'interdiction de se nourrir de la chair du porc risquerait de conduire à la mort si c'est le seul aliment dont dispose le musulman menacé de mourir de faim. La sauvegarde de la vie l'emportant sur cette interdiction de moindre importance au regard de l'intérêt général.

[55] *Ibid.*, p. 401.

[56] Cf. *infra* p. 188.

[57] La recherche de solutions juridiques par la *maslaha* s'apparente au *qiyas,* exemple typique de casuistique, mais historiquement la *maslaha* a eu pour fonction d'assouplir un droit musulman qui avait fini par se scléroser par le développement extrême de la déduction analogique. Sur ce point, cf. *infra* p. 53 et ss.

[58] Les principes généraux, *kawaïd kulliyat*, normes globales, sont définis par le *fiqh* comme « des règles à portée générale qui s'appliquent à toutes les questions partielles qui s'y rattachent » JAHEL Selim, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », *Op, cit.,* p. 109**.** Voir également MAHMASSANI Sobhi, *The philosophy of jurisprudence in Islam*, Beyrouth, 1980, p. 297.

[59] Cf. *infra* p. 53-54.

[60] Cf. *infra* p. 54 et p. 188.

[61] A ce sujet AL-ZARKA Mustapha, *Al fiqh Al Islami fi thawbihi Al Jadid*, 7e éd Beyrouth, N°560, p. 635 et ss.

[62] JAHEL Selim, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », *Op. Cit.*, p. 112.

Appliqués aux relations commerciales ces principes visent plus spécifiquement : l'enrichissement de l'homme, la redistribution équitable des richesses[63], l'honnêteté dans les relations commerciales[64], la transparence dans la négociation et dans l'exécution des contrats[65], la prévisibilité des conséquences[66] et l'équité dans les rapports contractuels[67], notamment quant aux modalités de rémunérations par le partage des risques[68].

Le principe d'équité[69] est donc à la base de la conception économique du droit musulman. La coopération entre le banquier et son client s'établissant sur une base coopérative, en proposant des produits dont la rémunération, au lieu d'être calculée au préalable, sera fonction du partage des pertes et profits réalisés par l'opération financière en question, en vertu de l'adage « *al ghunm bil ghurm* »[70].

Le rôle de l'impôt et de sa redistribution par le trésor était essentiel pour permettre la sauvegarde de ces principes, et réaliser ce que certains auteurs ont désigné comme une véritable sécurité sociale[71].

La *zakat*, troisième pilier de l'Islam[72], tout à la fois obligation financière, acte d'adoration et droit de Dieu, assure une fonction centrale dans la mise en

---

[63] Sur le principe de l'équité dans la rémunération du travail dans le *Qor'an* voir CHAPELLIERE Isabelle, *Op. cit.*, p. 41.

[64] *Qor'an* S.XVII, V. 34 « et remplissez l'engagement, oui on sera interrogé au sujet de l'engagement » et RODINSON Maxime, *Op. cit.*, p. 33-34 qui cite le *hadith* « le marchand sincère et de confiance sera au jour du jugement parmi les prophètes, les justes et les martyrs. »

[65] ALGHAZALI, *ihya' ulum ad din*, Le Caire, 1352 de l'Hégire, T.II, p. 68 et ss. Al Ghazali engage ainsi le commerçant à ne pas vanter les qualités de sa marchandise, mais au contraire d'en montrer les défauts.

[66] A contrario l'imprévisibilité des conséquences contractuelles entraînera sa nullité pour *gharar*, aléa, cf. *infra* p. 27.

[67] ABDELHAMID Hassan, *La nature de la responsabilité en droit musulman classique*, Cours de master 2 recherche, Droit de la responsabilité, p. 14, « la notion d'équivalence des prestations sous-tend la théorie générale du contrat en droit musulman, elle est à la base de l'interdiction du *riba*. »

[68] AL AMIN Hassan, *Statut légal des transactions avec intérêt*, Jeddah, IRTI, 2002, disponible sur www.irtipms.org, p. 24 et ss. Et également l'interdiction de prévoir au préalable le profit assuré et déterminé en vertu du principe point de profit sans garantie (*al ghunm bil ghurm*).

[69] *Qor'an* S. IV V. 58, « Dieu vous commande, en vérité de rendre aux gens leurs dépôts, et quand vous jugez entre des gens, de juger avec équité ».

[70] Cf. CEKICI Ibrahim Zeyyid, «Finance Islamique en France : Problème de forme ou de fond(s) », *Les Cahiers de la finance islamiques*, N°2, Ecole de management de Strasbourg, Université de Strasbourg, disponible sur www.em-strasbourg.eu, p. 2-3.

[71] GAFOURI Abdul Hâdi, *Op. cit.*, p. 326 : « L'Islam a imposé à l'Etat d'assurer les moyens de subsistance de tous les membres de la société ».

action, au plan macroéconomique, du principe d'équité, par la redistribution des richesses des plus riches à destination des nécéssiteux. Concrètement, tout musulman détenant pendant la durée de l'année lunaire (*hawl*) un patrimoine supérieur à un seuil d'imposition (*nissab*) de 85 grammes d'or, soit environ 1200 euros aujourd'hui, est tenu d'en reverser 2,5% à l'une des huit catégories de bénéficiaires comprenant notamment les pauvres[73]. La *zakat* doit donc également s'analyser comme une mesure incitant le musulman à l'investissement, le poussant à faire fructifier son argent[74]. Cette analyse est d'ailleurs confirmée par le traitement infligé en Islam à la thésaurisation, vue comme un manque absolu de foi dans la mesure où elle est le signe d'un manque de confiance en l'avenir[75]. Le *Qor'an* affirme que : « ceux qui thésaurisent l'or et l'argent, bien loin d'en faire dépense sur le chemin de Dieu, annonce-leur un châtiment douloureux »[76].

Ainsi, prenant appui sur ces principes éthiques du droit musulman classique, les promoteurs du système bancaire islamique entendent établir un nouveau modèle, porteur de valeurs positives et offrant aux musulmans les possibilités légitimes de bénéficier des services bancaires modernes en suivant le « chemin de Dieu ».

La stratégie pour les banques islamiques, est de changer le « terrain de jeu »[77] en amenant la problématique commerciale sur ses valeurs éthiques plutôt que sur les prohibitions qu'elle impose et qu'il nous appartient d'étudier à présent.

---

[72] Le premier étant la *shahada* (attestation de foi), le second la prière (*salat*), le quatrième, le jeûne de *ramadan* et le cinquième le pèlerinage (*hajj*).

[73] Sur ce point, CEKICI Ibrahim Zeyyid, « Du filtrage islamique », *Les Cahiers de la finance islamique*, N°1, Ecole de management de Strasbourg, Université de Strasbourg, disponible sur www.em-strasbourg.eu, juin 2009, p. 17 et pour de plus amples développements BENDJILALI Boualem, *La Zakat et le Waqf, aspects historiques juridiques institutionnels et économiques*, Séminaire tenu au Bénin du 25 au 31 mai 1997, IRTI, Jeddah, 1997, 57 p., disponible sur www.irtipms.org.

[74] BAQER AL-SADR Mohammed, *Notre Economie*, Traduit et édité par Abbas AHMAD al-Bostani, Montréal, Québec, Canada, La Cité du Savoir, 1995, 272 p. et GAFOURI Abdul Hâdi, *Op. cit.*, p. 326.

[75] Cf. CHAPELLIERE Isabelle, *Op. cit.*, p. 40.

[76] *Qor'an* S.IX, V. 34 et le *hadith* rapporté in Sahih Al Boukhary, n°4659 livrant également une image fort sombre de la thésaurisation ! « Les biens de l'un de vous thésaurisés seront sous forme d'un serpent géant ayant une tête blanche ».

[77] CHAAR Abdel Maoula, « Chari'a principes directeurs et stratégie », *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, éd. par LARAMEE Jean-Paul, Secure Finance, Editions Bruno Leprince, 2008, p. 50.

## §2- Les principes négatifs

Les prohibitions qoraniques « moralistes » concernent, par extension, la matière commerciale. L'objet illicite ou immoral du contrat, entraîne sa nullité, tels que, par exemple, tout ce qui concerne le commerce de l'alcool, la pornographie ou encore les aliments prohibés. Il ne nous appartiendra pas de les aborder ici en détail, elles feront plus loin l'objet d'une analyse circonstanciée[78]

Les principes négatifs visent la préservation des mêmes buts de la Loi que les principes positifs évoqués précédemment, par une symétrie de jugement. Ainsi la prohibition du *riba* est la contrepartie négative du principe de l'équité contractuelle, l'interdiction du *ghara*r est justifiée par l'incertitude contractuelle qu'il implique. Ce sont ces deux notions que nous présentons à présent.

Le terme arabe *riba*, traduit généralement par « usure » ou même « intérêt » a en fait le sens plus large « d'augmentation »[79]. De manière générale le riba concerne : « toute augmentation sans contrepartie »[80]. Celle-ci n'est pas à proprement parler un péché et peut même être parfaitement licite[81] si par exemple elle est offerte sans condition[82].

Son interdiction par le *Qor'an* a été progressive. Le premier verset révélé se contente d'enjoindre les croyants à ne pas en user en insistant sur le rôle bénéfique de la *zakat*[83] ; ce qui renforce le point de vue affirmant qu'en Islam le gain par le travail est favorisé, au contraire de la rente capitalistique[84]. Le dernier verset révélé interdit lui explicitement le *riba,* mais il n'en précise pas le sens[85].

---

[78] Cf. *infra*, p. 136.

[79] ABDELHAMID Hassan, *Essais sur le langage juridique de l'Islam*, *Op. cit.,* p. 168.

[80] BENMANSOUR Hacène, *L'Islam et le riba, pour une nouvelle approche du taux d'intérêt*, Paris, Dialogues Editions, « Collection Islam », 1990, p. 140.

[81]ABDELHAMID Hassan, *Essais sur le langage juridique de l'Islam*, *Op. cit.,* p. 170.

[82] Cf. plusieurs *hawadith* cités in BENMANSOUR Hacène, *Op. cit.,* p. 46 et ss.

[83] *Qor'an* S. XXX, V.39, « Le *riba* que vous versez pour accroître les biens d'autrui ne les accroît pas auprès de Dieu, mais ce que vous donnez en *zakat* en désirant la Face de Dieu, voilà ce qui doublera vos biens ».

[84] Il n'y a pas de justification pour la reconnaissance de l'intérêt, vu que le gain sans travail s'oppose aux conceptions islamiques de la justice. Cf. BAQER AL-SADR Mohammed, *Op. cit.*, p. 381.

[85] *Qor'an* S.III, V.130 « Croyants, ne vous livrez pas au *riba* qui va multipliant de double en double, mais craignez Dieu pour réussir dans le droit chemin » et BENMANSOUR Hacène, *Op. cit.,* p. 36 dans lequel l'auteur cite un propos rapporté d' 'Omar ibn al Khattab, rapporté par Ahmed et Ibn Majah : « le verset du *riba* est le dernier à être révélé dans le *Qor'an* et le Prophète était mort avant

Fondamentalement garante de l'équité dans l'équilibre contractuel, l'interdiction du *riba* vise plusieurs situations. Tout d'abord le *riba* dit de la *jahiliya*, période préislamique, désignant l'augmentation du remboursement du prêt en contrepartie de la prohibition du terme[86] est prohibé « sans restriction », de l'avis général[87]. Le *riba al fad'l* ensuite, désigne le surplus dans l'échange[88] et le *riba al nassi'a* enfin, concerne le surplus causé par une différence dans le terme de l'échange. Ces deux types de *riba* ont donné lieu à d'importantes controverses doctrinales sur lesquelles nous ne reviendrons pas[89], mais nous pouvons affirmer qu'*in fine* c'est leur prohibition générale qui a emporté l'unanimité[90]. L'intérêt dû contre tout prêt d'argent, quel que soit son taux, étant de l'avis majoritaire des f*uqaha* (sing : *faqih*)[91], assimilé au *riba* et par là, interdit, même si nous le verrons, le droit des praticiens trouva très vite des procédés permettant de contourner la doctrine[92].

Les circonstances particulières de l'époque au regard du droit classique, consécutives à la chute du *khalifah* et à la domination coloniale[93] amènent la résurgence, non pas de l'interdiction du *riba,* mais de son assimilation pure et simple au taux d'intérêt bancaire.

Ainsi dès la fin du XIXe siècle et tout au long du XXe siècle des auteurs militèrent pour la licéité de l'intérêt bancaire. Certains, parmi lesquels Mohammed Chaltout et Rachid Ridha arguèrent que l'intérêt faible est légal car il profite aux

---

qu'il ne nous l'explique. Aussi faut-il laisser le *riba* et le douteux. » Ce propos évoque *Qor'an* S.II, V.275-281.

[86] « Le *riba* de la *jahiliya* est déposé » (prohibé). Rapporté par Djaber et Amru Ibn al Ahwas.

[87] Voir notamment IBN RUSHD, *Bidayat al mujtahid*, T.II, p. 106.

[88] « Echangez l'or contre l'or, l'argent contre l'argent, le blé contre le blé, l'orge contre l'orge, les dattes contre les dattes, le sel contre le sel, un élément contre un autre qui soit du même genre, de main en main. Celui qui ajoute ou rajoute est alors considéré comme ayant pratiqué l'usure, qu'il s'agisse de celui qui prend ou de celui qui donne ». Rapporté par Muslim selon Abu Saïd al Khoudri et étendu à tout type de produit sur la base du *qiyas*.

[89] Voir notamment les brillantes explications de Nayla Comair Obeyd, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Paris, Editions Economica, « Collection Droit des affaires et de l'entreprise », 1995, p. 42-55.

[90] Voir ABDELHAMID Hassan, *Essais sur le langage juridique de l'Islam*, *Op. cit.,* p. 170, et BENMANSOUR Hacène, *Op. cit.,* p. 40 et ss.

[91] Juriste, spécialiste du *fiqh*. Sur ce point cf. ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami*, Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman*, Centre de droit arabe et musulman, [En ligne] http://www.sami-aldeeb.com/sections/view.php?id=18&action=publications (consulté le 25 septembre 2011), p. 14.

[92] Cf. *infra* p. 81.

[93] Cf. *infra* p. 56.

deux contractants[94], la banque dispose de plus de fonds et le client en bénéficie par la croissance économique produite par les investissements financés par son épargne ce qui apparaît conforme au principe de l'équité dans les rapports contractuels dont nous avons vu qu'il justifiait grandement la prohibition du *riba* au plan juridique[95].

C'est dans cet esprit que fut rendu la célèbre *fatwa*[96] de *Sayyid Tantawi, Mufti Al Azhar*, plus haute autorité religieuse égyptienne et une des plus importantes du monde musulman historiquement. Il valida en effet le montage financier de certificats d'investissement destinés à financer les projets de développement de l'Etat égyptien et pouvant être achetés par toute personne physique ou morale. Cette décision, au-dessus de laquelle plane toujours l'ombre de l'influence politique du président de la république d'Egypte d'alors, Hosny Moubarak[97], n'en fut pas moins marquante en ce qu'elle affirmait que l'intérêt supérieur du développement économique de l'Egypte, auquel seraient associés les épargnants, ne permettait pas de voir ce type d'opération disqualifiée pour *riba*.

Ce type de raisonnement reste néanmoins rejeté par la majorité des autorités religieuses du monde musulman qui persistent à voir dans tout type d'intérêt bancaire, le *riba* prohibé[98]. Cette position fait à notre sens fi des réalités économiques contemporaines et entraîne, par son rigorisme excessif, un autre type de déséquilibre que la prohibition du *riba* est précisément censée empêcher.

---

[94] BENMANSOUR Hacène, *Op. cit.,* p. 55-56.

[95] La volonté légiférante de Dieu étant toujours déduite de signes (*amara*), mais jamais affirmée par les juristes hors texte clair (*Nass*).

[96] Une *fatwa* est un « avis juridique, le fait de répondre à une question, d'éclairer un problème », cf. IBN MANDHOUR, *Lihsan el arab*, t.15, p. 147 cité par JAHEL Selim, « La laïcité dans les pays musulmans », *Archives de philosophie du droit*, 2004, N°48, p. 161.

[97] GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 158 et ss., l'auteur explique que pour certains, aujourd'hui, le *riba* est l'intérêt excessif ou l'intérêt pris sur l'intérêt (il renvoie au « double en double » dont parle le *Qor'an*).

[98] ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami*, Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman, Op. cit.,* p. 14 « L'académie des recherches islamiques de l'Azhar, au Caire, a pris la décision suivante dans son congrès de 1965 auquel étaient présents des savants de 35 pays musulmans : « Les intérêts des prêts dans toutes leurs formes sont illicites, que ce soit des prêts de consommation ou de production, car les textes du *Coran* et de la *Sunnah* sont absolus dans l'interdiction des intérêts sur ces types de prêts. Le prêt contre intérêts est illicite ; ni le besoin ni la nécessité ne l'autorise. Il en est de même de l'emprunt contre intérêts, le pêché qui en découle n'étant écarté qu'en cas de nécessité ; toute personne doit apprécier lui même sa nécessité. Les activités bancaires comme les comptes courants, l'échange des chèques, les lettres de crédit, les traites internes telles que pratiquées entre les commerçants et les banques à l'intérieur sont licites. Les paiements contre ces opérations sont licites car non soumis à l'intérêt). Les comptes à terme, les accréditifs et tout autre emprunt contre intérêts sont illicites. » Et GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 162 l'auteur montre comment ce point de vue rejeté par l'OCI et toutes les instances à prépondérance saoudienne (conseil du fiqh à la ligue islamique mondiale notamment).

Il ne faut pas oublier qu'au point de vue du *fiqh* la rupture de l'équité contractuelle s'apprécie aussi bien pour le débiteur que pour le créancier. Or dans le cas d'un dépôt bancaire, la perte de valeur de la monnaie causée par l'inflation devrait être considérée comme du *riba* en l'absence d'intérêt compensatoire[99]. Dans cette situation, la valeur, ou le pouvoir d'achat[100] rendue au client représentera moins que ce qu'il avait prêté à la banque. Etonnamment cette position n'est pas partagée par les plus hautes autorités islamiques évoquées précédemment qui persistent à penser, dans un littéralisme confondant que ce type d'intérêt compensatoire devrait être assimilé à du *riba*[101].

Le paradoxe ici, c'est que dans le cadre du développement des banques islamiques, la problématique est envisagée différemment par ces mêmes autorités. La nouveauté qu'introduisent ces banques, et les avantages majeurs qu'elles prétendent offrir à leurs clients, justifie, au nom de la nécessité[102], qu'elles soient autorisées dans certains cas à percevoir ou à verser des intérêts[103]. La justification ayant même pu être dans le passé basée sur l'opinion que l'application de l'intérêt est autorisée pour les opérations financières effectuées avec ou dans le *Dar al harb*[104] (littéralement, la maison ou la terre de la guerre, représentant la

---

[99] GAFOOR Abdul A.L.M., *Interest-free Commercial Banking*, Groningen, the Netherlands : Apptec Publications, 1995. Revised edition, 2002. 98p., [En ligne] http://www.islamicbanking.nl/article3.html (consulté le 25 septembre 2011) et GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 168 et COMAIR-OBEID Nayla, *Op. cit.,* p. 52.

[100] Nous verrons *infra*, p. 34-37, que la conception de la monnaie en Islam renforce ce point de vue.

[101] L'Académie du *Fiqh* dans sa cinquième session du 10 décembre 1988 déclare ainsi qu'une dette d'argent ne peut être indexée sur l'inflation, et qu'elle doit être remboursée à sa valeur nominale sans égard de la perte de pouvoir d'achat éventuel. Voir également PARIGI Stéphanie, *Op. cit.,* p. 174.

[102] ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami*, Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman, Op. cit.,* p. 16, « Mustafa Al-Zarqa, consulté par la Banque islamique du développement, évoque l'école *hanafite* pour affirmer que le musulman se trouvant dans un pays non musulman peut licitement retirer les intérêts sur son argent placé dans les banques étrangères. Il a même considéré comme licite le placement des liquidités non utilisées de ladite banque dans les banques étrangères à concurrence de l'excédent non absorbé par les banques islamiques et d'en tirer profit. Il ajoute que bien des choses permises deviennent politiquement des devoirs dans certaines circonstances. Etant donnée la misère actuelle des pays musulmans, il est impensable d'abandonner ces fonds ».

[103] PARIGI Stéphanie, *Op. cit.,* p. 174-175. Pour ce qui concerne les dépôts en devises chez leurs correspondants à l'étranger voir *infra* p. 168. Et pour le rôle des banques centrales, qui jouent souvent le rôle d' « écran » pour les banques islamiques souhaitant se refinancer sur les marchés. Les banques centrales assurent ainsi le refinancement des banques islamiques par des montages éliminant de manière formelle l'intérêt.

[104] A ce propos WOHLERS-SCHARF Traute, *Les banques arabes et islamiques*, Paris, OCDE, Etudes du centre de développement, 1983, 184 p. et BOUDARHAM Mohamed, « Fatwa : Qaradawi remis à sa place », *Aujourd'hui le Maroc*, 26 Septembre 2006. De plus nous le verrons, au plan du droit classique il n'est plus permis de parler de *Dar el Harb* (terre de la guerre, monde non-musulman) ou même de *Dar el Islam* (monde musulman) depuis la chute du *Khalifah* ce qui affaiblit d'autant la pertinence d'un tel raisonnement cf. *infra* p. 57.

partie non-musulmane du monde, par opposition à *Dar al Islam*, la maison de l'Islam, le monde musulman) [105].

Ce que nous tentons de démontrer ici n'est pas la justesse du raisonnement au regard du droit musulman, mais plutôt les incohérences qu'il soulève. En effet, comment expliquer, autrement que par des raisons commerciales, qu'au niveau macro-économique ces banques soient autorisées à transiger avec l'interdit du *riba* et que dans le même temps, pour les individus[106], clients potentiels, la prohibition soit totale ? Nous répondrons à cette question au cours de nos développements en montrant qu'en la matière, le mouvement de développement du secteur islamique est empreint de contradictions irréductibles au plan juridique.

Quoi qu'il en soit, l'intérêt, assimilé au *riba* est théoriquement absent du modèle économique des banques islamiques. La détermination du profit réalisé par les opérations de crédit sera, nous le verrons, justifiée par des techniques résultant d'opérations commerciales en vertu du verset 275 de la sourate *al Baqarah* « Dieu a rendu licite le commerce et interdit le *riba* »[107] et, dans une moindre mesure sur le modèle participatif que nous avons envisagé précédemment.

Le deuxième principe négatif sur lequel se fonde le droit des affaires islamique est l'interdiction du *gharar* qui signifie, aléa, hasard, incertitude[108].

Le *gharar* est fondé par la deuxième sourate du *Qor'an*, verset 219 « Ils t'interrogent sur le vin et le jeu de hasard, dis dans les deux il y a un grand péché et quelques avantages pour les gens ; mais dans les deux, le péché est plus grand que l'utilité » et sur le *hadith*, « nous allions au devant des caravanes pour y acheter des denrées. Le Prophète nous interdit de les revendre avant que la caravane eut atteint le marché aux grains ».

---

[105] ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami, « Rôle de la religion dans l'harmonisation du droit des pays arabes», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2007, N°2, p. 265.

[106] ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami*, Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman, Op. cit.*, p. 16 : « Une organisation islamique d'Arabie Saoudite aurait renoncé à des intérêts évalués à cinq cent millions de dollars dans les banques américaines. Ces intérêts ont alors été offerts au Conseil œcuménique des Eglises à Genève. »

[107] Sur la différence entre le profit commercial et l'intérêt bancaire : l'intérêt, loyer de l'argent est interdit en vertu de la prohibition du *riba* et de la conception économique de la monnaie, le profit, bénéfice réalisé sur la vente est licite comme l'atteste la sourate qoranique citée. Nous verrons par ailleurs que le montant du profit pourra être déterminé en pratique par référence aux taux d'intérêts bancaires. A ce propos voir notamment AL AMIN Hassan, *Op. cit.*, p. 30 et ss.

[108] AL AMMEEN AL-DHAREER Siddiq Mohammed, *Al-gharar in contracts and its effects on contemporary transactions*, IRTI, Jeddah, Arabie Saoudite, 1997, disponible sur www.irtipms.org, p. 12.

Le droit musulman rejette le contrat aléatoire tel que l'envisage le droit français[109]. En matière contractuelle, la prohibition du *gharar*, concerne le refus de fonder une transaction sur un élément soumis au hasard. Cette prohibition du *gharar* rejoint le souci constant dans le droit musulman de protéger l'équité, l'équivalence dans les transactions. L'indétermination et même l'ignorance (*jahl*), dont pourrait pâtir l'un des cocontractants[110] justifie à ce titre la nullité du contrat. Cette prohibition souligne en outre que c'est par son effort, son travail que le musulman doit chercher le profit, non par l'occurrence éventuelle d'un événement aléatoire.

Il en résulte que dans le cadre d'un contrat de vente les *fuqaha* insistent pour que l'objet soit réel, disponible, que son éventuel délai de livraison ainsi que sa quantité et sa qualité soient clairement connues par les deux parties. De même son prix doit être déterminé. A défaut de quoi le contrat sera nul[111].

La vente des choses futures, la soumission du contrat à la réalisation d'un événement incertain et la spéculation sont donc rejetées par le droit musulman classique[112]. Tout comme d'ailleurs tout contrat comportant dans son essence une incertitude due à la conditionnalité[113]. C'est le cas des conventions comportant deux ventes en une. Par exemple, pour le cas d'une vente conditionnée par une autre vente réciproque ou une vente dont le prix stipulé est différent en fonction du mode de paiement, comptant ou à terme[114]. La stipulation d'un prêt dans un contrat de vente est également interdite[115].

Nous verrons comment, dans la construction pratique d'un droit bancaire islamique ce type d'interdiction a pu être contourné, soit en divisant ces contrats

---

[109] Qui les autorise si l'aléa est équitablement répartie entre les parties, sur la notion de contrats aléatoires en droit français, BENABENT Alain, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Domat Droit privé, Montchrestien, Paris, 2001, 5ème édition, p. 578 et ss.

[110] Historiquement, le Prophète de l'Islam interdit aux citadins de vendre un objet au bédouin qui n'en connaît pas le prix du marché, voir à ce propos COMAIR-OBEID Nayla, *Op. cit.,* p. 58.

[111] AL AMMEEN AL-DHAREER Siddiq Mohammed, *Op. cit.,* p. 12.

[112] EL KHOURY Michèle, « Techniques de financement islamiques, une discipline peu connue en France », *Revue Banque et Droit*, 2007, N°92, p. 18, et SAKRANI Raja, « Le jeu d'échanges internormatifs, droit, morale et religion dans les cultures de droit occidentales et musulmanes », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2009, N°4, p. 1708.

[113] AL AMMEEN. AL-DHAREER Siddiq Mohammed, *Al-gharar in contracts and its effects on contemporary transactions*, Jeddah, Arabie Saoudite, IRTI, 1997, disponible sur www.irtipms.org, p. 15.

[114] AYUB Muhammad, *Understanding Islamic finance*, Southern Gate, Chichester, West Sussex, England, John Wiley &Sons Ltd, 2007, « Collection Wiley Finance », p. 112.

[115] Cas dans lequel un des cocontractants s'engage à vendre tel bien si l'autre contractant lui prête tel bien en échange.

en deux actes distincts[116], soit en supprimant le caractère conventionnel d'une des deux stipulations[117]. En outre, l'appréciation du caractère exorbitant, ou au contraire minime et toléré[118], de l'incertitude, qui fondait la nullité du contrat pour *gharar* en droit classique[119] sera revisitée au regard des possibilités actuelles. Le souci de préserver l'équité dans les transactions ne peut, aux yeux de nombreux auteurs, s'apprécier de la même manière que dans le passé[120].

## ***Chapitre 2- Les concepts bancaires à l'aune du droit musulman***

Une banque est un intermédiaire financier dont la fonction traditionnelle est d'octroyer des crédits et de collecter des dépôts[121]. Sa spécificité tient à son pouvoir de création monétaire, l'octroi de crédit ne se faisant pas sur la base des dépôts préexistants, ou comme l'affirme le professeur Gavalda, « en faisant circuler l'argent, en mettant, par les crédits qu'elles consentent, des moyens de paiement à la disposition des agents économiques, les banques participent à une fonction que les Etats ont toujours considérée comme un privilège régalien, l'émission monétaire »[122].

En d'autres termes, la banque, en tant qu'intermédiaire financier ; ne se contente pas de transformer les caractéristiques d'une épargne dont elle est dépositaire, elle crée par le crédit un dépôt bancaire au bénéfice de l'emprunteur.

---

[116] Dans la *bay' al 'inah* et le *tawarruq*, cf. *infra* p. 82-83.

[117] Dans la *mourabaha* par exemple, cf. *infra* p. 78.

[118] Sur le *jahl fahish*, exorbitant, et le *jahl yasir*, toléré voir COMAIR-OBEID Nayla, *Op. cit.*, p. 63.

[119] *Ibid.*, p. 63.

[120] Le contrat d'assurance, contrat typiquement aléatoire pour lequel la souscription d'une police est fondée sur l'engagement par l'assureur de couvrir l'assuré pour un risque déterminé dont la survenance est indépendante de sa volonté est majoritairement rejeté pour *gharar*. Certains auteurs dont Mustapha Al Zarqa et Nejatullah Siddiqi, arguent qu'aujourd'hui, les modèles mathématiques fondés sur la loi des grands nombres, permettent de réduire l'incertitude dans le contrat en la quantifiant de manière suffisamment précise pour que le *gharar* ne puisse entraîner la nullité du contrat d'assurance au plan du droit musulman. Voir à ce propos EL-GAMAL Mahmoud A., *Islamic Finance Law Economics and Practice*, New-York, Cambridge University Press, 2006, p. 154, et p. 149 pour l'avis allant dans le même sens du *mufti* d'Egypte Ali Gom'a.

[121] SCIALOM Laurence, *Economie Bancaire*, Paris, La découverte, « Collection Repères Economie », 2004, 3e édition, p. 11.

[122] GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, *Droit bancaire*, Paris, LexisNexis Litec, « Collection Manuels », 2005, 6e édition, p. 1.

Son modèle économique est en outre basé[123] sur l'exigence que les intérêts perçus sur ses actifs dépassent ceux qu'elles versent sur leur passif[124].

Comment, dans ce cadre, parler de banque islamique alors que nous venons de voir que l'intérêt bancaire est interdit en droit musulman ?

A travers la mise en perspective des principes majeurs de l'économie moderne par leur appréhension traditionnelle en Islam (Section 1), nous aborderons l'étude des opérations commerciales en droit musulman classique (Section 2). En cela, nous constaterons, que la création d'un droit bancaire islamique moderne devra nécessairement s'accompagner de profondes mutations sous peine d'être disqualifiée de sa prétention à s'établir en contrepoids efficient du droit des affaires occidental[125].

## Section 1- La confrontation de l'Islam et de l'économie moderne

La fonction traditionnelle d'une banque reposant sur la récolte d'excédents monétaires qu'elle redistribue sous forme de prêts, il est essentiel d'analyser les notions de monnaie (§1) et de dette (§2) en Islam. Ceci devra nous permettre de commencer à tracer les contours de la doctrine bancaire islamique.

### *§1- La notion de monnaie en Islam*

Dans le droit musulman classique, la monnaie est un moyen d'échange uniquement[126], elle n'est pas une réserve de valeur ni une marchandise et n'a

---

[123] Schématiquement ; la perception de frais et la fourniture de services divers venant relativiser cette idée.

[124] BENASSY-QUERE A., BOONE L., COUDERT V., *Les taux d'intérêt*, Paris, La découverte, « Collection Repères Direction et Gestion », 2003, 2e édition, p. 76.

[125] Cf. *infra* p. 67.

[126] A ce propos CHAPELLIERE Isabelle, *Op. cit.*, p. 71 où l'auteur déclare que « les théologiens de la religion musulmane sont unanimes pour penser que la monnaie est avant tout un moyen d'échange et un instrument de mesure de la valeur. La demande de monnaie doit être équivalente à la demande de marchandises et la monnaie ne doit pas être désirée pour elle-même. »

donc pas d'utilité par elle-même[127]. La notion de monnaie en Islam rejoint ainsi la conception traditionnelle de la monnaie dont Aristote avait proclamé la stérilité essentielle[128].

L'échange, dans l'âge d'or islamique était fondé sur l'or ou l'argent[129], la conception moderne de la monnaie fiduciaire[130] ne semblant majoritairement pas compatible avec la conception islamique traditionnelle. De nombreux jurisconsultes ont considéré que le paiement à la valeur nominale d'une monnaie fiduciaire ou à plus forte raison de la monnaie scripturale, qui ne sont pas assises sur une contrevaleur en or ou en argent et reposent sur la confiance du public en leur valeur[131], n'emportait pas paiement de la dette et partant ne pouvait être agréé comme paiement de la *zakat*[132]. Un important courant doctrinal milite ainsi aujourd'hui, dans le monde musulman et même au-delà, pour réintroduire l'étalon-or comme base de la monnaie[133]. A l'opposé de ces opinions, l'Académie islamique du *Fiqh*[134] par sa décision n°9 du 03/07/86 jugea que « les espèces en papier sont des monnaies légales dont la valeur fiduciaire est entière, elles sont régies par les mêmes règles juridiques que l'or et l'argent en ce qui concerne l'usure, la *zakat*, la vente *salam* et le reste des transactions »[135].

---

[127] Sur les « monnaies primitives » cf. COURBIS Bernard, FROMENT Eric, SERVET Jean-Michel, « Enrichir l'économie politique de la monnaie par l'histoire », *Revue économique*, 1991, N°2, disponible sur www.persee.fr, p. 319-320.

[128] Sur un rapprochement entre les conceptions aristotélicienne et islamique de la monnaie p. 55 et CARDAHI Choucri, « Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique », *Revue Internationale de Droit comparé*, année 1955, volume 7, N°3, disponible sur www.persee.fr, p. 9.

[129] Le *dinar* étant la monnaie d'or et le *dirham*, la monnaie d'argent. Sur la monnaie dans l'empire musulman cf. ABDELHAMID Hassan, *Essais sur le langage juridique de l'Islam,* p. 150 et ss.

[130] Sur ce point cf. MATTOUT Jean-Pierre, *Droit bancaire international*, Paris, Revue Banque Edition, « Collection Droit Fiscalité », 2004, 3e édition, p. 358.

[131] Les accords de la Jamaïque du 7 et 8 janvier 1976 mirent fin à la référence à l'or dans le Système Monétaire International.

[132] Voir notamment l'opinion du *sheykh* Muhammad Alish (1802-1881) un important jurisconsulte *malikite* sur [En ligne] http://www.granadamosque.com/zakat.html/index.html (consulté le 25 septembre 2011).

[133] Encouragé en cela par le récent discours du président de la Banque Mondiale, Robert Zoelick, qui déclara que le système monétaire international « doit également envisager de se baser sur l'or en qualité de point de référence international », cité par GOLLA Mathilde, « Possible retour à un système monétaire basé sur l'or », *Le Figaro*, 08 novembre 2010, [En ligne] http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2010/11/08/04016-20101108ARTFIG00356-retour-a-un-systeme-monetaire-base-sur-l-or.php (consulté le 25 septembre 2011).

[134] Instance réunissant la plupart des grands jurisconsultes contemporains, sous l'égide de l'Organisation de la Conférence Islamique, cf. *infra* p. 211.

[135] SELLAMI Mohamed-Moktar, *Op. cit.,* p. 111.

De fait, d'aucuns considèrent qu'il ne peut y avoir de création monétaire *ex nihilo* en finance islamique dans la mesure où, théoriquement, les dépôts sont réinvestis dans des activités de production et de commerce par le biais de mécanismes participatifs ou commerciaux[136] et donc que les équivalents islamiques du crédit bancaire conventionnel ne sont pas à la base du mécanisme de création monétaire dans cette conception[137].

Ainsi, tout en reconnaissant l'utilisation de la monnaie fiduciaire contemporaine comme légitime au point de vue de l'Islam, par nécessité, la doctrine majoritaire en tire étonnamment la conséquence que l'activité bancaire islamique ne doit pas participer aux mécanismes de création monétaire participant de l'inflation[138]. Si cette conséquence nous paraît pleinement justifiée au plan du droit classique[139], elle est en revanche selon nous en contradiction avec la pleine reconnaissance du rôle de la monnaie fiduciaire qu'a établie l'Académie du *Fiqh*. Qu'est-ce au fond que la monnaie fiduciaire déconnectée d'une contrevaleur en or si ce n'est la falsification de cette monnaie-or. Si le droit classique a refusé l'hypothèse que la monnaie soit basée sur le cuivre[140], que peut-il en être pour une monnaie fondée sur la confiance dans un système précisément appelé à être combattu par ceux-là mêmes qui promeuvent la finance islamique[141] ?

---

[136] Voir notamment EL-HAWARY Dahlia, GRAIS Wafik, *La compatibilité des services financiers islamiques avec la microfinance*, [En ligne] http://www.uncdf.org/francais/microfinance/pubs/newsletter/pages/2005_07/news_compatibility.php (consulté le 25 septembre 2011).

[137] AYUB Muhammad, *Op. cit.,* p. 90 et ss.

[138] Et ainsi introduire une incertitude quant à la valeur de la monnaie, susceptible de conduire à l'impossibilité du prêt gratuit d'argent Cf. *The text of the historic judgement on interest given by the supreme court of Pakistan*, [En ligne] www.albalagh.net/Islamic_economics/riba_judgement.shtml (consulté le 25 septembre 2011), p. 69. De même, pour les économistes de la Banque des Règlements Internationaux, « plus vite les économies avancées abandonneront le modèle de croissance tirée par l'endettement, qui a précipité la récente récession, [...] plus vite elles renoueront avec une croissance durable », cf. « La BRI prône un relèvement généralisé des taux directeurs », *Challenges.fr*, 27 juin 2011, En ligne] *http://www.challenges.fr/actualite/monde/20110627.CHA5783/la-bri-prone-un-relevement-generalise-des-taux-directeurs.html* (consulté le 25 septembre 2011).

[139] L'histoire économique du monde musulman enseigne ainsi que le pouvoir central a toujours agi contre la falsification de la monnaie d'or et d'argent qui fut responsable de nombreuses crises économiques. Voir notamment AL MAWARDI*, Al Ahkam al sultaniya*, p. 148. et ss. cité par ABDELHAMID Hassan, *Essais sur le langage juridique de l'Islam*, *Op.cit.*, p. 50.

[140] Voir Idem, *Essais sur le langage juridique de l'Islam, Op.cit.*, p. 151 qui rapporte les propos du grand historien égyptien Al Maqrizi pour qui « les échanges doivent se faire par l'or et l'argent » et qui précise qu'« une des raisons des crises économiques était liée à l'utilisation de la monnaie de cuivre » ainsi que AKTOUF Omar*, Op. cit.,* sur la notion de « mauvaise monnaie » chez Ibn Khaldun.

[141] Nous verrons plus loin qu'ici ce sont moins les impératifs juridiques de la *Shari'a* qui sont en cause que les implications géopolitiques sous-jacentes, notamment quant au rôle du dollar dans les pétromonarchies arabes. Cf. *infra* p. 171.

De plus, ce refus de la création monétaire *ex nihilo* dans le système bancaire islamique n'est pas vérifiable économiquement comme l'a très bien montré Gérard Naulleau qui tout en contestant la supériorité du système financier islamique, constate, que les banques participent à la création monétaire *ex nihilo*, que ces « archétypes de financement de projets sont des crédits déguisés » et d'une manière générale que les modèles islamiques « de participation aux bénéfices deviennent […] des constructions de l'esprit, dont les résultats ne correspondent peu ou pas à des phénomènes réels : ils ne devraient en aucun cas étayer des recommandations de politique économique »[142].

Nous sommes donc face à un profond paradoxe. Comment justifier que la monnaie ne soit pas basée sur une valeur en or ou en argent tout en admettant lutter en théorie contre cet état de fait, mais en y participant par ailleurs de manière détournée ? Nous verrons au cours de nos développements qu'*in fine*, ce type de raisonnement est relativement discret dans les débats doctrinaux au sein des banques islamiques. Semblant disqualifier, à lui seul, la possibilité même du système financier islamique pour une bonne partie de la doctrine classique, le courant majoritaire contemporain y répond de manière assez laconique et indirecte, pour ne pas dire peu convaincante juridiquement parlant. Notamment en l'occultant purement et simplement, ou, par l'affirmation simpliste que la nature participative et coopérative des banques islamiques induit que les crédits distribués par elles n'entraînent pas les mêmes conséquences sur la création monétaire que les crédits conventionnels[143].

## *§2- La dette en Islam*

Le « *dayn* » est le terme qui en Islam désigne la dette, ou plus précisément la dette d'argent[144]. Les principes d'honnêteté et d'équité sont là encore au cœur de l'acception islamique de la notion. Ainsi, toute dette doit être fidèlement consignée[145] pour éviter les contentieux au sujet de son remboursement. Le

---

[142] NAULLEAU Gérard, « Le contrôle bancaire et la politique des banques centrales : étude comparative », *Les Capitaux de l'Islam*, Presses CNRS, 1990, p. 165-199 et, partageant la même analyse, EL DIWARY Tareq, *Islamic banking isn't Islamic*, Juin 2003, [En ligne] www.islamic-finance.com/item100_f.htm (consulté le 25 septembre 2011).

[143] Cf. *infra* p. 324.

[144] CHEHATA Chafik, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Paris, Bibliothèque Dalloz, 2005, p. 170.

[145] *Qor'an* S.II, V. 282, *Ayat al mudayana*, le verset de la dette, « Ô croyants ! Quand vous vous endettez à échéance déterminée, écrivez-la ou qu'un scribe l'écrive, pour vous en toute justice »

débiteur solvable ne doit pas retarder son paiement[146] et le créancier est invité à accepter un délai supplémentaire de son débiteur en difficulté, voire même à lui faire remise ou grâce de la dette[147], mais en aucun cas à lui faire payer ce retard, ce qui serait considéré comme du *riba*. L'engagement du débiteur à s'acquitter de sa dette est lourd de conséquence en droit musulman[148]. Au plan spirituel en effet, la personne endettée ne peut légitimement accomplir le pèlerinage[149], quant à celui qui laisse une dette après sa mort, la *sunna* montre qu'il s'agit d'un grave péché[150].

L'endettement est donc affaire grave en Islam, la doctrine majoritaire a déduit de ces commandements qu'un débiteur ne doit s'endetter qu'au minimum de la nécessité et, en aucun cas risquer un surendettement préjudiciable pour sa vie et la sauvegarde de ses proches[151].

Il est un autre élément fondamental de la doctrine classique au sujet de la dette et qui concerne la faculté d'en disposer. En effet, la vente de la dette, *bay' al dayn*, le transfert de la créance à un tiers, ne peut se faire, de l'avis majoritaire, qu'à la même valeur et au même terme en analogie de l'institution classique du transfert de créance, la *hawala*[152]. La possibilité d'une réduction de la somme due n'est également ouverte qu'à l'expresse condition qu'elle ne soit pas imposée, et ne résulte donc pas d'un engagement contractuel[153].

Il résulte de ces considérations que, par rapport à sa fonction d'intermédiaire financier, une banque islamique souffre, théoriquement, de

---

[146] *Hadith* rapporté par el Boukhary et Muslim « Les lenteurs que le riche met à s'acquitter d'une dette constituent une injustice ».

[147] *Qor'an* S.II, V.280, « S'il s'agit d'un débiteur dans la gêne qu'un répit lui soit accordé jusqu'aux jours d'aisance. Et si vous lui faites aumône, meilleur sera-ce pour vous ».

[148] *Qor'an* S.XVII, V.34, « Et remplissez l'engagement, oui on sera interrogé au sujet de l'engagement ».

[149] Ali Gom'a, *mufti* d'Egypte, *Dar al ifta'*, Le Caire sur www.Islamophile.org.

[150] Selon Abou Qatada rapporté par Muslim, « Le prophète se leva puis dit : « Le combat dans le chemin d'Allah et la croyance en Allah sont les meilleures actions » un homme se leva et dit : « si je meurs dans le chemin d'Allah, tous mes péchés me seront-ils pardonnés ? » Le Prophète dit : « oui, si tu es patient recherchant la récompense auprès d'Allah, en avançant vers l'ennemi et non en reculant, sauf les dettes car l'ange Gabriel (que la paix soit sur lui) m'a dit cela » ».

[151] *Qor'an* S.VII, V.31, « Ne faites pas d'excès. Il n'aime pas ceux qui font des excès » et *hadith* rapporté par Al Boukhary « quiconque prend l'argent des gens en voulant le rembourser, Allah le remboursera pour lui, et quiconque le prend avec l'intention de le gaspiller, Allah le gaspillera ».

[152] IBN TAYMIYA, *Epître sur le sens de l'analogie*, Beyrouth, Liban, Les éditions Al Bouraq, 1996, p. 46, « Il n'est pas interdit de vendre une créance contre une autre créance mais à condition que le délai et la valeur soient les mêmes. » Voir également AYUB Muhammad, *Op. cit.,* p. 147 et EL-GAMAL Mahmoud A., *Op. cit.*, p. 104.

[153] Décision de l'Académie du Fiqh du 9 mai 1992.

profonds handicaps. Si la consignation des créances ne soulève aucune difficulté aujourd'hui, au regard des techniques informatiques modernes, il n'en va pas de même pour la gestion des contentieux en cas de non-paiement d'échéances de crédit, d'insolvabilité. Les pénalités et autre rééchelonnement souffrant de profondes limitations en droit[154]. De même pour ce qui est de l'escompte et de l'affacturage de créances[155]. En outre, au regard des principes qoraniques, une banque islamique ne doit pas pouvoir favoriser l'endettement « inutile » de sa clientèle. *Quid* dans ce cas de la vente de crédits à la consommation et, dans une moindre mesure de crédits immobiliers ou automobiles dont le bien-fondé s'appréciera au regard de la nécessité du client ?

Ainsi, comment briguer le titre de banque, comment envisager la création d'un droit bancaire si théoriquement le commerce de la dette est exclu[156] et que le débiteur de bonne foi ne peut se voir obligé de rembourser qu'au regard de sa foi personnelle, de sa crainte du jugement de Dieu ? Nous verrons comment les juristes musulmans ont appréhendé ce problème en le contournant et le fait qu'une banque islamique favorise finalement, comme toute banque, l'endettement constitutif de son cœur de métier[157].

A ce stade de notre analyse, il semble difficile d'envisager la possibilité même que les notions de banque et d'Islam puissent être réunis autrement que par un abus de langage. Occulter ces points de blocages, pour permettre, dans une démarche progressive, d'instaurer un système fonctionnel préservant d'autres objectifs de l'Islam, jugés plus importants, sera la voie empruntée par les jurisconsultes de la banque islamique en pratique[158]. Nous y reviendrons.

---

[154] Cf. *infra* p. 92 sur les conséquences pratiques de ces principes.

[155] « Au sujet de la *bay' al Dain*, la vente de dette, certains *shafi'ites* l'autorisent arguant du fait que toute remise sur la valeur de la créance est une remise sur la valeur de l'actif sous-jacent alors que les autres écoles sont unanimes à interdire l'escompte et l'affacturage de créances à une autre valeur que la valeur faciale » in DJARAOUANE Karim, SERHAL Chucri Joseph, *Op. cit.,* p. 118.

[156] Cf. RAGOT Xavier, « Monnaie de crédit et dettes privées », *Revue économique*, Année 2002, volume 53, N°3, p. 687 où l'auteur note que le système bancaire est le mieux à même de gérer « les réseaux de dettes. La contrepartie de ce service est le paiement des intérêts sur la monnaie fournie aux clients ».

[157] EL-GAMAL Mahmoud A., *Hedge funds Shari'a Regulatory issues*, 6 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011) et EL-GAMAL Mahmoud A., *Islamic Finance Law and Economics*, *Op. cit.*, p. 126 et ss.

[158] Sur ce point cf. EL-GAMAL Mahmoud A., « The survival of Islamic banking : a micro evolutionary perspective », *Islamic economic studies*, December 1997, Volume 5, N°1, [En ligne] www.globalwebpost.com/farooqm/study_res/i.../gamal_ib_survival.pdf (consulté le 25 septembre 2011), p. 19.

## Section 2- Les transactions commerciales islamiques

L'analyse que nous développerons dans la partie suivante (Partie I) révèlera que les techniques bancaires légitimées par le droit islamique les plus utilisées aujourd'hui sont issues du contrat de vente classique. C'est ce contrat de vente qu'il nous appartient d'envisager ici sous l'angle du développement des activités bancaires islamiques (§1) avant d'aborder la notion de prêt en Islam (§2). La gratuité de ce service étant traditionnellement imposée, nous verrons que ces mécanismes traditionnels de crédit ne se retrouveront généralement dans les banques islamiques contemporaines qu'à titre accessoire.

### *§1- Les ventes*

Nous l'avons vu, la pratique du crédit à intérêt est interdite aux banques islamiques. De fait, celles-ci développent des techniques de financement basées sur le commerce en vertu du verset précité « Dieu a rendu licite le commerce et illicite l'intérêt ». Nous reviendrons tout au long de ce travail sur la manière dont les banques islamiques envisagent l'activité commerciale[159], mais il nous a paru essentiel, afin de commencer à en fixer le cadre, de faire un point sur les notions contractuelles de la vente (*bay'*) en droit musulman, notamment parce que l'institution de la *mourabaha*, consistant, nous le verrons, en une double vente, représente une part majeure de l'activité bancaire islamique aujourd'hui, de même que le *tawarruq* qui en est dérivé et a permis l'essor des banques islamiques dans la péninsule arabique[160].

Le droit musulman est un droit objectif au sein duquel les contrats sont généralement des contrats nommés dont les conséquences découlent directement de leur conclusion à l'exclusion d'aménagement par consentement mutuel. Nous reviendrons, au cours de nos développements, sur la manière dont les jurisconsultes des banques islamiques, s'appuyant sur la légitimité de ces contrats nommés classiques, procéderont à leur réforme profonde, pour permettre le développement d'un droit bancaire islamique moderne[161].

---

[159] EL HATIMI Layla, *Op. cit.*, p. 151.

[160] Cf. *infra* p. 296.

[161] Précisons néanmoins que la doctrine contemporaine s'est majoritairement rangée à l'avis *hanbalite* voulant que tout type de contrat classique peut être modifié à condition qu'il n'aille pas à l'encontre de l'ordre public ou des bonnes mœurs. Cf. RAYNER S.E., *The theory of contracts in islamic law*, Revue internationale de Droit Comparé, 1993, N°1, disponible sur www.persee.fr, 5ème édition, p. 309.

Le contrat *('aqd*) est ainsi considéré comme une cause « *sabab* », prévue par la loi, à laquelle se trouvent suspendus les effets prévus également par la loi[162]. La volonté du contractant doit être exempte de vice, mais elle n'agit pas par elle-même sur les effets du contrat. Le *ridha* (traduit généralement par consentement) n'est pas indispensable à la formation du contrat en droit musulman, mais est une condition de validité. C'est par un acte de volonté que le contrat va produire les effets que lui attache le *fiqh*[163]. Nayla Comair-Obayd écrit à ce sujet que « le contrat en droit musulman est un acte posé en vue d'une fin déterminée par la Loi et qui est l'égalité ou l'équivalence des prestations réciproques. Cette idée de contrepartie est une idée morale qui sous-tend toute la théorie générale du droit»[164].

Le contrat de vente est défini, à l'article 105 de la *Majallah* ottomane[165] comme « l'échange de la propriété contre la propriété », qui désigne en fait, tout type d'échange avec transmission réelle de la chose, objet du contrat.

Nous n'entrerons pas ici dans l'analyse technique du contrat de vente, mais nous contenterons de rappeler que celui-ci devant être exempt de *gharar* (aléa), il est nécessaire de préciser l'objet du contrat, d'en désigner le genre, l'espèce, les qualités essentielles, et la quantité[166]. Ceci entraînant la prohibition des ventes liées et des ventes à terme[167].

La détermination du prix (*thaman*) dans le contrat de vente est néanmoins un point sur lequel il convient de s'arrêter. Si, en principe sa détermination est libre et seulement limitée par l'honnêteté[168] que promeut l'Islam dans toutes les activités humaines[169], la détermination du prix est plus spécifiquement liée à la notion de risque[170] et au travail impliqué dans la négociation[171]. Ceci conduira

---

[162] ABDELHAMID Hassan, *La nature de la responsabilité en droit musulman classique*, Cours de master 2 recherche, Droit de la responsabilité, p. 11.

[163] SAKRANI Raja*, Op. cit.,* p. 1707.

[164] COMAIR-OBEID Nayla, *Op. cit.,* p. 8.

[165] La *Majallah* est le premier exemple de codification du droit musulman, regroupant les enseignements de l'école *hanafite*, a avoir régi un Etat musulman, en l'occurrence l'empire Ottoman.

[166] AL AMMEEN. AL-DHAREER Siddiq Mohammed, *Op. cit.*, p. 22.

[167] Cf. *supra* p. 32 et p. 38.

[168] *Qor'an* S.IV, V.29, « Ô croyants! Ne mangez pas mutuellement votre bien par esprit de fausseté, mais qu'il y ait seulement entre vous négoce consenti ».

[169] Hors cas strictement interdit du *riba* et de la spéculation cela va sans dire, cf. *supra* p. 27-33.

[170] Principes « *al Ghunm bil Ghurm* » et « *al Kharaj bil Dhaman* », point de rétribution sans garantie.

[171] Cf. *infra* p. 75 et p. 114.

concrètement à ce que dans le cas d'une vente avec paiement différé, le prix puisse être supérieur à ce qu'il aurait été au comptant. Les plus éminents jurisconsultes en matière de finance islamique, parmi lesquels Taqi Usmani, ont admis que le calcul du prix, de la marge bénéficiaire de la banque en l'occurrence, puisse se faire en référence à un taux d'intérêt bancaire conventionnel[172]. Pour justifier cette position, ce jurisconsulte[173] explique que dans une opération d'achat comptant pour revente à crédit, la *mourabaha*, la banque doit supporter un double risque. Le premier étant lié à l'acquisition de la propriété du bien entre le moment de l'achat et celui de la revente ; le second, en cas de retour de la marchandise pour défaut de remboursement de la part du client. Le support de ce risque explique le surcoût, et le fait que ce surcoût soit calculé par référence à un taux d'intérêt bancaire classique n'a donc pas d'incidence au plan du droit musulman. Or, dans la pratique les deux risques sont limités pour la banque. Le premier par la quasi-concomitance des signatures des actes juridiques impliqués[174] et le second l'est, conventionnellement, par l'engagement du vendeur primaire de récupérer le bien en cas de défaut de l'acquéreur ultime. De plus, le recours à l'assurance, dont le coût est inclus dans le calcul du profit et donc à la charge du client, achève de limiter les risques de l'opération commerciale[175]. Tant et si bien que le seul risque qui demeure réellement est un risque de crédit. S'il ne rembourse pas, le client fait perdre à la banque l'avantage financier qu'elle aurait dû percevoir pour ce capital.

Ainsi, il semble à ce stade de l'analyse que du point de vue de la substance économique de l'opération, l'aspect commercial s'efface devant le financier. Le prix payé est le loyer de l'argent, ou plus précisément, le coût d'opportunité de ce capital ; ce qui est en désaccord à la fois avec l'interdiction du *riba* et la conception islamique de la monnaie, moyen d'échange stérile. Les justifications juridiques apportées à cela sont par ailleurs que, dans la tradition juridique islamique, le prix à terme pouvait être plus élevé que le prix comptant dans la mesure où l'utilité intrinsèque du bien reçu avant paiement complet du prix justifie la différence[176].

---

[172] Précisons ici, nous y reviendrons, que, dans le cadre d'une *mourabaha*, le vendeur doit détailler les éléments expliquant le surcoût. En pratique, la banque informe le contractant de la somme représentant le « profit de la banque » sans entrer dans le détail de sa tarification. Le référencement à un taux d'intérêt conventionnel n'est pas clairement affirmé. Ceci peut bien entendu se concevoir face au trouble que cette information pourrait causer à une clientèle qui cherche précisément, à travers les produits bancaires islamiques, à s'émanciper du recours à l'intérêt. Cf. *infra* p. 75, sur la particularité de la *mourabaha*, vente comportant une obligation renforcée de transparence en droit classique.

[173] Qui exprime en cela l'opinion majoritaire aujourd'hui.

[174] Concrètement, quelques minutes s'écoulent tout au plus entre la signature du contrat de vente entre la banque et le fournisseur et la conclusion du deuxième contrat de vente entre la banque et son client.

[175] Nous l'avons constaté en pratique, voir également EL-GAMAL Mahmoud A., *Op. cit.*, p. 67-68.

[176] AYUB Muhammad, *Op. cit.,* p. 140 sur les avis de l'*imam* Tirmidhi et de Sarakhsi.

L'idée « que le temps a un rôle dans le prix »[177] doit ainsi s'entendre au regard de la possibilité d'usage d'un bien, en considération de la production que cet usage permet d'assurer et non de l'immobilisation d'une somme d'argent pendant une période de temps. Si nous pensons que cet argumentaire peut parfaitement tenir au regard des règles du droit musulman, pourquoi ne pas fonder l'évaluation du prix sur l'utilité procurée par ce bien vendu, et la lier à un taux d'intérêt conventionnel[178] ? Nous verrons que la réponse est assez simple, une banque islamique est avant tout une banque, son activité étant en substance financière, les opérations commerciales sont envisagées de sorte à se calquer sur le fonctionnement d'un crédit classique.

Nous préciserons également un point crucial sur le rôle de l'intention (*niya*) dans la validité des contrats. En droit musulman, comme en droit pénal français, l'intention diffère de la volonté. Elle est ici appréciée au regard du motif de l'engagement contractuel, sur le plan de sa conformité au devoir religieux[179]. Ainsi la volonté peut être d'acquérir un bien, et l'intention, d'user de ce bien pour un motif particulier, bon ou mauvais. C'est la détermination de ce motif et sa conformité à la Loi qui importera dans la perspective globale de l'Islam, droit régissant tout à la fois le temporel et le spirituel[180].

Nous verrons plus loin que la détermination de l'intention et ses conséquences sur la validité des contrats divergent selon les écoles juridiques[181], mais nous précisons d'ores et déjà que, en théorie, par leur modalité de fonctionnement, les banques islamiques exercent un contrôle *a priori*. En tant que fournisseurs des biens envisagés par leurs clients, elles refusent de financer tout ce qui est illicite au regard de la *Shari'a*. Néanmoins le développement de techniques juridiques permettant la non-affectation du crédit remet en cause cet

---

[177] Al Misri cité par EL-GAMAL Mahmoud A., *An economic explication of the prohibition of Riba in classical Islamic Jurisprudence*, 2001, [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011), p. 3.

[178] En pratique celui de la place financière de référence de la banque, le plus souvent ce sera le *London Interbank Offered Rate* voir à ce propos MATTOUT Jean-Pierre, *Op. cit.*, p. 170.

[179] MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Op. cit.*, p. 212-213.

[180] *Hadith* rapporté par Al-Boukhary et Muslim, Omar Ibn Al-Khattab (le deuxième *khalife*, dit « bien guidé ») a dit : « J'ai entendu le Messager de Dieu dire : « Les actions ne valent que par les intentions (*Niya*) et chacun n'a pour lui que ce qu'il a eu réellement l'intention de faire.» Ce *hadith* montre que les oeuvres sont pesées à la balance de l'intention ; quand celle-ci est pure, l'oeuvre devient bonne et lorsqu'elle est mauvaise l'oeuvre s'en trouve corrompue. C'est l'un des *hawadith* fondamentaux du droit musulman, l'*imam* Al Shafi'i lui conférant la valeur d'un tiers de la Science, l'*imam* Ahmed Hanbal allant jusqu'à 50% et Al Boukhary l'érigeant en principe théologique fondamental, et l'inscrivant en premier dans son recueil de *hawadith*. Sur ce point cf. STEHLY Ralph, *La niyya ou pureté de l'intention*, [En ligne] http://stehly.chez-alice.fr/niyya.htm (consulté le 25 septembre 2011).

[181] L'intention mauvaise sera globalement condamnée, mais la peine ne sera pas toujours prononcée en pratique. Elle sera laissée, pour ainsi dire, au jugement ultime de Dieu.

état de fait et entraine le désengagement des banques islamiques du rôle qu'elles se sont assigné de moralisatrices des affaires.

## *§2- Le prêt*

La notion de prêt d'argent en Islam est, en accord avec ce que nous avons déjà précisé sur l'interdiction du *riba*, essentiellement gratuite. C'est une activité vertueuse, comme le souligne sa dénomination de *qard al hassan* (prêt d'honneur, gracieux, vertueux) et les encouragements à en faire bénéficier autrui dans le *Qor'an* et la *sunna*[182]. Elle rejoint donc l'idée de solidarité que nous avons déjà envisagée, ainsi que l'incitation islamique à s'enrichir par le travail et l'investissement personnel comme nous l'a également enseigné le rejet de la thésaurisation. Dans la conception islamique, la fourniture de moyens permettant à son prochain de développer par lui-même une source de subsistance est favorisée par rapport à l'assistance simple qui ne permet pas de s'extraire à terme de la difficulté. A cet égard, la légitimité d'un établissement de crédit est évidente, à condition qu'elle se fasse sur les bases de la gratuité ou, nous l'avons signalé, sur celles de la coopération. En pratique, le *qard al hassan* ne joue pas un rôle majeur dans l'activité des banques islamiques, cela va sans dire, il est néanmoins important de souligner qu'il n'est pas absent. Par leur fonction, les banques semblent en effet les intermédiaires idéaux pour assurer la juste et efficace allocation de ces prêts gratuits. En vérifiant leur destination et en s'assurant de leur productivité, nous verrons que certaines banques islamiques contribuent à la réalisation d'une forme de solidarité négligée par les Etats[183].

Sous un angle comparatif à présent, il nous a paru opportun de souligner qu'en matière de crédit, l'Islam ne se distingue pas des autres religions Abrahamiques. Le Judaïsme comme le Christianisme partageant la même conception de gratuité vertueuse[184]. Néanmoins, cette dernière, aussi justifiée soit-

---

[182] *Qor'an* S.II, V.245, « Quiconque fait à Dieu un prêt d'honneur, il lui multipliera bien des fois. », *Hadith* du voyage nocturne rapporté par Ibn Maja, :« J'ai dit ô Jibril (l'ange Gabriel en Islam) pourquoi le crédit est meilleur que l'aumône ? Il dit, « parce que le demandeur demande même lorsqu'il a alors que l'emprunteur ne demande que dans le besoin » et *hadith* rapporté par Abi Darda « Que je prête deux dinars, qui me seront rendus, que je prêterai encore, seront plus prêts de mon cœur que si j'en faisais don ». *Hawadith* cités in *Les sciences de la Chari'a pour les économistes*, édité par BENDJILALI, Niamey, Nigger Islamic research and training institute, actes de séminaire, 1998, disponible sur www.irtipms.org, p. 234 et ss.

[183] Cf. *infra* p. 181 et ss.

[184] ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami*, Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman, Op. cit.,* p. 5 :« Tu ne prêteras pas à ton frère, qu'il s'agisse d'un prêt d'argent, ou de vivres, ou de quoi que ce soit dont on exige intérêt. A l'étranger tu pourras prêter à intérêt, mais tu prêteras sans intérêt à ton frère, afin que Yahvé ton Dieu te bénisse en tous tes travaux, au pays où tu vas entrer pour en prendre possession (Deutéronome 23 : 20-21) et p. 6 : « En occident, l'interdiction du prêt

elle en théorie, ne put résister à la pratique. Ce qui est frappant c'est la manière dont ont été tournées, au fil des ans, ces prescriptions religieuses, pour, alors même que l'on a constaté leurs accords principiels, s'en absoudre. Ainsi, les chrétiens ont utilisé les juifs pour pratiquer le prêt onéreux, cela ne leur était pas interdit[185]. Les musulmans de même, se sont servis des savoir-faire chrétiens et juifs pour emprunter avec intérêt[186].

Aujourd'hui, on retrouve ce même type de schéma dans le développement de l'industrie bancaire islamique. Nous verrons ainsi que, plusieurs décisions des jurisconsultes des Banques islamiques ont admis que les fonds propres de ces banques puissent au départ être issus des banques conventionnelles[187], arguant que la conformité de leur activité s'analyse uniquement dans la relation entre la banque et ses clients et non au regard des créanciers de la banque. Pourtant, l'utilisation de fonds provenant d'une source « impure » au regard du droit musulman, est, de jurisprudence constante, défendue[188]. Nous verrons que ce type de décision fondée sur la doctrine de la nécessité ne fait pas l'unanimité dans la doctrine.

Quoi qu'il en soit, les prêts gratuits font partie de l'arsenal juridique dont disposent les banques islamiques. Nous verrons qu'on les retrouvera par exemple dans les relations de ces établissements financiers avec les banques centrales.

---

à intérêt fut intégrée au droit laïc sous Charlemagne et perdura pendant tout le Moyen Âge. Elle fut critiquée ensuite par quelques théologiens et juristes au XIIIème siècle. Le droit canon s'appuya ensuite sur la critique de la chrématistique par Aristote. Selon ce dernier l'argent ne pouvait pas « faire des petits ».

[185] *Ibid.*, p. 6 « L'interdit a toutefois été contourné en faisant appel aux Juifs dans la chrétienté ».

[186] BENMANSOUR Hacène, *Op. cit.,* p. 76 « Une des solutions au niveau macroéconomique pourrait-on dire était de confier le rôle de banquier aux non-musulmans, surtout juifs ou chrétiens : rôle dans l'escompte et prêts d'argent »

[187] En pratique, l'établissement financier conventionnel fournit gratuitement des fonds propres à sa filiale islamique. L'origine de ces fonds n'est pas considérée *halal* (licite) par la majorité des spécialistes comme l'admettent d'ailleurs ceux la même qui l'autorisent dans ce cas précis, en déclarant leurs établissements-mères inéligibles aux critères islamiques d'investissements car issus du *riba*, nous reviendrons sur ce paradoxe.

[188] *Qor'an* S.2. V.267, « ô les croyants ! Dépensez des meilleures choses que vous avez gagnées et des récoltes que Nous avons fait sortir de la terre pour vous. Et ne vous tournez pas vers ce qui est vil pour en faire dépense. Ne donnez pas ce que vous-mêmes n'accepteriez qu'en fermant les yeux ! Et sachez qu'Allah n'a besoin de rien et qu'Il est digne de louange. » et *hadith* rapporté par Ahmad, « Selon Ibn Massoud, le prophète a dit « Je jure par celui qui possède mon âme que toute personne qui gagne un argent illicite, et le dépense, Allah ne met pas Sa *baraka* dessus, même s'il en fait des *sadaqa*, Allah ne les agréera pas. Et s'il le laisse après sa mort, il sera ses provisions pour l'enfer. Allah n'efface pas le mal par le mal mais efface le mal par le bien car l'illicite n'efface pas l'illicite ».

Il convient de préciser enfin que le dépôt en banque, dont on sait qu'il s'analyse comme un prêt consenti à la banque par le client, s'effectuera sur la base du *qard al hassan.*

Après avoir analysé les origines doctrinales d'un droit musulman des affaires nous sommes arrivés à la conclusion que l'acception moderne de la banque s'accorde mal avec les principes islamiques. Les notions de dette, le rôle de la monnaie tels qu'ils furent envisagés traditionnellement semblent aujourd'hui anachroniques sur le plan économique. De même pour les limitations induites par l'étendue des prohibitions que doivent supporter, en théorie, les banques islamiques. Les problématiques de la banque moderne n'entraient bien évidemment pas dans la réflexion des *'ulama* de l'empire musulman. Pourtant, ce corpus doctrinal offre aujourd'hui à leurs héritiers les outils permettant de développer des institutions financières se réclamant de l'héritage islamique classique. Il ne nous appartiendra pas ici de juger de l'orthodoxie des interprétations et relectures actuelles, mais plutôt d'analyser le cheminement de la pensée islamique à travers l'histoire afin de déterminer les processus ayant conduit au développement d'une théorie bancaire islamique.

# *TITRE II- LE DEVELOPPEMENT D'UNE THEORIE BANCAIRE ISLAMIQUE : FRUIT DE L'HISTOIRE DU DROIT MUSULMAN*

Bien avant l'avènement de l'Islam, La Mecque était une place commerciale importante. Le pèlerinage ancestral à la *Ka'ba* était vecteur d'échanges commerciaux et contribuait à la prospérité des Mecquois[189]. La tribu *Qorayshites* dont est issu le Prophète de l'Islam était une riche famille commerçante*, Muhammad* lui-même fut caravanier dans ses jeunes années[190]. L'Islam, tradition révélée du peuple arabe, s'inscrivit dans son contexte d'accueil et fit du commerce une activité des plus nobles, sa pratique honnête étant élevée, nous l'avons vu, au rang des pratiques pieuses. L'accroissement extraordinaire de l'empire musulman dans les siècles qui suivirent la révélation entraîna un important développement du commerce. Inédites par leur ampleur, ces relations commerciales s'accompagnèrent d'une évolution du droit (Chapitre 1), trouvant les réponses à la variété des problématiques nouvelles dans l'établissement d'un système juridique complet. La longue période de sommeil du droit musulman, consécutive à la fermeture de la porte de l*'ijtihad* et la lente agonie de l'empire, conduisit à une parenthèse de plusieurs siècles au cours desquels les travaux des grands anciens furent fixés dans le marbre, pour ainsi dire sacralisés. La confrontation avec l'occident triomphant techniquement, économiquement et bientôt militairement fut l'occasion d'un réveil de la pensée musulmane. La période coloniale, l'émancipation des nations arabes nouvellement créées et l'afflux de richesse qui résulta de la manne pétrolière achevant d'entraîner le monde musulman dans une nouvelle affirmation de son identité (Chapitre 2). C'est tout ce processus historique qu'il nous a semblé pertinent d'analyser. Il est en effet difficile lorsque l'on prétend étudier une notion, de faire l'économie de l'étude des racines présidant à sa destinée.

---

[189] Cf. ABDELHAMID Hassan, *Essais sur le langage juridique de l'Islam*, *Op. cit.,* p.128-146.

[190] Sur la vie du Prophète Muhammad se référer à l'ouvrage référence de LINGS Martin, *Le Prophète Muhammad, Sa vie d'après les sources les plus anciennes*, Traduit par MICHON Jean-Louis, Paris, Editions du Seuil, 1986, 589 p.

# *Chapitre 1- Les opérations financières dans l'empire musulman*

Dès les premières conquêtes musulmanes de Khalid ibn al Walid et à la suite du règne du *khalife* Mo'awiya[191], le droit musulman a fait preuve de capacités créatives et d'adaptation aux territoires conquis. Assimilant les pratiques locales des peuples soumis, se structurant dans une cohérente diversité, le *fiqh* a connu dans les quatre premiers siècles de la civilisation islamique un âge d'or dont les contributions forment jusqu'à aujourd'hui la colonne vertébrale du droit musulman (§1) et continuent d'en expliquer la riche diversité. La quasi sacralisation de cette période entraînera un repli de l'activité législative. Cette période de déclin (§2) constituant une parenthèse de mille ans durant laquelle le droit resta figé dans un passé fantasmé, contribuant à l'irrémédiable chute de l'empire musulman.

## Section 1- L'âge d'or du *fiqh* : émergence et structuration du droit

Cette période de quatre siècles suivant l'hégire verra le droit musulman se structurer autour de plusieurs écoles juridiques. Ces écoles produisant d'importants développements (§1) et enrichissant l'empire musulman d'apports extérieurs qu'elles ont su intégrer (§2).

### *§1- Le développement du fiqh*

A la suite des conquêtes musulmanes, le droit musulman, confronté à la nécessité d'administrer les territoires et peuples conquis, connut une période de développement important. L'impossibilité matérielle d'accéder à toutes les sources primaires entraîna la multiplication des écoles juridiques. Il ne nous appartiendra pas d'en expliquer toutes les différences eu égard à la spécificité de notre sujet et aux analyses que d'autres ont déjà réalisées avant nous en la matière[192]. Ainsi, nous nous contenterons d'exposer brièvement les principales caractéristiques des

[191] Sur ce point cf. COULSON Noël J., *Op. cit.*, p. 117.

[192] Cf. AL-SUYUTI Jalâlu-Dîne, *Les quatre écoles sunnites*, Paris, édition de la Ruche, 2002, 80 p., PHILIPS Bilal, *Le fiqh et son évolution*, Lyon, Tawhid, 1998, 201 p. ou encore, COULSON Noël J., *Op. cit.*, MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Op. cit.* et SCHACHT Joseph, *Op. cit.*

quatre écoles, fixées après la fermeture des portes de l'*ijtihad* au Xe siècle de notre ère[193] et ayant survécu jusqu'à aujourd'hui, qui continuent d'avoir un rôle dans l'élaboration d'un droit bancaire islamique par les divergences d'interprétation qu'elles proposent.

L'école *hanafite* basée sur l'enseignement de *l'imam* Abu Hanifa (699-767) est particulièrement présente en Turquie, Egypte, Jordanie et Syrie. En raison du faible nombre de sources de la *sunna* dont disposaient ses membres à l'origine, elle fit grandement appel au raisonnement rationnel, *ijtihad*, et à l'analogie, *qiyas*, l'on désigna ses membres comme les « gens de la raison », *ahl al ra'y*. Ainsi, elle fut particulièrement impliquée dans le développement des *hiyal* ou expédients juridiques, qui montrent clairement comment le droit islamique réagit à la pratique. Face à l'absence de sources, le raisonnement visant à islamiser les pratiques auxquelles les croyants étaient confrontés, notamment en matière commerciale qui nous intéresse ici, conduisit au développement d'une doctrine de l'expédient juridique consistant en l'usage de moyens juridiques à des fins extra-juridiques, qui ne pourraient être atteintes directement sans contrevenir à la *Shari'a*. Les *hiyal* forment une partie du droit commercial (bien qu'ils ne se limitent pas au droit commercial par ailleurs), à côté de la théorie. En pratique les parties intéressées s'accordaient conventionnellement pour aboutir à un montage ne risquant pas d'être sanctionné par le *qadi* (pl. *qudat*), juge. Le concept de précaution domine ainsi la doctrine des *hiyal*[194] dont nous rencontrerons l'usage tout au long de notre travail sur les techniques de légitimation des opérations bancaires islamiques.

L'école *malikite* de l'*imam* Malik Ibn Anas (711-795) pour qui la pratique des habitants de la ville de Médine est la troisième source du droit, après le *Qor'an* et la *sunna* - précisément en tant que représentative de cette *sunna* - est présente au Soudan, au *Maghreb* et en Afrique occidentale. Sa proximité avec la pratique primordiale de l'Islam entraîna la désignation de ses membres comme « gens de la tradition », *ahl al hadith.*

L'école *shafi'ite* fondée par l'*imam* Muhammad Idriss al Shafi'i (762-820) qui fut le premier à catégoriser les traditions prophétiques (*sunna*) et qui n'accepte le *qiyas* comme source du droit que si les autres sources (*ijma'*, *Qor'an* et *sunna*) n'ont pas permis de dégager une solution ; elle est influente en Egypte et Asie du Sud-est. L'apport de cette école fut déterminant en droit musulman dans le sens où elle introduisit une méthodologie de classification des sources et des principes juridiques (*usul al fiqh*) qui seront repris par les autres écoles.

L'école *hanbalite* de *l'imam Ahmed Hanbal* (780-855) est prédominante dans la péninsule arabique mais minoritaire sur le plan mondial, elle est

---

[193] Sur ce point DJARAOUANE Karim, SERHAL Chucri Joseph, *Op. cit.,* p. 117.

[194] SCHACHT Joseph, *Op. cit.*, p. 172 et ss.

considérée comme la plus rigoriste. Traditionnellement l'école disposant de l'influence la moins importante, nous verrons que son rôle est aujourd'hui fondamental à travers le rôle joué par l'Arabie Saoudite dans la définition du droit musulman contemporain.

Nous pouvons préciser, à titre d'informations, les ouvrages majeurs, abordant les notions économiques et commerciales de chacune de ces quatre écoles :

Chez les *hanafites* : *al Mabsut de l'imam Shams ad-Dîn as Sarakhsi.*

Chez les *shafi'ites* : *al Majmu' de l'imam Muhy ad-Dîn saraf an Nawawi*.

Chez les *hanbalites* : *al Mughni, de l'imam Muhammad Ibn Qudama* [195].

Chez les *malikites* : *al mudawanna* de l'*imam Sahnun.*

Nous devons ici présenter le rôle des fondateurs de ces quatre écoles, notamment car nous verrons qu'il demeure prépondérant aujourd'hui. L'acceptation de leur particularisme emportant d'importantes conséquences sur le développement du *fiqh*, au travers des siècles et jusqu'à nos jours.

Le *mujtahid*, qui pratique l'*ijtihad*, est celui qui, « sans perdre de vue la règle stricte de la Loi sacrée, sait au besoin, la diriger vers une voie nouvelle »[196]. Ce pouvoir de créer la norme provient des prescriptions du *Qor'an* et de la *sunna* conférant au savant un rôle éminent dans la hiérarchie sociale du monde musulman[197]. Le droit musulman distingue le *mujtahid mutlaq* qui dispose d'un pouvoir général de réforme et est habilité à interpréter les sources primaires de la *Shari'a* et le *mujtahid muqaiyad* qui détient un pouvoir créateur limité. Les seuls *mujtahid mutlaq* reconnus par la tradition musulmane sont les fondateurs des quatre principales écoles juridiques. Leurs disciples directs (*Abu Yusuf et Al Shaybani* pour les *hanafites, Al Nawawi et Al Suyuti* pour les *shafi'ite*s notamment) sont habilités à interpréter leur pensée et à créer du droit au sein de leur *madhab* respectif, sans remonter par contre à l'interprétation directe du *Qor'an* et de la *sunna*. Enfin pour les cas non tranchés, le *mujtahid* de rang inférieur peut formuler une décision, conforme aux principes de son école, déterminer entre deux avis lequel est minoritaire et doit être écarté, au profit d'un autre plus répandu.

---

[195] GAFOURI Abdul Hâdi, *Op. cit.*, p. 106.

[196] MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Op. cit.*, p. 126 et ss.

[197] *Qor'an* S. XVI, V. 43-44 et *hadith* rapporté Abu Huraïra et Muslim : « Les savants sont les héritiers des Prophètes. »

Selon l'avis majoritaire, depuis la fermeture des portes de l'*ijtihad* il n'existe plus de *mujtahid mutlaq*[198]. Les possibilités de créer du droit sont donc, en théorie restreintes à l'interprétation des maîtres originaires. Toutefois, il est admis que sur les points non-traités « les *mujtahidun muqaiyad* peuvent statuer par analogie, en prenant en compte les solutions de temps et de lieu », pour « adopter la solution qui répond le mieux à la coutume en vigueur »[199]. Nous verrons que nombre de réformes en banque islamique seront accomplies en considération de cette possibilité[200] bien que, d'une manière générale, la désuétude de l'échelle de compétence classique tende à en limiter la portée traditionnelle.[201]

L'importance de ce point est cruciale, pour les raisons que nous venons d'évoquer, mais également car traditionnellement, l'affirmation d'une règle d'*ijma'*, accédant au rang de Loi dans l'échelle normative musulmane, implique l'accord unanime des *mujtahidun*. Nous verrons plus loin ce qu'il en est dans la tendance actuelle à l'uniformisation des règles bancaires islamiques.

## *§2- Les apports extérieurs*

En matière commerciale plus que dans toute autre, le droit musulman a bénéficié des apports juridiques des civilisations voisines. Il nous a semblé opportun d'en retracer les influences afin de prouver que l'opposition actuelle entre l'Islam et l'Occident peut s'envisager sous l'angle de ces collaborations passées.

Ainsi, comme l'affirme le Professeur *Hasnaoui*, « toute l'histoire musulmane du premier siècle et même au-delà tient dans le décalage entre une forme d'universalisme d'Etat et des contenus de plus en plus allogènes […] comme on trouvait un appareil déjà constitué dans les pays conquis (modèle byzantin et Sassanide) il était inévitable qu'on s'en servît »[202].

---

[198] A l'exception de l'avis *hanbalite* selon lequel chaque époque a son *mujtahid*, ceci aura des conséquences importantes sur l'élaboration du droit bancaire islamique.

[199] MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Op. cit.*, p. 136.

[200] Ce qui explique notamment que la voie empruntée par le droit islamique naissant s'appuie sur les contrats nommés classiques. En considérant que le problème posé n'est pas nouveau, les juristes contemporains peuvent légitimement statuer par analogie et en adapter les règles d'usage.

[201] Sur toutes ces notions cf. MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Op. cit.*, p. 106 et ss.

[202] HASNAOUI Ahmed, « L'Islam, la conquête, le pouvoir », *Histoire des idéologies. Les mondes divins jusqu'au 8éme siècle de notre ère*, sous la direction de CHATELET F., Paris, Hachette, 1978, p. 322.

Par ailleurs, le droit romain, dont on sait l'influence sur le droit occidental[203], et le droit musulman, cohabitent sur les rives de la méditerranée depuis la conquête musulmane. Leurs rapports se poursuivent jusqu'à ce jour par l'importance positive du système juridique romano-civiliste au *Maghreb* et celle tout aussi marquée de la *Common law* dans le Droit des pays du Proche-Orient et de l'Asie du Sud-Est musulmane.

Si, comme le montre Jeanne Ladjili-Mouchette, sur le plan religieux « le droit romain a été élaboré en accord avec les divinités protectrices de Rome, il a été senti d'une manière autonome et l'avènement du christianisme n'y a rien changé ( à César ce qui est à César) ; au contraire le droit musulman n'a pas été voulu autonome ». Ainsi ces deux systèmes représentent les deux manières possibles de répondre à l'origine du droit, « ordre juridique reflet de la volonté divine ou naissant plutôt de la vie quotidienne des hommes » [204]. En fait, la différence n'est pas si tranchée en pratique puisque la conception romaine de la justice découle de sa relation à la divinité et qu'en Islam la volonté divine laisse aussi aux hommes la possibilité de s'adapter aux contingences quotidiennes. La démonstration qu'opère madame Ladjili-Mouchette sur les rapports entre les deux grands systèmes juridiques de la Méditerranée dans les premiers siècles du droit musulman, notamment à travers l'apport des populations nouvellement conquises et converties[205], souligne par ailleurs les similitudes principielles qu'entretiennent en essence ces Droits.

Dans les pratiques commerciales, l'interconnexion du droit romain et du droit musulman est manifeste, au point que pour les notions voisines de *commanda* et de *moudharabah*[206], instrument majeur du droit bancaire islamique, il est difficile de déterminer dans quel sens l'influence s'est opérée. Depuis Rome ou depuis l'empire musulman ? La question reste ouverte mais l'origine commune est patente[207]. De nombreux principes juridiques communs sont également partagés par ces deux systèmes de droit[208] et le rôle des jurisconsultes dans la

---

[203] Cf. GAUDEMET Jean, *Droit privé romain*, Paris, Montchrestien, Domat droit privé, 2e édition, 2000, 429 p.

[204] LADJILI-MOUCHETTE Jeanne, *Op. cit.*, p. 23-25.

[205] *Ibid.*, p. 483.

[206] Sur la *moudharabah* cf. *infra* p. 112.

[207] CHAPELLIERE Isabelle, *Op. cit.,* p. 104-105.

[208] JAHEL Selim, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », *Op. cit.*, p. 116 L'auteur note l'existence en Islam des principes identiques au droit romain du *summum jus summa injuria* et de *necessitas non habet legem*, ou encore *actor incumbit probatio*.

création du droit y est comparable[209] ayant dans les deux cas grandement contribué à l'élaboration des normes[210].

Ces quelques éléments montrent, au regard du développement actuel d'une doctrine bancaire islamique moderne, que la problématique de la confrontation des civilisations fut déjà posée dans le passé, les solutions de concorde et de coopération qui furent trouvées à l'époque guideront la suite de notre exposé. Nous montrerons qu'en tout état de cause, il est illusoire de prétendre fonder le droit bancaire islamique sur la pure altérité à l'Occident. La cohabitation des normes et des pratiques étant inéluctables, nous nous attacherons à prouver qu'il pourrait être judicieux d'en appeler aux origines communes des civilisations pour atteindre les objectifs de réforme du droit des affaires que s'est fixée la doctrine juridique des banques islamiques.

## Section 2- Le déclin du *fiqh*

Au fil des générations, l'effort d'interprétation des jurisconsultes avait conduit au développement des écoles juridiques, la plupart des problématiques passées, présentes, ou à venir avaient été résolues (*fiqh* spéculatif)[211]. De plus, la multiplication de la création de normes par des savants dont la science n'était pas reconnue au-delà de leur entourage direct, qui n'avaient pas d'autorisation particulière (*ijaza*), entraîna une prolifération contradictoire, cause de troubles dans la population.

Le rôle de l'*ijtihad* s'amenuisa donc jusqu'à être circonscrit à l'étude des travaux des premiers savants et en l'an 300 de l'hégire il disparut ; c'est la fermeture de porte de l'*ijtihad* au Xe siècle. L'*ijtihad* fait ainsi place au conformisme (*taqlid*) et « la législation musulmane se trouve amenée à un état de complet repos qui fait songer à l'immobilité d'un cimetière »[212].

A partir des invasions mongoles et même dès le XIe siècle, l'Islam s'est en quelque sorte disloqué, le rôle de la *Shari'a* demeure dans l'organisation du

---

[209] Sur les similitudes entre *fatwa* musulmane et *respons*a romaine cf. CHEHATA Chafik, *Op. cit.*, p. 57 et BADR Gamal Moursi, *La tendance objective en matière de représentation dans la common-law et le droit islamique*, Revue internationale de Droit Comparé, 1965, N°2, disponible sur www.persee.fr, p. 3.

[210] Comme le montre parfaitement LADJILI-MOUCHETTE Jeanne, *Op. cit.*, p. 26, avec un dialogue fictif entre Cicéron et l'*imam* Al Shafi'i, soulignant que les méthodes de création de droit issues des philosophes grecs ont été utilisées par les deux systèmes.

[211] Sur ce point PHILIPS Bilal, *Op. cit.*, p. 164.

[212] Snouck Hurgronje cité par MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Op. cit.*, p. 82.

monde musulman, mais sa technique juridique tombe en désuétude. Comme l'écrit Coulson dans son histoire du droit musulman, à la suite de la fermeture de la porte de l'*ijtihad* au Xe siècle « le droit musulman reconnut officiellement que sa force créatrice était tarie, à la suite du développement de l'*ijma'*, dont l'infaillibilité venait interdire qu'il fût contredit, [ce qui] impliqua peu à peu la disparition du rôle de l'*ijtihad* »[213].

Ainsi, les principaux juristes de l'époque classique, fondateurs des grandes écoles juridiques, ont vu leur prestige croître jusqu'à ce que l'on considère leurs enseignements comme définitifs. Une doctrine de l'imitation (*taqlid*) fut alors développée (§1), considérant que les juristes musulmans ne pouvaient plus s'appuyer sur les sources primaires du droit musulman, mais seulement sur les exégèses des fondateurs des écoles juridiques pour créer des normes répondant aux solutions nouvelles. Cette doctrine perdura jusqu'à la chute de l'empire musulman (§2).

## *§1- Le taqlid*

A la suite de la fermeture de la porte de l'*ijtihad*, le droit musulman entra dans la période du *taqlid*, de l'imitation[214]. L'on considéra alors que les écoles juridiques étaient dorénavant réputées infaillibles[215]. Une voie devait être choisie, suivie et il était interdit de choisir les règlements à partir de différentes écoles en vue de contourner l'application de règles issues des sources principales[216]. Généralement les emprunts se font au sein même d'un rite, la division de l'enseignement selon les rites d'appartenance. Le rattachement à une école juridique était ainsi nécessaire pour l'individu, sujet de droit[217].

Les différences entre les *madhaïb* permettaient l'adaptation du droit aux contingences ce qui mit en avant la cohérence du droit musulman dans sa diversité apparente. La gestion des divergences fut d'ailleurs facilitée par le fait que plusieurs points de vue étaient acceptés sans que l'un ne s'impose à

---

[213] COULSON Noël J., *Op. cit.*, p. 79 et ss.

[214] PHILIPS Bilal, *Op. cit.,* p. 179. Voir également COULSON Noël J., *Op. cit.*, et MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, Op. cit.

[215] PHILIPS Bilal, *Op. cit.,* p. 194-195.

[216] SCHACHT Joseph, *Op. cit.*, p. 65 et ss.

[217] PHILIPS Bilal, *Op. cit.,* p. 162 et SCHACHT Joseph, *Op.cit.*, p. 172 qui indique que les « divergences qui ne pouvaient pas être éliminées par l'*ijma'* le furent par la reconnaissance de l'orthodoxie de chacune des quatre écoles ».

l'autre[218]. Au plan général, tous les *imams* fondateurs des quatre principaux rites étaient respectés, aucun n'ayant la prévalence sur l'autre[219].

Au point de vue historique, le *taqlid* correspond à une période durant laquelle l'empire musulman est affaibli, les envahisseurs mongols ont détruit Bagdad en 1258, exécutant le *khalife* et abolissant le *khalifah* abbasside[220]. En effet, les invasions mongoles, la taxation du commerce en provenance d'Inde et de Chine, puis la découverte par Vasco de Gama en 1498 d'une route des Indes passant par le cap de Bonne-Espérance et contournant la route passant par le monde musulman, causèrent le déclin inexorable de son économie à cette époque[221]. Tout ceci vient renforcer l'analyse de Jeanne Ladjili-Mouchette expliquant également la fermeture de l'*ijtihad* par la crainte des influences étrangères[222].

Face à cette rigidification du droit, les juristes musulmans développèrent la doctrine du *takhayyur*[223].

Le développement complet de cette doctrine s'accomplit en plusieurs phases ainsi que l'a démontré Noël J. Coulson[224]. Durant la première phase : le *muqallid*[225] exerçait son droit reconnu de choisir entre les opinions faisant autorité. Puis, lors de la seconde phase : les réformateurs ont commencé à attribuer leurs décisions à des opinions minoritaires (« tirées de l'oubli » comme le dit Coulson) des quatre écoles principales voire même opposées à ces écoles. Ce dépassement des limites fixées par la doctrine traditionnelle signifiait la fin programmée du *taqlid*. De fait, au cours de la troisième et dernière phase apparut

---

[218] AL-SUYUTI Jalâlu-Dîne, *Op. cit.*, p. 44 et ss.

[219] Mais au plan individuel on se référait donc à l'enseignement de son *madhab*, cf. SCHACHT Joseph, *Op. cit.*, p. 59 et ss.

[220] ARKOUN Mohammed, « Réflexions sur la notion de 'raison islamique' », Archives des sciences sociales des religions, 1987, N°1, disponible sur www.persee.fr**,** p. 228.

[221] Sur ce point CF. LEWIS Bernard, *Islam*, Paris, Gallimard, « Collection Quarto », 2005, p. 205. Le renversement de perspective produit par l'enrichissement du monde arabe depuis l'ouverture du canal de Suez et le développement du commerce des hydrocarbures est frappant au regard de l'Histoire. Nous montrerons d'ailleurs, cf. *infra* p. 66 et ss., que le développement de la doctrine bancaire islamique et, plus globalement de l'élan réformiste souhaitant la réouverture des portes de l'*ijtihad* est fortement lié à cette richesse commerciale retrouvée.

[222] LADJILI-MOUCHETTE Jeanne, *Op. cit.*, p. 245.

[223] Le *takhayyur* est le terme arabe désignant la doctrine qui permet la sélection entre les différentes opinions juridiques des *mujtahidun* réglant un point spécifique. La sélection peut s'opérer entre les quatre écoles juridiques mais également au sein des différents courants d'une même école.

[224] COULSON Noël J., *Op. cit.*, p. 185 et ss.

[225] Juriste dont le pouvoir de créer du Droit est limité à l'application des opinions des *mujtahidun* des quatre principaux *madhaïb.*

la doctrine du *talfiq* (rapiéçage). Les règlements de droits étaient désormais bâtis à partir de combinaisons d'opinions ou de fragments d'opinions destinées à justifier le difficilement justifiable, en tout cas rien que l'on ne pouvait trouver dans les opinions majoritairement établies des quatre écoles.

Ainsi, l'on assiste depuis la fin du XIXe siècle à la revendication croissante de la réouverture des portes de l'*ijtihad*, dont on vient de montrer qu'elle est dans les faits, quasiment établie[226]. Le *taqlid* est devenu une fiction, donnant lieu à une évolution plus franche vers le *néo-ijtihad* que nous étudierons plus avant[227]. Se référant parfois aux enseignements des fondateurs des grands *madhaïb*[228], les tenants de la réouverture des portes de l'*ijtihad* réclament le droit perdu d'interprétation générale des sources primaires. Nous montrerons par la suite qu'*in fine*, ce débat semble purement formel dans le développement de la doctrine du *takhayyur* qui permet aujourd'hui l'introduction de normes novatrices dans le corpus du droit musulman et spécifiquement en matière bancaire.

## §2- La chute du khalifah

Traditionnellement, la division du monde dans la vision musulmane s'établissait entre *Dar el Harb* et *Dar el Islam*[229], A la tête de l'Etat musulman classique, du *dar al Islam* donc, se trouve le *khalife*, successeur du prophète[230]. Son pouvoir (*wilaya*) est exécutif et judiciaire[231], mais pas législatif[232]. Soumis au *Qor'an* il n'intervient pas directement dans le développement du Droit, ce rôle

---

[226] Le juriste Egyptien Mohammed 'Abduh avait pour but de « libérer l'âme musulmane de sa sujétion inconditionnelle au *taqlid* », cf. BADOR A.K., « Réformes islamiques et politiques en Malaisie : un cas historique », *Archives des sciences sociales des religions*, 1964, volume 17, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 74.

[227] Cf. *infra* p. 64.

[228] L'*Imam* Abu Hanifa déclarait par exemple à l'un de ses étudiants « il est interdit pour quiconque ne connaît pas suffisamment les arguments sur lesquels je me base, d'élaborer des jugements à partir de mes déclarations cf. IBN 'ABDUL BARR, *al-Intiqâ' fi Fadâ'il at-thalatha al-a'imma al fuqaha*, Le Caire, Maktab al-qudsî, 1931, p. 145. Et l'*imam* Al Shafi'i : « Les musulmans sont unanimes pour considérer que quiconque se trouve face à une *Sunna* authentique du messager de Dieu n'est pas autorisé à s'en détourner en faveur d'une autre opinion » cf. IBN AL-QAYYIM, *I'lam al Muqi'in*, Beyrouth, Dar al Jil, vol. 2, p. 361.

[229] Cf. *supra* p. 30, note 104.

[230] MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Op. cit.*, p. 44.

[231] EL SHAKANKIRI Mohammed, *Op. cit.,* p. 15.

[232] LADJILI-MOUCHETTE Jeanne, *Op. cit.*, p. 245.

étant dévolu, nous l'avons vu, aux savants de l'Islam, seuls habilités à créer du Droit[233].

Ceci fit dire au grand orientaliste Louis Massignon que « L'Islam est une théocratie laïque »[234] car, en plus de l'absence de pouvoir législatif et d'organisation cléricale dans l'empire musulman classique, mais également en raison de l'intégration et de la légitimité des gens du livre dans le monde musulman via le statut de *dhimmi*, le rôle de chef religieux du *khalife* peut être mis en doute. Nous ne partageons pas cette opinion et suivant en cela *Ibn Khaldun* qui, présentant l'opinion traditionnelle en la matière, déclarait que « Dieu a institué le *khalife* comme vicaire pour gérer les intérêts de ses adorateurs », estimons au contraire que sa légitimité est essentielle dans l'équilibre législatif du monde musulman. Il est d'ailleurs *Amir al mu'minin*, commandeur des croyants. On le sait, l'Islam est une religion totalisante dans laquelle les affaires du bas-monde (*dunya*) sont liées aux considérations spirituelles et métaphysiques[235]. Au sein de cet édifice unitaire (*tawhid*), chaque élément trouve sa place et celle du *khalife* est telle la clef de voûte qui soutient l'édifice par le haut (sur le plan temporel s'entend) et hors laquelle le reste s'écroule. Si son rôle en tant qu'individu a parfois été purement formel, notamment à partir de la chute de l'empire Abbasside, l'institution a demeuré, symbole de l'unité du monde musulman et conférant sa légitimité religieuse à la civilisation musulmane[236]. De fait, depuis l'abolition du *Khalifah* par le président de la jeune République de Turquie, Mustapha Kemal, en 1924[237], il n'est plus possible de réellement parler de monde musulman[238]. Et donc, à l'inverse, de *Dar al Harb*. Les considérations juridiques sont évidentes notamment pour ceux qui prétendent fonder le développement bancaire islamique

---

[233] Une exception notable est néanmoins nécessaire au sujet des quatre premiers *khalifes,* dits *khalifes* « bien guidés », Abu Bakr, 'Omar, 'Othman et 'Ali, qui, en tant que proches et héritiers directs du Prophète avaient rang de *mujtahid*.

[234] JAHEL Selim, *La laïcité dans les pays musulmans*, *Op. cit.*, p.144.

[235] Ou, selon Al Shatibi cité par KHARUFA 'ala al Din, *La philosophie de la chari'a islamiques et la portée de sa contribution à la science juridique contemporaine*, Jeddah, IRTI, 2000, disponible sur www.irtipms.org, p. 102, « la *Chari'a* a été établie pour l'intérêt général des créatures ici-bas et dans l'Au-delà ».

[236] Il est permis sur ce point de faire un rapprochement avec le sacre de l'Empereur par le pape dans l'Occident chrétien médiéval. La reconnaissance formelle du pouvoir temporel dévolue à l'Empereur, par le pouvoir spirituel, représenté par le pape, *pontifex maximus,* lui conférant sa légitimité. En Islam, les deux pouvoirs, les deux fonctions, sont aux mains du *Khalife*.

[237] REDISSI Hamadi, *Le pacte du Nadjd ou comment l'Islam sectaire est devenu l'Islam*, Paris, Seuil, 2007, p. 77 et BOUACHBA Taoufik, « L'organisation de la conférence islamique », *Annuaire français de droit international*, Volume 28, 1982, p. 265.

[238] De donner le même sens aux mots plutôt. La réalité du monde musulman comme héritage culturel n'est pas mise en cause, mais, de la même façon qu'il est difficile de parler aujourd'hui de la Chrétienté au sujet de l'Europe, malgré son héritage chrétien, la désignation du monde musulman par la notion du *Dar al Islam* n'est à notre sens plus pertinente.

en opposition à ce *Dar el Harb* et en tirent argument pour légitimer des pratiques que le droit musulman classique légitimait par une opposition aujourd'hui dépassée[239].

Si Joseph Schacht explique à raison que les « lois qui régissent la vie des musulmans n'ont jamais été en harmonie totale avec le droit islamique pur »[240], la situation est différente aujourd'hui. En l'absence d'autorités légitimes il n'y a plus de légitimation « par le haut » des pratiques « déviantes ». Il devient difficile de justifier ce que le silence du *khalife* pouvait permettre de légitimer[241].

En outre, si l'on a pu dire à bon droit que le panarabisme est une application de l'idée occidentale de la nation, l'arabisme, qui le sous-tend, fut, dans le premier exposé de la notion par '*Abd al Rahman al Kawakibi* (1849-1902), guidé par la volonté de réinstaurer un *khalifah* Arabe, en Arabie, en rejet du *khalifah* Ottoman[242]. Ainsi, quelques années plus tard, la volonté d'asseoir un Etat Arabe unifié et indépendant sous l'égide du *Sherif* de la Mecque, *Hussein*, en 1915, en instaurant un nouveau *khalifah*[243], prouve que jusqu'au début du XXe siècle, la notion d'Etat ne pouvait s'envisager en dehors du modèle théologique classique dont nous venons de montrer l'importance au plan du Droit.

C'est à la suite de la seconde guerre mondiale qu'un basculement s'effectua. Les défaites arabes face au jeune état d'Israël et l'échec de l'union panarabe entre l'Egypte et la Syrie dans la République Arabe Unie, entamée en 1958 et qui prit fin en 1961, marquèrent la fin des idéaux panarabes. Il résulta de ces événements, ce que nous désignerons comme la « seconde chute du

---

[239] Nous ne nions pas ici l'opposition entre certains Etats et certains peuples, mais soulignons que celle-ci ne se fait pas sur les mêmes bases qu'auparavant. Elles représentent des luttes idéologiques ou nationalistes, économiques parfois, mais elle n'est plus celle d'un empire musulman face au reste du monde non-croyant (au sein duquel on rencontre d'ailleurs évidemment bon nombre de musulmans qui y résident).

[240] SCHACHT Joseph, *Op. cit.*, p. 75.

[241] Notons néanmoins, ce qui renforce d'ailleurs l'argumentaire, que, au Maroc, le roi est commandeur des croyants, la position officielle du royaume est que son silence entraîne acceptation au plan islamique, nous verrons *infra* p. 265 et ss ce qu'il en est dans le cas du droit bancaire islamique.

[242] Sur le panarabisme cf. LEWIS Bernard, *Op. cit.*, p. 1114 et ss.

[243] On sait par ailleurs le rôle joué par l'Empire britannique, qui, en soutenant ce projet, souhaitait tout à la fois affaiblir les positions françaises et ottomanes au Proche-Orient. A cet égard, le rôle de T.E Lawrence, dit Lawrence d'Arabie, dans la révolte Arabe de 1916 et les accords de Sykes-Picot du 16 mai 1916 sont suffisamment explicites. Ces considérations stratégiques sont néanmoins secondaires sur ce plan, le mode de gouvernement soutenu par les Britanniques n'entra en compte dans leur soutien à Hussein qu'accessoirement, parce qu'il était souhaité par les populations musulmanes dont ils voulaient s'assurer le contrôle. A ce propos voir LEWIS Bernard, *Op. cit.*, p. 1103.

*Khalifah* ». En raison tout à la fois de l'éclatement de l'unité arabe[244], et de la conversion aux idées occidentales de la Nation comme seule base légitime de l'Etat qui s'opéra dans la plupart des pays arabes, cette chute du *Khalifah*, plus douce et moins brutale que celle, formelle, de 1924, n'en fut que plus définitive[245].

## ***Chapitre 2- La résurgence de la pensée musulmane au XXe siècle***

A partir du XVIe siècle les relations entre l'Occident et l'Islam ont évolué sur des bases nouvelles. La vision péjorative du Franc infidèle dont parlent les chroniques arabes des croisades évolua vers une crainte grandissante pour la civilisation qui, par sa victoire à Lépante en 1571, mit un terme à la suprématie ottomane.

Cette victoire militaire de la Sainte Ligue sur la marine ottomane fut suivie par l'affirmation progressive, dès les XVII et XVIIIe siècles, d'une suprématie commerciale rendue permise par la modernisation des techniques agricoles et l'importation depuis les colonies chrétiennes de produits auparavant acquis dans le monde musulman[246]. En outre, pour la matière qui intéresse directement notre étude, le rôle joué par l'or des colonies américaines dans l'accès aux capitaux et conséquemment dans l'accès au crédit, accrut considérablement la puissance financière de l'Occident chrétien. Tout ceci participa d'un sentiment de déclin dans la civilisation musulmane pour qui l'illusion de l'invincibilité venait d'être brisée[247].

Néanmoins, ce développement de l'Occident impressionna un temps les musulmans et participa de l'importation en terre d'Islam des idées occidentales. Mais, à partir du XIXe[248] et la période de colonisation, l'impérialisme occidental suscita des mouvements de réactions islamiques.

---

[244] Les relations entre les Etats Arabes durant les guerres contre l'Etat d'Israël, singulièrement en 1967, achèvent de prouver que si l'entente était toujours présente, l'union était, elle, perdue.

[245] Le fait que la plupart des constitutions des pays arabes affirment que l'Islam est la religion de l'Etat, fondé sur le modèle occidental de la Nation et que le droit musulman est la source principale du droit est une preuve évidente de ce nouveau rapport entre les Droits. A ce propos cf. ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami, « Conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe », *Revue internationale de droit comparé*, 1997, N°4, p. 818.

[246] Sur ce point SCHACHT Joseph, *Op. cit.*, p. 230 et *supra* p. 55.

[247] RODINSON Maxime, *Op. cit.,* p. 260.

[248] Sur l'influence de la campagne d'Egypte des troupes Napoléoniennes sur ce point cf. LEWIS Bernard, *Op. cit.*, p. 212 et ss.

La lente agonie de l'Empire musulman coïncida ainsi avec l'influence grandissante de l'Occident sur le monde islamique et le Droit n'échappa pas à ce phénomène. Des pans entiers du droit musulman furent alors touchés par l'incorporation de règles occidentales. La fin du colonialisme et l'apparition du courant nationaliste arabe constituèrent des périodes charnières dans la conceptualisation de doctrines qui conduiront plus tard à la relecture des principes bancaires occidentaux sous un angle islamique. Nous commencerons donc par l'étude de ces périodes (Section 1) ce qui nous permettra, dans un deuxième temps, d'expliquer comment la réaction du monde musulman à l'occidentalisation contribua à faire évoluer l'Islam (Section 2).

## Section 1- Fin du colonialisme et nationalisme arabe

La coexistence des droits occidentaux et musulmans dans l'ordre juridique des pays musulmans colonisés permit l'introduction d'instruments juridiques inconnus du droit musulman classique (§1). La réaction islamique (§2) à cette colonisation juridique fut une des clefs permettant d'expliquer l'apparition d'établissements financiers spécifiquement musulmans.

### *§1- La confrontation des droits occidentaux et musulmans*

Quand *Muhammad 'Ali* entreprit la modernisation de l'Egypte dont il fut Gouverneur entre 1805 et 1848, il le fit en important des technologies occidentales, mais sans remettre en cause la suprématie de la *Shari'a*. Néanmoins, celle-ci s'estompa progressivement et fut bientôt reléguée aux questions du statut personnel comme l'a très bien montré Michel Galloux[249]. L'introduction des systèmes d'enseignement occidentaux contribua à saper cette prééminence et permit le développement des idéologies nationalistes et libérales qui séduisirent alors les élites musulmanes[250].

---

[249] GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 40 qui cite D.Crecelius rapportant les propos de Muhammad 'Ali au sujet des *'ulama* (théologiens) qu'il considère comme « un obstacle à la modernisation du pays, un pouvoir rival encourageant des attitudes et des pratiques responsables du sous-développement social, économique et intellectuel ».

[250] RODINSON Maxime, *Op. cit.*, p. 274 et sur l'influence du droit français et son attrait auprès des élites musulmanes au XIXe siècle cf. BOUINEAU Jacques, ROUX Jérôme, *200 ans de Code civil*, Paris, CulturesFrance, 2006, 212 p.

Parallèlement, la colonisation du sous-continent indien par la couronne britannique et du *Maghreb* par l'empire colonial français, provoqua de profondes modifications sur l'application de la *Shari'a* dans ces régions du monde musulman. Ainsi, en Inde, dès la première moitié du XIXe siècle l'application de l'*anglo-muhammadan law* par les tribunaux britanniques modifia en profondeur l'application des règles classiques du droit musulman[251]. Le droit civil musulman en Inde fut ainsi progressivement anglicisé, les tribunaux statuant par exemple en « équité, justice et conscience » selon les principes du droit anglais[252], leur mauvaise appréhension du *taqlid* amena à de profondes évolutions[253].

En Algérie, après la colonisation française, les *qudat* continuèrent d'appliquer le droit musulman, mais ici aussi il subit d'importantes mutations. Le rôle du tribunal d'appel suprême d'Alger fut considérable en la matière car, « s'éloignant de la stricte application de la *Shari'a* quand les solutions lui paraissaient incompatibles avec les idées occidentales d'équité, d'humanisme ou de justice », il créa un véritable système juridique indépendant, le droit algérien musulman[254].

L'introduction de ces modes de pensée allogènes modifia les structures idéologiques des populations musulmanes[255]. Ainsi, l'idée occidentale de Nation, et la montée concomitante du nationalisme, furent progressivement récupérées en réaction au contrôle des pays musulmans par les puissances coloniales. La richesse amenée par la découverte de la manne pétrolière, et son faible impact sur le développement des populations, ne fit que renforcer les frustrations[256] et entraînèrent une réaction islamique, dont la manifestation prendra maintenant, par un retournement de la perspective dû à la cohabitation, des formes issues de la pensée occidentale[257]. Les guerres de décolonisation, aboutissant à la création d'Etats-Nations, en furent le point culminant.

Néanmoins, l'Islam reste « le substrat sur lequel s'expriment les visions politiques », des idées occidentales telles que la Laïcité, et la Nation, restent « des

---

[251] Nous revenons plus en détail sur l'influence de l'*anglo-muhammadan law* et globalement sur le rôle de la *Common law* dans le droit bancaire islamique contemporain. Cf. *infra* p. 173 et p. 250.

[252] COULSON Noël J., *Op. cit.*, p. 150.

[253] Cf. COULSON Noël J., *Op. cit.*, p. 164 sur l'institution du *Waqf.*

[254] SCHACHT Joseph, *Op. cit.*, p. 85-86.

[255] Sur le rejet des influences juridiques occidentales par les milieux religieux traditionnalistes égyptiens et syriens à la fin du XIXe et au début du XXe siècle cf. MOUSSERON Jean-Marc, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », *Revue Internationale de Droit comparé*, 1968, volume 20, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 58-59.

[256] A ce propos LEWIS Bernard, *Op. cit.*, p. 219 et ss.

[257] La banque islamique en fait partie.

idées étrangères imparfaitement assimilées »[258]. Le nationalisme, par exemple, s'affirma progressivement dans une forme plus religieuse que strictement nationale, comme lors de la guerre civile au Liban en 1958 et de la révolution iranienne en 1979.

L'Occident occulta par trop la force de l'islam dans la culture populaire, et négligea le fait que, dans les « importations doctrinales, la coloration islamique donne du poids » sur le plan politique, à défaut d'y inclure un réel fond idéologique[259]. La mauvaise perception qu'eurent, et que continuent à avoir dans une certaine mesure, les puissances occidentales, de ces manifestations, focalisées sur leurs aspects les plus extrêmes, s'explique, selon François Burgat, par « l'impossibilité de concevoir un rapport à l'universel différent du sien et les implications économiques et politiques impliquées par une telle reconnaissance »[260]. Nous pensons qu'il en va effectivement ainsi, mais que le développement d'un système bancaire islamique est un contre-exemple. Les revendications islamiques au cœur du développement de ce système, et sur lesquelles nous reviendrons, reçoivent paradoxalement un accueil bienveillant en Occident. Nous nous attacherons à résoudre ce paradoxe.

## *§2- La réaction islamique*

Dans l'histoire du monde musulman et plus spécifiquement depuis la deuxième moitié du XXe siècle, la réintroduction du champ lexical de l'Islam est plus identitaire que religieuse ce qui se prouve notamment par l'absence de revendication théocratique et les programmes ou projets politiques qui reprennent en terme « islamique » des revendications tout à fait banales dépendant des milieux dans lesquels elles sont formulées[261]. Le « label islamiste » sert à marquer une distinction principielle avec l'Occident dont les valeurs sont discréditées[262].

---

[258] A cet égard, LEWIS Bernard, *Op. cit.*, p. 1125 et ss. et ce propos éclairant de Muhammad Abduh (1849-1905), *mufti* d'Egypte dont les idées réformistes s'appuyaient sur la nécessité d'intégrer les savoirs modernes dans l'Islam, au nom du bien commun (*maslaha*). « L'âme égyptienne est complètement absorbée par la religion, d'une telle manière qu'on ne peut plus les séparer. Si quelqu'un essayait d'éduquer la nation égyptienne sans la religion, c'est comme si un fermier essayait de planter une graine dans un sol non fertile … ses efforts seraient vains ».

[259] RODINSON Maxime, *Op. cit.*, p. 278.

[260] BURGAT François, *L'islamisme en face*, Edition actualisée, Paris, La découverte, 2007, p. 11 et ss.

[261] Se référer aux travaux de François Burgat et d'Olivier Roy qui font référence en la matière.

[262] BURGAT François, *Op. cit.,* p. 14 : « c'est bien le discrédit de la prétention occidentale au monopole de l'universalisme qui s'affirme en réhabilitant les marqueurs de la culture musulmane ».

Alors même que traditionnellement ainsi que l'a montré Olivier Roy, « le lettré traditionnel [mettait] la politique hiérarchiquement en dessous de l'éthique religieuse »[263], les mouvements réactionnaires islamiques fondent leur action politique sur une connaissance de l'Islam de plus en plus limitée.

Dans le domaine bancaire islamique, la situation est analogue. L'islamité du discours commercial n'est en réalité qu'une « surcouche » sous laquelle les problématiques financières conventionnelles sont prépondérantes. Nous y reviendrons.

Selon François Burgat, cette volonté de réislamiser le discours politique (et économique pour le sujet qui nous intéresse plus spécifiquement) est « la preuve que ces normes ont perdu le contact avec la population »[264]. Cet éminent politologue spécialiste du monde musulman parle de « schizophrénie » à ce sujet[265].

Les militants de l'Islam politique proviennent essentiellement du système éducatif moderne[266] et sont issus des classes défavorisées de la population. Ils rejettent les savants traditionnels qu'ils accusent de compromission avec la société moderne, mais ne disposent pas des connaissances théologiques leur permettant d'offrir un discours juridique pertinent[267].

En voulant rejeter la culture occidentale importée et la remplacer par un Islam idéalisé, les mouvements réactionnaires sont dans une fuite en avant qui nuit à la crédibilité de leur projet. Un exemple de cette perte de crédibilité est illustré par les critiques extrêmement virulentes que formulent les *salafistes* à l'encontre des frères musulmans en dénonçant leurs compromissions avec les valeurs occidentales notamment dans la mesure où ces derniers s'inscrivent dans le processus politique légaliste[268]. La stigmatisation des banques conventionnelles par les tenants de l'islamisation du système bancaire participe du même processus. A trop vouloir s'écarter de l'adversaire l'on finit par calquer son propre comportement sur lui.

---

[263] ROY Olivier, *L'échec de l'Islam politique*, *Op. cit.,* p. 120.

[264] BURGAT François, *Op. cit.,* p. 96.

[265] ROY Olivier, *L'échec de l'Islam politique, Op. cit.,* p. 120 l'auteur emploie l'expression de « mal être » pour caractériser le décalage entre la réalité vécue et la société islamique idéale.

[266] *Ibid.,* p. 118.

[267] Abou Hamza, un fondamentaliste célèbre, vivant à Londres, dit par exemple que « Les gens qui ont reçu une *Ijaza* (autorisation qui permet en droit musulman classique de transmettre un savoir pré-acquis) ne nous donnent rien d'autre qu'un mal de tête ». Sur ce point cf. ROY Olivier, *L'Islam mondialisé*, Paris, éditions du Seuil, « Collection Points », 2004, 2e édition, p. 97.

[268] Comme c'est le cas en Egypte aujourd'hui cf. BURGAT François, *Op. cit.,* p. 32 et ss.

Ainsi, en politique comme en banque[269] nous pensons avec monsieur Burgat, que « s'écarter de cet Occident encore trop proche équivaut moins à le rejeter en bloc qu'à lui redonner les attributs de l'altérité, à se différencier de lui plus qu'à le renier ; à rendre possible en fait la réappropriation de tout ou partie de son héritage plus qu'à s'en démarquer »[270].

## Section 2- Droit musulman et modernité

La confrontation avec l'Occident et la réislamisation des pays musulmans que nous venons d'aborder conduit les juristes à réinventer un modèle de gouvernance islamique. Désormais installé dans des systèmes politiques nés sur les décombres de l'empire musulman déchu, le monde arabe entreprit de se réapproprier une identité qui devait désormais s'accommoder d'institutions économiques et sociales il y a peu étrangères, mais devenues incontournables. La banque fut l'une d'entre elles. Nous verrons par son prisme que cette réouverture de la porte de l'*ijtihad* (§1) fut un indéniable vecteur de modernisation du monde musulman (§2). Que l'on se place du point de vue des modernistes ou des fondamentalistes, l'âge d'or était terminé, ce qui naquit de ses décombres furent des innovations.

### *§1- Le néo-ijtihad*

Le rapport de l'Islam à la modernité qui s'instaura depuis le XVIIIe siècle peut être schématiquement divisé en deux courants idéologiques. Le premier, remonte aux mouvements de *tajdîd* (« renouveau ») et d*'islâh* (« réforme ») du XIXe siècle incarnés par Jamal al Din al Afghani (1838-1897) et Muhammad 'Abduh qui, prônant l'islamisation des valeurs modernes ont contribué à l'évolution idéologique de la pensée juridique musulmane, mais ont fait l'objet de fortes critiques dans la population qui dénonçait « l'hérésie d'une réouverture de la porte [de l*'ijtihad*] scellée par l'*ijma'* infaillible »[271].

---

[269] La relation entre la problématique islamiste et la politique d'ouverture économique a déjà été relevée par Michel Galloux dans les années 1990. Cf. GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 47-48 et *infra* p. 66 et ss.

[270] BURGAT François, *Op. cit.,* p. 228.

[271] COULSON Noël J., *Op. cit.*, p. 193.

L'influence de Mohammad ibn Abd al Wahab (1703-1792), dont l'enseignement particulièrement rigoriste est à la base de la doctrine islamique actuellement majoritaire dans la péninsule arabique, est par ailleurs marquante[272] comme représentative de cet autre courant réformiste s'appuyant sur une nostalgie de l'âge d'or de l'Islam[273] et qui propose une orthodoxie nouvelle appelant à un retour aux sources (*salaf*) en opposition avec les valeurs de la modernité introduite par la pensée occidentale.

Il est permis, avec le Professeur Aldeeb Abu Sahlieh, de distinguer encore les tenants du *statu quo* qui, pour des raisons religieuses, et notamment les difficultés d'interprétations des textes sacrés, prônent une application de l'Islam fondée sur l'intérêt général (*maslaha*) plutôt que sur l'élaboration de nouveaux canons[274]. Néanmoins, nous pensons que cette position rejoint les autres courants en ce qui concerne la réouverture des portes de l'*ijtihad*. En effet, prétendre actualiser le Droit sous l'angle de l'intérêt général implique, au regard de l'évolution libérale du Droit dans les sociétés modernes que la norme soit édictée pour protéger finalement une somme d'intérêts particuliers. En procédant à l'individualisation de la norme ne rouvre-t-on pas précisément la porte de l'*ijtihad* qui fut scellée pour éviter de telles conséquences[275] ?

Globalement, la bataille entre les modernistes et les traditionalistes sur la réouverture de la porte de l'*ijtihad* a tourné à l'avantage des modernistes en matière de *fiqh al mu'amalat*, les pratiques commerciales à l'œuvre dans le monde musulman n'étant plus fondées sur les principes classiques[276]. Le développement d'un droit bancaire islamique peut s'analyser comme une tentative de reconquête de l'application des principes du *fiqh al mu'amalat*. Toutefois, en affinant l'analyse, l'on se rend compte que là encore les oppositions ne sont pas si marquées au fond. Extérieurement opposées, les positions de ces deux mouvements ont fini par se rejoindre au fil du temps, malgré des oppositions toujours vives, et ceci est particulièrement frappant dans le cadre de l'étude du droit des banques islamiques.

---

[272] Voir sur ce point BENZINE Rachid, *Les nouveaux penseurs de l'islam*, Paris, Albin Michel, 2004, 291 p., cité in *Revue d'histoire et de philosophie religieuses,* 2004, tome 84 N° 4, p. 479 à 524.

[273] ROY Olivier, *L'Islam mondialisé*, *Op. cit.,* p. 13 et REDISSI Hamadi, *Op. cit.*, p. 142.

[274] ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami, *Conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe*, *Op. cit.*, p. 823-826 où le Professeur Aldeeb Abu Sahlieh distingue également le courant laïcisant qui souhaite retirer les influences islamiques dans le droit, notre étude sur la création d'un droit bancaire islamique ne reviendra pas sur celui-ci dans la mesure où il ne fait partie du processus qu'indirectement (notamment par son refus de s'engager en faveur de ces banques).

[275] ROY Olivier, *L'échec de l'Islam politique, Op. cit.,* p. 135.

[276] Comme l'explique SCHACHT Joseph, *Op. cit.*, p. 88-89.

En effet, de l'introduction consciente des valeurs occidentales dans le champ du droit musulman à l'acceptation inconsciente, car mal comprise des normes occidentales financières quelles différences y a-t-il en pratique ? Fort peu. Michel Galloux l'a bien compris en montrant qu'entre les modernistes et les tenants d'un traditionalisme revisité, les divergences quant à l'utilisation du *riba* se résument à ce que les uns insistent sur le principe de nécessité et les autres, tenants du *néo-ijtihad*, souhaitent que la doctrine islamique s'adapte aux conditions de l'époque[277]. Ce qui ne fait pas de différence en pratique comme nous le verrons, en constatant les similitudes finales entre le système bancaire islamique et son équivalent conventionnel.

Ainsi, nous pouvons dire avec Olivier Roy que la réouverture de l'*ijtihad* est souvent promue par ceux qui prétendent s'absoudre du savoir doctrinal pour déduire des normes[278]. Le rejet de l'enseignement traditionnel chez les néo-fondamentalistes, comme chez les penseurs modérés d'ailleurs, mais pour d'autres raisons, entraîne la multiplication d'avis juridiques, *fatawa*, (sing. *fatwa)* dont la portée dépend aujourd'hui de l'audience de celui qui les édicte alors qu'en droit classique elles consistaient en des avis donnés par un savant autorisé et en réponse à une question précise[279]. Ceci contribue à troubler la population en rompant la cohérence du droit[280]. Nous démontrerons à ce propos que la politique commerciale des banques islamiques joue de ces troubles.

## *§2- La finance islamique comme outil de libéralisation du monde musulman*

L'analyse que nous produirons au cours des parties à suivre montrera que la création d'un droit bancaire islamique est dictée par la volonté d'introduire dans le droit musulman les outils lui permettant de participer au modèle libéral de développement économique. La bannière islamique recouvrant davantage l'affirmation d'une identité religieuse réappropriée qu'une opposition fondamentale au modèle occidental que l'on pourrait soupçonner de prime abord. Un des pionniers du développement de l'industrie bancaire islamique, le prince

---

[277] GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 43.

[278] ROY Olivier, *L'échec de l'Islam politique, Op. cit.,* p. 135.

[279] Idem, *L'Islam mondialisé*, *Op. cit.,* p. 108.

[280] Le fait que le *jihad* (guerre sainte) soit devenu pour certains de ces néo-fondamentalistes une obligation individuelle (*fard al 'ayn*) et non collective comme il l'a toujours été, est à cet égard tristement représentatif. Le *jihad* offensif étant d'ailleurs aujourd'hui impossible de fait d'un point de vue traditionnel puisqu'il manque l'autorité apte à y appeler, le *khalife*.

Muhammad Faysal al Sa'ud (fondateur de *Dar al mal al Islami*, un important groupe bancaire islamique), estimait ainsi qu'au lieu de proposer des expériences de type local et coopératif[281], il s'agissait pour lui de montrer que la finance islamique était capable de concurrencer à une échelle mondiale la finance capitaliste occidentale[282]. Cette conception agressive de la banque islamique, empreinte d'une forte religiosité[283] résume parfaitement ce que nous évoquions précédemment quand, citant, François Burgat nous concluions que par son référencement marqué à l'Occident cette idéologie conduit en fait à s'en approprier les valeurs.

La réislamisation n'est donc pas opposée aux réformes sociales et au processus de libéralisation, lequel est patent ici. Ce qui peut sembler paradoxal au regard de l'opinion communément partagée au sujet du monde musulman, mais qu'ont très bien montré François Burgat[284], et Michel Galloux quand il explique que « le développement de la banque islamique sous couvert d'une politique d'islamisation conduit en fait à donner une apparence acceptable au système économique occidental, en particulier pour la classe moyenne qui demeure attachée à ses valeurs religieuses, en créant un label « islamique » à côté de la banque dans son acception moderne »[285]. L'auteur évoque également les conséquences néfastes sur les cercles de solidarité traditionnels causées par l'entrée de populations venant d'une économie de subsistance dans un circuit financier d'ampleur plus importante[286]. Cette modernisation de la vie économique permet pour autant d'offrir aux couches populaires des populations un accès au système financier alors que le niveau de pénétration financière est très souvent limité dans les pays musulmans en général, notamment en raison de croyances

---

[281] Que furent les premières expériences bancaires islamiques dans les années 70, dont nous montrerons qu'elles représentent par ailleurs, et de manière encore une fois paradoxale en apparence, l'archétype de la banque islamique idéale pour les tenants du modèle opposé dont il est question dans cette citation. Cf. *infra* p. 181.

[282] GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 37-39.

[283] Qui caractérise la doctrine *wahabite* à laquelle est rattachée la famille *Sa'ud* régnant en Arabie.

[284] BURGAT François, *Op. cit.*, p. 13, au sujet de la libéralisation politique.

[285] GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 51.

[286] GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 234 en citant l'exemple des paysans de Haute-Egypte. Pour aller plus loin sous ce rapport cf. DIJON Xavier, « Itinéraire philosophique vers la source du droit commun », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2001, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 14 où l'auteur avance l'idée que « si important qu'il soit, le rapport économique de l'homme à la nature ne peut, ni par le Marché, ni par le Travail, prendre la place du rapport politique de l'homme à l'homme ».

religieuses profondément ancrées[287]. Or l'impact du développement financier sur la réduction de la pauvreté est significatif[288].

Ainsi, d'une manière générale, le développement d'un système bancaire islamique participe d'un complexe processus de réconciliation qui contribue davantage à étendre le champ de la modernisation qu'à en perturber la progression[289]. Cette vision utilitariste du progrès[290] dont il a été montré qu'elle est spécifique au « régime normatif moderne »[291] ne risque-t-elle pas de s'opposer fondamentalement aux principes de l'eschatologie musulmane ? Une libéralisation trop brutale ne « risque-t-elle pas de précipiter l'affrontement entre ceux qui souhaitent plus de libertés et ceux qui voudraient s'en préserver »[292] au nom du respect des principes religieux ? Les événements politiques qui secouent actuellement le monde arabe nous donnent peut-être la réponse à cette interrogation. Nous verrons par la suite les autres enseignements qu'il est permis de tirer de ce processus de libéralisation que renforce le développement du système bancaire islamique, mais précisons néanmoins dès à présent que plusieurs hypothèses peuvent être formulées.

L'impact du développement d'un système financier conforme aux attentes religieuses des populations est un formidable vecteur pour l'expansion du modèle doctrinal qui le légitime. Ce développement, par le droit bancaire, pouvant par conséquent à nos yeux servir de « tête de pont » à un prosélytisme islamique spécifique dont l'aspect bancaire ne constituerait qu'un élément. Nous verrons

---

[287] Respect strict de l'interdiction du *riba* assimilé à l'intérêt notamment.

[288] Cf. Schumpeter, Joseph, *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1912 cité par ALI AL-JARHI Mabid, « The case for universal banking as a component of islamic banking », *Islamic Economic Studies*, Volume 12, N°2 et volume, 13, N°1, Février et Août 2005, 65 p. et EL-HAWARY Dahlia, GRAIS Wafik, *Op. cit.* où les auteurs précisent qu' « une élévation de 1% du développement financier fait augmenter de 0,4% la croissance des revenus des pauvres, tandis qu'un changement de 10% du ratio des crédits privés adressés au PIB réduit le ratio de pauvreté de 2.5 à 3% par personne. Par conséquent, la politique publique concernée par la croissance et la réduction de la pauvreté ne peut pas ignorer la pénétration financière ».

[289] A ce propos, CHAPELLIERE Isabelle, *Op. cit.*, p. 160-161 où l'auteur dresse le parallèle entre le développement de la banque islamique en Turquie et l'accélération de la libéralisation du système bancaire en le rendant acceptable par les couches populaires de la population. Cf. *infra* p. 167.

[290] ADAIR Philippe, « La théorie de la justice de John Rawls, droit social versus utilitarisme », *Revue française de science politique*, 1991, N°1, p. 82 : « pour les utilitaristes le juste est ce qui maximise le bien au sens hédoniste » donc au bien-être matériel en général et notamment matériel dans son acception économique, cf. *infra* p. 248.

[291] LAVAL Christian, « L'utilitarisme comme représentation sociale du lien humain », *Revue du MAUSS permanente*, 6 juillet 2009, [En ligne] http://www.journaldumauss.net/spip.php?article529 (consulté le 25 septembre 2011).

[292] LAMBERT Denis-Clair, « Les causes de la lenteur de la croissance économique dans le monde islamique », *Tiers monde*, 1992, N°129, disponible sur www.persee.fr, p. 167.

néanmoins que, pour autant qu'il soit envisagé[293], ce projet rencontrera de vives résistances en pratique.

Une autre hypothèse concerne les conséquences que pourraient produire *in fine*, la confrontation entre les principes économiques libéraux et les valeurs traditionnelles de l'Islam sur la viabilité du secteur bancaire islamique. En effet, si aujourd'hui on assiste à une forte croissance de ce secteur y compris en Occident et qu'on le considère même comme la « preuve que les normes islamiques sont capables de gérer la société en tout temps et en tout lieu, et comme un enrichissement du système islamique parce qu'il met à sa disposition l'expérience séculaire et la technologie moderne des banques traditionnelles »[294], nombreux sont ceux qui doutent de son authenticité. La capacité que montrera le droit bancaire islamique naissant à s'établir sur des bases qui lui sont propres constitue donc pour nous un point essentiel dans le développement du système bancaire islamique. A défaut de quoi, « ceux qui voient dans cet engouement une manière de tromper et d'attirer les clients musulmans»[295] risquent de se multiplier. La méfiance à l'égard des banques reste solidement ancrée dans les mentalités musulmanes[296], nous l'avons nous-même vérifié.

Nous l'avons vu, la relecture des sources du droit musulman et la réaffirmation récente de l'identité islamique des pays musulmans ont permis l'émergence d'une théorie bancaire islamique. Cette théorie n'est toutefois pas uniforme, des courants réactionnaires cohabitent avec des mouvements plus modernistes, les particularismes locaux ont toujours cours, fruits d'une histoire juridique ayant connu une longue parenthèse, mais toujours solidement ancrés par la pratique religieuse.

---

[293] A ce propos d'ailleurs ROUSSILLON Alain, *Sociétés islamiques de placement de fonds et ouverture économique : les voies islamiques du néo-libéralisme en Egypte*, Le Caire, Dossiers du CEDEJ, N°3, 1988, 142 p. où l'auteur montre clairement comment l'Etat égyptien a fait cesser l'expérience des sociétés islamiques de placement de fonds qu'il avait d'abord encouragées, s'apercevant des conséquences du détournement de la mobilisation des ressources sur la montée en puissance d'influences extérieures au régime.

[294] ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami*, Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman, Op. cit.,* p. 26.

[295] IBRAHIM Mustafa, *Taqyim dhahirat tahawwul al-bunuq al-taqlidiyyah lil-masrafiyyah al-islamiyyah*, il Cairo, 2006, p. 43 cité par Sami Aldeeb Abu-Sahlieh in *Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman, Op. cit.*, p. 26.

[296] Selon l'étude précitée : EL-HAWARY Dahlia, GRAIS Wafik, *La compatibilité des services financiers islamiques avec la microfinance*, les groupes musulmans résidant dans des pays non islamiques font moins confiance aux banques que le reste de la population ayant un même niveau d'éducation.

Il importe à présent d'étudier les implications pratiques de cette diversité. A travers les instruments financiers proposés par les banques islamiques nous analyserons les techniques de légitimation des opérations bancaires musulmanes.

# PARTIE I- LA LEGITIMATION DES TECHNIQUES BANCAIRES MUSULMANES

Le phénomène de la banque islamique est généralement présenté comme une alternative viable, cohérente au système bancaire conventionnel dont les manquements sont particulièrement mis en exergue depuis la crise de 2008, et, ajoutons-nous, la réponse qui y a été apportée depuis. Or, nous l'avons déjà entrevu, l'islam unitaire est une chimère. Il est donc permis de s'interroger sur la profondeur à donner à cette dénomination de banque islamique. La variété des interprétations, les particularismes locaux influençant la religiosité ne peuvent manquer de se retrouver dans la pratique des établissements bancaires se référant à l'islam. Ne devrait-on pas plutôt, dans ce cas, parler de banque saoudienne, *malikite* ou « participative » ? Les techniques bancaires islamiques (Titre I) sont, nous le prouverons, le reflet de ces idéologies sous-jacentes. Les divergences doctrinales, le substrat politique, l'interpénétration des systèmes juridiques ayant cours dans chacun des pays du monde musulman, et même, la finalité particulière des établissements bancaires conduisent inévitablement à l'apparition d'une grande diversité de modèles de banques islamiques (Titre II).

Si l'on a pu penser au cours de l'histoire que c'est de sa diversité et de sa capacité d'adaptation que le droit musulman a tiré sa richesse, l'on assiste aujourd'hui à la recherche d'une uniformisation des pratiques en matière de banque islamique. La quête d'efficience économique est selon nous le point central dans cet effort de standardisation, le système financier actuel s'accommodant mal d'une complexité, cause de doutes sur la légitimité même de la notion de banque islamique qui serait finalement une vue de l'esprit sur laquelle peu s'accordent au fond, à commencer par la clientèle. En cette matière comme en bien d'autres, l'économie a besoin de certitudes ou, à tout le moins de règles encadrant l'incertitude.

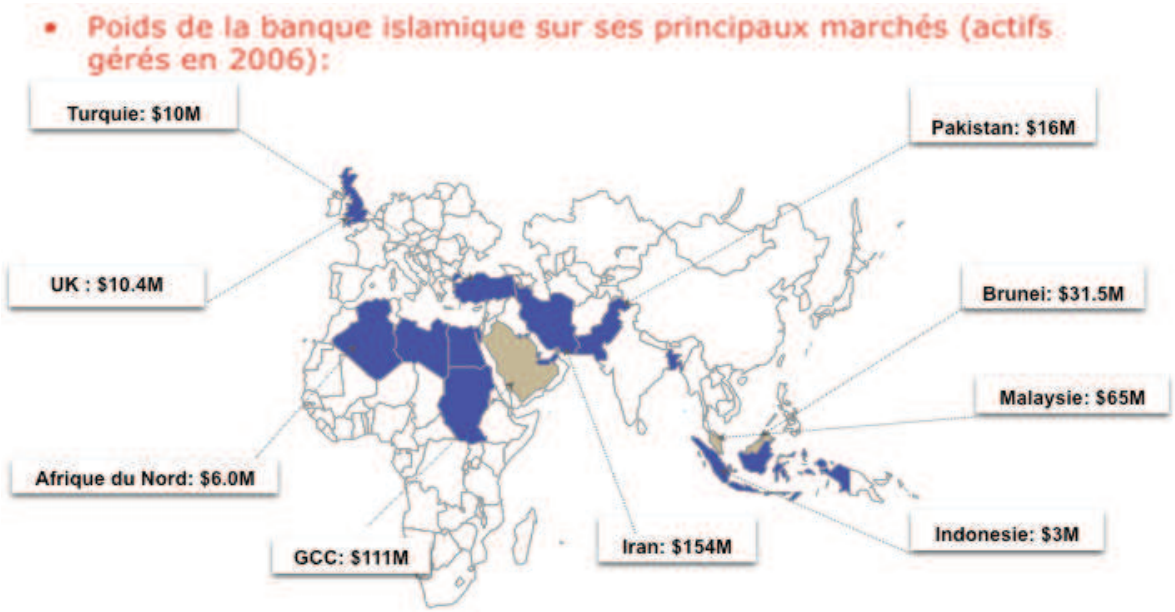
Il serait néanmoins par trop réducteur de limiter notre analyse au plan économique. Le secteur bancaire islamique, aujourd'hui fort d'un poids et d'une exposition médiatique croissante, est un formidable vecteur de prosélytisme. Ainsi, imposer ses vues en ce domaine constitue selon nous une opportunité d'asseoir une suprématie sur l'Islam. La chute du *Khalifah*, aussi lente et irrémédiable fut-elle, n'a pas supprimé de l'imaginaire collectif musulman la nécessité de s'en remettre à une autorité médiane, légitime, et légitimant par son action les actes d'une communauté unifiée sous sa bannière. Nous verrons qu'effectivement, nombreux sont ceux, des plus libéraux aux plus intégristes, à prôner, via

l'affirmation d'une islamité bancaire qui leur est propre, la prééminence de leur conception.

La question de la légitimité est en cette matière essentielle. Le droit fournira à ses acteurs les moyens de concilier les antagonismes que nous avons déjà évoqués. « Celui qui connaît le *fiqh* mais n'en pénètre pas l'esprit peut toujours y trouver la justification qu'il recherche » nous a dit un jour un spécialiste du droit musulman, nous verrons qu'il est difficile de lui donner tort.

# TITRE I- LES TECHNIQUES BANCAIRES ISLAMIQUES

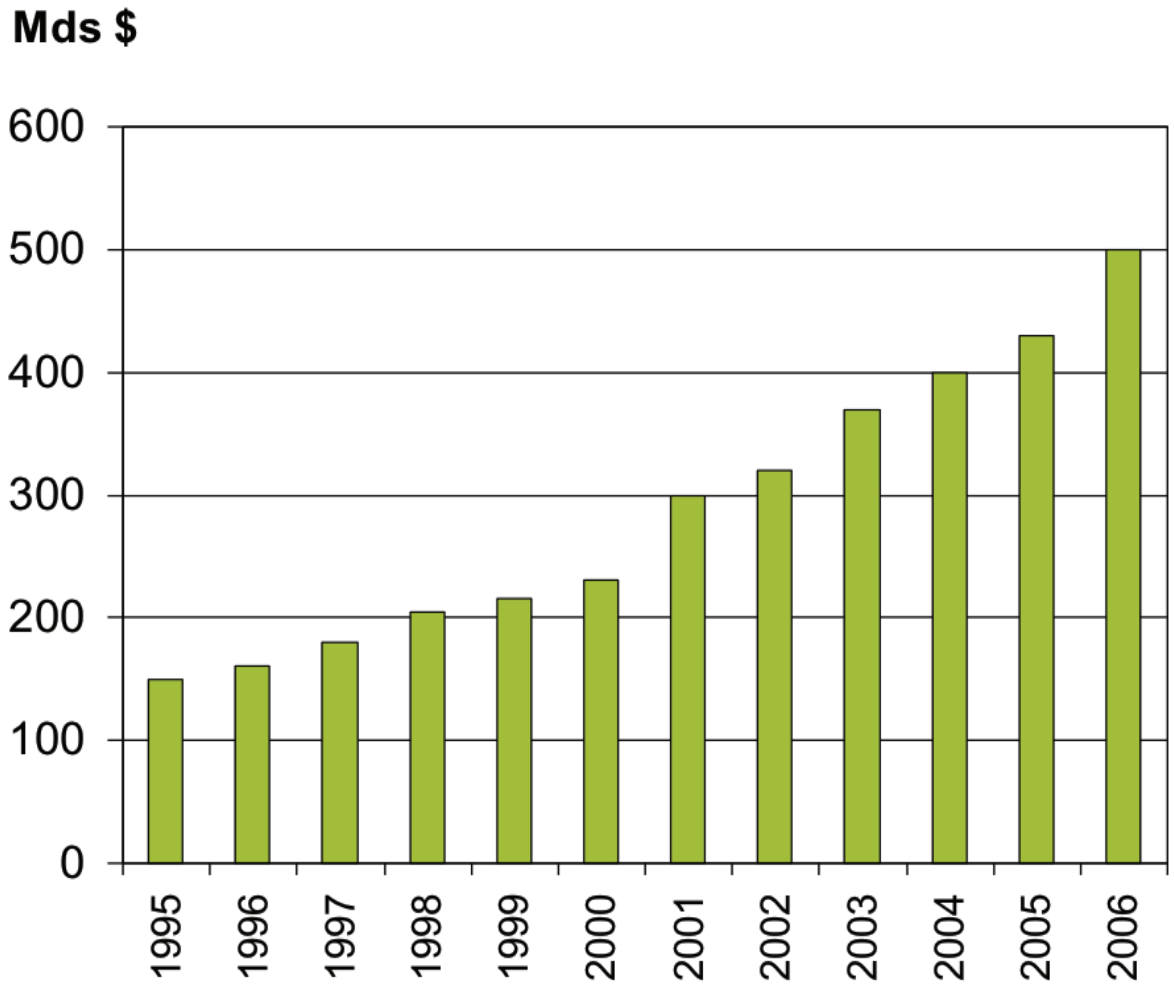
A côté des contrats classiques du droit musulman des transactions commerciales, les juristes islamiques ont développé non seulement des techniques de financement (Chapitre 1), mais plus généralement une gamme élargie de produits bancaires (Chapitre 2). La variété de ces opérations sera analysée au regard du droit musulman classique. Nous exposerons les processus permettant d'offrir, malgré les limitations propres à l'Islam, une offre bancaire en adéquation avec les considérations économiques actuelles. Au cours de notre développement, nous préciserons les divergences doctrinales à l'œuvre dans les principales aires du monde musulman. Les techniques de légitimation que nous rapporterons feront la preuve de la capacité d'évolution d'un droit trop souvent qualifié d'archaïque. Si l'orthodoxie de ces légitimations n'est pas directement jugée dans nos développements, nous montrerons que, derrière la volonté de développer un système bancaire doté d'une finalité propre, les techniques bancaires islamiques ne sont bien souvent qu'un imparfait reflet de leurs pendants conventionnels.



# ***Chapitre 1- Les techniques islamiques de financements***

Dans ce chapitre nous présenterons les opérations de crédit conformes à la *Shari'a* (Section 1) et les financements fondés sur un apport en capital (Section 2). Bien que la dénomination de ces instruments juridiques bancaires soit généralisée, leur acception est le reflet d'un contexte que nous nous attacherons à expliquer. En effet, la filiation idéologique des banques proposant ces produits emportera d'importantes conséquences sur la pratique, au regard notamment de la fidélité aux principes du droit musulman classique que nous avons précisés par ailleurs. Nous tirerons de cet état de fait les conséquences sur la réalité d'un droit bancaire islamique unifié.

**Actifs bancaires islamiques dans le monde en 2006 :** (source Calyon)



## Section 1- Les opérations de crédit conformes à la *Shari'a*

Les opérations de crédit conformes à la S*hari'a* pratiquées par les institutions financières islamiques sont issues du droit islamique des transactions commerciales. Il est permis de les réunir en trois types. Certaines qui sont fondées sur des contrats de vente (§1), d'autres qui reposent sur des contrats de vente à tempérament (§2) et d'autres enfin qui prennent appui sur des contrats de location (§3).

### *§1- Les opérations de crédit fondées sur les mécanismes de la vente*

L'étude des opérations de crédit fondées sur les mécanismes de la vente peut se décliner à deux niveaux : tout d'abord la notion de *mourabaha* (A) qui est la plus fréquemment utilisée puis les autres mécanismes de crédit fondés sur la vente (B).

#### A- La *mourabaha*

Dans les développements qui suivent, nous commencerons par étudier la *mourabaha* en droit musulman classique (1), ce qui nous permettra ensuite de montrer l'évolution de cette notion dans la pratique contemporaine des banques islamiques (2).

##### *1- La mourabaha en droit musulman classique*

Après avoir démontré la légitimité du contrat de *mourabaha* en droit musulman (a), nous montrerons ce que fut son utilisation classique (b).

### *a- Légitimité du contrat de mourabaha*

« Dieu a rendu licite le commerce et illicite l'intérêt » dit le *Qor'an*[297]. C'est en vertu de ce verset que les banques islamiques ont développé un droit des opérations de crédit fondé sur le mécanisme de la vente.

La *mourabaha*, dont l'étymologie vient du « *ribh* » qui signifie excédent, profit, désigne « la vente au prix de revient avec majoration du bénéfice déterminée[298] » et s'analyse comme une vente basée sur la confiance (*bay' al amanah*)[299]. En effet, ce qui la distingue d'une vente classique, dans laquelle le prix est simplement négocié entre les parties, *bay' al musawamah*, c'est que les éléments du prix que propose le vendeur doivent être précisément identifiés à défaut de quoi la vente n'est pas valide[300]. Le vendeur doit donc traditionnellement préciser le prix auquel il a acheté ou produit la marchandise en question et indiquer le profit additionnel qu'il demande[301]. Traditionnellement ce type de vente visait la protection des acquéreurs que le manque d'expérience dans la pratique du commerce mettait à la merci de commerçants peu scrupuleux[302]. En choisissant de se placer sous le régime de la *mourabaha*, ils pouvaient exiger du vendeur, à peine de nullité du contrat de vente, que celui-ci explique en détail la détermination du prix, mais encore, par une description précise de la chose, objet du contrat, remplisse précisément les conditions déterminées conventionnellement[303]. De plus, ils bénéficiaient de ses compétences en matière de négociation. Le prix ainsi fixé pouvant donc être plus faible que ce que le néophyte aurait pu espérer.

La *mourabaha* est déjà mentionnée dans le premier recueil de *hawadith* que compte le Droit musulman la *Muwattah* de Malik ibn Anas, fondateur de l'école juridique éponyme qui la définit comme « la vente d'un bien à son prix

---

[297] *Qor'an* S.II, V.275.

[298] OBEIDI Zouheir, *Op. cit.*, p. 102.

[299] MAHMOUD Mohammed Hassan, *Les contrats de la Shari'a dans les pratiques financières : la mourabaha, la moudharabah, étude comparée,* Université du Koweït, Koweït, 1997, p. 16.

[300] OBEIDI Zouheir, *Op. cit.*, p. 102.

[301] Sur ce point, EL HATIMI Layla, *Op. cit.*, p. 141.

[302] AYUB Muhammad, *Op. cit.,* p. 216.

[303] Al JUZAYRI Abderahman, *Le livre du fiqh sur les quatre rites,* Tome 2, *Dar al Koutoub al 'ilmiya*, Beyrouth, p. 159 et ss. pour les conditions relatives à l'objet cf. *supra* p. 31, précisons néanmoins que toute clause permettant la modification ultérieure du prix, introduisant un délai ou stipulant un autre mode de paiement que ne l'envisage le contrat, est réputée nulle. à moins qu'il ne s'agisse d'une diminution venant compenser la détérioration ou la moins-value qui a pu affecter le bien entre la conclusion du contrat et sa révocation.

d'acquisition par le vendeur, augmenté d'une somme fixe représentant le profit du vendeur »[304].

### *b- L'utilisation du contrat de mourabaha en droit classique*

A l'époque classique, les conditions restrictives dues au respect du caractère éminemment scrupuleux de la *mourabaha* ont abouti à ce que son utilisation ne soit pas encouragée par les maîtres fondateurs des écoles juridiques. Telle fut la position des *malikites*[305] et également des *hanbalites* qui estimaient, par la voix de leur *mujtahid,* l'*imam* Ahmed Hanbal que la vente classique, *al musawamah* était préférable à la *mourabaha*, car celle-ci risquait d'amener le vendeur à rompre la relation de confiance induite par le contrat[306]. On note ici le caractère objectif du Droit musulman. En limitant l'utilisation de ce contrat, les jurisconsultes classiques préservaient les parties prenantes des conditions que lui assignait la Loi. Fondé sur la confiance, il risquait plus que tout autre d'amener au parjure. Or dans la perspective musulmane, nous l'avons vu, l'honnêteté est un principe sur lequel le Droit ne transige pas[307]. Il importait donc, au regard de la sanction divine encourue, de protéger le musulman de cet égarement en lui rappelant les responsabilités supplémentaires qu'il endossait en contractant par la *mourabaha*. Le droit musulman dans son essence, c'est particulièrement clair ici, au-delà de l'administration des rapports humains, envisage toujours la Loi à l'aune de la préservation du Plan voulu par Dieu. Si certains actes sont sanctionnés, ce n'est pas simplement en raison des déséquilibres qu'ils introduisent dans l'ordre social, mais, et avant tout pourrait-on dire, parce que telle est la volonté de Dieu, régisseur de l'Ordre métaphysique[308]. Le *tafsir* (interprétation) de la sourate inaugurale du *Qor'an* (*al Fatiha*) révèle en ce sens que c'est après avoir proclamé la louange à l'adresse du Seigneur des mondes (*Rab el 'alamin*) que le musulman lui demande de le guider sur la voie droite et de le préserver de celle des égarés. Telle fut donc nécessairement la perspective des fondateurs des écoles.

---

[304] MAMIK IBN ANAS, *Al Muwattah*, Livre des ventes, N°77.

[305] Comme le rapporte Al Hilli, cité dans AYUB Muhammad, *Op. cit.,* p. 216.

[306] Selon les propos que rapporte Ibn Qudama dans *Al Mughni*, *Op. loc. cit.*

[307] Cf. OBEIDI Zouheir, *Op. cit.*, p. 103.

[308] Les encouragements du Prophète de l'Islam à l'adresse des musulmans qui acceptent le repentir d'un cocontractant regrettant son acte soulignent également ce point de vue., IBN RUSHD, *Bidaiyat al mujtahid, livre des échanges*, traduit par LAIMECHE A., éd. Alger 1940, p. 37 et ss. cité par ARIBI Imed, « Regards sur « *al iqâla* » ou le *mutuus dissensus* », *Revue internationale de droit comparé*, 2004, N°1, p. 79-118.

## *2- La pratique de la mourabaha dans les banques islamiques*

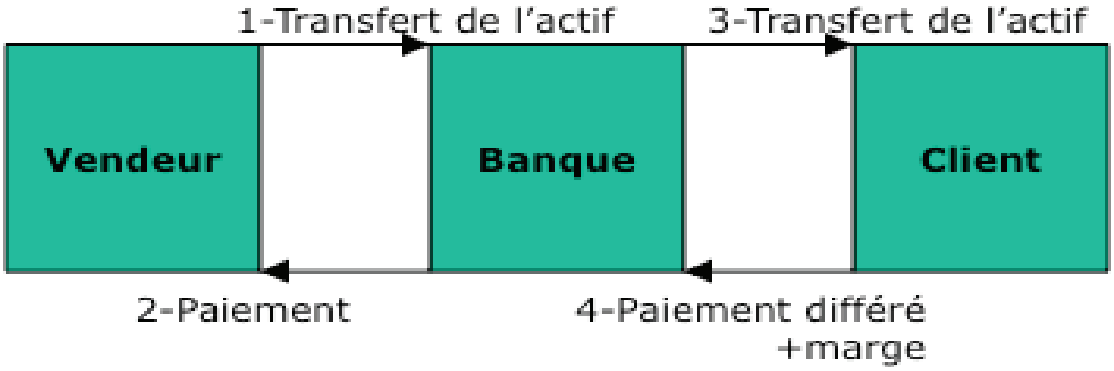
Repartons de l'analyse de la nature de la *mourabaha* bancaire (a), elle nous permettra d'envisager les différents types de financements basés sur ce contrat (b).

### *a- Nature des contrats bancaires de mourabaha*

A partir de ce contrat classique du droit musulman, les juristes contemporains[309] ont développé un instrument de crédit par lequel la banque achète un bien, à travers un contrat de vente classique, avant de le revendre par le biais de la *mourabaha* au client s'étant préalablement engagé à acquérir ce bien.

Pour légitimer cette opération, les juristes modernes devaient donc établir, d'une part, la licéité de la vente à crédit, mais également s'entendre sur les modalités pratiques de détermination du prix et s'assurer que la promesse d'achat que formule le client à la banque, puisse être contraignante.

**Schéma du mécanisme de la *mourabaha* :**




[309] La *mourabaha* est une institution récente comme technique financière, elle a été légitimée en 1979, sur ce point cf. SIDDIQI Mohammed Najatullah, *Shariah, economics and the progress of Islamic finance : the role of sharia experts*, Cambridge, Massachusetts, USA, 21 avril 2006, disponible sur http://siddiqi.com/mns/role-of_sharia_experts.html, [En ligne] (consulté le 25 septembre 2011).

C'est par la méthode du *talfiq*, rapiéçage, que nous avons déjà envisagée plus haut[310] que la légitimation a été rendue possible.

La légitimité du paiement à crédit dans la *mourabaha*, n'a pas rencontré d'objections particulières, dans la mesure où le paiement à terme d'un bien livré comptant n'est pas contesté par les rites *shafi'ites*, *hanafites*, et *hanbalites* ; les écoles *hanafites* et *hanbalites* étant majoritaires au sein des instances décidant de la légitimité des opérations bancaires islamiques et sur lesquelles nous reviendrons[311].

En pratique, le client désirant acheter un bien à crédit contacte sa banque et lui intime d'acquérir un bien qu'il promet de lui racheter ensuite à crédit. Le caractère contraignant de cette promesse d'achat a donc été un point central des discussions devant amener la légitimation de l'opération moderne de *mourabaha*. En effet, en l'absence d'une faculté d'imposer l'exécution de la promesse, les banques ne pourraient décemment pas courir le risque de voir le client se rétracter et se retrouveraient par là, propriétaires d'un bien non désiré. *In fine*, c'est l'introduction de la *mourabaha* dans le corpus juridique bancaire islamique qui s'en serait trouvée affectée. Ainsi, en combinant l'opinion de l'*imam* Al Shafi'i qui autorise l'acquéreur potentiel d'un bien à promettre à un tiers que, si ce dernier accepte d'acheter ce bien, il le lui rachètera moyennant un profit supplémentaire, et l'avis d'un obscur juriste *malikite*, Ibn Shubruma (qui, comme le disait Coulson, peut être considéré comme « tiré de l'oubli »[312]) autorisant le caractère contraignant de cette promesse, la première conférence des banques islamiques de Dubaï, en 1979 et l'Académie Islamique du *Fiqh*, en 1988[313] ont reconnu la légitimité du mécanisme moderne de la *mourabaha*.

Le mode de calcul du profit souffre également de plusieurs contestations. Nous l'avons vu, en acceptant le référencement à un taux d'intérêt conventionnel, dont la nature n'est pas exprimée en pratique[314] et en mettant en place un strict encadrement du risque commercial impliqué par ce type d'opération[315], les juristes

---

[310] Cf. *supra* p. 54.

[311] Ce qui est surprenant ici c'est qu'à l'issue de l'opération globale de légitimation des juristes se réclamant de l'école *malikite* ont adopté le mécanisme dans sa globalité alors que le décalage entre le paiement du prix et la fourniture de la marchandise est expressément interdit par l'*imam* Malik. Sur ce point cf. AYUB Muhammad, *Op. cit.,* p. 220.

[312] Cf. *supra* p. 54.

[313] Cf. EL HATIMI Layla, *Op. cit.*, p. 150.

[314] Voir *a contrario* le cas français *infra* p. 232 et l'obligation contractuelle de préciser le TEG dans les opérations de crédit.

[315] Cf. *supra* p. 40. Précisons ici au sujet des risques que si, en théorie, en cas de nullité de la première vente, la deuxième est automatiquement frappée de nullité ce qui constitue un important risque pour la banque désormais propriétaire d'un bien dont elle ne désirait l'acquisition qu'en raison de la demande du client, en pratique ces dernières couvrent ce risque en imposant

bancaires islamiques ont jeté le trouble sur la notion, au point que certains contestent sa légitimité[316] et que ses partisans concèdent son caractère équivoque[317]. Néanmoins, après avoir dit que la *mourabaha* fut traditionnellement utilisée pour permettre à l'acquéreur de bénéficier du pouvoir de négociation de son revendeur, nous constatons en pratique que le rôle de la banque dans la négociation de la première vente bénéficie *in fine* à son client et peut donc également servir à justifier une partie du surcoût[318].

En tout état de cause, ce processus de légitimation est à nos yeux révélateur de la manière très utilitariste par laquelle les juristes des banques islamiques tournent les problématiques qui leur sont présentées en vue de l'objectif économique à atteindre. De fait, cette légitimation de la *mourabaha* fut l'élément déterminant de l'expansion de la banque islamique dans ses premiers temps. Il convient de noter ici que l'utilisation de ce mécanisme soulève de nombreuses difficultés dans sa confrontation avec le droit positif des pays dans lesquels elle est pratiquée. Son caractère commercial l'expose ainsi à une imposition plus forte que son équivalent conventionnel que ce soit au niveau du taux d'imposition sur la valeur ajoutée, des droits de mutation (qui sont doubles ici puisqu'il y a deux ventes), mais également sur la déductibilité du profit selon qu'il sera considéré comme un équivalent à l'intérêt bancaire conventionnel classique ou comme un simple bénéfice commercial. Nous y reviendrons.

#### *b- Les différents types de mourabaha*

Le caractère court-termiste de la *mourabaha*[319] fondé sur l'opinion majoritaire en Arabie Saoudite constitue une limite supplémentaire puisqu'elle rend là-bas son usage limité à un équivalent islamique du crédit à la consommation, au *Maghreb* et en Occident on considère qu'une durée de remboursement de 20 ans est possible ce qui ouvre son utilisation au financement de l'acquisition de biens

---

contractuellement au client de revenir sur la première vente et donc de reprendre le bien. Outre les conséquences sur cette absence de risque dans la détermination du surcoût, il convient de préciser que l'annulation d'une vente parfaite par une clause contractuelle doit remplir des conditions limitatives en droit musulman et sur lesquelles nous reviendrons. Cf. *infra* p. 87.

[316] Voir notamment GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 69.

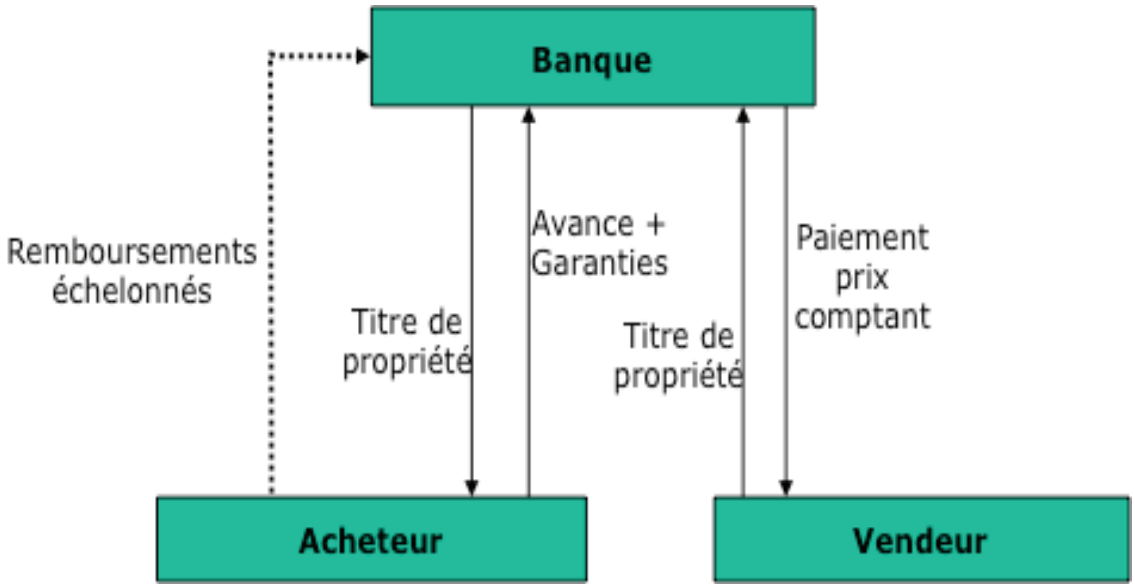
[317] Notamment Taqi Usmani, un des plus éminents spécialistes du droit bancaire islamique qui considère la *mourabaha*, telle que pratiquée par les banques comme une « *borderline transaction* » cf. EL-GAMAL Mahmoud A., *Interest and the paradox of contemporary islamic law and finance*, [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011), p. 19.

[318] GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 70.

[319] EL KHOURY Michèle, *Op. cit.*, p. 19.

immobiliers[320]. Toutefois, dans la mesure où l'objet du contrat doit exister au moment de sa conclusion, la *mourabaha* ne peut être utilisée pour l'acquisition de biens à construire.

**Schéma du mécanisme de la *mourabaha* immobilière :**




Une autre limitation pratique de l'usage de la *mourabaha* par la clientèle des banques islamiques est due au fait que cet instrument de crédit islamique est nécessairement affecté. Malgré son rôle dans le développement des banques islamiques et le fait qu'il continue d'être le produit le plus vendu par les banques islamiques, l'émergence de crédits non affectés tend à remettre en cause son hégémonie.

Nous verrons les questions que soulève le développement de ce type d'instrument alors même que les motivations des clients sont censées être spécifiquement religieuses[321] et que le droit musulman interdit en principe l'acquisition de biens non conformes à la morale musulmane, prohibition que peuvent permettre d'assurer les banques dans la fonction qu'elles se sont assignée d'islamiser les pratiques bancaires.

[320] Cf. *infra* p. 274 pour l'exemple du Maroc.

[321] GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 171.

## B- Autres instruments de crédits fondés sur des mécanismes de vente

La m*ourahaba* que nous venons d'étudier n'est pas la seule opération de crédit fondée sur les mécanismes de la vente : d'autres techniques, oserons-nous dire des expédients juridiques, permettent à la clientèle des banques islamiques d'obtenir des prêts d'argents à titre onéreux (1). Ils sont complétés par des accessoires traditionnels aux contrats de vente que nous verrons ensuite (2).

### *1- La monétisation : cas des expédients juridiques*

Les expédients juridiques (*hiyal*) sont des techniques bien connues du droit musulman qui permettent d'atteindre un objectif prohibé par la *Shari'a* en utilisant des mécanismes autorisés. On trouve à leur sujet une littérature importante, bien que majoritairement issue de l'école *hanafite*[322]

L'accueil des *hiyal* dans l'orthodoxie musulmane est fonction du rôle attribué par les écoles juridiques à l'intention (*niya*), dans l'engagement contractuel[323].

Ainsi, pour l'*imam* Abu Hanifa, la validité d'un contrat de vente est déterminée par le contrat, l'intention ne joue aucun rôle à cet égard. Parmi ses disciples les plus éminents dans le courant *hanafite,* il faut distinguer l'opinion d'Abu Yusuf, qui suit celle de son maître et celle de Muhammad Al Shaybani qui les considère comme hautement répréhensibles. Les *malikites* et *hanbalites* sont dans la même lignée et les interdisent. Le courant *shafi'ite* considère que si les contrats de vente remplissent les conditions légales, l'intention ne peut entrer en compte dans la validité du contrat.[324]

La sanction de l'abus dans l'exercice du droit par son utilisation dans un but réprouvé par la Loi entraîne par contre, de l'avis unanime, la réprobation divine dont on sait l'importance aux yeux du musulman sincère.

L'utilisation de ces *hiyal* dont on a vu qu'elle était en principe fort réduite, exigeait d'être très scrupuleux sur le respect de la lettre de la loi. Le principe étant donc de cacher derrière des actes formellement valides une intention pouvant

---

[322] A ce propos CHEHATA Chafik, *Op. cit.*, p. 56.

[323] COULSON Noël J., *Op. cit.*, p. 136 et LINANT DE BELLEFONDS Yvon, « Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman », *Revue internationale de Droit Comparé*, 1958, N°3, disponible sur www.persee.fr, p. 510-521.

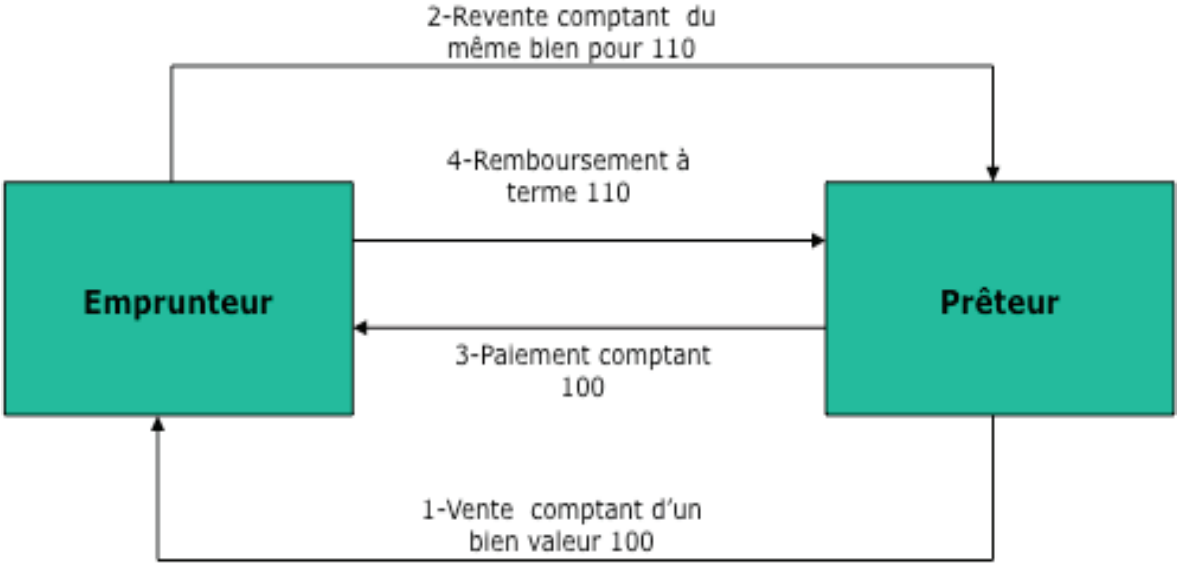
[324] EL-GAMAL Mahmoud A., *Op. cit.*, p. 71 et ss. et MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Op. cit.*

sous-entendre un motif contraire à la *Shari'a*. Le *qadi* qui s'attachait à l'apparence extérieure des choses et non à la conscience ou aux motivations cachées, dans la plupart des écoles facilita leur expansion[325]. Donc, les *hiyal*, au moins dans leur forme explicite, sont formellement interdits sauf cas de nécessité absolue[326]. Il est alors frappant de constater que l'on considère finalement dans la plupart des pays phares de la banque islamique, ou tout au moins au sein du *lobby* bancaire islamique, que, le développement d'un système financier islamique, dont les *hiyal* constituent aujourd'hui le principal vecteur, par la reproduction des produits financiers conventionnels complexes qu'ils permettent, puisse répondre aux critères de l'absolue nécessité tels qu'envisagés par le droit musulman. Les deux types de *hiyal* que nous analyserons ci-après sont *al 'inah* (a) et *al tawarruq* (b).

### *a- Al 'inah*

La *bay' al 'inah* consiste en une opération de double vente parallèle permettant de monétiser un prêt par l'échange fictif de marchandise. Joseph Schacht dont l'étude sur les *hiyal* n'a pas d'équivalent en Occident précise qu'elle était déjà courante à Médine, à l'époque de l'*imam* Malik[327].

**Schéma du mécanisme de la *bay' al 'Inah* :**




**A la fin de l'opération ci-dessus l'emprunteur remboursera 110 pour la mise à disposition de 100 pendant un temps déterminé. Chaque contrat est licite pris isolément.**

---

[325] SCHACHT Joseph, *Op. cit.*, p. 71.

[326] Et à cet égard l'article 5 du Code civil Egyptien qui dispose que lorsque les termes du contrat sont clairs on ne peut s'en écarter pour rechercher par voie d'interprétation, quelle a été la volonté des parties. Cf. ALGABID Hamid, *Les banques islamiques*, Paris, Economica, 1990, p. 226.

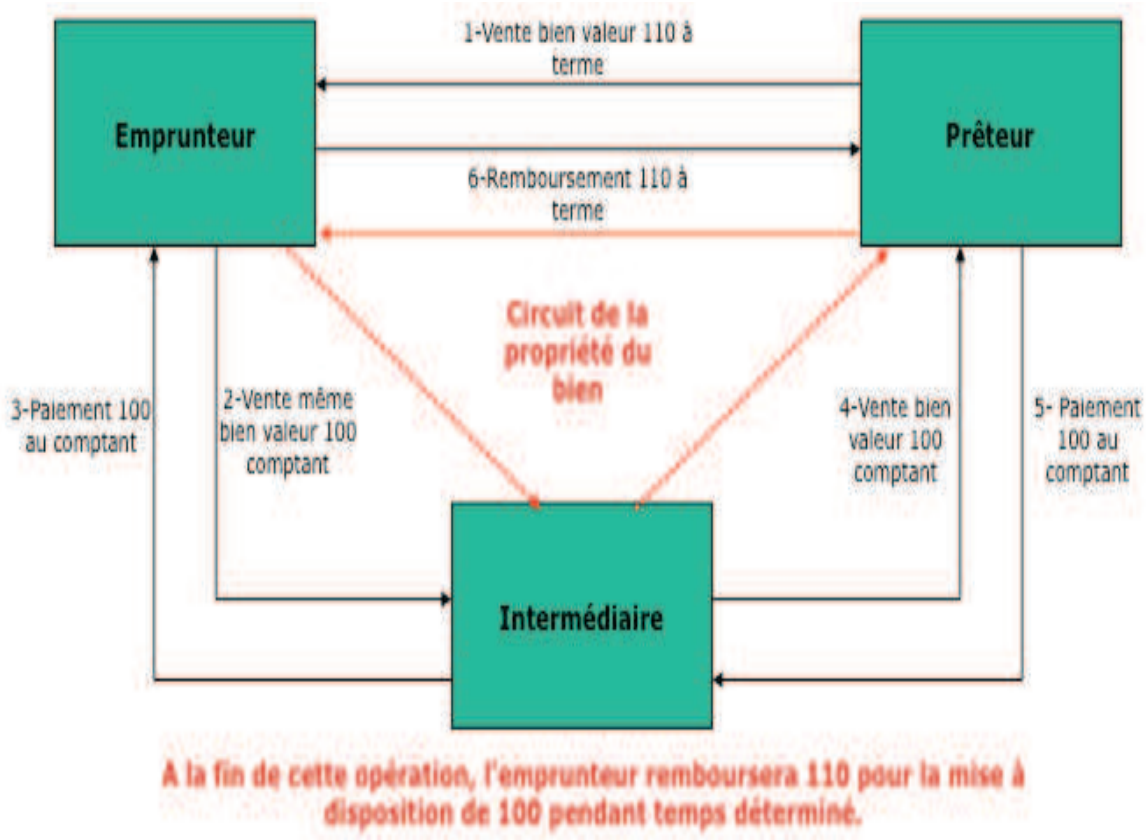
[327] SCHACHT Joseph, *Op. cit.*, p. 71.

L'utilisation de ce produit est très controversée et, en fait, interdite dans la plupart des pays du monde musulman. Il est néanmoins autorisé par le courant *shafi'ite* en Malaisie ce qui contribue grandement au développement et la compétitivité du modèle de banque islamique Malais puisqu'il permet de synthétiser, comme le *tawarruq* d'ailleurs, nous y reviendrons, la plupart des produits financiers conventionnels. Tout ceci ne manquera pas de soulever des interrogations sur la spécificité du modèle islamique au regard de la finance conventionnelle.

### *b- Al tawarruq*

Le *tawarruq* est une opération analogue à *al 'inah,* mais faisant intervenir un tiers supplémentaire. Son nom dérive de *wariq* qui désigne le métal argent[328]. Cette désignation s'explique par le fait qu'en le pratiquant, les contractants recherchent, par une série d'opérations commerciales, l'obtention d'un crédit d'argent.

**Schéma du mécanisme du *tawarruq* :**




[328] LATRACHE Hakim, ODDOS Stéphane, « Le Tawarruq, un mal nécessaire ? », *Les Cahiers de la finance islamique*, N°2*, Op. cit.,* p. 53.

En pratique, l'utilisation du *tawarruq* implique l'achat et la revente de platine ou de tout autre métal[329], dont le prix du marché est relativement stable[330]. Elle peut s'envisager sous la modalité d'un crédit, *organized tawarruq*, ou d'un dépôt, *reversed tawarruq*[331]. Le *tawarruq* peut donc permettre de synthétiser tout type d'opérations financières, du dépôt à terme à rendement indexé au crédit à la consommation à taux fixe. Il suffit pour le client de demander à sa banque qu'elle achète une certaine quantité de platine, auprès d'un *broker* londonien en pratique, afin de lui revendre à terme et, enfin, de la revendre au nom du client au même *broker*. Le client n'a bien sûr aucunement l'intention de devenir propriétaire du platine, son intention (et celle de la banque en l'occurrence) est de synthétiser, par le jeu d'opérations valides dans la forme, un crédit ou un dépôt rémunéré par l'intérêt prohibé en Islam.

L'utilisation de ce produit est excessivement répandue dans les banques islamiques des pays du Golfe. En Arabie saoudite[332] il représente aujourd'hui 90% de l'ensemble des produits bancaires fournis à la clientèle des particuliers[333] et contribue, par sa souplesse, à la croissance des parts de marché islamiques dans le secteur bancaire.

Que peut-on penser de cet instrument au regard des principes du droit musulman qu'il prétend embrasser ?

D'une part, il offre la possibilité d'acquérir tout type de biens, qu'ils soient réprouvés par la *Shari'a* ou non (nous verrons ce qu'il en est dans le cas des produits structurés islamiques), d'autre part, il participe de la création de l'endettement non productif de la clientèle[334] et, enfin, il n'est pas un seul avis

---

[329] Afin de ne pas tomber sous le coup de l'interdiction expresse formulée par le *hadith* rapporté par Muslim : « Le Prophète a dit : « De l'or contre de l'or, de l'argent contre de l'argent, du blé contre du blé, de l'orge contre de l'orge, des dattes sèches contre des dattes sèches, du sel contre du sel : quantité égale contre quantité égale, main à main. Celui qui donne un surplus ou prend un surplus tombe dans l'intérêt… »

[330] Ce qui sécurise la transaction puisque entre l'achat et la revente, le prix de la matière première support de l'opération financière ne bouge pas.

[331] Idem, *Op. cit.*, p. 54.

[332] Si Ibn Taymiyya dont l'héritage constitue la base du courant *wahabite* majoritaire dans la péninsule arabique, n'approuve pas ce type de *hiyal* (cf. JAHEL Selim, « Droit des affaires et religions », *Revue internationale de Droit Comparé*, 2001, volume 53, N°4, disponible sur www.persee.fr, p. 879-910), Ibn Baz, qui fut la plus importante autorité religieuse en Arabie Saoudite, président du conseil national des *'ulama*, et son disciple Ibn 'Uthaymin, ont validé la conformité à l'Islam du *tawarruq*. LATRACHE Hakim, ODDOS Stéphane, *Op. cit.*, p. 56.

[333] Cf. *infra* p. 280 pour l'exemple saoudien.

[334] Sur la participation du *tawarruq* à l'endettement et sa participation à la création monétaire *ex nihilo* cf. SIDDIQI Mohammed Najatullah, *Shariah, economics and the progress of Islamic finance : the role of sharia experts*, *Op. cit.*

juridique pour en reconnaître l'intérêt en droit classique[335], la tolérance des fondateurs des écoles à son égard étant due à la seule validité formelle des contrats de vente successifs. Or, sur ce point le doute est largement permis puisqu'en pratique il est très difficile, pour ne pas dire impossible, de déterminer si la propriété de la marchandise est réellement transférée aux contractants, à chaque étape de l'opération. Ou, pour le dire autrement, si ces opérations de vente successives ne sont pas tout simplement des fictions, illégales en droit musulman, consistant à vendre ce que l'on ne possède pas[336].

C'est d'ailleurs pour toutes ces raisons que son usage est en principe interdit par les autorités de référence des banques islamiques[337]. Il en est ainsi pour l'Académie du *Fiqh* depuis 1998 et pour l'*Accounting and Auditing Organisation for Islamic Banking* [338] (qui admet une exception pour le cas restrictif de la fourniture de liquidités aux sociétés si c'est la seule possibilité). Ce produit continue néanmoins à être proposé, faisant à notre sens courir un risque sur les fondements de la légitimité du système bancaire islamique naissant, et est soutenu par quelques autorités religieuses dont nous montrerons le rôle particulier[339].

### *2- Les accessoires*

A travers l'utilisation de ces accessoires traditionnels aux contrats de vente, *al 'arbun* (a), et *al khiyar* (b), nous analyserons l'élaboration d'une financiarisation du droit musulman des affaires qui nous accompagnera au cours de nos développements subséquents. Aussi ingénieuses soient-elles, ces innovations doctrinales ne manqueront pas de soulever des interrogations quant à leur cohérence au regard de la finalité du droit musulman.

---

[335] Sauf à considérer que l'opération commerciale est voulue par elle-même, le client participant du commerce de la matière première en question, il faudrait alors dans ce cas analyser sa pratique au regard de la prohibition de la spéculation en droit musulman.

[336] *Hadith* rapporté par Al Tirmidî in Sahih al Boukhary, n° 1232, « Ô Messager de Dieu, quelqu'un vient me proposer de m'acheter ce que je ne possède pas. Puis-je le lui vendre et me le procurer ensuite sur le marché ? Ne vends pas ce qui n'est pas en ta possession, répondit le Prophète ».

[337] Qui n'ont aucun pouvoir de contrainte en la matière.

[338] LATRACHE Hakim, ODDOS Stéphane, *Op. cit.*, p. 55-59 et AYUB Muhammad, *Op. cit.,* p. 350.

[339] Notamment par Nizam Yaquby et Yusuf Talal Delorenzo, deux « *Shari'a scholars* » parmi les plus renommés dont les thèses en droit musulman sont empreintes d'utilitarisme. Sur ce point cf. LATRACHE Hakim, ODDOS Stéphane, *Op. cit.*, p. 62 et *infra* p. 212.

### *a- Al 'arbun*

En droit musulman classique l'*'arbun* consiste en un paiement anticipé d'une somme, à un vendeur, matérialisant la volonté de l'acquéreur de s'engager dans un futur contrat de vente. Lorsque l'acheteur potentiel décidera d'exécuter la vente, l'*'arbun* viendra en déduction du prix de vente[340]. A l'inverse, si l'acheteur décide de ne pas contracter, l'*'arbun* sera laissé au vendeur potentiel, et considéré alors comme un don. La majorité des écoles juridiques interdisait généralement cette pratique pour *gharar*[341], caractérisé par l'incertitude quant au dénouement de l'opération et au risque de paiement indu. Toutefois, l'*'arbun* fut permis, dans l'école *hanbalite*, par son *mujtahid* fondateur qui se fondait sur un *hadith* dans lequel le Prophète indiquait l'autoriser[342]. L'Académie du *Fiqh*, d'obédience majoritairement *hanbalite* et dont les décisions, nous l'avons déjà vu, ont une grande portée en matière de droit bancaire islamique, l'a ainsi acceptée, en 1993.

De fait, l'utilisation de l'*'arbun* s'est répandue au sein de ces banques dans deux directions distinctes.

Tout d'abord, elle a permis la légitimation de l'avance de fonds dans le cadre d'un crédit. Le client, pour matérialiser son engagement d'acquérir un bien envisagé, verse une somme à la banque, somme qui ne lui sera restituée qu'en réduction du prix global du crédit, une fois celui-ci conclu. C'est le cas par exemple dans la *mourabaha*.

L'*'arbun* est également utilisé en pratique comme un équivalent islamique à l'option, instrument financier[343]. Or, alors même que cette possibilité a été rejetée par l'Académie du *Fiqh*, fidèle en cela à la prohibition générale de l'*'arbun* qu'elle professe, dans les faits, plusieurs institutions financières islamiques utilisent l''*arbun* comme une *call-option* (option d'achat) conventionnelle, notamment dans la structuration de fonds garantis[344]. A titre d'exemple[345], nous mentionnerons le

---

[340] Cf. EL-GAMAL Mahmoud A., *Op. cit.*, p. 91 et AYUB Muhammad, *Op. cit.,* p. 116.

[341] Se basant sur un *hadith* rapporté par l'Imam Malik cité par AL AMMEEN. AL-DHAREER Siddiq Mohammed, *Op. cit.*, p. 16.

[342] Les *hanbalites* favorisent la création de normes à partir des *hawadith* dont l'origine est douteuse, ce qui est le cas pour celui-ci sur le raisonnement par analogie qui conduit les autres *madhaïb* à interdire l''*arbun* pour *Gharar*.

[343] Une option d'achat se définissant en droit des marchés financiers comme « le droit d'acheter ou de vendre à une certaine date un produit sous-jacent à un prix fixé préalablement, le prix d'exercice. Le sous-jacent étant un actif dont le prix varie de manière aléatoire. » in BENASSY-QUERE A., BOONE L., COUDERT V., *Op. cit.*, p. 86.

[344] Cf. EL-GAMAL Mahmoud A., *Islamic financial engineering versus Architecture*, 2003, 31 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011).

[345] Nous reviendrons sur le développement des produits structurés islamiques *infra* p. 141.

cas de la banque saoudienne NCB, *National Commercial Bank,* qui proposait dès l'an 2000 un placement financier garanti utilisant une stratégie complexe fondée sur l'utilisation de produits dérivés, mais sans mentionner explicitement l'utilisation d'*'arbun* représentant en pratique des options financières tout à fait classiques. Outre le manque de transparence caractérisé et l'utilisation d'un produit interdit par une autorité dont la filiation idéologique avec les banques saoudiennes ne fait pas de doute, nous nous interrogeons sur l'impact de l'utilisation d'un terme « islamique », n'ayant ici qu'une valeur marketing, sans fondement juridique, au regard de la philosophie posée par la finance islamique qui aspire à devenir un modèle économique crédible respectueux de valeurs éthiques.

Ainsi, la possibilité d'utiliser les mêmes outils que les banques conventionnelles, dans un souci de performance utilitariste, peut raisonnablement nous amener à conclure que, chemin faisant, la trajectoire des banques islamiques se rapproche inexorablement de celle des banques conventionnelles.

### *b- Al khiyar*

La notion de *khiya*r en droit musulman classique désigne le droit d'annuler ou de confirmer unilatéralement un contrat pendant un certain délai[346]. Le titulaire de ce choix peut ainsi choisir de confirmer l'acte juridique qui devient ainsi contraignant ou le résoudre, dans ce cas l'acte sera réputé ne jamais avoir existé[347].

Cette faculté de choix (*khiyar al shart*) est une des conséquences de l'intérêt constant du droit musulman dans l'équivalence des prestations. En laissant le temps, le droit musulman permet de s'assurer de la conformité des engagements avec la réalité de l'objet du contrat. Les juristes classiques ont donc admis une dérogation au principe du droit musulman selon lequel le contrat est obligatoire dès sa conclusion. S'appuyant sur un *hadith* rapportant que le Prophète aurait dit : « si tu vends ou achètes déclare, au moment de la vente, sans te tromper : je me réserve l'option»[348].

A côté de cette possibilité conventionnelle, le droit musulman classique propose une option d'annulation du contrat pour vice (*khiyar al 'ayb*). Cette faculté légale n'a pas à être stipulée contractuellement pour être offerte aux contractants. Ainsi, tout acquéreur peut résoudre le contrat s'il constate que la chose recèle un vice qui en affecte la valeur. Toutefois, dans la pratique contemporaine, les

---

[346] SCHACHT Joseph, *Op.cit.*, p. 130.

[347] SHALABI, *al Madkhal fil fiqh al islami,* Beyrouth, el dar al jamiyyat, 10e éd, 1985, p. 594.

[348] Cité par COMAIR-OBEID Nayla, *Op. cit.,* p. 72.

banques islamiques incluent dans les contrats (de *mourabaha* par exemple), une clause stipulant que « après inspection du bien par le client, la banque ne sera pas tenue pour responsable d'éventuels écarts »[349] (entre le contrat et la réalité), le recours pour vice de la chose étant ainsi exclu[350].

## *§2- Une opération de crédit fondée sur la location : l'ijara*

Les premiers instruments de crédit sont fondés sur les mécanismes de la vente. Voyons à présent celui qui repose sur la location, l'*ijara* (A) et son utilisation contemporaine comme technique de financement (B).

### A- L'acception classique du contrat d'*ijara*

Pour demeurer fidèle à notre méthode d'analyse, nous commencerons par aborder la problématique de la légitimité religieuse de l'*ijara* (1) pour ensuite envisager l'utilisation classique de ce contrat (2).

#### *1- Légitimité de l'ijara*

Après en avoir montré les justifications légales (a), nous proposerons une analyse de la nature du contrat d'*ijara* (b).

##### *a- Justifications légales*

L'*ijara*, de *ujra* le loyer, *ajr* le salaire, est un contrat qui en droit classique, désigne la vente de l'usufruit[351]. Son usage est légitimé par toutes les écoles juridiques, en s'appuyant sur le *Qor'an*, la *sunna* et donc l'*ijma*'[352].

---

[349] AAOIFI, 2004-5a, *Standard on mourabaha*, clause 4/9.

[350] Ce qui est néanmoins à relativiser pour les pays, comme la France, où la théorie des vices du consentement et les restrictions de responsabilité, ne peuvent être contournées conventionnellement que de manière très restrictive.

[351] SCHACHT Joseph, *Op. cit.*, p. 131.

### *b- Nature du contrat d'ijara*

L'*ijara* s'analyse comme un contrat de location. Il se distingue du contrat de vente par la seule mise à disposition d'un usufruit, la propriété réelle de la chose, objet du contrat d'*ijara*, restant au bailleur, *ajir*. Son objet porte sur les choses réelles (*'ayn*) et, ainsi, en raison de la conception économique de la monnaie, il convient de préciser ici que l'*ijara* ne peut porter sur des biens immatériels tels que l'argent, les créances, ces biens immatériels dans la conception musulmane étant insusceptibles d'usufruit[353]. Il faut en d'autres termes que la chose louée procure une utilité intrinsèque, *manfa'a*, ce qui n'est pas le cas de la monnaie en Islam nous l'avons vu.

## *2- Règles régissant le contrat d'ijara classique*

Dans l'analyse subséquente des règles régissant le contrat d'*ijara*, nous envisagerons dans un premier temps les problématiques essentielles concernant sa validité (a), puis, dans un deuxème temps, les aspects fondamentaux de son éxécution et de son dénouement (b).

### *a- La validité du contrat*

Le point essentiel dans le contrat d'*ijara* est le transfert de l'usufruit. Cet usufruit doit donc être déterminé. L'*ijara* ne peut porter sur un bien futur, à défaut de quoi le contrat serait nul pour *gharar*, l'incertitude se situant ici dans la détermination de l'objet. La détermination de son prix doit également pouvoir s'appuyer sur la connaissance précise de la chose louée. Il ne pourra pas non plus porter sur un bien périssable ou qui se détruit par l'usage tels par exemple les produits alimentaires ou pétroliers.

La durée de la période au cours de laquelle l'usufruit est transféré doit également être précisée au contrat[354]. Précisons que comme dans tout contrat en

---

[352] *Qor'an* S. LXV, V. 6 et le *hadith* : « Donnez au salarié, *ajir*, son salaire avant que ne disparaisse sa sueur ». Se référer également à IBN QUDAMA, *Al Mughni*, Tome 5, maktabat arrid al Haditha, Riyad, 1981, p. 432

[353] Ibn Hazm cité dans AYUB Muhammad, *Op. cit.,* p. 281.

[354] Sur ces points cf. Kasani cité in *Op. loc. cit.*

droit musulman, l'objet doit être compatible avec les principes de la *Shari'a*. L'*ijara* sur une distillerie étant par exemple inenvisageable.

#### *b- L'exécution du contrat et son dénouement*

L'usufruit du contrat conditionne toutes ses conséquences. Ainsi, le paiement du loyer ne pourra être exigé qu'à compter du transfert effectif de cet usufruit, par la mise à disposition du bien loué et en état de remplir les fonctions pour lesquelles il est loué[355]. Un défaut survenant donne le droit d'annuler aux deux parties si le défaut empêche ou réduit l'usufruit envisagé[356], de même la mort du preneur à bail[357] ou toutes les conditions mettant fin à la réalité objective de l'usufruit entraîne l'extinction du contrat d'*ijara*.

## B- L'*ijara* comme mode de financement

L'étude des règles de l'*ijara* en tant que mode de financement (1) implique d'envisager les problématiques liées à l'utilisation moderne de ce contrat classique (2).

### *1- Règles régissant l'ijara comme mode de financement*

La pratique de l'*ijara* en tant que technique de financement est assimilable au *leasing* (a). Nous verrons comment s'envisage aujourd'hui l'exécution de ce type de contrat sous l'angle du droit musulman (b).

#### *a- L'opération financière induite par la pratique de l'ijara*

De ce contrat classique de location, la doctrine contemporaine a développé une technique de financement comparable au *leasing*[358]. Dans ce cadre, la

---

[355] Fonctions appréciées au regard de l'usage généralement admis, défini par la coutume cf. Kasani cité in *Ibid.,* p. 505.

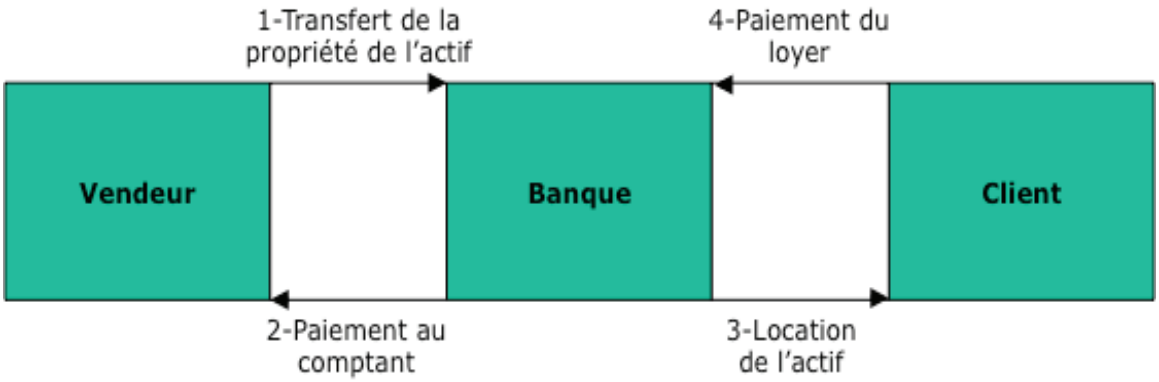
[356] SCHACHT Joseph, *Op. cit.*, p. 131 et AYUB Muhammad, *Op. cit.,* p. 286.

[357] EL HATIMI Layla, Op. cit., p. 189.

[358] Le *leasing* peut se traduire, selon le Professeur Mattout, par « location financière ». C'est une technique de financement apparue aux Etats-Unis dans les années 50, sur ce point cf. MATTOUT Jean-Pierre, *Op. cit.*, p. 137.

banque achète un bien, à la demande du client, en vue de le lui louer pour une période déterminée, et de lui en transférer la propriété à échéance[359].

**Schéma du mécanisme d'*ijara* assimilé *au leasing* :**




L'*ijara* peut également être utilisée, comme montage de déconsolidation financière[360] ou *lease back*[361]. Dans ce cas, la banque achète un bien, propriété du client, en vue de lui louer. Il ne nous appartiendra pas de développer les implications comptables de ce type d'opération, nous nous contenterons donc d'analyser cette possibilité au regard des principes généraux de la banque islamique. Tout d'abord, afin de ne pas tomber sous le coup de la prohibition du *'inah* que nous avons envisagé plus haut, il faut, dans la pratique, dissocier le contrat de vente de la location qui lui succède. Ce faisant, de manière purement formelle, on ne peut analyser l'opération comme constitutive de *riba* qu'en prenant en compte l'intention des parties dont on a vu les différentes acceptions. En effet, sous l'angle économique, par cette opération, le client garde la même utilité de la chose qu'auparavant, mais se retrouve en possession d'une somme d'argent qu'il rembourse par échéances.

La financiarisation du droit musulman induite par l'évolution de l'*ijara* est suffisamment claire ici.

---

[359] CAUSSE-BROQUET Geneviève, *Op. cit.,* p. 71.

[360] La déconsolidation est une technique qui permet de sortir un actif ou un passif d'un bilan dans le but de donner l'apparence d'un moindre endettement.

[361] Le *lease-back* ou cession-bail est une opération par laquelle « le crédit bailleur acquiert le bien et le donne en location-financière au vendeur dudit bien », cf. MATTOUT Jean-Pierre, *Op. cit.*, p. 139.

### *b- L'exécution du contrat*

Nous n'entrerons pas dans tous les aspects techniques de l'exécution du contrat d'*ijara* dans les banques islamiques, mais préciserons certains points, révélateurs de l'évolution du droit classique qui amène aujourd'hui à l'existence de ce que nous avons appelé un droit bancaire islamique.

Ainsi, en pratique, l'opération d'*ijara* comme opération de financement se présente comme un contrat de location assorti d'une promesse unilatérale d'achat à l'échéance. Une banque islamique ne se distinguant pas d'une banque conventionnelle à l'égard de la commercialisation d'un important type de bien (automobiles, facteurs de productions divers tels que machines-outils, équipement informatique par exemple) quelles que soient les prétentions des banques islamiques à créer un modèle de fonctionnement différent, basé sur le commerce, la banque n'a aucunement l'intention de garder la propriété du bien à l'échéance du contrat de location. Il importe donc pour elle que la promesse d'achat soit exécutée. Pour cela, et comme pour le cas de la *mourabaha* que nous avons visé plus haut, la doctrine a indiqué le caractère contraignant de ce type de promesse[362]. De plus, contrairement à la *mourabaha* pour laquelle l'existence de l'objet au moment de la conclusion du contrat est une condition de validité, dans l''*ijara*, c'est au moment du transfert de l'usufruit que les obligations prennent naissance. En pratique la banque n'achètera donc le bien qu'après avoir signé le contrat d'*ijara*. Ceci révèle encore que l'intention de la banque dans ce type d'opération n'est pas de développer un modèle islamique distinct s'appuyant sur une forme de commercialisation à crédit. Ceci sera renforcé par les arguments subséquents.

En cas de mauvaise exécution d'un contrat de crédit, les banques imposent généralement au débiteur des pénalités de retard. Or en droit musulman, l'obligation du preneur à bail s'analyse, comme en droit français, en une dette d'argent. En cas de non-paiement de cette dette, le client ne peut se voir imposer de pénalités financières qui contreviendraient, en augmentant cette dette[363], à la prohibition du *riba*[364]. Pour remédier à ce profond handicap qui pourrait théoriquement permettre au client peu scrupuleux (son inexécution étant réprouvée par la *Shari'a* qui impose de manière explicite le respect des

---

[362] Cf. *supra* p. 78, EL-GAMAL Mahmoud A., *Op. cit.*, 49 et AYUB Muhammad, *Op. cit.,* p. 290.

[363] La doctrine islamique majoritaire ne semble donc pas agréer la distinction canonique entre l'*usura* (intérêt prohibé) et *l'interesse* (dommages et intérêts compensant la « perte que le créancier a subi du fait du retard de remboursement » et qui viennent s'ajouter au capital dû. Cf. BOUINEAU Jacques, *Les fondements romano-canoniques du droit de la responsabilité*, Cours d'histoire du droit du master II Droit de la responsabilité, Université de La Rochelle, année 2005-2006, p. 47-48.

[364] AAOIFI, 2004-5a, *Standard on ijara*, clause 5/2/5, p. 143.

engagements[365]) de ne pas rembourser la banque, il a été admis que les banques puissent conventionnellement imposer une pénalité qui sera reversée au profit d'associations caritatives et ne participera pas du profit de la banque[366]. Cette perspective dissuasive, dictée par de légitimes prétentions financières est selon nous un exemple probant de la spécificité que peut introduire le droit bancaire islamique. En effet, elle suit les principes classiques du droit musulman en matière de respect des engagements, opère une redistribution éthique des sommes perçues au titre des fautes commises. Sommes qui peuvent d'ailleurs, dans les conditions actuelles, permettre d'assurer l'effectivité des remboursements de manière plus efficace que les injonctions divines ou les structures sociales qui ne sont plus autant aptes à faire respecter[367].

Le dernier élément sur lequel nous avons jugé bon de nous arrêter tant il souligne la perspective de création d'un droit bancaire islamique moderne, concerne la résolution de l'*ijara* pour cause de mort du preneur à bail. Selon la théorie classique, l'utilité de la chose ne réside pas tant dans son potentiel que dans sa mise en action. Ainsi, la *manfa'a* s'analyse au regard de l'utilisation effective de la chose, de manière successive[368]. Le décès ne permettant plus l'actualisation de cette *manfa'a*, celle-ci disparaît entraînant la chute du contrat. Dans la pratique contemporaine, il a été décidé que l'utilité de la chose peut être transférée aux héritiers qui pourront par contre légitimement demander la résolution du contrat s'ils ne peuvent en supporter le coût[369]. La perspective est donc renversée.

### *2- Problématiques spécifiques à l'ijara moderne*

Les problématiques spécifiques à l'*ijara* moderne que nous envisagerons ici tiendront d'une part à sa conformité à la *Shari'a* (a) et d'autre part à son rôle dans le développement de la banque islamique (b).

---

[365] Cf. *supra* p. 38.

[366] AAOIFI, 2004-5a, *Standard on ijara*, clause 6/4, p. 143.

[367] Sur les aspects d'honnêteté et d'honneur dans le respect des engagements, cf. *supra* p. 18.

[368] EL HATIMI Layla, *Op. cit.*, p. 189.

[369] AAOIFI, 2004-5a, *Standard on ijara*, clause 7/2/3, p. 145.

### *a- Quant à sa conformité à la Shari'a*

Comme nous l'avons vu pour la *mourabaha*, la doctrine moderne accepte la détermination du prix, du loyer ici, par indexation à un taux d'intérêt conventionnel. Or, dans le cas de l'*ijara* le support du risque, qui justifie donc en partie la détermination du prix, est traité différemment par les pratiques classiques et contemporaines.

En droit classique, les défauts de la chose, sa disparition ou encore sa détérioration entraînent un changement dans son utilité et peuvent permettre de résoudre le contrat. Le bailleur restant propriétaire du bien qui souhaite maintenir l'application du contrat devra prendre en charge la remise en état de la chose pour redonner à la *manfa'a* la dimension prévue conventionnellement. Dans la pratique contemporaine en revanche, la banque s'assure contre les risques susceptibles d'affecter la chose. Le coût de cette assurance est inclus dans le coût global du financement si bien qu'*in fine*, c'est le client qui supporte le risque de détérioration[370]. Le risque que supportera la banque ne peut donc s'analyser, là encore, que sous l'angle du risque de crédit, compensé par un intérêt équivalent au coût d'opportunité de l'argent[371].

### *b- Quant à son rôle dans le développement de la banque islamique*

L'*ijara* est un contrat offrant une grande souplesse dans son exécution. Il est très pratiqué[372] et est utilisé comme source de nombreux produits bancaires islamiques modernes. En matière de financement de projet et de titrisation, il joue un rôle majeur dans le développement du système bancaire islamique, nous y reviendrons. Les débats affectant sa légitimité sont par conséquent d'une importance capitale pour le développement de la banque islamique. Dans sa volonté d'adapter le droit musulman classique, la doctrine bancaire islamique moderne apporte des réponses qui oscillent, nous l'avons vu, entre l'importation pure et simple des techniques issues du droit bancaire cohabitant difficilement avec les principes qu'elle est censée promouvoir et l'application des fondements

---

[370] Dans la relation banque/client s'entend. Nous précisons à titre d'information que l'assurance islamique qui se développe actuellement n'est pas encore utilisée par toutes les banques qui font alors appel aux compagnies d'assurances conventionnelles dont l'activité est jugée illicite par l'opinion majoritaire.

[371] EL-GAMAL Mahmoud A., *A basic guide to contemporary Islamic banking and finance*, Juin 2000, [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011), p. 14.

[372] Cf. graphique *infra* p. 116.

traditionnels aux réalités positives de l'époque. Nous verrons au cours de cet exposé les conséquences induites par cette dichotomie.

## *§3- Les opérations fondées sur des mécanismes de vente à tempérament*

La pratique de la vente à terme est en principe proscrite en droit musulman[373]. Les deux contrats que nous allons évoquer à présent, le *salam* (a) et l'*istisna'* (b) en sont deux exceptions. Nous montrerons, à travers leur acception moderne, l'enrichissement technique qu'ils offrent au praticien bancaire islamique.

### A- Le *salam*

Pour bien la comprendre, l'étude du contrat de *salam* doit s'effectuer en deux temps. Un premier niveau où il convient de cerner les contours du *salam* en droit musulman classique (1) avant un second, où l'on sera à même d'aborder sa pratique contemporaine (2).

#### *1- Le salam en droit musulman classique*

Après avoir établi la légitimité du contrat de *salam* (a), nous en détaillerons les conditions (b).

##### *a- Légitimité du contrat de salam*

Le *salam* est légitimé par le verset de la dette précité, interprété dans son sens général et par la *sunna* : « celui qui est engagé dans un contrat de *salam*, qu'il le fasse en mesure connue, en poids connu et jusqu'à une échéance

[373] Cf. *supra* p. 32.

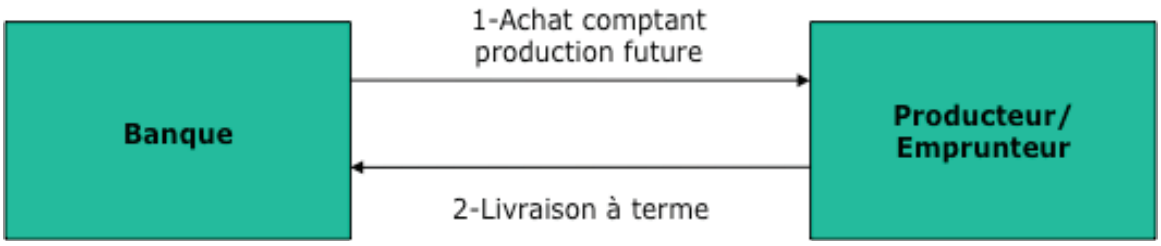
fixée »[374]. Ce *hadith* est reconnu par toutes les écoles, il y a donc *ijma'* sur l'utilisation du *salam*[375].

### *b- Conditions*

Utilisé à l'origine pour financer la production agricole, le contrat de *salam* est fondé sur une tradition prophétique qui l'autorise explicitement, à condition que le volume ou le poids de l'objet, ainsi que la date de sa fourniture soient spécifiés[376].

Selon les principes de la *Shari'a*, l'objet d'un contrat de vente doit exister au moment de la formation du contrat à peine de nullité de ce dernier. Le contrat de *salam* est une exception à ce principe et permet le paiement comptant d'un bien livrable à terme[377].

**Schéma du mécanisme du *salam* :**




Le caractère exceptionnel de ce contrat implique traditionnellement que l'objet puisse concerner uniquement des biens fongibles (*mithli*) pour éviter le *gharar*. Leurs qualité et quantité devant être précisées au contrat[378].

Le versement du prix doit de plus s'effectuer au moment de la conclusion du contrat, la doctrine *malikite* permet toutefois un délai de trois jours[379].

---

[374] *Sahih* al Boukhary, V.3, p. 105.

[375] OBEIDI Zouheir, *Op. cit.*, p. 105 et, ABDUL HALIM UMAR Mohammed, *Shari'a economic and accounting framework of bay' al salam in the light of contemporary application*, Jeddah, Arabie Saoudite, IRTI, Research Paper N°33, 1995, disponible sur www.irtipms.org, 126 p.

[376] OBEIDI Zouheir, *Op. cit.*, p. 105.

[377] SCHACHT Joseph, *Op. cit.*, p. 130 et OBEIDI Zouheir, *Op. cit.*, p. 151.

[378] OBEIDI Zouheir, *Op. cit.*, p. 94.

La date de la livraison doit être déterminée, la doctrine *malikite* permet toutefois que cette détermination se fasse par référence à une période ou un événement donné et non précisément[380].

Précisons qu'il est interdit, dans le *salam*, de vendre de l'argent ou de payer une marchandise par une autre marchandise de même genre[381], la différence entre le délai de paiement et le délai de livraison étant constitutive du *riba*. Enfin, les biens objets du contrat demeurent sous la responsabilité du vendeur jusqu'à leur livraison.

## *2- La pratique du salam dans les banques islamiques*

A la suite de notre analyse des problématiques liées à la pratique contemporaine du *salam* (a), nous aborderons l'utilisation de ce contrat dans le système bancaire islamique (b).

### *a- Problématiques spécifiques liées à la pratique du salam par les banques islamiques*

En pratique, la banque, pour financer la production de ses clients, entre dans une relation de *salam*, avance les fonds nécessaires à la production et, à échéance, en vertu d'un mandat préalablement établi, le vendeur revend la marchandise pour le compte de la banque, se libérant ainsi de sa dette. La relation *salam* peut également s'envisager sous un rapport différent. Selon l'avis traditionnel majoritaire, les biens visés par le contrat de *salam* ne peuvent être revendus avant la livraison de la marchandise, à moins que ce ne soit sur la base, précisément d'un autre contrat de *salam.* Il est donc possible à la banque de jouer un rôle d'intermédiaire, en contractant parallèlement deux contrats de *salam*[382]. Ce faisant elle finance son client producteur et, fournit à son autre client, une marchandise en sécurisant l'opération[383].

---

[379] EL HATIMI Layla, *Op. cit.*, p. 163.

[380] *Ibid.*, p. 164.

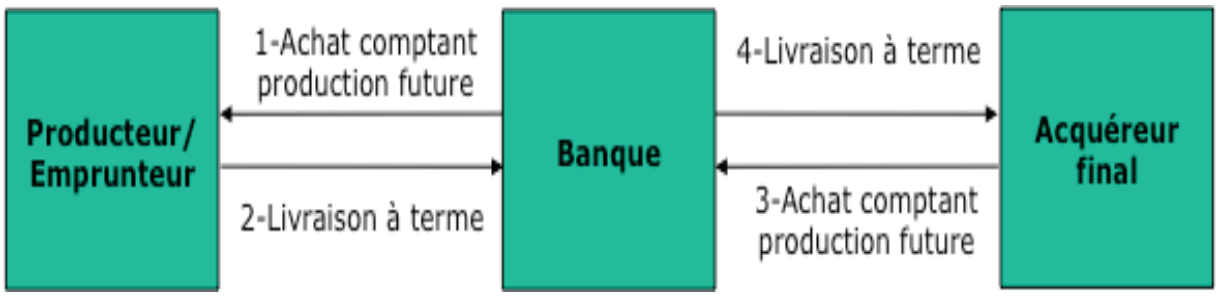
[381] AYUB Muhammad, *Op. cit.,* p. 244.

[382] AAOIFI 2004-5a, *Standard on Salam*, Clause 6.

[383] Par la connaissance de sa clientèle que lui offre l'antériorité de la relation ou tout au moins les possibilités qu'elle a de s'assurer de la situation financière.

La banque joue ainsi grâce au *salam*, un véritable rôle commercial dans sa relation[384].

**Schéma du mécanisme de *salam* parallèle :**




De la même manière que pour l'*ijara* et la *mourabaha*, il est possible d'inclure une clause au contrat de *salam*, prévoyant des pénalités pour retard dans l'exécution des obligations[385]. Le montant de ces pénalités devra là encore être obligatoirement versé à des oeuvres de bienfaisance pour les raisons d'interdiction du *riba* évoquées précédemment[386].

En cas de défaut de livraison de la marchandise, à l'origine, les *shafi'ites* et *hanafites* offraient à l'acheteur le choix entre, restituer le prix ou attendre que la marchandise soit disponible. Les *malikites* jugeaient quant à eux que le contrat devait être annulé. Aujourd'hui, on ajoute à ces solutions la possibilité de convenir d'un remplacement de la marchandise par consentement mutuel (ce qui ne pose pas de problème pratique puisque le *salam* porte sur des biens fongibles). La renégociation du prix est également autorisée si la quantité livrée est inférieure à celle prévue contractuellement[387].

---

[384] Qui peut même se manifester en pratique par une commercialisation directe des produits reçus via des magasins généraux et l'utilisation de la technique du warrantage (utilisation des marchandises comme garantie du crédit par la mise en gage de ces marchandises par dépôt dans les magasins généraux).

[385] Pour une explication plus complète de ce point, se référer à ABDUL HALIM UMAR Mohammed, *Op. cit.*

[386] AAOIFI 2004-5a, *Standard on Salam*, Clause 5/7.

[387] AAOIFI 2004-5a, *Standard on Salam*, Clause 5/8.

### *b- Utilisations du contrat de salam*

Le *salam* permet le financement de l'achat de matières premières et est également utilisé pour le financement du commerce extérieur. De plus son rôle d'instrument de couverture sur les prix futurs des marchandises produites joue un rôle important dans le financement de l'agriculture[388]. Ainsi, le *salam* permet efficacement la conversion de la clientèle au fonctionnement du système bancaire islamique, sur des bases commerciales.

Par ailleurs, en combinant plusieurs contrats de *salam* avec l'autorisation évoquée précédemment de dissocier les métaux précieux du statut traditionnel de la monnaie[389], les banques islamiques ont synthétisé des crédits non affectés. Sur le modèle des *hiyal* que nous avons évoqués plus haut, ils permettent au client d'obtenir un crédit d'argent à travers le jeu d'opérations commerciales croisées, et non désirées pour elles-mêmes. Le processus de légitimation de ce produit synthétique est particulièrement révélateur des méthodes par lesquelles les juristes des banques islamiques jugent la conformité à la *Shari'a* des produits bancaires.

Ainsi, un comité de juristes spécialistes du droit musulman (*Shari'a board*[390]), décida qu'il était permis de prendre une position « *long* » et une position « *short* » [391] sur une même matière première à travers deux contrats de *salam* distincts (pour éviter le *riba*). Le comité décida néanmoins qu'un tel type d'opération ne devait pas être à la base d'une activité régulière et que s'il peut être autorisé par nécessité ce n'est qu'à titre exceptionnel. De là, d'autres banques et d'autres comités développèrent ce produit en affirmant que la compétitivité financière des banques islamiques, au regard de leurs concurrentes conventionnelles, caractérisait la nécessité[392]. Nos connaissances en droit musulman classique sont insuffisantes pour expliquer comment, la plus grande compétitivité d'un secteur dont on reconnaît le caractère non-conforme à la *Shari'a*, peut justifier la nécessité de le copier. Néanmoins, pour répondre à cette interrogation, nous verrons plus loin dans nos développements sous quels

---

[388] Rôle sur lequel on fonde la légitimation des *futures* islamiques, cf. KHAN Fahim, *Islamic futures and their market*, Jeddah, IRTI, 1997, disponible sur www.irtipms.org, p. 29.

[389] Cf. *supra* p. 34.

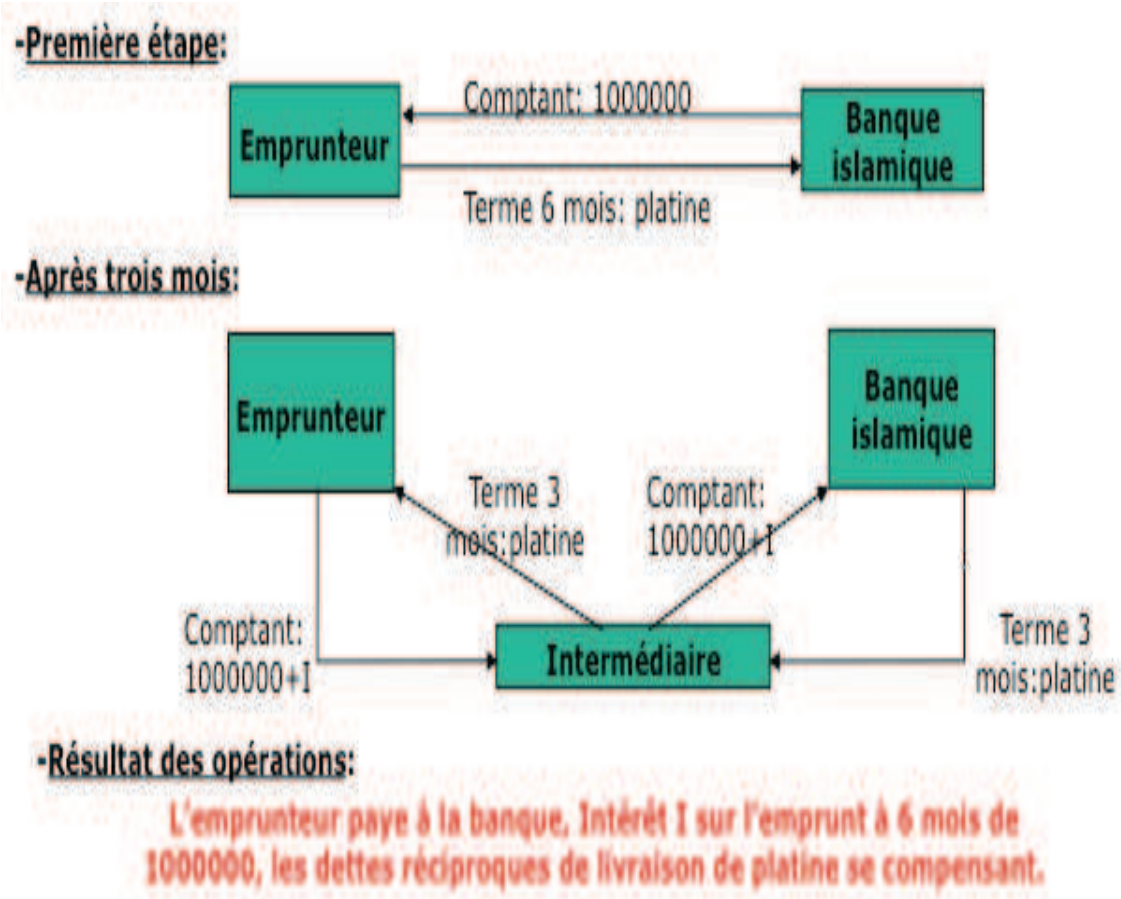
[390] Cf. *infra* p. 200.

[391] Dans le vocabulaire boursier une position désigne la détention d'actifs identiques dans un portefeuille. Une position *short* consiste en la vente à découvert d'un actif alors que la position *long* concerne un achat à terme.

[392] Sur ce point EL-GAMAL Mahmoud A., *Op. cit.*, p. 84-85.

auspices la doctrine majoritaire contemporaine envisage la notion de nécessité en droit musulman[393].

**Schéma du crédit *salam* non-affecté :**




Le *salam* est donc un exemple frappant du choix qui s'offre aux banques islamiques : construire leur développement sur des bases commerciales ou sur des bases financières calquant le fonctionnement des banques conventionnelles.

## B- L'Istisna'

Seconde exception à l'interdiction de la vente à terme, l'*istisna'*, dont la nature (1) explique la consistance de sa mise en œuvre pratique (2).

[393] Cf. *infra* p. 192.

### *1- Nature du contrat d'istisna'*

Dans les développements à suivre sur la nature de l'*istisna'*, l'étude de la légitimité traditionnelle de ce contrat (a) précèdera ses conditions de mise en oeuvre (b).

#### *a- Légitimité*

Littéralement, l'*istisna'* désigne la demande de fabrication. A l'instar du contrat de *salam*, le contrat d'*isitisna'* permet l'achat de biens inexistants à la date de formation du contrat. Il est donc une autre exception au principe de l'interdiction des ventes de choses que l'on ne possède pas. Son utilisation est néanmoins autorisée par l'exemple du Prophète qui l'utilisa pour se faire fabriquer une bague et son *minbar*[394]. Le consensus des *'ulama* qui en résulte lui donne la légitimité que l'analogie aurait dû refuser en raison de son caractère exceptionnel.

Ce type de contrat, dont nous avons vu qu'il est une exception au principe islamique qui exige l'existence de la chose, objet du contrat, au moment de sa formation, est également légitimé par la nécessité (*darurah*) qui se caractérise ici par les besoins de la communauté musulmane vis-à-vis des produits manufacturés[395].

L'*istisna'* met en relation un donneur d'ordre (*moustasni'*) qui demande à un fabricant (*sani'*) de réaliser pour lui un projet. En pratique, l'*istisna'* est généralement utilisé pour le financement d'infrastructures, de grands projets immobiliers et autres projets industriels (usines, aéronefs, navires). Le caractère contraignant de ce contrat est au centre de son développement en tant qu'instrument bancaire moderne. S'il ne consiste qu'en une simple promesse[396], il est inutile de dire que son utilisation pour des projets d'envergure ne peut être envisagée. Aujourd'hui, la doctrine majoritaire lui reconnaît un caractère contraignant à la condition que l'objet du contrat soit conforme à sa description conventionnelle[397].

---

[394] Sur la légitimité de l'*istisna'* cf. SARAKHSI Shams ed din, *Al Mabsut*, Tome 12, Beyrouth, *Dar al Maarifa*, 1989, p. 139.

[395] Sur ce point cf. EL HATIMI Layla, *Op. cit.*, p. 208.

[396] Comme c'est le cas pour une partie de l'école *hanafite* cf. ASSALIH Mohamad ibn Ahmad, *Le contrat d'istisna' et son effet dans la dynamisation de l'activité économique*, Ryad, 1996, p. 84

[397] Notamment l'Académie du Fiqh de l'Organisation des Etats Arabes et le projet de droit arabe unifié proposé par la Ligue des Etats Arabes. Sur ce point cf. AYUB Muhammad, *Op. cit.,* p. 267.

### *b- Conditions*

A la différence du contrat de *salam* qui ne concerne que les denrées, matières premières et autres biens mobiliers fongibles (*mithli*), *l'istisna'* est destiné au financement de la production de biens non fongibles (*qimi*). Ce contrat porte en pratique sur des biens immobiliers ou mobiliers subissant un processus de transformation.

Le contrat d'*istisna'* doit, comme le *salam*, comporter la description précise du projet, de l'objet du contrat (nature, genre, caractéristiques, qualité)[398]. Il est indispensable que l'objet soit inexistant à la formation du contrat[399].

Aujourd'hui, dans la pratique, il est admis que le prix puisse être payé indifféremment à l'avance, en plusieurs échéances au cours du processus de production, ou à terme, à la livraison du projet. Il doit être convenu à la conclusion du contrat, mais peut être réajusté par consentement mutuel au cours de l'opération. Le prix peut être payé en monnaie, en biens ou par le transfert de l'usufruit d'un bien[400].

## *2- La pratique de l'istisna'*

En tant qu'intermédiaires financiers, les banques islamiques utilisent un mécanisme juridique composé de deux contrats d'*istisn'a*. ce mécanisme, appelé « *istisna'* parallèle » (a), sera analysé sous l'angle de sa conformité au droit musulman classique (b).

### *a- L'Istisna' parallèle*

Généralement, la banque, qui n'a pas vocation à réaliser le projet, passe un contrat d'*istisna'* parallèle avec un entrepreneur qui se chargera de réaliser les travaux. Dans ce cadre la banque est *sani'* (fournisseur, fabricant) vis-à-vis du

---

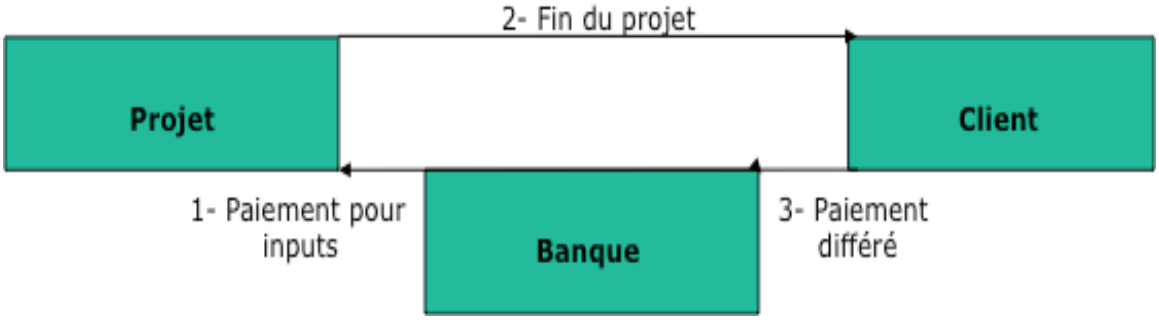
[398] « Les conditions de validité sont la désignation du genre, du type, de la quantité et de la qualité du produit à fabriquer, car il ne peut pas être déterminé sans ces éléments ». Al Kasani cité par EL HATIMI Layla, *Op. cit.*, p. 215.

[399] AAOIFI, 2004-5A, *Standard on istisna'*, clauses 3/1/2, 3/1/3.

[400] C'est notamment le cas lors de certains financements de projets, cf. *infra* p. 116 et l'étude des financements de projets.

client qui lui est *moustasni'* (donneur d'ordre), et *moustasni'* vis-à-vis de l'entrepreneur. Ce contrat parallèle ne peut avoir une date de livraison postérieure au contrat de base qui doit par ailleurs prévoir cette possibilité.

**Schéma du mécanisme contractuel de l'*istisna'* parallèle :**




Les règles de formation et de validité sont les mêmes que pour tout contrat de type *istisna'*, mais les deux contrats doivent néanmoins être indépendants, les droits et obligations des deux contrats ne peuvent dépendre l'un de l'autre.

***b- Conformité à la Shari'a***

Ainsi dans la pratique, il s'agit d'une sorte de contrat clé en main où la banque s'engage à financer la production de produits spécifiques à un coût préétabli englobant le bénéfice de la banque. La banque peut demander un dépôt de garantie ('*arbun*) qui sera restitué à l'issue du projet ou viendra en compensation des dettes du vendeur/fabricant. La banque peut inclure une clause lui offrant un droit de rétractation si, à la livraison, le bien n'est pas conforme à la description présente au contrat.

Une clause prévoyant des pénalités pour retard dans la livraison peut être incluse dans le contrat[401], son montant n'aura pas à être versé à des œuvres de bienfaisance car l'obligation inexécutée dans le contrat d'*Istisna'* est une obligation de faire et non une dette comme dans le *salam*. L'augmentation du prix par la pénalité ne pourra pas s'analyser comme du *riba,* mais comme la sanction du mauvais accomplissement de l'obligation de fabriquer le bien, objet du contrat. Ces pénalités viendront généralement en réduction du prix.

[401] AAOIFI, 2004-5A, *Standard on istisna'*, clauses 3/1/2, 3/1/3.

Il est un point sur lequel il convient d'insister dans la définition moderne du contrat d'*istisna'*. La faculté offerte aujourd'hui de payer successivement le fabricant, en fonction de l'évolution du projet, n'était en droit classique acceptée que par une opinion minoritaire du rite *hanafite* se basant sur la nécessité. Les autres écoles calquaient les règles de l'*istisna'* sur le *salam* et de fait, imposaient le paiement global du prix dès la formation du contrat. En généralisant la possibilité de payer successivement, les juristes impliqués dans le développement de la finance islamique ont souhaité calquer l'*istisna'* sur les contrats conventionnels classiques dans les financements de projets, sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir. Il ne nous appartiendra pas de juger ici de l'orthodoxie de cette forme de *talfiq*, qui permet effectivement de moderniser le corpus juridique islamique et de l'adapter à la pratique courante des affaires modernes, mais plutôt de remarquer que, là encore, le modèle de développement du droit bancaire islamique s'accomplit en référence constante à son équivalent conventionnel. La volonté de développer un modèle propre ne semble finalement pas si affirmée.

## Section 2- Les opérations de financement fondées sur l'apport en capital

Les opérations de financements en capital (*equity*) que nous allons étudier maintenant peuvent se décliner à deux niveaux : les mécanismes de prêt fondés sur l'association (§1) et le financement de projet (§2) qui combine plusieurs mécanismes de financement.

### *§1- Les mécanismes de prêts fondés sur l'association*

Par leur fidélité principielle aux enseignements de la *Shari'a*, ces instruments juridiques classiques sont les plus représentatifs de la doctrine économique islamique. Ils jettent à partir d'elle les bases d'un modèle bancaire islamique alternatif et innovant[402]. En effet, les mécanismes proposés, la *mousharakah* (A) et la *moudharabah* (B), correspondent aux valeurs de solidarité

[402] Nous ne sommes à ce propos pas seuls à regretter l'orientation du modèle bancaire islamique principalement tourné vers les opérations commerciales, au détriment des opérations de participation. Cf. notamment ALGABID Hamid, *Op. cit.*, p. 228 et GUERANGUER François, *Op. cit.,* p. 95.

et d'équité véhiculées par le dogme musulman que nous avons déjà abordées en partie préliminaire[403].

Nous le verrons, les aspects collaboratifs et de participation aux bénéfices, encouragés par ces formes islamiques d'association, permettent de rapprocher[404], par la similitude essentielle des perspectives, la vision islamique originelle du rôle de banquier[405] et le capital-risque[406]. En effet, l'activité du capital-risqueur est de prendre des participations dans le capital social de jeunes sociétés qui reçoivent ainsi les fonds propres nécessaires à leurs développements futurs. Le capital-risqueur joue également un rôle d'intermédiaire en mettant en relation les investisseurs et les entreprises. De plus, son expertise dans la conduite du développement des entreprises lui permet de vendre un savoir-faire qualitatif influençant très largement la réussite du projet[407]. Enfin, le capital-risqueur est associé au succès du projet puisqu'une partie des profits lui revient, ce qui l'incite à fournir l'effort maximal.

Ainsi, est-il permis de penser que, en s'appuyant sur des outils juridiques favorisant la coopération, les banques islamiques puissent jouer un rôle dans le développement économique des pays musulmans sur une base correspondant à sa vocation primaire. Néanmoins, les difficultés de mise en œuvre pratiques rencontrées par ces instruments juridiques, les contraintes auxquelles ils sont exposés, en terme de compétitivité notamment, souligneront à nouveau la faiblesse du modèle de droit bancaire islamique envisagé actuellement.

## A- La mousharakah

L'évolution de cette notion est très représentative des problématiques auxquelles est confronté le droit bancaire islamique émergent : respecter les

---

[403] Cf. *supra* p. 25 et *Qor'an* et S.XXIV, V.37 et ce *hadith* rapporté par Abu Dawud « Le Prophète a dit : Aussi longtemps que les deux partenaires restent honnêtes l'un envers l'autre, je suis le troisième ».

[404] Sur le rapprochement du capital-risque et de la finance islamique voir *Introduction aux techniques islamiques de financement*, Jeddah, IRTI, Actes de séminaire N°97, 1996, disponible sur www.irtipms.org www.irtipms.org, p. 72-83.

[405] Sur les nombreuses traces de *moudharabah* et *mousharakah* dans l'histoire du monde musulman dès les premiers siècles cf. CHAPELLIERE Isabelle, *Op. cit.*, p. 104.

[406] Pour une étude détaillée du capital-risque se reporter à DUBOCAGE Emmanuelle, RIVAUD-DANSET Dorothée, *Le capital-risque*, Paris, La découverte, « Collection Repères Gestion », 2006, 121 p.

[407] Notamment sur la conduite du développement, la fixation et la manière d'atteindre les objectifs, en matière de recrutement, par la connaissance du secteur d'activité et le réseau de contacts dont ils disposent.

valeurs fondamentales du droit musulman tout en développant des produits adaptés aux conditions économiques contemporaines. C'est pourquoi nous proposons de partir de la *mousharakah* (1) en droit classique avant de nous interroger sur sa pratique contemporaine (2).

### *1- La mousharakah en droit musulman classique*

Une étude préliminaire des concepts d'association et de personnalité morale (a) est nécessaire afin de développer ensuite la règle essentielle de la *mousharakah* : le principe de partage des pertes et des profits (b).

#### *a- Association et personnalité morale*

Le concept classique, à la base du contrat de *mousharakah* pratiqué dans les banques islamiques est la *sharikat al 'inan*, « l'association limitée », qui permet à plusieurs partenaires de s'associer en participant chacun au capital du projet dans des proportions différentes[408]. En droit islamique classique, il n'existe pas de concept de société tel qu'entendu aujourd'hui, doté d'une personnalité morale, limitant la responsabilité des actionnaires. Outre les implications juridiques que cela soulève en matière de recherche éventuelle des responsabilités des associés, cela induit également la dissolution automatique de la société à la mort d'un des associés. En outre, la jurisprudence classique, à l'exception notable des *malikites*, jugeait que les contrats d'associations n'étaient pas contraignants et, partant, pouvaient être dissous unilatéralement[409]. Aujourd'hui, la personnalité morale est admise dans les pays musulmans, les règles de formation des sociétés étant le plus généralement issues du droit des sociétés des pays occidentaux[410].

#### *b- La règle essentielle de la mousharakah : le principe de partage des pertes et des profits*

Dans la *mousharakah*, le principe essentiel, auquel il est intredit de contrevenir, est le partage des profits et des pertes entre les associés[411]. Si la

---

[408] EL-GAMAL Mahmoud A., *Op. cit.*, p. 118.

[409] *Ibid.*, p.119.

[410] JAHEL Selim, « Droit des affaires et religions », *Op. cit.*, p. 17 et AAOIFI, 2004-5A, *Standard on mousharakah*.

[411] Voir DJARAOUANE Karim, SERHAL Chucri Joseph, *Op. cit.,* p. 118.

détermination des profits est librement négociable par les associés, mais doit nécessairement être proportionnelle (interdiction d'une somme forfaitaire)[412], le support des pertes est par contre obligatoirement proportionnel à la part du capital investi par chaque associé[413].

Le capital social de la *mousharakah* peut, de l'avis unanime des écoles, être apporté en numéraire ou sous forme de biens ou de marchandises[414]. L'apport en capital peut encore se faire par l'émission de titres, la responsabilité des souscripteurs étant limitée au prorata de leur part du capital. Ces titres sont négociables et tout associé peut en disposer librement. Toutefois, dans la mesure où la *Shari'a* n'autorise la vente de créances d'argent qu'à leur valeur nominale, il est nécessaire si le capital est composé d'actifs tangibles et d'actifs liquides, que la proportion d'actifs tangibles soit supérieure à 50% nous reviendrons sur la légitimation de ce point de vue[415].

## 2- La mousharakah dans les banques islamiques

Si les praticiens bancaires ont développé plusieurs mécanismes juridiques à partir de la notion de *mousharakah* (a), nous montrerons que sa fidélité aux principes du droit musulman l'expose à plusieurs contraintes commerciales dans l'environnement économique contemporain (b).

### a- Les différents types de mousharakah

La *mousharakah* permet le financement de tout type de projets, à condition qu'ils soient conformes à l'éthique islamique. Dans une *mousharakah*, le banquier en tant qu'apporteur au capital de la société participe pleinement de sa gestion, l'expertise qu'il fournit peut par ailleurs justifier que sa part de profit soit supérieure à son apport capitalistique.

---

[412] Al Kasani cité par AYUB Muhammad, *Op. cit.,* p. 317.

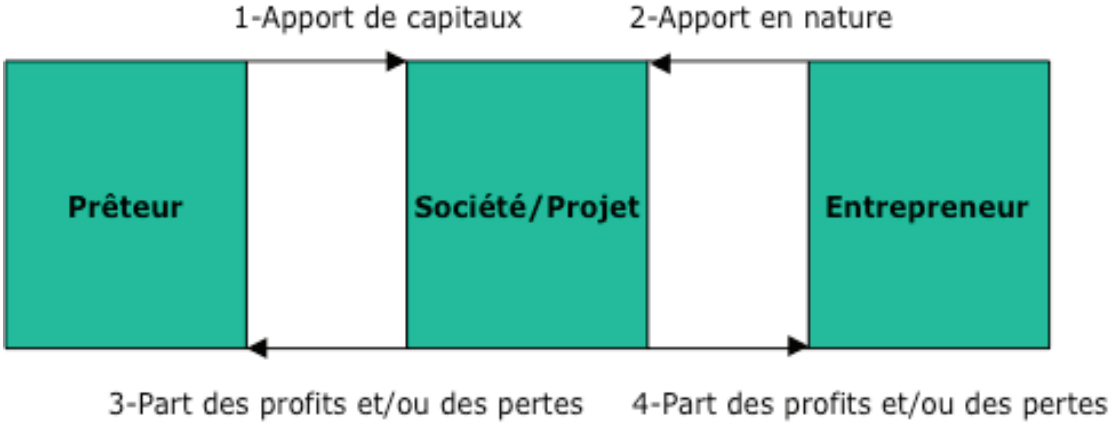
[413] Basé sur une parole du quatrième *khalife* et gendre du Prophète, 'Ali ibn Abu Taleb « Le profit est basé sur le consentement des parties, mais la perte est toujours sujette à la part dans l'investissement ».

[414] Voir notamment *Ibid.,* p. 314.

[415] Cf. *infra* p. 131, note 476.

Dans le cadre d'une association permanente, le banquier et son client, entrepreneur, restent liés jusqu'à l'achèvement du projet, la dissolution de la société ou la revente des parts sociales par la banque[416].

**Schéma du mécanisme contractuel de la *mousharakah* permanente :**



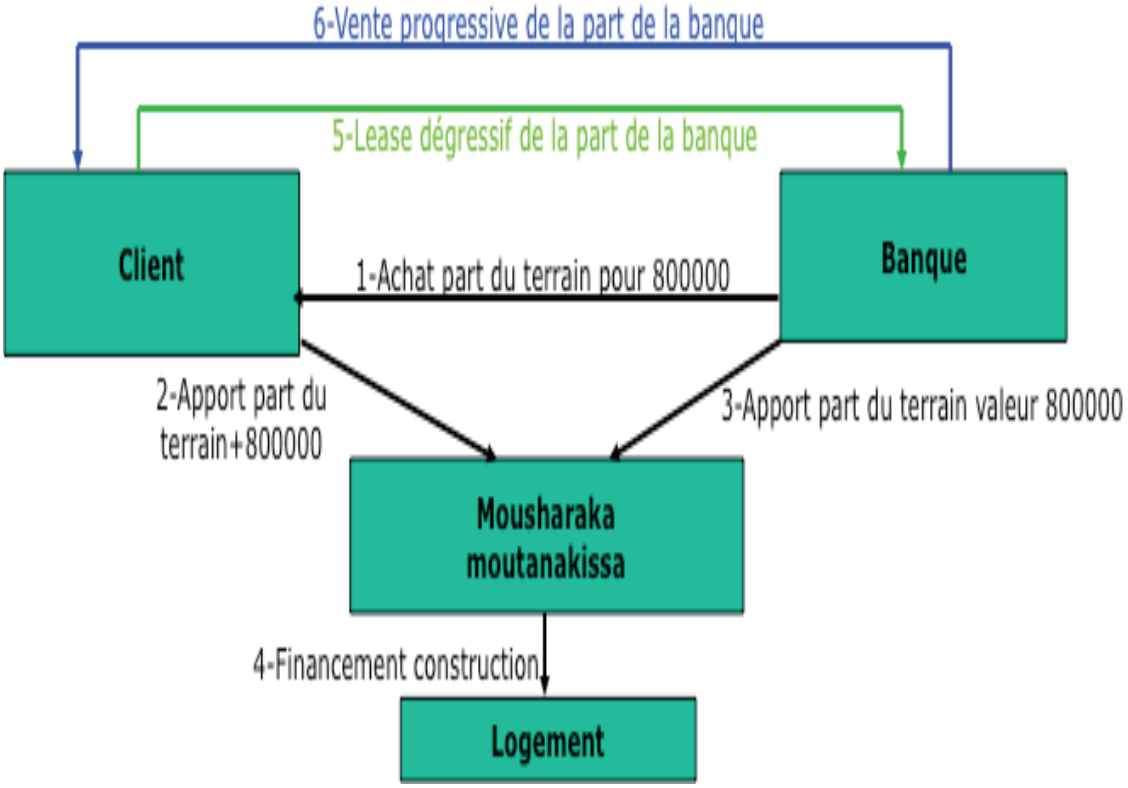

A côté de cette forme simple d'association, les juristes contemporains (principalement des *hanbalites*) ont créé une forme originale *de mousharakah*, la *mousharakah moutanakissa* (dégressive). Cet instrument juridique met en place deux ou trois contrats (contrats de *mousharakah*, de vente et *leasing*), obligatoirement distincts à peine de nullité. La *mousharakah moutanakissa*[417] est utilisée dans le cadre de financement de projets comme la construction ou la rénovation de logements par exemple.

**Cf. page suivante pour le schéma du mécanisme contractuel de la *mousharakah* dégressive :**

[416] CAUSSE-BROQUET Geneviève, *Op. cit.,* p. 58 sur les détails financiers.

[417] Sur la *mousharakah* dégressive cf. BENDJILALI Boualem, KHAN Tariqullah, *Economics of diminishing mousharakah*, Jeddah, IRTI, 1995, disponible sur www.irtipms.org, 57 p.

**Schéma du mécanisme contractuel de la *mousharakah* dégressive :**




La création de ce type de *mousharakah* est révélatrice de la difficulté qu'ont les banques islamiques à développer un modèle basé sur l'association stricte. Elle soulève de plus de nombreuses interrogations au regard du droit classique. Ainsi, en entrant dans une relation de *mousharakah* dégressive, la banque et son client ne désirent pas l'association en tant que telle, mais simplement un moyen licite d'emprunter à crédit. Ceci est suffisamment éclairé par la nécessaire fixation préalable des revenus dégagés par le projet, revenus dont le partage servira à désintéresser les deux partenaires et le fait que le projet ne puisse pas dégager de perte autre que le non-paiement du *leasing* par le client. Le schéma ci-dessus expose les modalités de remboursement du crédit ainsi synthétisé dans lesquelles interviennent trois contrats différents. Nous l'avons vu, au regard de la prohibition du *gharar*, ces trois contrats doivent nécessairement être distincts. De plus, il faut que la banque puisse s'assurer du caractère contraignant du *leasing* et de la vente des parts, qui seront donc matérialisées par des promesses d'achat et de vente dont nous avons vu comment la doctrine contemporaine admet, par *talfiq*, le caractère contraignant. Enfin, le résultat de cette création est un nouveau contrat, sortant du cadre traditionnel en droit musulman des contrats nommés.

### *b- Les contraintes de la mousharakah*

La *mousharakah*[418] souffre en pratique[419] des nombreuses contraintes qu'induit son fonctionnement. Les banques en tant qu'associées au projet, doivent procéder à une étude précise du projet, suivre son déroulement, bref être totalement impliquées, que ce soit au niveau financier ou au niveau des ressources humaines. Or, en pratique, mis à part le cas spécifique des banques d'investissement traitant des projets d'envergure, les banques ne disposent pas du savoir-faire requis pour multiplier les prises de participation de faible envergure. Le surcoût que nécessiterait la mise en place de procédures et de personnels dédiés, remet en cause le fonctionnement classique d'une banque[420]. Modèle dont les banques islamiques ne cherchent pas à s'écarter. Nous avons pu constater également que, dans la pratique, de nombreux clients ne désirent pas s'associer avec la banque dans la gestion courante de l'entreprise et préfèrent conserver une relation prêteur-emprunteur classique alors même qu'ils peuvent être informés de la plus stricte conformité à la *Shari'a* de la *mousharakah*. De plus, le principe de ce type d'association met en lumière la difficulté pour les banques de s'y engager au regard de l'asymétrie d'information[421] qu'elle induit, et sur laquelle il convient de s'arrêter un instant.

Dans le cadre de l'intermédiation financière, la banque fournit des capitaux à sa clientèle et revend ces créances sur les marchés financiers. La relation qu'elle entretient avec sa clientèle et les moyens d'information dont elle dispose légitiment sa fonction d'intermédiaire financier puisqu'elle est la mieux armée pour déterminer la qualité des créances dont elle dispose et en permettre ainsi l'échange. Toutefois, à un certain point de vue, les intérêts du banquier et de son client sont opposés[422]. Le banquier souhaite prêter de l'argent contre un juste prix. Il doit pour cela s'assurer de la viabilité du projet envisagé, de la capacité de remboursement de l'emprunteur, de sa compétence dans la conduite d'une

---

[418] Nous distinguons la *mousharakah* dégressive dont nous avons vu qu'elle n'est finalement qu'une forme de crédit conventionnel où les mécanismes participatifs sont détournés de leur fonction première.

[419] Voir le graphique *infra* p. 116.

[420] Ou comme le disent Emmanuelle Dubocage et Dorothée Rivaud-Danset in, *Le capital-risque*, Paris, La découverte, « Collection Repères Gestion », 2006, p. 31-32 : « en définitive, ces deux métiers [de banquier et de capital-risqueur] s'opposent. Dans l'idéal, le capital risque associe une expertise forte, la confiance dans son jugement et la prise de risque. Symétriquement, le banquier conjugue un manque de savoir-faire face aux nouvelles technologies, une faible conviction dans sa capacité de juger des projets innovants et une prise de risque limitée. »

[421] Pour des développements sur la théorie de l'agence et l'asymétrie d'information dans la relation banquier/client cf. *Ibid.,* p. 37 et ss. et SCIALOM Laurence, *Op. cit.*, p. 50 et ss.

[422] Selon la théorie de l'agence qui met l'accent sur les divergences d'intérêts dans la relation principal-agent (ici banquier-client).

entreprise par exemple et fixer un prix en conséquence des éléments dont il a connaissance. L'emprunteur souhaite lui emprunter au coût le plus faible et aura tendance dans la mesure du possible à dissimuler un certain nombre d'informations[423] dont il dispose et qui seraient susceptibles de majorer le prix du crédit. Les nombreux travaux menés en pratique montrent que les clients qui sont disposés à emprunter à des taux élevés sont en moyenne ceux dont les projets sont les plus risqués car ils savent que leur probabilité de rembourser le prêt est faible[424]. Or, dans le cadre de la *mousharakah*, nous avons vu que le client et la banque partagent les profits et les pertes alors que le crédit conventionnel ou ses équivalents islamiques impliquent un remboursement fixe[425]. Le client a donc en principe l'opportunité de choisir entre payer une somme fixe et partager ses gains ou pertes à venir. S'il suppose, par les informations qu'il détient, que le projet qu'il entend mener va réussir, il préfèrera opter pour un crédit non affecté classique plutôt que pour une *mousharakah*, par laquelle il reversera un pourcentage de son bénéfice. A l'inverse, s'il estime que son projet est risqué, il préfèrera chercher l'assistance d'un associé, la banque en l'occurrence, qui partagera avec lui les pertes éventuelles. Il est donc à craindre que les banques qui commercialisent la *mousharakah* se retrouvent dans un cas typique de sélection adverse[426], ce qui explique aussi pourquoi elles ne le proposent que peu à leur clientèle.

Le fait que la banque islamique soit fondée sur des principes religieux et qu'à ce titre sa clientèle privilégie ce qui est le plus conforme à ses devoirs religieux pourrait permettre de relativiser cette démonstration[427]. La *mousharakah* présentant une plus grande conformité à l'Islam que la *mourabaha*, par exemple, de l'aveu des juristes des banques islamiques, on pourrait supposer que la clientèle la privilégiera à ce titre. Nous verrons par la suite que la relation entre le client et sa banque ne diffère en réalité qu'à la marge malgré le cadre islamique mis en avant.

---

[423] Il peut ainsi déformer la situation comptable, la capacité des banques à établir avec certitude la conformité du bilan comptable avec l'activité réelle de l'entreprise est difficile en pratique dans de nombreux pays musulmans en raison de la part de l'activité informelle dans l'économie de ces pays.

[424] Notamment le prix Nobel d'économie Joseph Stiglitz cité in *Ibid.*, p. 50.

[425] Au sens de non-proportionnel.

[426] Les projets les plus sûrs étant financés par un équivalent crédit du type *istisna', mourabaha* ou *salam*, les projets les plus risqués, par la *mousharakah*. Sur ce point cf. SAADALLAH Ridha, *Financing trade in an Islamic economy*, Jeddah, IRTI, 1999, disponible sur www.irtipms.org, p. 57-58.

[427] Dans l'absolu, comme le relève justement le Professeur Dhafer Saïdane, les principes de partage des pertes et des profits, d'honnêteté et de transparence dans les transactions « conduisent à une symétrie d'information et à une parfaite transparence des actes entre la banque islamique et ses clients » : SAÏDANE Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, Paris, revue Banque Edition, « Collection Les essentiels de la banque », 2009, p. 90-91.

## B- La moudharabah

Second mécanisme de prêt fondé sur l'association : la *moudharabah*. Afin de permettre une comparaison au plus juste entre cet instrument juridique et celui que l'on vient de voir, nous suggérons de progresser de la même manière. Ainsi, proposons-nous de rechercher la nature du contrat classique de *moudharabah* (1) avant d'en analyser la pratique dans les banques islamiques (2).

### *1- Nature de la moudharabah*

Nous étudierons ici la légitimité de la *moudharabah* (a) ainsi que ses conditons de mise en oeuvre (b).

#### *a- Légitimité*

La *moudharabah* est un contrat hérité de la période préislamique qui se nommait le *qirad*[428]. Elle est légitimée par l'exemple du Prophète, qui en aurait usé, avant de recevoir la révélation, quand il travaillait pour sa première épouse *Khadija* en tant que caravanier[429]. Ce contrat était notamment utilisé au VIIe siècle pour envoyer d'Iraq à Médine le revenu des impôts[430]. Il fut ensuite communément pratiqué tout au long du Moyen Age[431].

Le caractère participatif de ce contrat basé sur la fidélité et la confiance[432] et son utilisation constante depuis les premiers temps de l'Islam en fait un pilier majeur du système économique et idéologique des banques islamiques[433].

---

[428] PARIGI Stéphanie, *Op. cit.,* p. 74.

[429] Al AMIN Hassan*, La moudharabah et ses applications contemporaines,* Jeddah, Arabie Saoudite, BID, IIRF, 1994, p. 29.

[430] Sur ce point se référer à CIZAKCA Murat, « Islamic Banks and Venture Capital : Origins, Evolution and Reform Proposals », *Système bancaire turc et réseaux financiers internationaux*, Paris, L'Harmattan, 1995, 384 p.

[431] Cf. *supra* p. 52 pour le rapport entre la *moudharabah* et la *commanda* au Moyen Age.

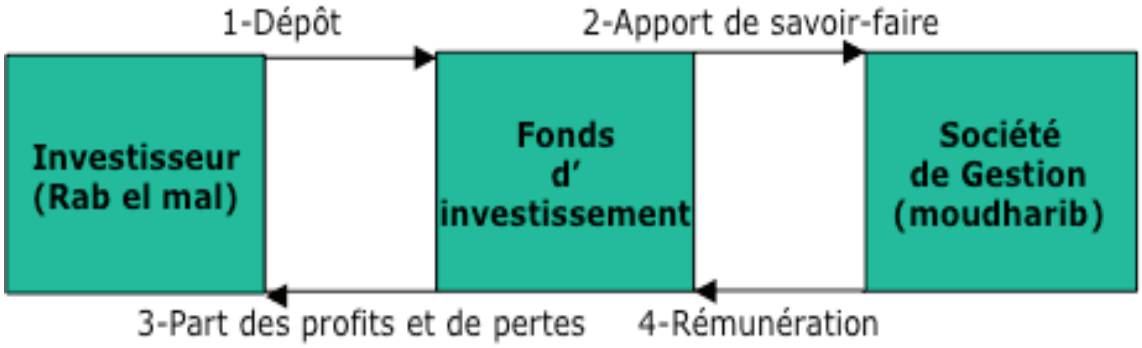
[432] OBEIDI Zouheir, *Op. cit.*, p. 80.

[433] C'est précisément sur la *moudharabah* et la *mousharakah* que le concept de banque islamique est né, en réaction au caractère jugé anti-islamique des banques conventionnelles.

### *b- Conditions de mise en oeuvre*

Selon le célèbre juriste *malikite* ibn Rushd (Averroès) la *moudarabah* concerne « une personne donnant à une autre personne une somme d'argent pour faire le commerce et la rétribuant sur une partie du gain ». Plus précisémment, la *moudharabah* est un contrat de commandite qui repose sur la fourniture du capital par l'une des parties (l'associé en capital dénommé le commanditaire, *rab al mal*) et celle du travail par l'autre partie (le commandité, *moudharib*). Le commandité place et investit le capital dans les secteurs qui ont été convenus avec le commanditaire, pourvu que ces secteurs soient licites. Les profits sont répartis selon la proportion établie lors de la conclusion du contrat. Les pertes sont à la charge du commanditaire sauf s'il commet une faute appréciée au regard des conditions fixées dans le contrat. Dans ce cas il sera tenu responsable des pertes, qui seront donc à sa charge[434]. Ainsi, dans la *moudharabah*, en cas de perte, le *moudharib* ne perd que son travail et la possibilité de gain, il ne participe pas aux pertes comme dans la *mousharakah*.

**Schéma du mécanisme de la *moudharabah* :**




La *moudharabah* peut être de deux types : générale (*moudharabah mutlaqa*), dans laquelle le *moudharib* dispose d'un domaine général de compétence, ou limitée (*moudharabah muqaiyada*) à un projet déterminé[435].

Dans la jurisprudence classique il est admis que l'entrepreneur (*moudharib*) chargé de faire fructifier les fonds, ne peut garantir à l'investisseur (*rab al mal*) une

[434] RYCX Jean-François, *Islam et dérégulation financière*, *Op. cit.*, p. 98.

[435] A l'origine, seuls les *hanafites* et les *hanbalites* autorisaient cette possibilité.

rémunération fixe[436]. Il faut nécessairement un accord préalable sur une répartition proportionnelle des gains. Les pertes restent à la charge exclusive de l'investisseur sauf faute de l'entrepreneur, le support des risques étant le seul moyen pour l'investisseur de justifier ses gains du point de vue de la *Shari'a*.

Ainsi la *moudharabah* est un instrument financier participatif par lequel une partie confère à une autre le soin de faire fructifier l'argent qu'elle lui confie.

## *2- La moudharabah dans les banques islamiques*

L'étude de la pratique contemporaine de la *moudharabah* implique que nous explicitions l'évolution de ses règles (a). Nous pourrons ensuite développer les utilisations proposées par les banques islamiques (b).

### *a- L'évolution des règles de la moudharabah*

Dans la jurisprudence classique, il est fait interdiction à l'investisseur de prendre part aux opérations. Ceci est compréhensible dans l'esprit classique, dans la mesure où la *moudharabah* s'adressait à des personnes n'ayant pas les connaissances commerciales nécessaires, en confiant leur capital à des personnes qualifiées, elles pouvaient espérer un meilleur profit. Cette interdiction paraît moins pertinente aujourd'hui. De fait, elle a été levée sur la base de *fatawa hanbalites*.

Le financier peut dorénavant intervenir de différentes manières, notamment en imposant des conditions au *moudharib* (temps du contrat, type de marché, refus de certains partenaires, *etc.*). Leur non-respect rendant le *moudharib* responsable de l'intégralité du capital.

En principe, selon la plupart des avis des jurisconsultes les capitaux ne peuvent pas être combinés dans une même opération, mais en pratique, les banques Islamiques considèrent qu'une telle combinaison est permise[437] puisqu'il

[436] Cette prohibition d'une rémunération fixe est régulièrement réaffirmée, voir notamment la *fatwa* de l'ancien recteur de la mosquée d'Al Azhar (Le Caire, Egypte) in EL-GAMAL Mahmoud A., *Op. cit.*, p. 139-142.

[437] Cf. OBEIDI Zouheir, *Op. cit.*, p. 83.

est possible à l'aide des moyens technologiques modernes, d'isoler chaque part[438].

Il est également admis sur la base d'avis *hanbalites* que la banque peut être à la fois *moudharib* et *rab al mal*. Ce type de *moudharabah* dite « à deux volets » est le plus pratiqué aujourd'hui.

### *b- Utilisation de la moudharabah dans les banques islamiques*

Par l'intermédiaire d'un contrat de *moudharabah*, la banque peut financer un projet. Dans ce cas, elle joue le rôle de *rab al mal* et son client celui de *moudharib*. A l'achèvement du projet, les bénéfices réalisés sont répartis selon l'accord contractuel. Le fait que dans ce partenariat, la banque ne puisse prendre part à l'opération[439] peut constituer une raison de son choix par le client[440].

Malgré sa fonction traditionnelle de financement participatif, l'institution nouvelle du contrat de *moudharabah* à deux volets fait que, dans la pratique des banques islamiques, il est plutôt utilisé comme un vecteur de mobilisation et de gestion des liquidités**.** Il est en effet majoritairement utilisé dans le fonctionnement des comptes d'épargne ou d'investissement sur lesquels nous reviendrons.

Ainsi, en théorie, la *moudharabah* et la *mousharakah* sont les deux outils juridiques majeurs du corpus de la banque islamique. Légitimés par leur usage historique et l'exemple prophétique, ils favorisent l'investissement sur des bases islamiques faisant consensus. Toutefois, tant au niveau de l'offre commerciale bancaire, que dans la demande de la clientèle, ces produits ne rencontrent pas le succès escompté. Nous donnerons dans les développements à suivre des voies d'analyse de ce phénomène paradoxal.

**Cf. page suivante pour un graphique des parts de marché des différents produits bancaires islamiques en 2008.**

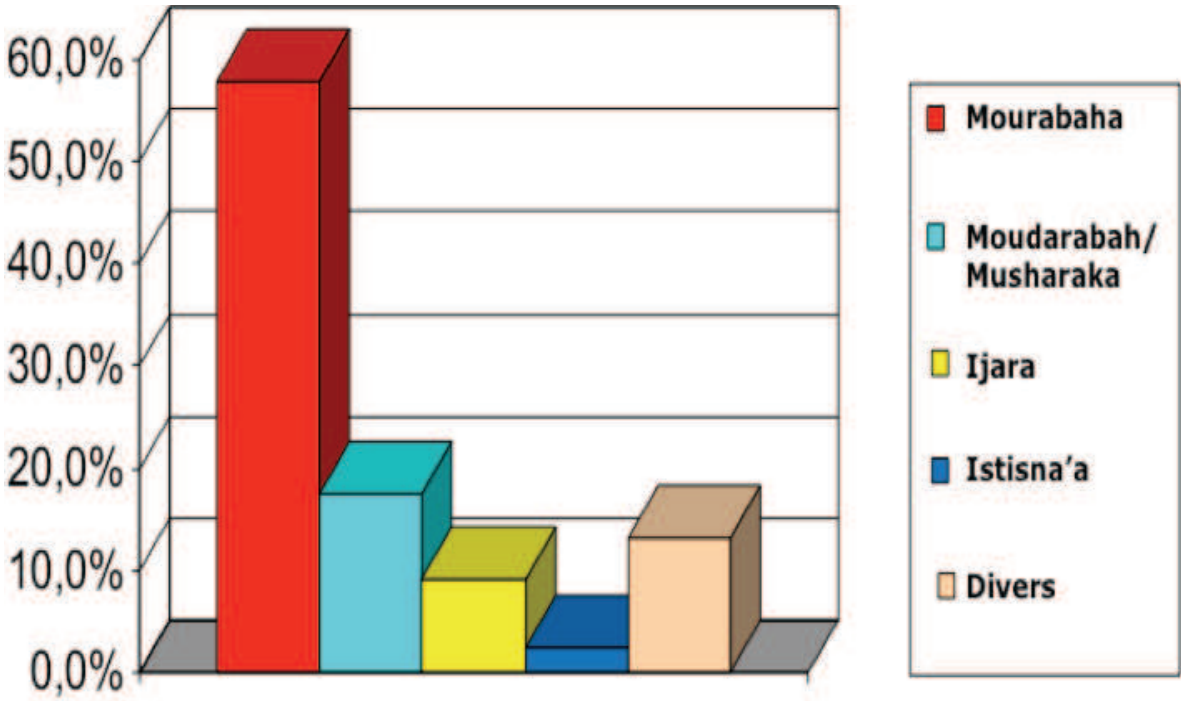
---

[438] Les systèmes informatiques des banques permettent en effet de comptabiliser les apports de la clientèle ainsi que leurs affectations. L'on considère donc aujourd'hui que, si les fonds sont mélangés, la possibilité d'identifier la source des différents apports rend leur usurpation impossible.

[439] En tant que *rab al mal*.

[440] En effet l'on observe en pratique que, bien souvent, dans la conduite de leurs projets, les clients ne recherchent pas une association avec la banque mais plutôt la simple mise à disposition de fonds.

**Parts de marché des différents produits bancaires islamiques en 2008** (Source Calyon) **:**




## *§2- Le financement de projet*

Le financement de projet désigne « l'ensemble des techniques juridiques et financières permettant la réalisation d'infrastructures d'importance, financées essentiellement sur la capacité du projet à générer les revenus nécessaires au remboursement des prêts »[441]. Généralement cette opération s'accompagne de la création d'une société de projet constituée pour « mener le projet à bien » et « renonçant à toute autre garantie que l'affectation des ressources que dégagera le projet »[442]. Le développement économique des pays arabes s'accompagnant, de Dubaï à Casablanca[443] et Riyad[444], de forts investissements dans les domaines

---

[441] BOUREGHDA Maya, HAMRA KROUHA Mohamed, « Problématiques pratiques des financements de projets islamiques », *Banque stratégie*, 2007, N°253, p. 55 et pour une analyse détaillée des financements de projets conventionnels cf. LIGNIERES Paul, TOLEDO Anne-Marie, *Le financement de projet*, Paris, Joly éditions, 2002, 211 p.

[442] MATTOUT Jean-Pierre, *Op. cit.*, p. 167-168.

[443] A titre d'information, le Maroc prévoit un milliard d'euros d'investissements par an dans la production électrique. Sur le développement des infrastructures au Maroc cf. CAPRON Stéphane, *L'essentiel d'un marché : Maroc*, sous la direction de BRUNIN Dominique, Paris, Editions ubifrance, 2007, p. 37 et ss.

de l'énergie, de l'industrie ou des réseaux de transport, il nous est apparu important d'envisager l'utilisation islamique des techniques de financement de projets. Néanmoins, le propos de cette thèse étant l'évolution du droit musulman au regard de la création d'un droit bancaire islamique, nous n'envisagerons pas toutes les implications, juridiques et financières, des financements de projets[445]. Nous nous attacherons à cerner les voies empruntées par les différentes parties au processus pour parvenir à leur objectif d'islamisation des pratiques. Ceci nous conduira à envisager les principales structures des financements de projets islamiques (A) ainsi que l'incidence des prescriptions de la *Shari'a* sur les rapports entre les parties (B).

## A- Les structures des financements de projet islamique

Dans un souci de clarté, nous distinguerons la présentation des différentes structures (1) et les implications juridiques liées à la structuration (2)

### *1- Les différents types de structures*

Après avoir porté notre analyse sur les structures les plus communément utilisées (a) nous nous intéresserons à la problématique de l'islamisation des pratiques de financements de projet (b).

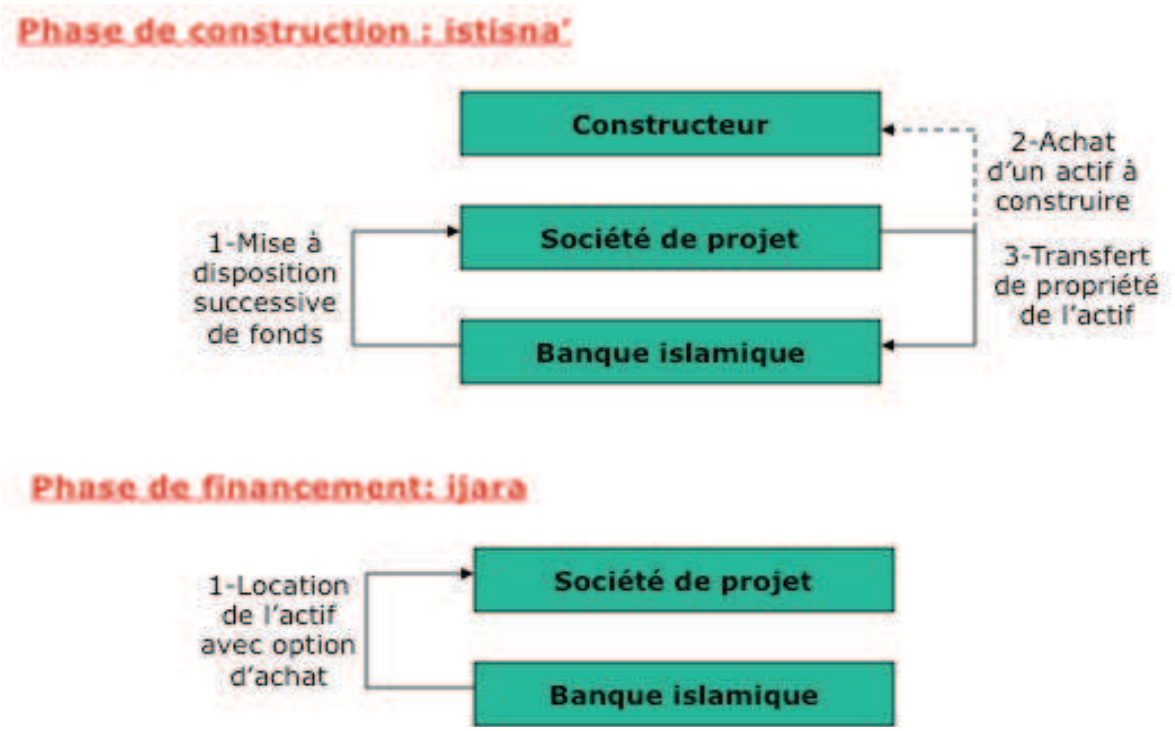
#### *a- Les structures classiques*

**Cf. page suivante pour la structure *ijara/istisna'*.**

[444] L'Arabie Saoudite a récemment lancé une politique d'investissements, forte de cent dix milliards de dollars, pour permettre la construction de six villes entièrement nouvelles dédiées au développement économique dans des secteurs tels que l'industrie pétrolière, l'agriculture, l'industrie lourde ou les nouvelles technologies.

[445] Les financements de projets impliquent une multitude de contrats (de la fourniture des matières premières aux contrats d'assurance), qui impliquent chacun des aménagements au regard de la structuration islamique. Nous nous contenterons donc, pour préserver la clarté de notre argumentation, d'analyser l'architecture générale des financements de projets.

**Structure utilisant une combinaison d'*ijara* et *istisna'*[446] :**



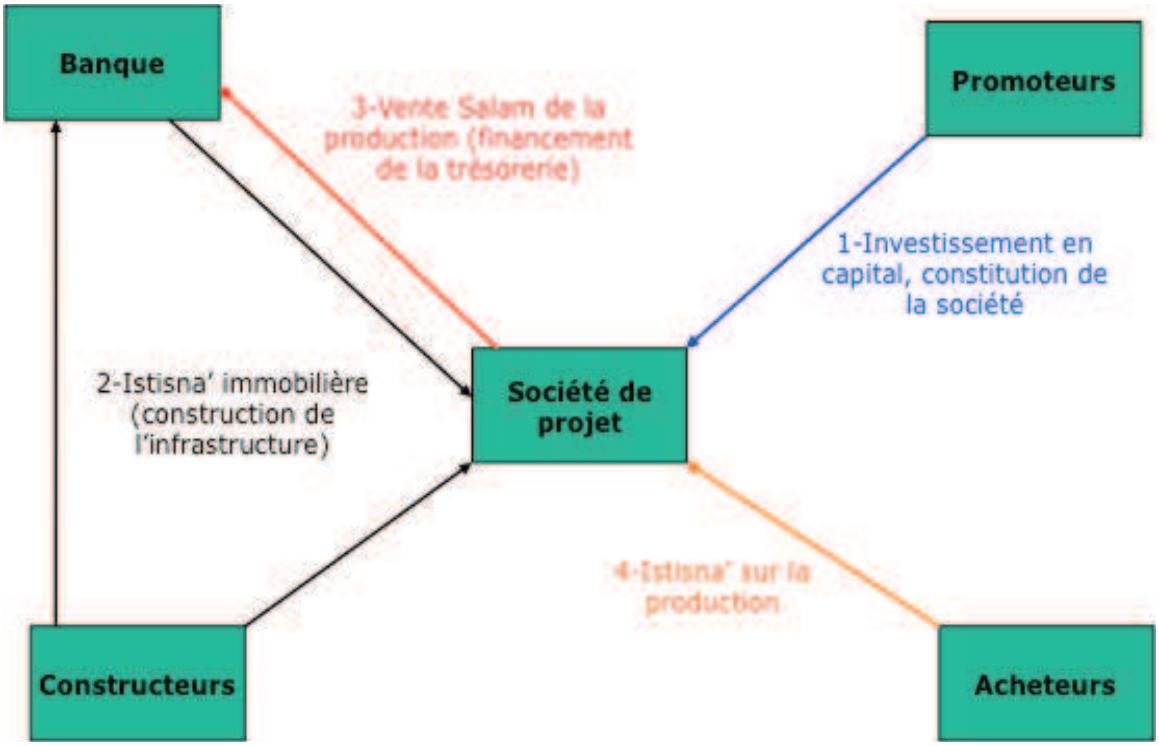

Schématiquement, la banque et la société désirant financer la construction d'une usine s'entendent pour que, dans un premier temps, la banque finance la construction par un contrat d'*istisna'*. A l'issue de quoi elle est propriétaire de la construction. Dans une deuxième phase, la banque, engagée avec la société de projet dans un contrat d'*ijara* dont nous avons vu qu'il pouvait comporter une promesse d'achat contraignante, loue l'actif financé à la société qui rembourse ainsi les financements.

Une autre structure couramment utilisée fait intervenir plusieurs contrats de *salam* et d'*istisna'* :

**Cf. page suivante pour la structure combinant *salam, Istisna'* et *mousharakah* :**

[446] Source SAINT MARC Gilles, *Finance* SAINT MARC Gilles, *Finance islamique et droit français*, Cabinet Gide Loirette Nouel, Table ronde finance islamique organisée par la commission des finances du Sénat, Paris, 14 mai 2008, 27 p., [En ligne] www.senat.fr/commission/fin/actualites/finance_islamique_saintmarc.ppt (consulté le 25 septembre 2011), p. 13.

**Structure fondée sur *salam* et *Istisna'* et *mousharakah* :**




***b- Islamisation des pratiques ?***

Ainsi, par l'utilisation conjointe des contrats nommés classiques, le droit bancaire islamique rénové permet d'assurer le financement de tout type de projets d'infrastructures. Cette islamisation des techniques financières permet en théorie de favoriser l'expansion de cette activité dans les pays où la manne pétrolière dont on commence à percevoir les limites, impose de se tourner vers un développement économique diversifié. Toutefois, l'utilisation moderne de ces techniques juridiques, dont nous avons vu précédemment les points faisant débat quant à la stricte conformité à l'Islam, rejaillit sur ces montages. Là encore, les modalités de détermination du prix en référence à un taux d'intérêt, sans réelle prise de risque autre que le risque de crédit ou la réalité du transfert de propriété des actifs sous-jacents soulèvent des interrogations. Nous verrons plus loin, quand nous étudierons les financements de projets mettant en relation des financiers islamiques et conventionnels[447] que l'hypothèse selon laquelle le développement du droit bancaire peut en réalité s'analyser sous l'angle de sa conformité aux pratiques conventionnelles, est pleinement justifiable.

[447] Cf. *infra* p. 300.

## 2- Implications juridiques liées à la structuration

Dans ces développements sur les implications juridiques liées à la structuration nous envisagerons deux problèmatiques révélatrices de l'acculturation des normes islamiques dans la pratique conventionnelle préexistante : les crédits syndiqués (a) et les instruments de couverture (b).

### a- Cas des crédits syndiqués

Eu égard à la taille des financements impliqués dans ce type d'opérations, il est fréquent que les banques se réunissent en un *pool*, syndicat bancaire[448]. Mettant en commun leurs contributions au projet et se répartissant le support des risques qui lui sont attachés[449], les banques désignent un chef de file[450] qui, mandaté par le syndicat, assurera la relation directe avec l'emprunteur. Dans le cas où l'emprunteur requiert d'importantes ressources pour mener à bien ses investissements, il peut simplement rechercher un financement non-affecté[451], sous forme de crédit qu'il utilisera en fonction de ses besoins particuliers. A cet effet, les banques islamiques utilisent la *mourabaha*, ou le *tawarruq*, En pratique, la banque chef de file, par l'intermédiaire d'un *broker*, achète un lot de matière première qu'elle revend immédiatement à son client en lui accordant un délai de paiement (*mourabaha*) qu'elle facture en référence à un taux d'intérêt conventionnel. Ensuite, mandatée par le client, elle revend la marchandise au même *broker*, au prix d'achat initial. A l'issue de l'opération, le client est en possession d'une somme qu'il devra rembourser au coût classique du loyer de l'argent. Précisons là encore, qu'il est expressément stipulé dans les procédures contractuelles, que le transfert de propriété des biens s'effectue uniquement par un jeu d'échanges de titres et que les transactions doivent s'effectuer « simultanément pour limiter tout risque d'évolution du prix des matières premières ». On le voit bien, les portes ouvertes par l'utilisation des contrats classiques du droit musulman cherchent à reproduire les mécanismes financiers

---

[448] Cf. MATTOUT Jean-Pierre, *Op. cit.*, p.186 et ss.

[449] Les financements de projets réunissent en pratique plusieurs banques, au regard des enjeux financiers de ces opérations, parfois plusieurs milliards d'euros, une banque ne peut s'engager seule.

[450] *Op. loc. cit.*

[451] Ce peut être le cas par exemple pour le financement d'un navire, dans ce cas la banque ne souhaite pas être propriétaire du bien en raison des risques qu'elle peut être amenée à supporter en cas de pollution causée par le dit navire par exemple. Elle privilégiera donc le financement par la *mourabaha* ou le *tawarruq* que par l'*ijara*.

conventionnels. La référence commerciale à la matière première est purement formelle, comme d'ailleurs la nouveauté prétendument apportée par le droit islamique à la pratique des affaires. Précisons enfin que le coût de ce type de financement est généralement plus élevé pour le client puisque le recours à l'intermédiation d'un *broker* vient s'ajouter au coût du crédit. L'industrialisation de ce type de procédures tend néanmoins à en relativiser l'impact.

### *b- Instruments de couverture*

Nous le verrons, derrière la structuration islamisante de ces opérations, *in fine*, c'est par les circuits financiers conventionnels que se déroulent les financements. La surcouche islamique est essentiellement formelle[452]. Concrètement, la pratique nécessite le recours aux marchés financiers internationaux. Ainsi, dans le cadre d'un financement de projet, les différents intervenants peuvent avoir intérêt à se protéger contre l'évolution du coût des matières premières[453] ou du cours des devises[454]. Pour ce faire, ils procèderont par l'achat à terme du bien dont ils veulent s'assurer le prix. Or, nous l'avons vu, l'achat à terme n'est possible que par le *salam* ou l'*istisna'*, en payant comptant ou au cours de la fabrication du produit. L'achat futur de marchandises inexistantes est donc interdit en principe ce qui fait courir d'importants risques aux établissements financiers islamiques. Le développement des instruments islamiques permettant ce type de couverture constitue un des enjeux majeurs du développement récent du droit bancaire islamique[455]. Nous reviendrons en détail sur l'élaboration de ces techniques innovantes[456], mais nous arrêterons néanmoins pour l'heure sur l'exemple de l'achat de devises.

En théorie, l'achat de devises ne peut se faire qu'à une même date et pour un même montant[457]. En l'occurrence, l'intérêt de l'opération de couverture passera par la certitude de pouvoir se procurer plus tard la devise en question à un prix convenu dès le départ. Si la couverture du prix à terme est autorisée pour

---

[452] Par le jeu d'une documentation juridique islamisant les apparences.

[453] Dont la revente servira à désintéresser les emprunteurs. Schématiquement, dans le cadre d'une structure *istisna'/ijara,* si le projet porte sur la construction d'une usine de production d'aluminium, le prix futur de cet aluminium doit être suffisant pour payer le *leasing*.

[454] Si l'emprunteur emprunte dans une devise (dollars) et que ses ressources proviennent d'une autre devise (*dinar*) une évolution dans le taux de conversion peut entraîner de profondes différences sur le plan financier.

[455] A ce propos, cf. CEKICI Ibrahim Zeyyid, « Du filtrage islamique »*, Op. cit.*, p. 15.

[456] Cf. *infra* p. 139.

[457] Pour éviter le *riba.*

certains dans le cas où le paiement est effectué comptant[458], le paiement à terme est majoritairement tenu pour illicite car portant sur un objet inconnu. Globalement, l'on considère en pratique, si l'achat de devises est à terme, qu'il doit prendre la forme de deux promesses d'achats distinctes pour être valide[459].

## B- Les incidences des prescriptions de la *Shari'a* sur les parties au projet

Dans une perspective chronologique nous commencerons par aborder les rapports entres les parties durant la phase de structuration (1), avant de nous tourner vers l'étude de ces rapports durant la vie du projet (2).

### *1- Les rapports entre les parties durant la phase de structuration*

Le phénomène de la banque islamique est récent, voilà à peine deux décennies qu'il se développe réellement. Aussi, la plupart du personnel, les modes de fonctionnement, le savoir-faire, sont issus du système bancaire conventionnel. Les banques islamiques impliquées dans le financement de projets intègrent donc ces pratiques. Le rôle du chef de file et des différents créanciers, l'établissement des responsabilités ne diffère pas dans les banques islamiques par rapport à ce qu'il est dans le système conventionnel. Leur étude ne présente donc pas pour le moment d'intérêt particulier au regard de la création d'un droit nouveau. Toutefois, il est un point qui mérite analyse.

Dans le modèle de gouvernance des banques islamiques, on trouve un comité (*Shari'a board*) au sein duquel siègent plusieurs spécialistes, à la fois du droit musulman et de l'activité bancaire, qui sont amenés à juger de la conformité à la *Shari'a* des pratiques de l'établissement. Nous reviendrons en détail sur le rôle central joué par ces comités[460]. Précisons néanmoins dès à présent que dans le cadre d'un financement de projet leur capacité à contrôler la conformité est excessivement délicate. En effet, les financements de projets font intervenir plusieurs banques et un grand nombre de contrats, si bien que dans les faits le

---

[458] Cf. *supra* p. 34 et OBEIDI Zouheir, *Op. cit.*, p.141-142.

[459] Le risque de réputation des institutions financières sur les marchés assurant le caractère contraignant de ces promesses.

[460] Cf. *infra* p. 201.

*Shari'a board* contrôle en aval les documents qui lui sont soumis. La plupart de la documentation juridique est généralement déléguée à des grands cabinets d'avocats d'affaires internationaux qui structurent juridiquement les opérations et font remonter les contrats au comité qui décide ou non de les valider. Le grand formalisme impliqué par l'islamisation des pratiques, que nous venons d'évoquer, engendre un surcroît de documentation bien évidemment facturé par ces cabinets et qui pèse sur la compétitivité du modèle bancaire islamique. De plus, sans vouloir stigmatiser la profession, il est fréquent que l'ensemble de la documentation ne soit pas présentée aux *'ulama* membres du comité *Shari'a*. En effet, la compatibilité de la *Shari'a* avec toutes les normes conventionnelles n'est pas assurée en financement de projet. Les banques sont donc nécessairement amenées à user, par nécessité, de techniques dont elle savent que le comité réprouverait l'usage. Il en est ainsi par exemple, dans le cadre d'un financement de projet fondé sur un contrat de *mousharakah*. Ce contrat, nous l'avons vu entraîne un éventuel partage des pertes entre la banque et son client. Or, il est fréquent dans la pratique, nous l'avons constaté, que les banques se préservent de ce risque de perte en faisant tirer un billet à ordre sur le compte du client pour compenser d'éventuelles pertes futures, perdant en cela tout le sens de l'institution classique de la *mousharakah*. Ce détail, parmi d'autres sur lesquels nous reviendrons, est typique des contradictions liées au développement du droit bancaire islamique.

### *2- Durant la vie du projet*

L'étude exhaustive du rapport entre les parties durant la vie du projet étant un sujet trop étendu pour ce qui est au coeur de notre travail sur la création d'un droit bancaire islamique[461], nous nous focaliserons sur les modalités de paiement dans le cadre d'une structuration par *istisna'* (a) et le cas de mauvaise exécution des obligations (b).

#### *a- Les modalités de paiement dans le cadre d'une structuration par istisna'*

Dans le cadre d'un financement de projet comportant un contrat de fabrication par l'*istisna'*, nous l'avons vu le paiement successif est permis. La

[461] En effet, soit ces rapports nous entraîneraient trop loin du cœur de notre sujet (les problématiques fiscales propres à chaque pays par exemple) soit ils utilisent des contrats qui font déjà partie de notre étude (contrat de vente, de location, de fourniture de service).

compréhension des modalités de paiement n'est pas néanmoins unanimement partagée. Certaines banques considèrent que l'échéancier, comportant toutes les étapes de construction, doit être préalablement établi et que l'on ne peut s'en écarter. En cas de retard dans le calendrier de construction, fréquent en pratique, les fonds sont versés au client qui ne peut en disposer sur le champ puisqu'il n'a pas encore atteint ses objectifs antérieurs. De fait, cet argent est en quelque sorte inutile. Le bénéfice que la banque pourrait espérer en obtenir en le gardant dans ses livres[462] est anéanti. C'est pourquoi d'autres banques choisissent conventionnellement, qu'en cas de retard dans la construction, les sommes soient versées sur un compte réserve et non au client directement. Les banques autorisant cette pratique jugée moins conforme à l'esprit du contrat d'*istisna'* traditionnel ont donc un avantage compétitif sur les autres, si bien qu'au bout du compte, alors que l'on pourrait penser que c'est la fidélité aux principes de la *Shari'a* qui guide le développement du droit bancaire islamique, les autres banques en viennent à modifier leurs procédures, pour améliorer leur compétitivité[463]. Compétitivité dont bénéficie par ailleurs la clientèle qui joue un rôle dans la définition du droit bancaire islamique, nous y reviendrons.

### *b- En cas de mauvaise exécution des obligations*

Dans le financement de projet, le défaut de l'un des contractants ne peut entraîner de pénalités que dans le cadre du contrat d'*istisna'*. Pour les autres contrats, l'obligation de payer ne doit pas faire l'objet d'une augmentation ultérieure de la dette d'argent, assimilée au *riba*. Dans ce cas, les pénalités dissuasives pourront être imposées à la partie fautive et versées à des oeuvres de bienfaisance, nous l'avons vu. Toutefois, le manque à gagner pour les créanciers sera compensé en pratique par la souscription d'assurances couvrant les risques d'impayés. La particularité des règles du droit bancaire islamique ainsi défini, conduit au résultat paradoxal que le coût de financement est indexé sur un taux d'intérêt, majoré du coût de l'assurance, le plus souvent conventionnel, et du coût de formalisation des contrats par des cabinets d'avocats d'affaires rompus aux techniques islamiques de financement ; supérieur donc au taux d'intérêt conventionnel assimilé au *riba*.

---

[462] En le prêtant par exemple.

[463] C'est notamment le cas de la banque Saoudienne *Rajhy*, considérée comme la plus stricte en matière de conformité à la *Shari'a* en Arabie.

# ***Chapitre 2- L'élargissement de l'offre de produits bancaires islamiques***

Nous avons tenté de démontrer au cours de nos développements précédents que les techniques de financement islamiques ne réussissaient que trop rarement à se développer sur des bases propres. La création d'un droit bancaire islamique semblant effectivement calquée sur le droit bancaire conventionnel qui a globalement prouvé son efficacité économique aussi bien à la clientèle musulmane dans sa majorité, qu'aux praticiens de la banque.

Dans cette optique, les banques islamiques cherchent à élargir leur offre. Par le biais de techniques de légitimation que nous continuerons d'analyser, des produits d'investissements (Section 1) et un large éventail de services bancaires (Section 2), sont proposés à la clientèle musulmane. Celle-ci se voit donc offrir de larges possibilités dont il nous appartiendra de démontrer si elles répondent à leurs besoins économiques et religieux.

## Section 1- Les produits islamiques d'investissement

SI la problématique du *sukuk* mérite que l'on s'attache à son étude dans un premier temps (§1), ce sera pour, dans un deuxième temps, élargir notre analyse aux modalités islamiques d'investissement sur les marchés financiers (§2).

### *§1- Le sukuk*

Nous commencerons donc l'étude de la notion fondamentale de *sukuk*, titre de capital islamique (A). Ceci nous permettra ensuite de soulever les problématiques légales qu'elle implique (B).

#### A- Le titre de capital islamique : *sukuk*

Avant d'envisager les différents modèles de *sukuk* (2), il convient de se pencher sur les modalités de formation d'un titre de capital islamique (1).

### *1- La formation du sukuk*

Suivant la ligne méthodologique que nous nous sommes fixée dans ce travail de thèse, nous débuterons l'analyse de la formation du *sukuk* par l'étude de sa légitimité historique (a), avant, dans un deuxième temps, d'en proposer les éléments fondamentaux (b).

#### *a- Légitimité historique du sukuk*

Le terme *sukuk* est le pluriel de *sakk* qui en arabe désigne un titre représentatif d'une créance. Le terme français « chèque » dérive de cette racine arabe. Sa légitimité historique est avérée par son utilisation constante au fil des siècles, *Al Ya'qubi* précisant que le deuxième *khalife*, *Omar ibn al Khattab* fut le premier à l'utiliser[464].

#### *b- Les éléments fondamentaux du sukuk*

Aujourd'hui les *sukuk* désignent des titres représentant une quote-part de la propriété d'un actif générateur de flux financiers (marchandise, société). Ces titres offrent aux investisseurs un droit à rémunération sur les bénéfices dégagés par les actifs et les exposent aux pertes à hauteur de leur part de propriété[465].

Pour qu'un produit financier soit jugé conforme à la *Shari'a* : il faut d'abord vérifier que le sous-jacent et les flux qui lui sont attachés respectent la *Shari'a*[466] et ensuite vérifier la structure du portefeuille titrisé et les droits qui y sont attachés. La relation entre le capital et le travail doit être directe, la rémunération devant nécessairement être liée à la performance de l'actif sous-jacent[467], elle ne peut par conséquent faire l'objet d'une garantie de rémunération à taux fixe, comme c'est le cas pour une obligation conventionnelle[468]. Il faut garder à l'esprit que les relations

---

[464] BENMANSOUR Hacène, *Op. cit.,* p. 65.

[465] AAOIFI, 2004-5a, *Standard on Investment sukuk.*

[466] Et ses principes fondamentaux que sont l'interdiction *du riba*, du *gharar*, le partage des pertes et des profits, et l'interdiction de participer à des activités s'opposant à l'éthique de la *Shari'a* (vin, alcool etc.) à ce propos cf. HASSOUN Anouar, « Principes de structuration des sukuk », *Les Cahiers de la Finance Islamique,* N°1, *Op. cit.*, p. 21.

[467] DJARAOUANE Karim, SERHAL Chucri Joseph, *Op. cit.,* p. 118.

[468] AAOIFI, 2004-5a, *Standard on Investment Certificates*, clause 5/1/8/7.

entre contractants, sont en principe gouvernées par le partage du risque, et donc des bénéfices ou des pertes, lors de l'investissement.

Le *sukuk* use en pratique d'un mécanisme de titrisation devant être conforme à la *Shari'a* et directement inspiré de la pratique de la *Common law*. Ainsi, dans ce mécanisme, l'originateur[469] (gouvernement, entreprises, banques, fonds d'investissement) vend un ou des biens à une entité *ad hoc* (*special purpose vehicle*, SPV) qui émet des titres représentant une quote-part de la propriété des biens. La gestion de ce SPV est confiée à un opérateur, rémunéré par un commissionnement et parfois même intéressé aux bénéfices de l'opération. L'acquisition des titres permet la rémunération de la cession des actifs pour l'émetteur et le rendement de ces actifs rémunère les détenteurs de titres[470]. L'utilisation d'un SPV permet de plus, selon le régime fiscal auquel il est rattaché, de réduire les coûts de gestion de l'opération et d'en améliorer l'efficacité (comme pour le fonds commun de placement en France par exemple). Cette affirmation est néanmoins à relativiser, la création d'un SPV, sa gestion, et les honoraires versés aux juristes assurant la structuration engendrent des frais supplémentaires. De plus, les SPV, pour des raisons de coût ou en raison de l'absence d'équivalent dans le droit positif des pays musulmans, sont souvent enregistrés dans les Etats où ils bénéficient d'un traitement fiscal avantageux[471]. Ceci a très fortement contribué à jeter le trouble sur l'implication de la finance islamique dans l'évasion fiscale et le blanchiment (ou le noircissement[472]) d'argent[473].

**Cf. page suivante pour un schéma général du fonctionnement d'un *sukuk* :**

[469] L'originateur (traduction du vocable anglais *originator*) désigne l'institution à l'origine du processus de financement.

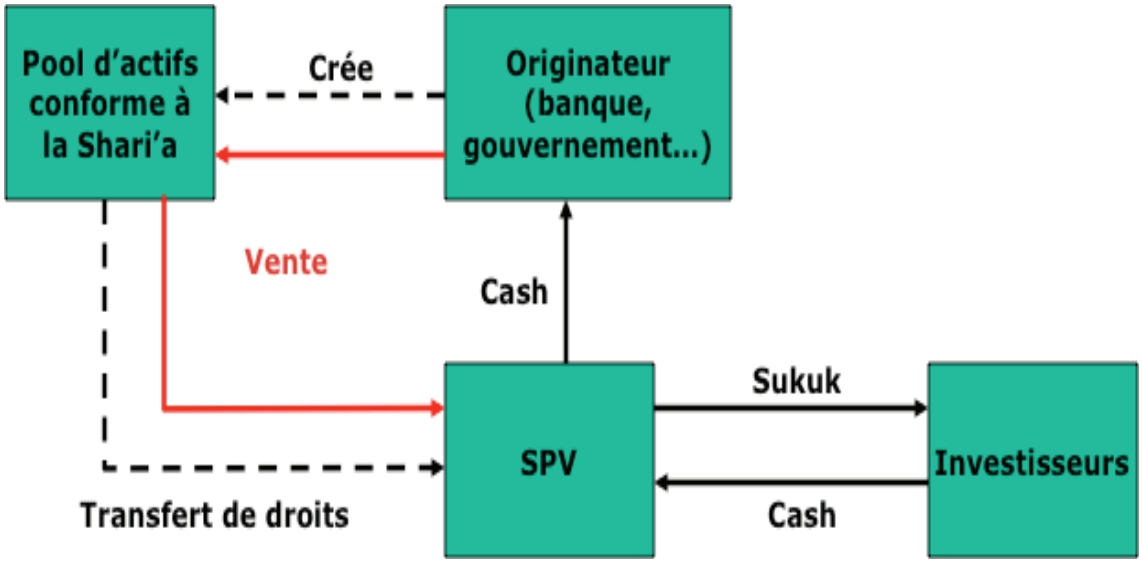
[470] AYUB Muhammad, *Op. cit.,* p. 393.

[471] Notamment Jersey, Iles vierges et autres « zones grises » de la finance internationale spécialisées dans l'immatriculation des *trusts*, auxquels sont assimilés les *sukuk* en pratique.

[472] Le noircissement d'argent désigne l'allocation de fonds licites dans des activités illicites, terrorisme par exemple.

[473] Cf. *infra* p. 318.

**Schéma général du fonctionnement d'un *sukuk* :**




### *2- Les modèles de sukuk*

Nous présenterons ici les structures les plus pratiquées et sur lesquelles se forme le consensus le plus large (a) avant d'envisager les *sukuk* dont la structuration est source de controverses (b).

#### *a- Les structures consensuelles*

**Schéma du mécanisme d'un *sukuk Ijara* :**

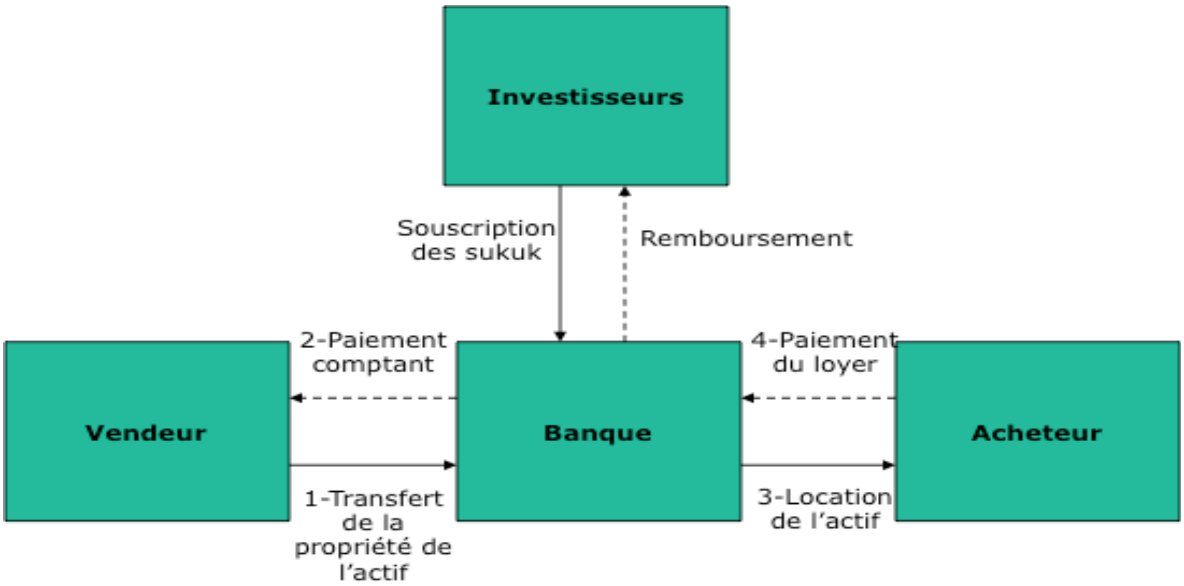
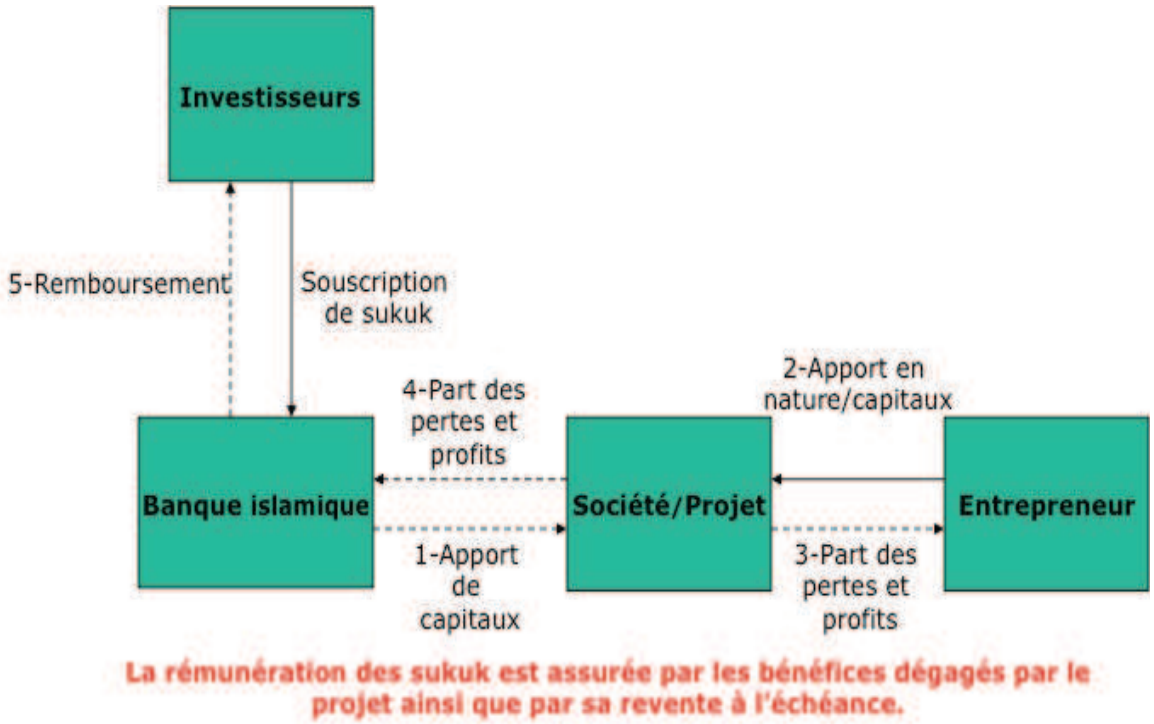


**Schéma du mécanisme d'un *sukuk Mousharakah* :**




***b- Les structures controversées***

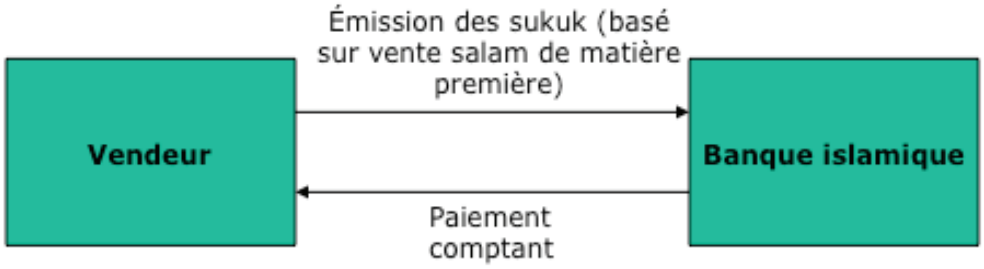
L'autorisation de la *bay' al 'inah* en Malaisie permet de structurer des *sukuk* dans lesquels la rémunération est dépendante d'une opération d'achat-revente de marchandise dont nous avons déjà montré le caractère fictif. Cette ruse, *hiyal*, n'est pas tolérée en dehors de la Malaisie, ce type de *sukuk* n'est donc pas jugé conforme à la *Shari'a* dans les autres régions du monde musulman, notamment dans le Golfe.

Le mécanisme du *sukuk salam*, dont l'utilisation est répandue au Bahreïn, présente des similitudes avec le modèle malais, mais est lui toléré. En l'espèce, l'opération d'achat-revente de marchandise est largement fictive, et sert uniquement à justifier la rémunération des titres islamiques à un taux conventionnel.

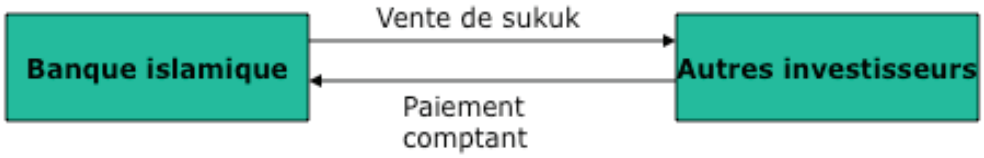
**Cf. page suivante pour un schéma du mécanisme d'un *sukuk salam* :**

**Schéma du mécanisme d'un *sukuk salam* :**

***1-Souscription***




***2-Maturité***




L'organisation de la conférence islamique, où siègent des représentants de tous les pays musulmans, dont la Malaisie, a rejeté le *sukuk* malais, en se fondant sur l'interprétation *hanbalite* du rôle de la *niya*, intention, dans les contrats[474]. Comment expliquer alors que les *sukuk salam* soient eux tolérés ? L'intention de contourner l'interdiction du *riba* y est pourtant évidente. A travers de tels exemples, nous pensons pouvoir affirmer que le raisonnement juridique importe moins ici que les luttes d'influence auxquelles se livrent les principales puissances du monde musulman, pour imposer un modèle de finance islamique correspondant à leur propre vision de l'Islam. Nous y reviendrons.

## B- Les problématiques légales liées aux *sukuk*

Nous observerons dans les développements à suivre que les *sukuk* sont confrontés à une certaine insécurité jurdique (1) que l'on peut qualifier de problématique en raison du rôle de ces titres de capitaux dans le développement du modèle bancaire islamique (2).

[474] AYUB Muhammad, *Op. cit.,* p. 397.

## *1- Sukuk et sécurité juridique*

Nous analyserons la problématique de l'insécurité juridique frappant les *sukuk* au regard de leur finalité (a) et de leur structuration (b).

### *a- L'insécurité juridique liée à la finalité des titres : la négociabilité des titres*

Pour les *sukuk* dont la rémunération est proportionnelle au rendement des actifs sous-jacents il convient de préciser que le *pool* d'actif doit être majoritairement constitué d'actifs tangibles afin de ne pas contrevenir à la règle voulant que la vente de dettes se fasse à leur valeur nominale. Les *sukuk salam* s'analysant comme un droit de créance ne sont à ce titre pas négociables sur les marchés[475]. De même, un portefeuille de créances *mourabaha* ne peut servir de base à des titres négociables qu'à l'expresse condition qu'il soit compensé par une majorité[476] de créances sur des actifs tangibles (droits sur des immeubles, créances d'*ijara* représentant un droit d'usufruit sur un bien tangible par exemple).

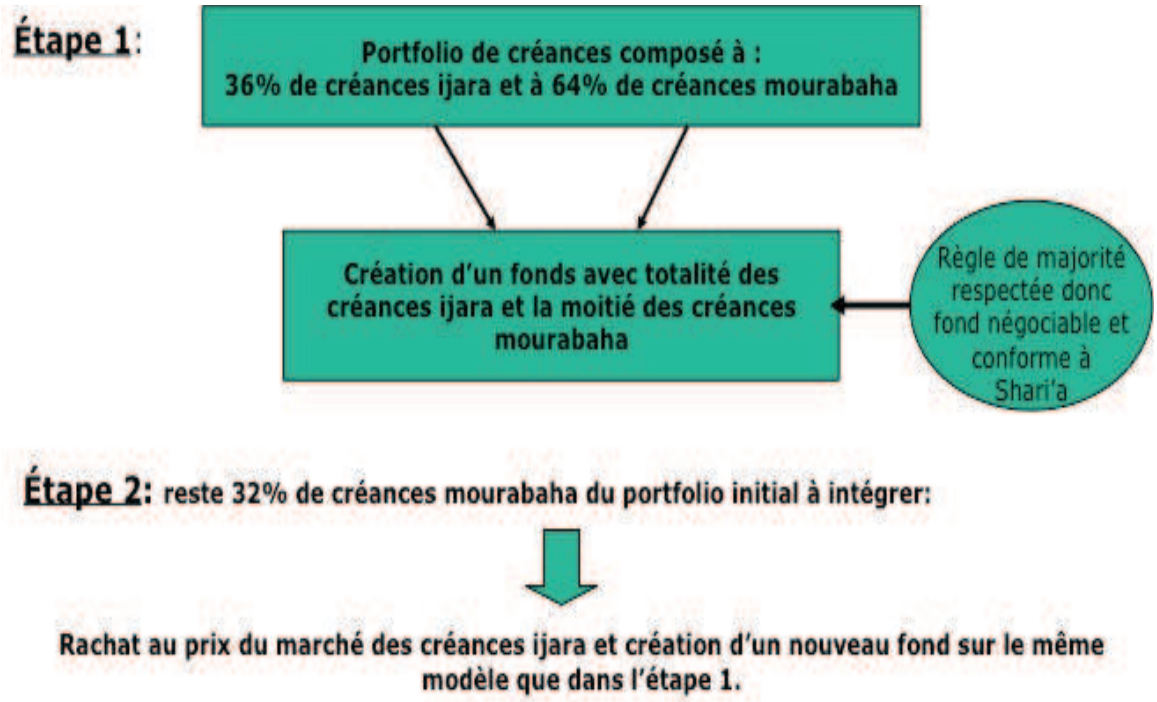
Pour permettre le refinancement des créances *mourabaha*, les juristes islamiques ont développé une technique qui permet de les rendre négociables (cf. schéma *infra*). A l'issue de l'opération, la proportion de créances *mourabaha* finit par décroître en deçà de la limite de 50%. Les titres sont donc négociables et la prohibition contournée, au prix d'un coût supplémentaire tenant à la multiplicité des opérations nécessaires.

**Cf. page suivante pour le schéma de la légitimation d'un portefeuille de titres *mourabaha* :**

[475] OSMAN BABIKIR Ahmed, *Islamic financial instruments to manage short-term excess liquidity*, 2ème edition, Jeddah, IRTI 2001, disponible sur www.irtipms.org, p. 46-47.

[476] En vertu du principe juridique classique qui veut que la majorité détermine le genre, un alliage constitué de 51% d'or et de 49% de nickel est assimilé à l'or et ne peut être vendu que pour un poids et une échéance identique. Sur ce pont cf**.** USMANI Taqi, *Islamic investment : Shari'ah principles behind them*, 16 septembre 2005, 14 p., [En ligne] http://qa.sunnipath.com/issue_view.asp?HD=1&ID=382&CATE=43(consulté le 25 septembre 2011).

**Schéma de la légitimation d'un portefeuille de titres *mourabaha* :**




***b- Insécurité dans la structure des titres***

Nous avons vu que, du point de vue de la *Shari'a*, c'est le support effectif des risques qui justifie le profit. Or dans le cas d'un *sukuk* entièrement garanti, les comités de *'ulama*, qui certifient les montages, s'interrogent sur la réalité du risque supporté par l'émetteur.

Pour de nombreux auteurs, la titrisation islamique est une structure d' « *asset-backed Securities* », nécessitant un « minimum de transfert de droits de propriété […] pour éviter la requalification de l'opération par les *'ulama* comme prêt garanti »[477], mais en pratique, de nombreux *sukuk* sont structurés sous la forme d'*asset-based securities*, entièrement garantis, alors que leur principe de base y est opposé[478]. De fait, nombre de *sukuk ijara* sont structurés de manière à ce que l'opération globale soit garantie par un tiers[479]. Ainsi, quelle que soit la performance du sous-jacent, et ce également s'il est détruit, ce tiers promet de payer à l'échéance, aux porteurs du titre, la rémunération prévue à l'origine. Cette

[477] SERHAL Chucri Joseph, SAINT MARC Gilles, *Titrisation islamique : comment accéder à une nouvelle base d'investisseurs*, *Op.cit.*, p. 31.

[478] Sur ce point cf. USMANI Taqi, *Sukuk and their contemporary applications*, 15 p., [En ligne] *www.kantakji.com/fiqh/Files/Markets/f213.pdf* (consulté le 25 septembre 2011) (consulté le 25 septembre 2011), p. 4.

[479] Voir notamment EL-GAMAL Mahmoud A., *Op. cit.,* p.103 et ss.

promesse ne remet pas en cause directement la légalité de la structure, à la condition qu'elle émane d'un tiers[480]. Ceci ne change bien évidemment pas la substance économique de l'opération lorsque ce tiers est le riche état Qatari. La notation d'un *sukuk* fondé sur ce modèle a donc obtenu la notation de crédit A+ par l'agence de notation *Standard and Poors*, note équivalente à celle du Qatar, garant de l'opération. Nous verrons plus loin que ce type d'accommodement fait peser un risque sur la crédibilité des *sukuk*.

Enfin, pour plusieurs auteurs, le *sukuk* souffre d'un manque de conformité à la *Shari'a* en raison de son rôle dans la spéculation et l'évolution des prix des matières premières impliquées par les opérations d'achat-revente et leur couverture par des instruments financiers spécifiques[481].

### *2- Le rôle du sukuk dans le développement d'un modèle de finance islamique*

De nombreuses places boursières manifestent un intérêt pour ce marché qui offre des perspectives importantes en matière de collecte des liquidités en provenance du Golfe[482]. Aujourd'hui entre 50 et 60% des *sukuk* sont souscrits en dehors du monde musulman, par des non-musulmans[483]. Ainsi, le secteur de la finance islamique a un taux de croissance estimé entre 10 et 15% par an, selon une étude du cabinet de conseil *McKinsey* la richesse des investisseurs de la région du Golfe « atteindrait 1500 milliards de dollars et parmi eux 20 à 30% pourraient opter exclusivement pour des produits financiers islamiques et même 50 à 60% s'ils présentent des caractéristiques équivalentes à celles des produits conventionnels »[484]. La crise financière de 2008 a accru la crédibilité de ce marché auprès des investisseurs, musulmans aussi bien que non-musulmans, dans la mesure où la finance islamique en a moins subi les effets. Il nous importera donc à présent de soulever la problématique de la création d'un marché de titres

---

[480] AAOIFI 2004-5a, *Standard on Guarantees*, clause 6/7.

[481] El-GAMAL Mahmoud A., *Islamic Jurisprudence : « Updating our understanding of Sharia Rules »*, [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011).

[482] Voir HAQUANI Soraya, « Finance islamique, les ambitions françaises se renforcent », *L'AGEFI Hebdo*, 11 au 17 juin 2009, p. 26-28.

[483] SERHAL Chucri Joseph, SAINT MARC Gilles, *Titrisation islamique : comment accéder à une nouvelle base d'investisseurs*, *Op.cit.*, p. 30.

[484] SERHAL Chucri Joseph, SAINT MARC Gilles, *Titrisation islamique : comment accéder à une nouvelle base d'investisseurs*, *Op.cit.,* p. 29.

islamiques (a), mais également de nous interroger sur les arguments affirmant la solidité du système financier islamique (b).

### *a- La création d'un marché de titres islamiques*

Le développement des *sukuk* est un enjeu majeur pour l'établissement d'un système financier islamique dans la mesure où leur multiplication peut permettre la création d'un marché secondaire de titres islamiques[485].

La création d'un marché interbancaire islamique et d'un marché secondaire des titres de participation islamique est nécessaire pour permettre aux épargnants de se procurer des liquidités, pour les entreprises de lever des fonds, et enfin permettre aux banques d'ajuster leurs capacités de financement à leurs besoins de financement[486]. Pour, comme toute banque, jouer au mieux le rôle d'intermédiaire financier en transformant les créances et les dettes selon leurs exigibilités respectives[487].

### *b- La supposée solidité du système financier islamique*

Les liens réels entre l'actif et les titres les représentant, constituent l'argument majeur des partisans de la résistance du système financier islamique. Son rapport avec l'économie dite « réelle » dont la finance conventionnelle semble, aux yeux de nombreux économistes avoir oublié l'importance, fait qu'aujourd'hui on la cite souvent en exemple[488]. Or, il est permis de relativiser cette prétendue solidité par plusieurs arguments. Au-delà du lien avec l'actif réel, c'est surtout la qualité de ce dernier qui importe *in fine*, en la matière, plusieurs crises[489] (Dubaï par exemple) le démontrent, les banques islamiques ne sont pas plus rigoureuses que les banques classiques. Au regard de nos développements précédents, l'important pour juger de la résistance d'un *sukuk* n'est pas tant de prendre en compte les qualités intrinsèques des principes juridiques islamiques,

---

[485] Sur ce point cf. ALI Salman Syed, *Islamic capital market products : developpement and challenges*, Jeddah, IRTI, 2005, disponible sur www.irtipms.org, p. 46-47.

[486] CHAPELLIERE Isabelle, *Op. cit.*, p. 256.

[487] Sur la banque comme assurance de liquidité cf. SCIALOM Laurence, *Op.cit.*, p. 43.

[488] Cf. *supra* p. 11.

[489] Pour une description de la chute d'un important fonds d'investissement koweitien ou la cessation de paiements de *sukuk*, voir notamment « La finance islamique à l'épreuve de la crise », *Le Monde*, 15 mai 2009, [En ligne] http://associationfinequity.hautetfort.com/archive/2009/05/15/la-finance-islamique-a-l-epreuve-de-la-crise.html (consulté le 25 septembre 2011).

dont on cherche en plus à limiter l'application en contournant tout ce qui peut apparaître comme contraignant au point de vue financier, mais plutôt de considérer la qualité de son garant. De fait, lorsqu'un *sukuk ijara* est garanti par l'Etat du Qatar, sa crédibilité est renforcée par la réputation de cet Etat, non pas par sa forme islamique.

De plus, si le marché du *sukuk* a doublé chaque année depuis 2004 pour représenter plus de 90 milliards de dollars, depuis 2008 le rythme de croissance s'est considérablement ralenti, en chutant quasiment de moitié.

Il est en outre un élément fondamental à prendre en compte. La crédibilité du modèle islamique est basée sur la conformité à l'Islam des instruments qu'il propose. Que le doute soit jeté sur cette conformité et c'est tout le système qui s'en trouve affecté. Ce risque religieux s'est notamment manifesté en 2008, quand Taqi Usmani, un des plus grands spécialistes en la matière, qui siège dans les comités *Shari'a* des institutions bancaires islamiques les plus importantes, a affirmé que 85% des *sukuk* n'étaient pas conformes à la *Shari'a*, précisément parce qu'ils sont garantis et donc que la relation avec la performance de l'actif sous-jacent est fictive (*sukuk asset-based*)[490]. A la suite de cette déclaration, les ventes de *sukuk* ont chuté de 50%.

Enfin, l'argument selon lequel la finance islamique ne peut donner lieu au développement de produits dérivés complexes en raison de ses principes d'interdiction du *riba*, du *gharar* ou de la vente de ce que l'on ne possède pas est déjà largement infirmé par nos développements précédents. Nous verrons dans la partie suivante que si la finance islamique n'est pas impliquée dans les opérations de produits dérivés c'est parce que son mode de fonctionnement, largement formaliste masque en réalité la teneur des flux sous-jacents qu'il implique et qui ont de plus en plus tendance à répliquer les produits structurés conventionnels. Ajoutons à titre complémentaire que le *sukuk*, comme le *trust*, permet de faire sortir du bilan d'une société les actifs qui lui sont attachés par l'intermédiaire du véhicule spécialement créé à cet effet. Ainsi, une société largement endettée peut transférer ses dettes à un SPV maquillant ainsi la réalité de sa situation économique avec les risques que l'on sait[491]. En cela, la finance islamique ne se distingue en rien de la finance conventionnelle et il est même permis d'affirmer que les procédures visant à augmenter la transparence en matière financière, viendront plus certainement des autorités de régulation conventionnelles que du

---

[490] Cf. GASSNER Michael Saleh, *Revisiting Islamic Bonds*, are 85% of sukuk haram ?, avril 2008, [En ligne] www.failaka.com/downloads/Gassner_RevisitingIslamicBonds_Mar08.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

[491] Voir notamment EL-GAMAL Mahmoud A., *Mutuality as an antidote to rent-seeking Shari'a arbitrage in Islamic Finance*, Avril 2005, 13 p., En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011) et, sur la notion de défaisance, COUSSERGUES (de) Sylvie, *Gestion de la banque*, Dunod, Paris, 2007, 5e édition, p. 180 et ss.

giron de la finance islamique, qui les appliqueront alors, poussées par la nécessité[492].

## §2- Les opérations de marché

Dans ce paragraphe sur les opérations de marché, nous distinguerons les opérations sur titres (A) et l'intégration croissante des produits financiers structurés dans le corpus juridique de la banque islamique (B).

### A- Les opérations sur titre

Pour permettre le développement des possibilités d'investissements islamiques, des critères de conformité à la *Shari'a* ont été développés par la doctrine contemporaine (1). Nous constaterons que ces critères sont dictés par la volonté de développer le système financier islamique sur des bases progressives. Cette perspective induit une forme d'opportunisme économique qui apparaît contradictoire avec la finalité de la *Shari'a* (2).

#### 1- Critères d'investissement

Les développements subséquents aborderont successivement les critères traditionnels (a) et modernes (b) qui permettent de juger la conformité des investissements sur titres aux règles du droit musulman.

##### a- Critères traditionnels

Ce que nous désignons par traditionnel ici, regroupe toutes les activités prohibées par l'Islam et auxquelles il est par conséquent interdit de participer. Il en est ainsi de tout ce qui concerne le commerce ou la production d'alcool, de même que la pornographie, le tabac ou l'armement dans la mesure où ils portent atteinte à la vie humaine dont la défense est un des principes majeurs de la *Shari'a*. Les

[492] Sur ce point cf. EL-GAMAL Mahmoud A., *Mutuality as an antidote to rent-seeking Shari'a arbitrage in Islamic Finance, Op. cit.*

activités liées au *gharar*, comme les casinos ou celles dépendant de la pratique du *riba*, comme les banques ou les assurances, sont également exclues[493]. Les titres des banques islamiques ou des filiales islamiques des banques conventionnelles pourront par contre être envisagés, si leur comptabilité sépare strictement les deux activités.

### *b- Critères modernes*

Aujourd'hui, à ces critères traditionnels, viennent s'ajouter des normes nouvelles reflétant l'adaptation du modèle bancaire islamique aux réalités financières contemporaines. Ainsi, c'est par l'analyse du bilan comptable des sociétés que l'on va considérer leur conformité à l'Islam et déterminer si les titres proposés par ces sociétés sont compatibles avec les principes du droit musulman.

Avant d'entrer dans le détail de ces critères modernes (qui sont cumulatifs), il convient de préciser que, comme pour tout établissement financier islamique, c'est un comité d'experts, *Shari'a board*, qui validera la conformité à la *Shari'a* des titres envisagés. En appliquant ces critères cumulatifs de sélection aux titres disponibles sur un marché[494], les établissements financiers développent des indices islamiques sur lesquels il est ensuite jugé licite d'investir. Concrètement, à son lancement le *Dow Jones Islamic Filters* ne conserva que 640 des 2700 valeurs qu'il analysa. Ces 640 valeurs furent ensuite intégrées au *Dow Jones Islamic Market Index*[495].

Nous présentons à la page suivante les deux critères de filtrages les plus suivis[496] :

---

[493] CEKICI Ibrahim Zeyyid, « Du filtrage islamique »*, Op. cit.*, p. 15-16.

[494] Cf. BAUER John, KEIGHER Richard, *Islamic equity funds : Challenges and opportunities for fund manager,* Edition samba capital management international, Fourth Harvard university Forum on Islamic finance, 30 septembre et 1er octobre 2000, [En ligne] www.philadelphia.edu.jo/courses/Markets/Files/Markets/70095.pdf (consulté le 25 septembre 2011), p. 3.

[495] Par l'achat direct d'actions ou de parts de fonds d'investissements spécialisés dans les actifs conformes.

[496] Pour aller plus loin cf. ALI Salman Syed, AUSAF Ahmed, *Islamic banking and finance : fundamentals and contemporary issues*, Brunei, IRTI and university Brunei Darussalam, Conférence in Brunei, 5-7 janvier 2004, disponible sur www.irtipms.org, p. 205 et ss. Précisons que Dow Jones propose aujourd'hui pus de « 100 indices (régionaux ou sectoriels) » dans sa gamme de produits islamiques. Cf. DIAZ Xavier, ZAKHIA Thierry, « Un environnement porteur pour les indices 'charia compatibles' », *L'AGEFI Hebdo*, 11 au 17 juin 2009, p. 30.

***- Dow Jones Islamic Market Filters*[497] :**

-Ratio dette / capitalisation boursière moyenne sur 12 mois inférieur à 33%

-Ratio (trésorerie +actifs générant intérêts)/capitalisation boursière moyenne des 12 derniers mois : inférieur à 33%

-Ratio créances clients/ Total actifs : inférieur à 33%

***- Financial Times Stock Exchange Shariah Global Equity Index Filters* :**

-Ratio dettes/actifs : inférieur à 33%

-Ratio (trésorerie +actifs générant intérêts)/ total des actifs : inférieur à 33%

-Ratio créances clients/ Total actifs : inférieur à 33%

-Ratio (intérêts + revenus illégaux)/ Chiffre d'affaire : inférieur à 5%

La détermination de la proportion de 33%, commune à la plupart des critères, est légitimée par un *hadith* rapporté par *Al Boukhary* faisant dire au Prophète « un tiers, et un tiers est beaucoup»[498].

Précisons que le seuil d'endettement financier autorisé s'apprécie tout au long de la durée de l'investissement[499], les comités *Shari'a* suivent ainsi l'évoution du respect des critères et peuvent le cas échéant exclure de l'indice la valeur qui n'y correspondrait plus.

### *2- Opportunisme économique et finalité de la Shari'a*

La définition de critères d'investissement dans des actifs compatibles avec les règles de la *Shari'a* soulève un certain nombre de problèmes. Doit-on

---

[497] Le *Dow Jones Index* dispose du comité *Shari'a* le plus renommé avec notamment Nizam Yaquby, Le docteur Mohammed El Ghari, et le *Sheykh* AbdelSattar Abu Ghuddah. Cf. COSTE Fréderic, « L'émergence de la FI aux Etats-Unis et en Angleterre » in *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique, Op. cit.*, p. 135.

[498] SERHAL Chucri Joseph, « Les prêts participatifs à l'heure de la finance islamique », *Bulletin Joly Société*, octobre 2005, p. 10.

[499] COSTE Fréderic, « L'émergence de la FI aux Etats-Unis et en Angleterre » in *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique, Op. cit.,* p. 122.

apprécier l'interdiction de l'intérêt au sens strict et donc rejeter toutes les sociétés qui bénéficient de revenus issus de l'intérêt ou au contraire laisser une certaine latitude pour permettre aux investissements islamiques de se développer et partant constituer un possible levier disposant du poids nécessaire à l'évolution des règles financières contemporaines ?

C'est bien évidemment la deuxième voie qui a été choisie par les promoteurs de la finance islamique, on sait par exemple qu'au départ, le ratio dette/actifs devait être inférieur à 5% sur le *Dow Jones Index*, puis la limite est montée à 10%. Aujourd'hui elle est de 33% ce qui permet d'inclure efficacement un grand nombre de sociétés[500]. Toutefois, si ce type d'aménagement est généralement légitimé au nom de la nécessité de développer le modèle islamique qui saura faire changer les pratiques à compter du jour où il aura atteint une taille suffisamment importante (dont on peine à déterminer la signification en fait), cette évolution donne plutôt l'impression que c'est l'exact inverse qui s'opère. Ceci est d'ailleurs confirmé par une étude très intéressante réalisée par Antoine Selim Chebli qui, en comparant les bilans des sociétés cotées en France avec les critères évoqués précédemment, a conclu à leur compatibilité à la *Shari'a* à environ 50%[501]. Leur seuil d'endettement est donc inférieur à la limite fixée par les critères modernes. L'auteur en conclut à bon droit que les entreprises françaises peuvent espérer s'endetter de 222,7 milliards d'euros provenant de sources islamiques[502]. Ceci, s'analysant au regard de la vision traditionnelle de la dette en Islam, laisse perplexe.

## B- Les produits structurés

Contrairement à l'idée voulant que les produits structurés soient exclus du corpus juridique islamique, nous montrerons la manière dont la doctrine contemporaine a développé des instruments répliquant les *futures* (1), les *swaps* et divers produits dérivés (2).

---

[500] EL-GAMAL Mahmoud A., *Op. cit.*, p. 126.

[501] CHEBLI Antoine Salim, « L'investissement Shari'a compliant et les entreprises françaises » in *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique, Op. cit.,* p. 180.

[502] *Ibid.,* p. 178-179.

### *1- Les futures*

Après avoir établi les principes des *futures* (a) au regard du droit musulman classique, nous montrerons la manière dont il est possible de légitimer l'usage dans les banques islamiques (b).

#### *a- Principes*

Un *future* est un contrat à terme. C'est un engament ferme de livraison d'une quantité déterminée d'un actif précisément défini, à une date et un lieu donnés. Ces instruments financiers, permettant de se couvrir ou de spéculer sur l'évolution des prix d'un actif sont les plus utilisés au monde[503]. Ils sont *a priori* totalement prohibés en Islam comme toute vente future et pour la spéculation qu'ils permettent[504].

#### *b- Légitimation*

Si le *salam* est une exception à la règle qui prohibe les ventes d'une marchandise future, l'interdiction des opérations à terme (paiement et livraisons à terme) demeure. Toutefois, en combinant plusieurs contrats *salam*, les praticiens ont développé un instrument financier, répliquant, le *future* conventionnel a un coût cependant plus élevé puisque demandant une structuration complexe pour être légitimable[505].

**Cf. page suivante pour le schéma d'un « *future* islamique » :**

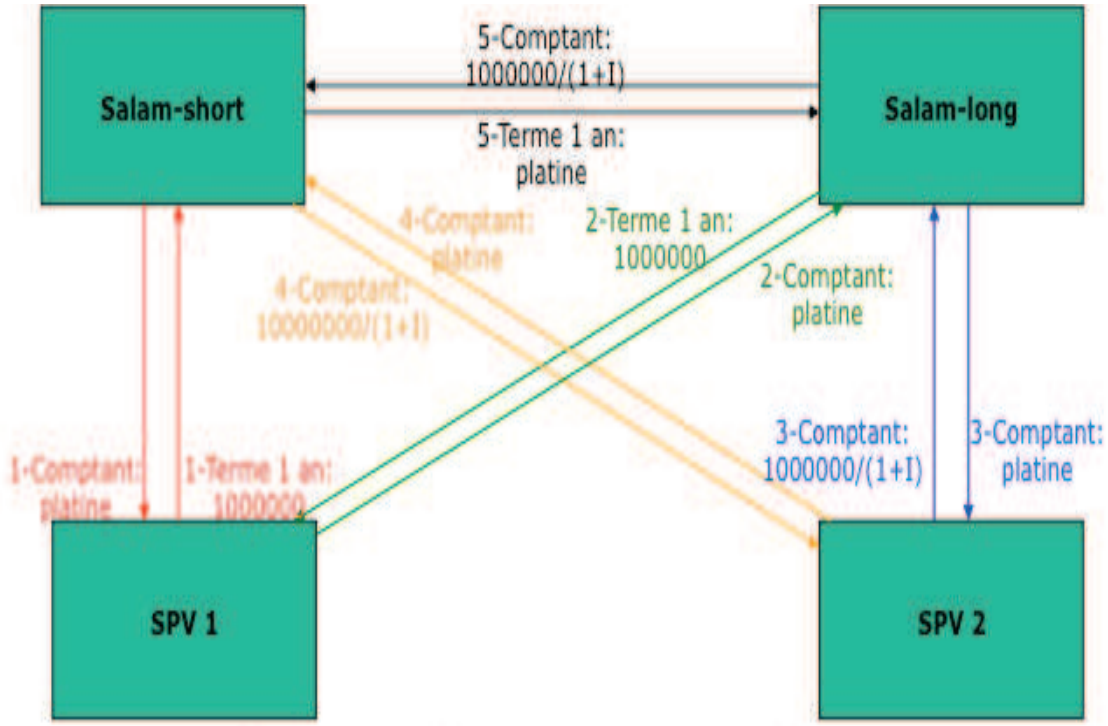
---

[503] Ils représentent 40% du volume total des marchés financiers cf. « Les contrats à terme », *Wikipédia*, [En ligne] http://fr.wikipedia.org/wiki/Contrat_%C3%A0_terme (consulté le 25 septembre 2011).

[504] AL AMMEEN. AL-DHAREER Siddiq Mohammed, *Op. cit.*, p. 18 et EL-GAMAL Mahmoud A., *Islamic jurisprudence : out of the books and out of the box*, Dubaï, IIFF, 19 novembre 2002, 11 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011).

[505] Une partie de la doctrine appelant à cette évolution depuis les années 1990, cf. MANNAN M.A., *Understanding islamic finance : a study of the securities market in an islamic framework,* Jeddah, IRTI, 1993, disponible sur www.irtipms.org, p. 15 et ss.

**Schéma d'un « *future* islamique » :**




Le résultat de ce circuit est que salam-short doit platine terme 1 an et salam-long 1000000 terme un an. Alors qu'en principe la vente salam implique le paiement comptant d'une marchandise livrable à terme.

## *2- Produits financiers divers*

Nous distinguerons ici la légitimation islamique des *swaps* (a), et celle des produits dérivés (b).

### *a- Les swaps*

Un *swap* est généralement défini comme « un contrat entre deux parties qui s'engagent à échanger des flux financiers à une date future selon des modalités fixées à l'avance ». Par un *swap* de taux d'intérêt[506], une entreprise peut échanger ses flux d'intérêts sur un emprunt à taux flottant avec une autre entreprise qui

[506] On parlera donc dans les banques islamiques de *swap* sur un taux de profit pour éviter toute référence au *riba*.

emprunte à taux fixe. Le principe du *swap* repose sur l'avantage comparatif. Pour que l'échange soit justifié il faut que les deux entreprises bénéficient de conditions d'emprunt différentes[507]. L'un des intérêts du *swap* est de « permettre l'accès indirect à un marché normalement inaccessible ou difficilement accessible à l'une des parties »[508], nous verrons que sur un plan différent, le *swap* islamique permet en pratique d'accéder à un marché interdit en principe par le droit musulman, l'échange de dette à une valeur autre que leur montant nominal[509].

La légitimation des différents types de *swap* est assurée par l'ISDA (*International Swap Derivatives association*) qui propose des modèles contractuels standards, utilisés par les banques pour faciliter les conventions. Elle a récemment proposé un *swap* islamique, le *Tahawwut*[510], contribuant à la généralisation de la pratique du *swap* dans les banques islamiques. Toutefois, à l'heure actuelle, les banques islamiques opèrent par tâtonnement, en proposant des solutions de légitimation qui ne sont pas toujours acceptées par les comités *Shari'a*. Les banques strictement islamiques ayant plus de scrupules à s'engager dans de telles opérations, ce sont donc les banques conventionnelles à fenêtre islamique qui les proposent généralement à une clientèle rompue à l'utilisation des produits financiers conventionnels, mais désireux de se convertir à la pratique financière islamique.

Ce qu'il convient de préciser ici, c'est la stricte différenciation entre la documentation juridique que signe le client, présentant une opération fondée sur l'utilisation des contrats nommés classiques du droit bancaire islamique, et les flux financiers réels, qui utilisent des véhicules purement conventionnels[511]. Les gains ou les pertes réalisés par ces opérations venant déterminer le profit ou la perte finale de l'opération islamique. Dans le cas d'un *swap* sur un taux de profit, la banque et le client s'engagent, par un jeu réciproque de promesses contraignantes, mais distinctes, pour les raisons de conformité évoquées

---

[507] BENASSY-QUERE A., BOONE L., COUDERT V., *Op. cit.*, p. 85.

[508] MATTOUT Jean-Pierre, *Op. cit.*, p. 408, ainsi par exemple pour une entreprise française qui souhaite emprunter en dollars peut échanger par un *swap* un emprunt fixe en euros contre un emprunt flottant en dollars et bénéficier de l'avantage comparatif de la partie américaine.

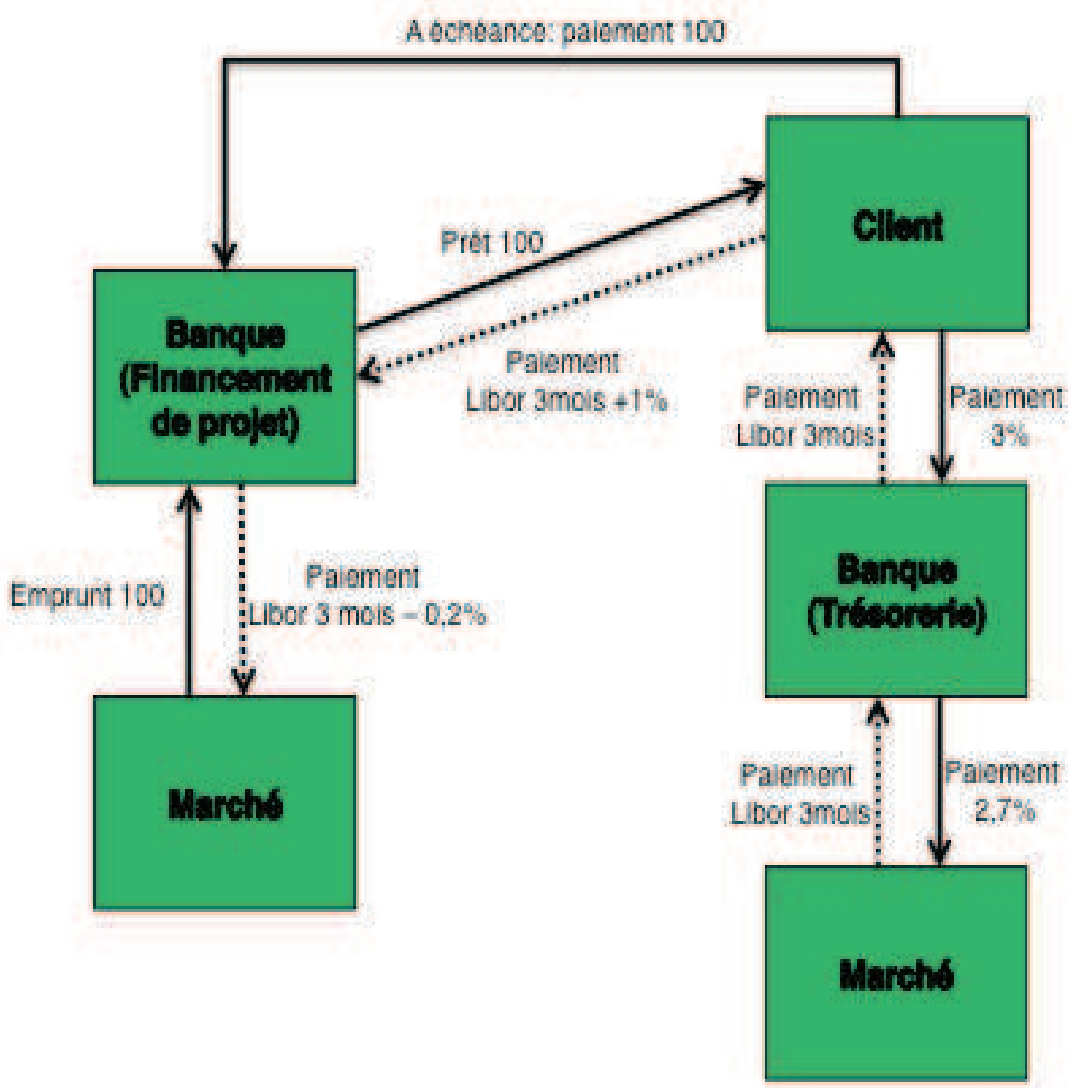
[509] GUERANGUER François, *Op. cit.,* p. 170.

[510] Cf. ALVI Ijaj Ahmed, *Introduction to ISDA/IIFM Tahawwut Master Agreement & its significance as a framework document*, IIFM Seminar on Hedging & Liquidity Management in islamic finance, Manama, Bahreïn, 22 novembre 2010, 12 p., [En ligne] http://www.iifm.net/default.asp?action=category&id=54 (consulté le 25 septembre 2011).

[511] Cf. DELORENZO Yusuf Talal, *Total return swap and the « Shariah Conversion Technology Stratagem »*, 2007, 11 p., [En ligne] www.dinarstandard.com/finance/DeLorenzo.pdf (consulté le 25 septembre 2011) et « L'éthique des fonds Islamiques », *Valeurs vertes*, N°70, septembre-octobre 2004, [En ligne] http://www.valeursvertes.com (consulté le 25 septembre 2011), p. 2. où Yusuf Talal Delorenzo affirme sans détour que « si l'adjectif islamique confère à ces fonds une différence naturelle, leur part « financière » repose sur les mêmes critères que tous les modes d'investissements traditionnels ».

précédemment, à entrer dans une série de *mourabaha* et de *tawarruq* synthétisant le résultat d'un *swap* de taux d'intérêt conventionnel. L'objectif pour le client est de convertir un taux flottant (Libor à 3 mois + 1%) en un taux fixe. Ainsi, au point de vue financier, les flux sont ceux d'un *swap* classique (cf. schéma *infra*). A l'échéance de trois mois, la banque réalise une opération de *mourabaha* représentant le coût de l'emprunt conventionnel pour elle (taux Libor à 3 mois) et le client réalise une opération de *tawarruq* dont le profit représente son coût d'emprunt (taux fixe de 4%). Etant tous les deux parties aux contrats de *mourabaha* et de *tawarruq*, les dettes se compensent. La banque reste en possession de sa marge et le client a converti son emprunt à taux flottant en un taux fixe de 4%. L'opération est renouvelée à chaque échéance.

**Schéma d'un swap de taux de profit :**




Ainsi, le client paie 4% de profit à la banque, alors qu'à l'origine il est engagé à Libor+1%

Si l'on s'étonne que des banques ou des clients souhaitant se soumettre au droit musulman s'impliquent dans de telles opérations, il faut garder à l'esprit que de telles opérations sont souvent essentielles pour la couverture des risques de taux dont on sait l'importance dans les opérations d'envergure (financement de projet par exemple) et que les banques islamiques souffrent de la concurrence de leurs compétiteurs conventionnels, une opération de ce type a ainsi reçu en 2009, le prix de « meilleur *deal* islamique de l'année ».

### *b- Les produits dérivés*[512]

Un produit dérivé est un instrument financier dont la valeur fluctue en fonction du taux ou du prix d'un actif sous-jacent. Au regard de cette définition, il est aisé de conclure par leur incompatibilité foncière avec les principes du droit musulman puisque basé sur l'aléa et la spéculation qui en sont deux valeurs cardinales. Néanmoins la pratique bancaire a développé des instruments permettant d'adapter, là encore de manière uniquement formelle, le fonctionnement des produits dérivés, à la perspective islamique.

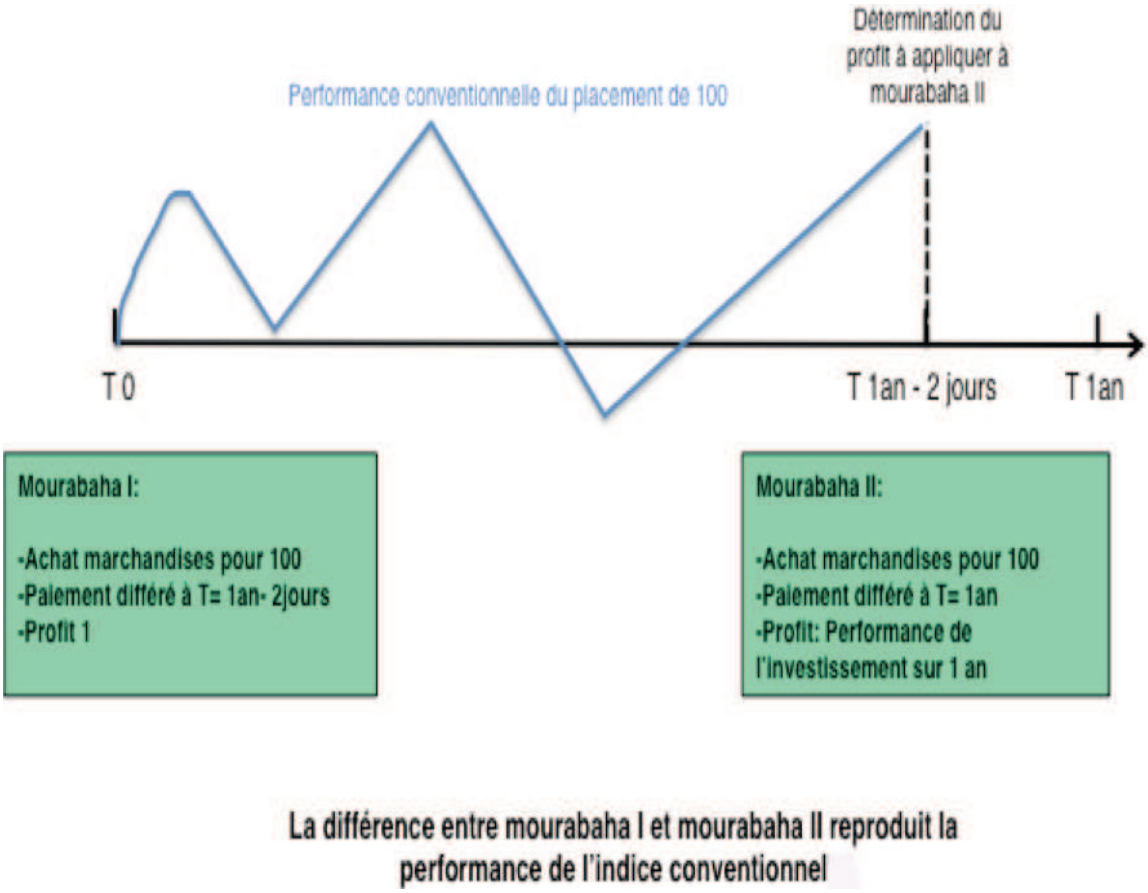
Le client d'une banque islamique souhaitant investir sur les marchés financiers procède comme tout client d'une banque conventionnelle. Il fixe avec sa banque un profil de gain (risqué ou pas, à capital garanti ou non par exemple) et verse les fonds correspondant à son investissement, à sa banque. Celle-ci effectue les opérations financières classiques sur les marchés financiers (placements en devises, en obligations, en options) en fonction de la stratégie d'investissement correspondant au profil de gain décidé. Ensuite, à la date d'échéance du placement, la banque répercute le gain ou la perte, aléatoire, du placement, en procédant par deux *mourabaha* opposées. L'une est effectuée par le client, l'autre par la banque.

Ainsi, tout type d'investissement, tout profil de gain (indexés sur tel ou tel indice, spéculation sur l'évolution du prix des matières premières) est rendu possible par le développement formaliste et fictif qui caractérise le droit bancaire islamique naissant. Nous ne multiplierons pas les exemples de structuration de produits que d'autres ont déjà précisés ou pourront préciser à l'avenir, mais nous contenterons de révéler une situation, à laquelle nous avons assisté, entre un *trader* et le comité *Shari'a* de son établissement. Après que le *trader* eut présenté un mécanisme d'investissement complexe, le président du comité jugea qu'il ne pouvait pas être validé. Le *trader*, interloqué par cette réponse, se tourna alors

[512] Pour informations complémentaires sur les pratiques islamiques en matière de produits dérivés cf. CLEMENT Sébastien, « Derivatives and Islamic Finance », *Les Cahiers de la finance islamique*, N°1, *Op. cit.*, p. 63-72 et AL-SUWAILEM Sami, *Hedging in Islamic finance*, Jeddah, IRTI, 2006, disponible sur www.irtipms.org, p. 87 et ss.

vers un membre du comité *Shari'a*, qui avait suivi le développement du produit, en lui demandant d'intervenir. Ce dernier, se tournant à son tour vers son président, lui rappela qu'il avait récemment validé un mécanisme similaire, pour une autre banque. Le produit fut finalement légitimé par le comité. Nous n'entendons pas stigmatiser ici les comités *Shari'a,* mais simplement démontrer que le modèle de développement et de gouvernance des banques islamiques ne peut qu'être orienté sur la voie de la financiarisation, pour des raisons que nous continuerons de développer dans la suite de ce travail.

**Schéma d'un placement sur produit dérivé « islamisé » :**




## Section 2- Les services bancaires islamiques

Dans cette section, la notion de compte bancaire islamique sera tout d'abord envisagée (§1). Nous évoquerons ensuite un ensemble de produits dont la légitimité est justifiée par leur rémunération forfaitaire (§2). Nous observerons que la légitimité de la plupart de ces services, calqués sur les instruments bancaires conventionnels, ne soulève pas de difficultés particulières.

## *§1- les comptes bancaires*

En raison de l'importance fondamentale de l'interdiction de l'intérêt dans les banques islamiques, nous distinguerons les comptes non rémunérés (A) et les comptes rémunérés (B).

### A- Comptes non rémunérés

Au regard du droit classique, le dépôt bancaire s'analyse par le prisme de la notion d'*al amanah* (1). Nous montrerons que dans la pratique, cette notion n'est pas suffisante pour analyser la nature des comptes islamiques de dépôts (2).

#### *1- Le dépôt : al amanah*

La *amanah* renvoie à la notion de confiance, en droit classique elle désigne la remise d'une chose à une personne (*el amin*) qui se charge de la garder.

C'est une obligation spéciale de garde portant sur la chose due, qui peut entraîner la responsabilité sans faute du gardien sur la seule base de son obligation de résultat, la garde en l'état. La bonne garde doit être assurée par le dépositaire lui-même ou par un membre de sa famille. On peut la rapprocher de la notion de *custodia* en droit romain[513]. Le défaut de restitution du dépôt ou la confusion du dépôt avec le patrimoine du dépositaire sont deux motifs qui permettent d'entraîner la responsabilité de ce dernier[514].

#### *2- Les applications pratiques*

Si la remise des fonds et l'obligation de restitution s'analysent dans les banques islamiques au regard du statut classique de la *amanah*, dans la pratique, les clients s'engagent contractuellement à prêter leur dépôt à la banque, sur la base du *qard al hassan*, prêt gratuit, que nous avons étudié précédemment. Ainsi,

---

[513] GAUDEMET Jean, *Op. cit.*, p. 294.

[514] SCHACHT Joseph, *Op.cit.*, p. 133.

les dépôts de la clientèle peuvent être utilisés par la banque pour financer la fourniture de crédit sur le modèle des banques conventionnelles[515]. Les comptes de dépôts islamiques ne se distinguent pas des comptes de dépôts conventionnels.

Il est une problématique spécifique aux banques qui proposent des produits islamiques et conventionnels. Une stricte séparation entre les ressources conventionnelles (porteuses de *riba*) et les ressources conformes à la *Shari'a* est en principe exigée[516]. Toutefois, en raison de la rapide croissance et de la jeunesse des banques islamiques, différents comités ont admis que les financements dont a besoin la banque puissent provenir d'une source conventionnelle[517].

## B- Comptes rémunérés

Notre étude des comptes rémunérés proposés par les banques islamiques distinguera les comptes épargne (1) et les comptes d'investissements (2).

### *1- Comptes épargne*

Les comptes épargne sont des comptes de dépôts à terme. La banque gère les fonds reçus et est rémunérée pour le service effectué. Le bilan des investissements est reversé au client en fonction des bénéfices ou des pertes réalisés par la banque. Il n'y a en théorie ni capital garanti, ni profit préalablement établi. En pratique toutefois, la banque va utiliser tous les contrats que nous avons étudiés précédemment. Elle va ainsi proposer à sa clientèle des dépôts à terme dont le profit (ou le profil de gain) sera fixé à l'avance et versé à terme, par le jeu de *mourabaha* ou de *tawarruq* croisés, sur le modèle des produits financiers que nous venons d'étudier.

---

[515] Pour le cas de la France cf. Code monétaire et financier, article L. 312-2.

[516] Cf. *infra* p. 203 et p. 299 pour la question des audits externes sur la séparation des activités islamiques et conventionnelles.

[517] Notamment le comité *Shari'a* d'HSBC Amanah in EL-GAMAL Mahmoud A., *Peddling religion*, IIFF, Istanbul, Septembre 2004, 12 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011), p. 3.

### *2-Comptes d'investissement*

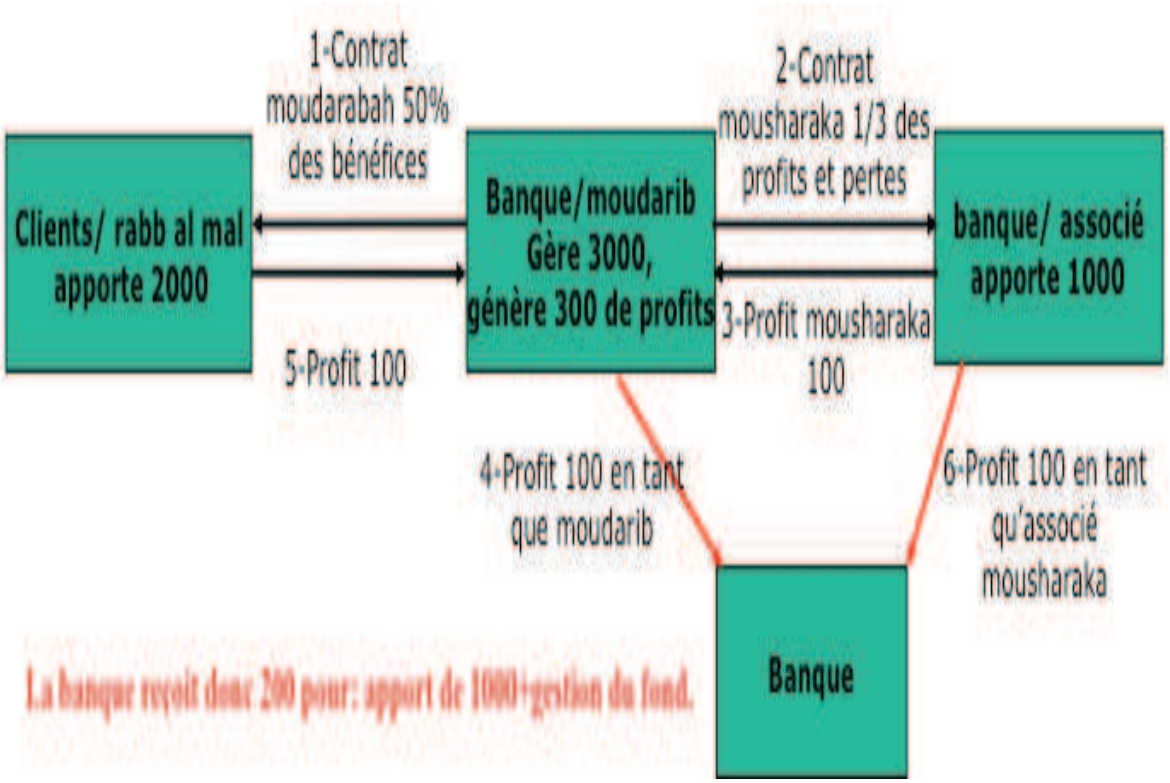
Les comptes d'investissement sont structurés sur la base d'un contrat de *moudharabah*, ils héritent donc des conséquences légales de celui-ci.

Ainsi, on trouve trois types de comptes d'investissement. Dans le premier, on utilise la *moudharabah* dans son acception limitative. Ce sont des comptes affectés, la banque dispose des fonds selon les indications du client (le dépositaire) et, est rémunérée pour son service de gestion. Le second est illimité, le *moudharib*, la banque gère alors les fonds à sa guise et est rémunérée pour le service de gestion.

Dans les deux cas le client reçoit une part proportionnelle des profits réalisés en vertu du contrat de *moudharabah*.

Il est enfin un troisième type de compte, le plus fréquent en pratique, pour lequel la banque est à la fois *rab al mal* et *moudharib*. C'est la *moudharabah* à deux volets que nous avons déjà rencontrée au cours de nos développements et dont nous avons détaillé la légitimation. Dans ce compte, la banque mélange ses fonds à ceux déposés par la clientèle et gère la totalité. Elle est ainsi rémunérée au titre de gestionnaire et de dépositaire.

**Schéma d'un mécanisme de *moudharabah* à deux volets :**



## *§2- Les produits payés au forfait*

D'une manière générale, tous les produits ou services bancaires qui sont rémunérés à un tarif forfaitaire ou qui dépendent d'un travail effectif sont licites[518]. A la condition toutefois que leur finalité soit conforme à l'éthique musulmane. Il en va ainsi pour le contrat de fourniture de service qu'est la *ju'alah* (A), mais également pour un ensemble de produits proposés par les banques (B).

### A- La fourniture de service : *al ju'alah*

L'analyse d'*al ju'alah* passera par l'examen des conditions de ce contrat (1) ainsi que par son utilisation dans les banques islamiques (2)

#### *1- Conditions du contrat*

Les conditions du contrat de *ju'alah* seront envisagées dans sa phase de formation (a) puis, au cours de son exécution (b).

##### *a- Formation*

Le contrat de *ju'alah* se définit par la promesse d'une récompense à quiconque entreprend de réaliser un travail déterminé. Ainsi, le *ja'il* embauche un *maj'ul* pour accomplir une mission contre un *ju'ul* (compensation financière ou autre précisée dans le contrat), le *maj'ul* est payé s'il accomplit la tâche[519]. Le contrat de *ju'alah* se différencie de l'*ijara* dans la mesure où il n'est pas exigé que le *maj'u*l soit connu au moment de l'appel d'offre. Il se distingue aussi de l'*istisna'* car le *maj'ul* fournit un service alors que le *moustasni'* fournit un produit. La rétribution du service est de plus incertaine et conditionnée à l'accomplissement du travail demandé alors que dans le cas de l'*istisna'*, elle est précisée au contrat.

---

[518] Sur ce point cf. AL AMIN Hassan, *Statut légal des transactions avec intérêt*, *Op. cit.,* p. 41 et ss.

[519] BENDJILALI Boualem, *The ja'ala contract and its applicability to the mining sector*, IRTI, Jeddah, Arabie Saoudite, 1997, disponible sur www.irtipms.org, p. 18.

Le contrat de *ju'alah* est légitimé dans le *Qor'an*[520] et dans la *sunna* car il est rapporté que le Prophète a approuvé la décision de quelques-uns de ses compagnons de donner une récompense à celui qui soignerait le guide de la communauté[521].

#### *b- Exécution*

Le contrat de *ju'alah* n'est contraignant qu'à partir du moment où le *maj'ul* commence son travail. Le *ja'il* qui souhaiterait mettre fin au contrat de service devrait dans ce cas indemniser le travailleur pour l'œuvre accomplie. Dans la mesure où le contrat de *ju'alah* se définit par la promesse d'une récompense, l'acceptation du travailleur n'a pas à être formalisée. Dans la pratique contemporaine, ce contrat s'adressera à un travailleur déterminé qui s'obligera ainsi à accomplir le travail requis.

### *2- Pratique de la ju'alah*

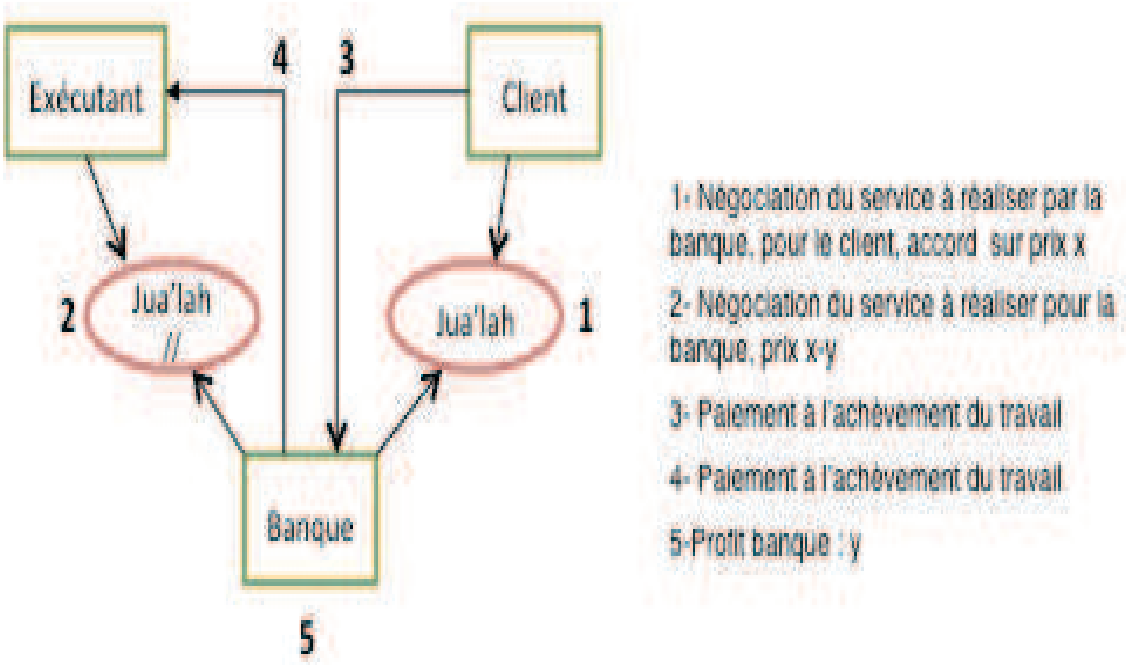
Le contrat de *ju'alah* est utilisé dans de nombreux domaines pour lesquels la banque accepte de rendre un service à sa clientèle tout en n'étant pas désireuse de le réaliser elle-même. Elle contractera donc par la *ju'alah* avec le client et, par un deuxième contrat de *ju'alah*, avec celui qui effectuera effectivement le travail.

**Cf. page suivante pour le schéma du mécanisme contractuel de la *ju'alah* parallèle :**

[520] *Qor'an* S. XII, V. 70-72.

[521] AYUB Muhammad, *Op. cit.,* p. 351.

**Schéma du mécanisme contractuel de la *ju'alah* parallèle :**




Il en sera ainsi pour la réalisation des *due diligences*[522] et études diverses (économiques, scientifiques) dans les opérations de financements de projets islamiques, pour le courtage ou encore le règlement des contentieux et des procédures de recouvrement.

## B- Produits divers

Dans la variété des produits proposés par les banques, il nous a semblé opportun, en raison de leur importance dans le sytème bancaire, de focaliser notre analyse sur les cartes bancaires (1) et les lettres de crédit (2).

### *1- Les cartes bancaires*

Si la légitimation de la carte bancaire de paiement (a) ne soulève pas de difficulté particulière, la carte bancaire de crédit mérite une analyse plus attentive

[522] La notion anglo-saxonne de *due diligence* correspond en droit français à l'audit préalable (investigations impliquant le recours à différents experts dont les conclusions serviront de base à la prise de décision d'un investisseur), Journal Officiel du 28 décembre 2006.

(b) en raison de la nécessité imposée par l'Islam de s'émanciper de l'intérêt, qui rémunère son utilisation dans le système bancaire conventionnel.

### *a- La carte bancaire de paiement*

Les cartes de paiement, dans la mesure où elles emportent un simple commandement de payer, sans ouverture de crédit, ne posent pas de difficultés quant à leur légitimité en droit musulman[523]. Ainsi, tout type de carte de débit est autorisé en pratique[524].

### *b- La carte bancaire de crédit*

Les cartes de crédit sont également proposées au client, mais doivent être exemptes d'intérêts. L'on trouve ainsi plusieurs modes de fonctionnement fondés sur les contrats nommés classiques.

Certaines cartes sont payées au forfait, le calcul de ce forfait étant effectué de manière à compenser une forte utilisation du crédit ; ce type de carte est souvent cher et en pratique peu utilisé par la clientèle.

D'autres cartes sont basées sur la *mourabaha*. Dans ce cas, le client, en payant par carte, achète le bien pour le compte de la banque, qui le lui revend instantanément, à paiement différé. Pour éviter les achats de biens contraires à l'éthique musulmane, les banques islamiques s'engagent avec les sociétés fournissant les solutions de paiement électronique, pour brider l'utilisation de ces cartes, qui ne pourront pas être utilisées dans des casinos, par exemple.

Enfin, les cartes de crédit qui rencontrent le plus grand succès et participent de la conversion de nombreux clients aux préceptes de la banque islamique, sont fondées sur les mécanismes d'*al 'inah* ou du *tawarruq*. Les clients disposent ainsi d'une réserve de monnaie qu'ils peuvent utiliser à leur gré. Le remboursement est effectué par échéances, sur le modèle des cartes de crédit conventionnelles, en référence au taux d'intérêt du marché et proportionnel à la durée du remboursement.

---

[523] Si l'on met de côté l'acception classique de la monnaie.

[524] AAOIFI, 2004-5A, *Standard on cards*.

### *2- La lettre de crédit*

La lettre de crédit est une lettre par laquelle « un banquier accrédite son client auprès d'un de ses confrères pour lui permettre de retirer des fonds dans une autre banque »[525]. Désignée en Arabe par le terme *hawala* (ou *suftaja*), qui donne son origine étymologique au mot français « aval »[526] (pour l'endos d'une lettre de change) la lettre de crédit fut très répandue dans l'empire musulman. Elle fut ainsi utilisée dès l'époque des Omeyyades pour rémunérer les troupes. Ces lettres de crédit donnaient à leur porteur le droit de prélever une certaine quantité de céréales dans les greniers de l'Etat après la récolte[527]. La *hawala* fut historiquement utilisée bien au delà des limites du droit islamique. Elle permit les activités bancaires par les banquiers juifs, mais aussi par les marchands musulmans[528].

La différence entre la vente de dette et la *hawala* est que la relation entre le débiteur et le créancier n'y est pas détruite. Ainsi, le transfert de créance est autorisé par ce biais puisque le *gharar* résultant de l'incertitude du paiement est réduit par le recours qui reste possible au créancier primaire. Ainsi, les banques islamiques utilisent l'institution classique de la *hawala* pour fournir à leur clientèle un ensemble large de moyens de paiements tels que le chèque, le billet à l'ordre ou la lettre de change, ce qui n'est là finalement qu'un juste retour des choses. La créance transférée par la *hawala* ne peut néanmoins l'être qu'à sa valeur nominale. En pratique, ce service sera généralement facturé au titre des frais de gestion du compte, ou de la mise à disposition des moyens de paiement.

La capacité d'adaptation du droit musulman est démontrée par le développement de ces techniques bancaires encore embryonnaires voilà trente ans. La créativité des solutions retenues est par contre sujette à interrogation tant nous constatons la volonté de calquer les solutions conventionnelles, voire même, dans certains cas de les revêtir d'attributs islamiques dont la teneur semble plus utile en mercatique que porteuse de sens en droit. Les débats concernant l'orthodoxie des techniques de financement islamiques sont le naturel reflet de leur

---

[525] GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, *Op. cit.*, p. 480.

[526] Plusieurs institutions de droit commercial furent transmises à l'occident médiéval par le biais des relations commerciales ainsi le *hawala*, le *sakk* et peut être encore la *moudharabah*, cf. *supra* p. 52.

[527] COULSON Noël J., *Op. cit.*, p. 39

[528] BENMANSOUR Hacène, *Op. cit.,* p. 70.

milieu d'origine : les solutions *shafi'ites* malaises ont beaucoup de difficultés à satisfaire les *'ulama* saoudiens, eux-mêmes étant parfois désavoués par leurs voisins du Bahreïn. Les modernistes et les traditionnalistes de ces pays restent également sur des positions contradictoires.

L'apparition d'un droit bancaire islamique est en question d'autant que les procédés directement issus du droit musulman classique peinent à trouver leur place sur le marché en raison de leur relative inadéquation aux enjeux de notre temps. Si les détracteurs de la banque islamique auront tôt fait d'en déduire une faiblesse structurelle du modèle, nous nous attacherons à prouver que cette manière d'envisager la problématique est par trop réductrice. Nous le verrons, la variété des solutions retenues est fonction du public auquel elles s'adressent. La création d'un droit bancaire islamique est à nos yeux essentiellement pragmatique. Le financement de projets d'infrastructures dans des pays dotés d'une organisation économique moderne ne pouvant dépendre des mêmes instruments que le microcrédit fourni à un individu dans une région rurale d'un pays en voie de développement. D'autant plus si le dit pays est dépourvu de capacité permettant d'assurer les contrôles prudentiels élémentaires.

# *TITRE II- LES DIFFERENTS MODELES DE BANQUES ISLAMIQUES*

Face à la variété des situations auxquelles ils sont confrontés, les acteurs du développement d'un système bancaire islamique ont trouvé des solutions aussi diverses que nécessaires (Chapitre 1). Dans ce domaine mêlant gestion de l'argent et religion, les sensibilités locales de la clientèle sont d'une importance essentielle, il importe finalement assez peu au banquier islamique que son produit soit jugé hétérodoxe par la majorité du monde musulman si sa clientèle est persuadée du contraire. Nous y reviendrons. Cet éclatement des situations est aujourd'hui remis en cause par la recherche d'une unité (Chapitre 2) qui devra amener le système bancaire islamique à la rationalité et la standardisation qu'implique la volonté d'en faire un modèle alternatif global. Nous verrons comment procèdent ces forces unificatrices et nous interrogerons sur la pérennité d'une telle entreprise. Cette volonté d'asseoir un modèle unifié ne serait-elle pas la cause même d'une faiblesse future ? L'Histoire viendra ici encore en renfort de notre argumentation et nous montrera que dans l'histoire du monde musulman, l'uniformisation des pratiques a souvent conduit à la mise en cause de ceux qui les ont imposées.

## *Chapitre 1- La diversité de la banque islamique*

Ce chapitre nous conduira à analyser, au regard de l'histoire et de ses conséquences positives, l'influence de la diversité des doctrines sur la création d'un droit bancaire islamique moderne (Section 1). Ceci nous mènera à la présentation de ces différents modèles (Section 2) dont nous verrons qu'ils dépendent également pour une large part, de leur finalité commerciale.

### Section 1- La diversité des doctrines

L'analyse des divergences doctrinales que nous avons déjà envisagée sous un angle historique sera ici développée et actualisée (§1). Nous verrons qu'à côté de l'héritage idéologique en matière de droit musulman, le contexte politique et culturel, dans lequel émergent les institutions financières islamiques, définit largement le modèle bancaire islamique qu'elles proposent (§2).

Ces développements viendront compléter notre thèse affirmant la difficulté qu'il y a d'envisager le droit bancaire islamique sous un angle unitaire.

## *§1- Les différents madhaïb*

Nous avons déjà eu l'opportunité d'envisager la variété des écoles juridiques dans le droit musulman classique. Nous accentuerons donc ici notre analyse sur le fait que leurs divergences traditionnelles (A) peuvent aujourd'hui être relativisées (B).

### A- Les divergences

En commençant par montrer les causes des divergences entre les écoles juridiques musulmanes (1), il nous sera plus aisé d'en déduire les conséquences sur l'élaboration du droit bancaire islamique contemporain (2).

#### *1- Causes*

Dans les premières années de l'Islam, « l'approbation conjointe des califes bien guidés et des compagnons a contribué à l'unité de la norme »[529]. Ce sont les conquêtes, l'éloignement spatial et temporel aux sources, qui seront la cause de l'émergence des écoles juridiques, nous l'avons vu. Ces écoles se développèrent donc à l'origine sur des particularismes locaux[530] (Médine et Koufa ou Basra par exemple) et furent étendues à l'ensemble des musulmans par la reconnaissance de leur infaillibilité au moment de la fermeture des portes de l'*ijtihad*. L'affirmation de l'égale orthodoxie des écoles a permis leur maintien tout au long de l'histoire musulmane, l'affiliation des peuples aux écoles majoritaires de leur région d'origine se perpétuant jusqu'à aujourd'hui.

Ainsi, l'Asie du Sud-Est, convertie à l'Islam par le biais de savants de l'école *shafi'ite* continue de suivre ce rite. La perception de la *niya* dans cette école et les

[529] PHILIPS Bilal, *Op. cit.,* p. 60.

[530] Les écoles juridiques musulmanes sont tributaires de leur enracinement local. Sur ce point cf. URVOY Dominique, *Averroès, Les ambitions d'un intellectuel musulman*, Paris, Flammarion, 1998, p. 113.

évolutions permises par l'agrégation des coutumes locales en droit musulman[531], ont conduit à ce que le controversé contrat de *bay' al 'inah* soit accepté là-bas bien que son usage demeure interdit dans les autres régions musulmanes. De même, le *Maghreb* est demeuré *malikite* depuis les premiers temps des conquêtes, de Kairouan en Tunisie ou de Fès au Maroc et les anciens territoires Ottomans ont dans leur grande majorité continué de suivre le rite *hanafite* qui fut l'école référence de l'Empire. Le cas de l'Arabie majoritairement *hanbalite* mérite toutefois d'être mis à part. Le développement du *wahabisme* ayant largement contribué à faire disparaître le rattachement aux autres écoles[532] autrefois présentes côte à côte dans le berceau de l'Islam.

### *2- Conséquences*

« Les différences entre les écoles sont simplement les conséquences de l'exercice légitime de l'*ijtihad* en l'absence de référence explicite provenant de l'inspiration divine […] les divergences peuvent toutes s'expliquer par la relative sévérité ou l'indulgence de l'interprétation »[533]. Ces divergences constituent, prises dans leur ensemble, un corpus de règles cohérentes si bien qu'en utilisant les règles d'une école pour les transplanter dans le corpus d'une autre école on en obscurcit la cohérence. C'est d'ailleurs en ce sens que l'*imam* Malik refusa que sa *Muwattah* soit appliquée à tous les musulmans[534].

Si la situation mérite d'être envisagée à nouveau aujourd'hui, c'est parce que le passage du temps a entraîné la pénétration croisée de sources de droit étrangères[535] ayant différemment influencées les structures politiques et sociales traditionnelles. Les pays dans lesquels l'apport occidental a été le plus fort ont au fil du temps amalgamé certaines de ses règles ou de ses institutions[536], alors que d'autres, construits en réaction à la perception d'une perte des valeurs islamiques

---

[531] Cf. MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Op. cit.*, p.153.

[532] L'école *shafi'ite* était majoritaire à La Mecque, mais tous les rites y étaient représentés, l'école *malikite*, nous l'avons vu étant originaire de Médine, la ville d'accueil du Prophète après l'Hégire.

[533] Sha'rani dans le *Mizan* al *kubra* cité par COULSON Noël J., *Op. cit.*, p. 99

[534] Il n'y a pas d'anachronisme dans cette affirmation, car, dans l'optique de Malik, et d'ailleurs du droit musulman classique en général, les particularismes locaux qui s'exprimaient déjà à son époque quoi que dans une forme moins structurée, participaient de la force de l'ensemble, ou, comme l'affirma le Prophète Muhammad, « la différence d'opinion (*ikhtilaf*) au sein de mon peuple est une miséricorde ».

[535] *Common law* et Civiliste essentiellement.

[536] C'est le cas pour le Maroc où le droit bancaire français s'est largement intégré.

ont moins subi les influences étrangères dans leur droit interne[537]. Ainsi, la construction d'un droit bancaire par la relecture des sources anciennes, doit, pour être légitimement reconnue, emprunter des voies propres à chaque pays, en tenant compte du poids de l'histoire.

## B- Relativité des divergences

Si depuis toujours les divergences entre écoles ont pu être relativisées, notamment en raison du rôle des juridictions (1), il apparaît aujourd'hui que la doctrine majoritaire du droit bancaire islamique utilise opportunément les divergences classiques, pour permettre la légitimation de nouveaux instruments juridiques. C'est cette véritable interconnexion des *madhaïb* dans la doctrine contemporaine que nous nous proposons d'analyser (2).

### *1- Rôle des juridictions : fonction traditionnelle du qadi*

Traditionnellement, le *qadi* est le détenteur du pouvoir judiciaire. En tant qu'émanation du *khalife*, il assure également une fonction religieuse, dire le droit en application des textes sacrés[538].

Dans les régions où cohabitaient plusieurs *madhaïb* plusieurs *qudat* étaient nommés, un par *madhab*[539]. Avec l'affirmation du pouvoir central dans l'empire musulman, le rite de rattachement du gouvernant pouvait prendre le pas sur les autres[540] et, si théoriquement tout musulman pouvait demander à être jugé par les lois de son école, en pratique ce droit était surtout appliqué pour les contentieux portant sur les pratiques cultuelles ou le statut personnel. De plus, nous l'avons vu, le *qadi* s'attachait principalement à la forme pour juger de la validité des actes juridiques qui lui étaient soumis[541]. Ainsi, les *hiyal*, structurés pour éviter le *riba*

---

[537] En Arabie Saoudite, les banques occidentales ne proposaient jusqu'à récemment des services qu'aux entreprises, les conflits de loi avec la *Shari'a* faisant l'objet d'un traitement particulier sur lequel nous reviendrons.

[538] Sur l'institution classique du *qadi* cf. MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Op. cit.*, p. 539 et ss.

[539] *Ibid.*, p. 541.

[540] COULSON Noël J., *Op. cit.*, p. 176.

[541] Les écoles juridiques étant presque unanimes sur ce point.

n'étaient frappés de nullité qu'à raison de la nullité des différents actes qui les composaient[542].

C'est ainsi que la pratique commerciale s'émancipa peu à peu du droit théorique, son traitement devant les juridictions contribuant à en unifier les règles[543].

### *2- Interconnexion des madhaïb*

Historiquement, l'emprunt de solutions juridiques entre les écoles a, depuis le début du *taqlid*, souvent été utilisé pour résoudre des problèmes que l'école d'adoption n'avait pas directement envisagés. La légitimation par l'opinion d'autres écoles, dont on a vu l'infaillibilité principielle, faisait l'objet d'une réappropriation à l'aune des propres sources et méthodes du *madhab* d'adoption. Cette grande tolérance[544] qu'avaient les écoles les unes envers les autres a souvent contribué à ce qu'une solution agréée par l'une le soit également par les autres[545].

La doctrine du *takhayyur*, dont nous avons déjà dévoilé les principes, contribua grandement au rapprochement des doctrines. Il était d'ailleurs permis de changer de rite en fonction des situations, mais à l'expresse condition que cela ne soit pas en vue de contourner l'application de règles issues des sources principales[546]. Les emprunts se faisaient prioritairement au sein même d'un rite, l'intervention d'une autre école ne s'effectuant ainsi qu'à titre subsidiaire. La division de l'enseignement reprenait traditionnellement la même structure, selon les rites d'appartenance[547].

De cette évolution historique résultèrent les législations modernistes du Proche-Orient, qui utilisent la combinaison de thèses de plusieurs écoles reconnues, et même de n'importe quelle opinion exprimée à un moment quelconque du passé. Comme l'a dit l'éminent orientaliste Joseph Schacht, « plutôt que de changer directement les règles du droit islamique traditionnel et

---

[542] BENMANSOUR Hacène, *Op. cit.,* p. 74.

[543] Particulièrement à partir de l'adoption de la *Majallah*, entre 1867 et 1877, codification inspirée majoritairement par le rite *hanafite*, qui devint le droit commun de l'empire Ottoman.

[544] Ou cette indulgence dans l'interprétation que relevait Sha'rani.

[545] LINANT DE BELLEFONDS Y., « Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Egypte », *Revue internationale de droit comparé*, Paris, 1956, p. 16 et ss.

[546] Comme par exemple dans le cas d'un mariage entre deux personnes issues de *madhaïb* différents.

[547] AL-SUYUTI Jalâlu-Dîne, *Op. cit.*, p. 65 et ss.

s'opposer à la population qui y est traditionnellement attachée, les juristes et législateurs modernes en modifièrent le contenu par l'importation d'idées occidentales »[548]. Ces dernières furent ainsi légitimées par l'utilisation conjointe de solutions classiques, permettant d'aboutir aux résultats souhaités. Le développement d'un droit bancaire islamique s'inscrit en grande partie dans cette évolution méthodologique, mais l'on craint parfois, en analysant les processus de légitimation que le *takhayyur* ne soit entendu comme la possibilité d'un syncrétisme[549] entre écoles, dénaturant le fond de la pensée musulmane. Ce qui différencie en effet le développement du droit bancaire islamique des travaux de codification modernes, mais inspirés de la *Shari'a*, entrepris depuis le XIXe siècle, c'est que, dans le cas d'espèce, la création du droit est envisagée comme la légitimation, non pas de situations ignorées par le droit classique, mais littéralement prohibées. Si bien qu'à ce stade de notre argumentation, il ne soit pas aisé de dire si le droit bancaire islamique constitue une évolution du droit musulman ou au contraire une coquille vide. La disparition de la notion d'école juridique, qu'elle soit tacite ou affirmée par les tenants d'une unité principielle idéalisée de la *Shari'a*, sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir, viendra renforcer cette dernière idée. A ce propos, l'interprétation de la *Shari'a* donnée par la commission sur la finance islamique diligentée par le gouvernement français (et dans laquelle les autorités religieuses sont représentées par la tendance que nous qualifions de libérale, au sens économique du terme, de la finance islamique) est révélatrice de la manière spécifiquement utilitariste d'envisager le droit bancaire islamique : « la *Chari'a* admet que la détermination de la règle applicable se fasse aux termes d'une approche casuistique et syncrétique qui permet aux parties et à leurs juges de choisir celle de la jurisprudence de l'une ou de l'autre des écoles de jurisprudence islamique qui légitimerait leur contrat, au besoin en recourant au dépeçage des diverses obligations du contrat »[550].

## §2- Conséquences sur la diversité des modèles de banques islamiques

Dans ce paragraphe, nous montrerons que la diversité des écoles juridiques joue un rôle central dans l'élaboration des normes (A) mais que dans

[548] SCHACHT Joseph, *Op. cit.*, p. 91.

[549] Sur cette distinction *Ibid.*, p. 167.

[550] AFFAKI G., FADLALLAH I., HASCHER D., PEZARD A., *Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques*, F-X Train, 21 septembre 2009, p. 21.

cette perpective, la fonction politique de la banque islamique ne doit pas être occultée (B).

## A- Dans l'élaboration des normes

Nous constaterons dans les développements à suivre que l'élaboration des normes bancaires islamiques procède de ce que nous qualifions de « compétition » des *madhaïb* (1). Nous constaterons, que plus largement, le droit musulman contemporain semble s'émanciper de la distinction traditionnelle entre les écoles juridiques (2).

### *1- La mise en compétition des madhaïb*

Pour permettre la création d'un corpus bancaire islamique, la tendance majoritaire procède à des emprunts opportunistes entre les différentes opinions classiques (a). Ces emprunts caractérisant à nos yeux la volonté de proposer des produits islamiques aussi efficients économiquement que leurs équivalents conventionnels (b).

#### *a- Les emprunts opportunistes*

L'objectif premier du droit bancaire est d'asseoir sa crédibilité religieuse. Dans l'analyse de la création de ce droit nous avons constaté que pour légitimer les contrats que proposent les banques à leur clientèle, les juristes cherchent les réponses classiques à des problèmes modernes. C'est en effet en référence aux pratiques traditionnelles que les contrats modernisés sont légitimés, la *mourabaha* par exemple n'ayant pu devenir un instrument financier à part entière qu'en raison du rapprochement des opinions de l'*imam* Al Shafi'i et d'un avis minoritaire du courant *malikite*[551].

Dans notre analyse des emprunts que nous qualifions d'opportunistes[552] nous identifions deux voies, qui se complètent plus qu'elles ne s'opposent.

---

[551] Cf. *supra* p. 78.

[552] Au sens propre de conduite qui consiste à tirer le meilleur parti des circonstances, parfois en le faisant à l'encontre des principes moraux.

La première s'attache plutôt à la conformité au droit musulman traditionnel et vise à légitimer « islamiquement » des utilisations inconnues de notion classique du droit musulman, mais pratiquées au quotidien. Par exemple pour l'utilisation de la *mourabaha* comme technique de financement, décrite ci-dessus. Nous qualifions cette méthode d'islamisation du domaine bancaire.

La seconde est axée sur le développement des notions classiques dans le sens de l'efficacité économique et cherche dans les différents courants doctrinaux, les moyens légaux lui permettant de contourner des normes trop rigoureuses. C'est l'exemple de l'utilisation des contrats classiques rénovés (*ijara*, *salam* par exemple) dans le but de contourner les interdictions principielles de la philosophie que s'est assignée la banque islamique. Cette financiarisation du droit musulman, comme nous la qualifions, découle selon nous d'une mauvaise analyse de la notion de *niya* en droit classique. Prenant pour base la validité formelle de ces méthodes, nombre de juristes ont légitimé des produits contournant implicitement les prohibitions du *riba* ou du *ghara*r. Ces produits ont ensuite été proposés à la clientèle dans un argumentaire commercial axé sur leur conformité à la *Shari'a*. Or, dans son sens originel, la *Shari'a* n'est pas formaliste et est de plus avant tout fondée sur la soumission à la volonté divine ; le musulman est '*abd*, serviteur, de Dieu. La validité des *hiyal* découle ainsi d'une part de la volonté de préserver l'équité dans les échanges contractuels[553], d'autre part de l'affirmation non-équivoque de la sanction divine à l'encontre de celui qui s'y engagerait, avec une intention blâmable. Donc, beaucoup de produits bancaires islamiques sont légitimes dans la forme, mais illégitimes dans le fond. La clientèle bien sûr ne poussant pas le raisonnement au-delà de la promesse de conformité qui lui est soumise, est rassurée sur son traitement au regard de la justice divine, nous y reviendrons.

### *b- Efficience économique et finance islamique*

Le second objectif de la banque islamique est la crédibilité économique[554]. Ainsi, la légitimation progressive des contrats va dans le sens d'une reproduction des pratiques conventionnelles, dont l'efficacité a fait ses preuves, et qui sont de plus globalement utilisées.

---

[553] Ainsi, il apparaîtrait inique d'annuler un contrat de vente de charbon si le vendeur n'est pas impliqué dans la volonté de l'acheteur de revendre immédiatement le charbon dont il n'a cure, à un autre acheteur, et créer ainsi un prêt d'argent non affecté classique, le *tawarruq*.

[554] Sur la volonté du système bancaire islamique de rejoindre l'efficacité économique des banques conventionnelles cf. BADER Mohammed, SAMSHER Mohammed, ARIFF Mohammed, « Cost, revenue and profit efficiency of Islamic versus conventional banks », *Islamic economic studies*, Janvier 2008, volume 15, N°2, 54 p.

De fait, depuis l'institution des banques islamiques sur un modèle participatif (*mousharakah et moudharabah*), le paiement à crédit indexé sur le coût de l'argent a été légitimé (*mourabaha*). Ensuite, des techniques permettant les prêts non affectés ont été admises (*tawarruq ou 'inah*). Enfin, on a validé des instruments permettant de reproduire tout type de produits financiers complexes. Les produits les plus conformes à la pratique conventionnelle rencontrent le plus grand succès commercial. La *mourabaha* a ainsi permis le développement du modèle bancaire islamique, au détriment de l'utilisation de la *mousharakah* et elle est aujourd'hui dépassée, dans les pays qui le proposent, par le *tawarruq.* Construits à l'origine sur la seule exigence de l'efficacité économique et n'étant pas limités par le poids de l'éthique musulmane, il est normal que les produits conventionnels, islamisés, soient ceux qui rencontrent la plus grande réussite. La clientèle cherchant avant tout une légitimité religieuse, ou tout au moins la tranquillité d'esprit qu'elle implique, il est normal qu'elle favorise parmi ceux-ci, les contrats lui offrant la plus grande facilité d'utilisation. La Loi de Pareto[555] est ici vérifiée. L'utilisation des opinions émanant de différentes écoles importe finalement peu à ce stade, l'essentiel étant la confiance envers le légitimateur ultime qui appose son sceau sur les argumentaires commerciaux des banques. Nous y reviendrons.

### *2- La disparition induite des écoles juridiques*

Si jusqu'à aujourd'hui, l'appartenance aux écoles juridiques classiques s'est perpétuée dans les foules musulmanes, c'est principalement en raison de l'adhésion coutumière à la définition des pratiques rituelles qu'elles proposent[556]. Le *shafi'ite* ne se souciant que rarement de la position de son *madhab* dans les *mu'amalat* ne manquera pas de se conformer à cette école dans l'accomplissement de la prière ou du pèlerinage. La conversion des populations au fondamentalisme, *salafiste* ou *wahabite* remet en cause cet état de fait et, plus globalement, la hiérarchie classique des autorités religieuses. Les développements subséquents distinguerons la situation des écoles juridiques en Orient (a) et en Occident (b).

---

[555] La loi de Pareto est une loi empirique proposée à partir des observations de l'économiste italien Vilfredo Pareto, elle dispose que 80 % des effets sont produits par 20% des causes. Cette observation a été étendue à différentes matières telles que le marketing ou la gestion. En l'espèce, l'on constate effectivement que les produits fondés sur la vente représentent 80 % des produits bancaires islamiques. Cf. graphique *supra* p. 116.

[556] PHILIPS Bilal, *Op. cit.,* p. 180.

### *a- En Orient*

D'une manière générale, le droit musulman s'absout de la nécessité du rattachement à une école juridique en vigueur depuis la fermeture des portes de l'*ijtihad*. Si l'enseignement des différents *madhaïb* demeure, la formation traditionnelle est de moins en moins suivie. Les difficultés économiques remettent en cause le statut du clerc dans de nombreux pays musulmans où la jeunesse se tourne vers la formation moderne issue des influences occidentales[557] et par laquelle elle aspire à accéder à une meilleure situation sociale. Dans la banque islamique, la référence aux écoles est globalement peu présente en dehors des processus de légitimation. Ainsi, au Maroc par exemple, on se référera en amont, dans le conseil supérieur des *'ulama* marocains, à l'enseignement *malikite*. Mais, en pratique, les contrats seront élaborés en application des directives standards émanant des organismes internationaux[558] créés à cet effet. Seules quelques différences subsisteront pour, à l'exemple de ce que déclarait l'*imam* Malik que nous avons cité plus haut, ne pas froisser les croyances populaires solidement ancrées.

### *b- En Occident*

Si l'influence du *salafisme* se fait sentir en Europe, le rejet de l'institution bancaire par cette population, doublé d'une mauvaise image médiatique, conduit naturellement à ce qu'elle soit exclue du ciblage marketing des banques souhaitant développer la commercialisation des produits bancaires islamiques.

Par ailleurs, les populations musulmanes en Occident sont majoritairement issues des anciens territoires coloniaux, les écoles juridiques classiques sont donc représentées de manière assez homogène. En France[559], c'est le rite *malikite* qui est majoritaire, comme il l'est en Algérie, en Tunisie, et au Maroc. Au Royaume-Uni, c'est le *hanafisme* qui est majoritairement présent en raison de la présence des communautés d'origine pakistanaises ou cachemiries. De plus, il n'y a que peu d'autorités religieuses auxquelles peuvent se référer ces populations dans la

---

[557] Cf. ROY Olivier, *L'échec de l'Islam politique*, *Op. cit.*, p. 122-123.

[558] Cf. *infra* p. 212.

[559] La communauté *hanafite* de l'ile de La Réunion ne constitue pas un contre exemple dans la mesure où elle est là-bas majoritaire et représentée par des autorités propres. Voir notamment le rôle du CFCI (Cellule du Fiqh du Centre islamique de La Réunion) en matière de finance islamique in « Premiers produits islamiques en France, interview de Jérôme Pignolet de Fresnes », *Financeislamiqueenfrance.fr*, [En ligne] http://www.financeislamiquefrance.fr/interview-de-jerome-pignolet-de-fresnes.php (consulté le 25 septembre 2011).

conduite de leur foi, celles-ci se référeront donc naturellement au savoir transmis depuis l'étranger, par la coutume ou l'importation directe d'opinions influentes. Il convient d'ailleurs à cet égard de noter l'influence croissante des doctrines *salafistes*, rejetant le rattachement traditionnel aux écoles juridiques, véhiculées par les moyens de communications modernes, télévision ou Internet sur lesquels elles sont très influentes. En tout état de cause, l'appartenance à un rite n'entraîne que peu de conséquences sur la détermination du droit bancaire islamique. Nous dirions même que les seules conséquences s'analysent *a contrario*, la variété des opinions que propose l'histoire permettant de simplifier la création d'un droit bancaire islamique unifié.

## B- La fonction politique de la banque islamique

Nous nous attacherons à montrer, dans les développements à suivre, que la création d'un droit bancaire islamique fait partie intégrante de l'islamisation de la politique qu'a connue le monde musulman ces dernières décennies (1) et ceci est patent dans le cas du prosélytisme *wahabite* (b).

### *1- L'islam politique et la banque islamique*

De la révolution islamique Iranienne, à la prise de la Grande Mosquée de La Mecque ou à l'assassinat du président égyptien Anwar el Sadate, le rôle politique de l'Islam s'est en effet réaffirmé dans le monde musulman[560]. La présence de l'Islam dans le débat politique n'avait certes jamais été démentie, mais, depuis la période de colonisation, elle revint avec une force nouvelle, en réaction à l'influence croissante du modèle occidental, nous l'avons vu. A travers les velléités d'islamisation de la société que l'on rencontre dans ces pays, nous montrerons le rôle particulier joué par le droit bancaire islamique[561], et notamment, comment son développement est selon nous guidé par les mêmes forces

[560] LEWIS Bernard, *Op. cit.*, p.1156.

[561] FLUEHR-LOBBAN Caroline, Islamic Society in Practice, University Press of Florida, 1994 citée in CHAPELLIERE Isabelle, *Op. cit.*, p. 117 : « il est impossible de séparer la volonté de promouvoir un système économique islamique de celle de restaurer des principes islamiques au sein du gouvernement de la société ».

« conservatrices et technocratiques »[562] à l'œuvre sur le plan politique en Iran (a) et en Turquie (b).

### *a- Dans un régime islamique : cas de l'Iran*

Depuis la révolution islamique de 1979, l'Iran est dirigé par un système théocratique. S'il prend extérieurement la forme d'une république, avec un président et un parlement, le pouvoir réel « appartient au guide suprême en tant que représentant de l'*Imam* caché (*Imam* du Temps) qui dans la doctrine *shi'ite* duodécimale est le douzième descendant de *'Ali ibn Abu Taleb*, gendre du Prophète qui doit revenir à la fin des temps »[563]. Le cinquième principe de la constitution Iranienne dispose ainsi qu' « en l'absence de l'*Imam* du temps, que Dieu approche sa réapparition, la gestion de l'*imamat* […] sera assurée par un docteur de la Loi, juste et habile qui est accepté comme guide par la majorité du peuple ». La vision islamiste de « gauche », proche des revendications populaires iraniennes d'alors, a peu à peu été supplantée par un modèle « néo-fondamentaliste, mais libéral en économie »[564]. L'islamisation de l'ensemble du secteur bancaire en 1983[565] participe de ce mouvement et est l'application de la volonté politique d'islamiser l'ensemble de la société. Toutefois, en pratique, les nécessités économiques ont inexorablement amené l'Iran à adoucir sa position et, de fait, la fiscalité n'a guère était islamisée[566]. Les principes propres au droit bancaire musulman ont par ailleurs parfois été mis de côté par un souci de rentabilité[567]. Ainsi, en Iran, c'est la banque centrale qui fixe à l'avance les taux

---

[562] A ce propos cf. ROY Olivier, *L'Islam mondialisé*, *Op. cit.,* p. 168 où l'auteur montre comment le courant technocratique conservateur promeut la Banque Islamique en Arabie Saoudite et au Pakistan et Patrick Haenni, auteur de « L'islam de marché », qui, en référence à la révolution conservatrice qui a transformé la droite aux Etats-Unis fait le lien avec le développement consumériste de l'Islam.

[563] JAHEL Selim, « La laïcité dans les pays musulmans », *Op. cit.*, p. 148.

[564] ROY Olivier, *L'échec de l'Islam politique, Op. cit.,* p. 174 et FARIBA Adelkah, « Un évergétisme islamique : les réseaux bancaires et financiers en Iran *», Revue du monde musulman et de la Méditerranée*, N°85-86, 1999, p. 79, où l'auteur montre que l'islamisation du système bancaire iranien a été « un vecteur non négligeable de bancarisation, de monétarisation en bref de rationalisation ».

[565] SERHAL Chucri Joseph, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *Revue Banque et Droit*, 2006, N°106 p. 36.

[566] ROY Olivier, *L'échec de l'Islam politique, Op. cit.,* p. 176.

[567] PARIGI Stéphanie, *Op. cit.,* p. 171.

minimums et maximums[568] de la rémunération des dépôts ce qui est contraire au principe de la *moudharabah* que nous avons déjà évoqué.

Quoi qu'il en soit des détails techniques, il convient de comprendre que la banque islamique est un élément important de l'idéal politique iranien dont on sait l'influence sur le monde *shi'ite*. En outre, le prosélytisme iranien s'étend au monde *sunnite* par la conjugaison d'une assistance humanitaire, économique et parfois militaire[569], véhiculant l'idéologie *shi'ite* iranienne au-delà de ses frontières traditionnelles[570].

### *b- Dans un régime laïque : cas de la Turquie*

Si les six principes d'*Atatürk* font de la Turquie un « état républicain, nationaliste, populiste, étatiste, laïque et réformateur », le rôle politique de l'Islam demeure fondamental dans ce pays à 80% musulman[571]. La volonté du gouvernement turc de favoriser le développement de banques islamiques s'inscrit dans cette logique[572] et s'est dès le départ affirmée par l'octroi de conditions fiscales avantageuses et l'exonération des plafonds de crédit[573]. Les crises financières qui ont frappé la Turquie, en novembre 2000 et février 2001 ont donné au pays la preuve de la solidité de ce modèle bancaire islamique naissant[574], ce

---

[568] CHAPELLIERE Isabelle, *Op. cit.*, p. 254.

[569] Notamment en Syrie et Palestine cf. JAHEL Selim, « La laïcité dans les pays musulmans », *Archives de philosophie du droit*, 2004, N°48, p. 147.

[570] Ainsi au Maroc ou en Egypte dans lesquels, la subvention d'associations culturelles, la construction ou la rénovation de mosquées ou l'envoi d'Imams contribuent à l'adhésion au modèle théologico-politique iranien.

[571] Sur l'ambiguïté de la notion turque de la laïcité cf. VON GASTROW Jean-Philippe, « Turquie, pays musulmans et Islam », *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, N°50, 1988, p. 178-179.

[572] Marie Elisabeth Maigre note que depuis une vingtaine d'années, se développe en Turquie une éthique musulmane des affaires, cf. MAIGRE Marie Elisabeth, *Turquie* : *L'émergence d'une 'éthique musulmane' dans le monde des affaires : réflexions autour de l'évolution du Müsiad et des communautés religieuses*, Religioscope, Etudes et analyses, N° 7, mai 2005.

[573] CHAPELLIERE Isabelle, *Op. cit.*, p. 163.

[574] *Ibid.*, p. 200-209 et MUNAWAR Iqbal, SALMAN syed Ali, DADANG Muljawan, *Advances in islamic economics and finance*, Jeddah, Islamic Development Bank, IRTI, 2007, disponible sur www.irtipms.org, p. 372 et ss. Nous précisons ici que si cette solidité s'expliquait à l'époque par « l'absence d'utilisation de véhicules financiers soumis aux variations fortes des taux d'intérêts », les développement récents que nous avons déjà envisagés viennent relativiser cet état de fait, si bien qu'*in fine* la solidité du modèle islamique ne peut pas s'analyser sans tenir compte de ces évolutions ; surtout lorsque l'on sait que la plus grande banque islamique turque à l'époque, l'Ihlas Finance House, a fait faillite en 2002. Sur ce point cf. WILSON Rodney, *Islamic finance in Europe*, Robert Schuman for advanced studies, Policy papers N°2007/02, European University institute, 43

qui a fortement contribué à en normaliser l'usage. Toutefois et dans l'optique qui nous concerne de la création d'un droit bancaire islamique, force est de constater que derrière la puissance du marketing développé par les banques islamiques turques[575], l'application du droit n'est pas strictement imposée. Ainsi, de nombreuses banques offrent aux épargnants des taux de rendements déterminés *a posteriori* qui s'adaptant au taux d'intérêt du marché[576]. Dans leurs relations avec leurs correspondants bancaires à l'étranger y compris dans d'autres pays musulmans, les banques islamiques turques continuent de verser et de percevoir des intérêts[577]. De plus, si ces banques souhaitent poursuivre leur évolution et se tourner progressivement vers des techniques plus conformes à leurs prétentions initiales[578], elles sont contraintes par la pression de la clientèle qui souscrit en écrasante majorité des produits reproduisant les mécanismes conventionnels les plus couramment employés, la *mourabaha* et l'*ijara*[579].

## 2- Le prosélytisme wahabite

Le poids de l'influence saoudienne dans le monde musulman justifie que l'on expose les rapports entre l'expansion du *wahabisme* et la finance islamique (a). Ceci nous permettra de soutenir la thèse d'une convergence d'intérêt entre le monde occidental et la perspective saoudienne en matière de finance islamique (b).

### a- Expansion du wahabisme et finance islamique

Le *wahabisme* fondé par '*Abd al Wahab* (1703-1792) qui se voulait le représentant de la vraie religion (traitant même ses coreligionnaires d'infidèles, par

---

p., [En ligne] http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/7739/?sequence=1 (consulté le 25 septembre 2011), p. 38.

[575] Qui représente 50% de leurs coûts. Notons d'ailleurs que la dénomination officielle des banques islamiques turques est « banque participative », cf. *Conference Islamic finance in secular market*, Dubaï, Emirats Arabes Unis, Mai 2008, 28 p., [En ligne] http://www.cgscenter.org/library/IslamicFinance/IslamicFinanceinSecularMarkets.pdf (consulté le 25 septembre 2011), p. 21.

[576] Ce qui est frappant du calque des règles économiques conventionnelles à l'œuvre en la matière.

[577] CHAPELLIERE Isabelle, *Op. cit.*, p. 248.

[578] *Ibid.*, p. 245.

[579] Jusqu'à 90% des produits islamiques vendus sont des *mourabaha* ou des *Ijara*. Cf. *Ibid.*, p.187.

de multiples missives accusatrices dénonçant les mauvaises pratiques de ceux à qui elles furent adressées[580]) est aujourd'hui la doctrine officielle du Royaume d'Arabie Saoudite. Issue du *hanbalisme*[581], cette doctrine véhicule des enseignements *salafistes* (retour à un Islam des origines largement idéalisé et historiquement contredit) et prône un fondamentalisme réformateur dans le sens d'une simplification du droit musulman classique et de son unification sous la nouvelle égide qu'il propose[582]. Le *wahabisme* est traditionnellement rejeté par l'orthodoxie musulmane[583], mais compte tenu de l'importance de l'Arabie, gardienne des lieux saints de l'Islam, dans le monde musulman et de la puissance financière apportée par le pétrole, la doctrine *wahabite* s'exporte de par le monde et contribue à modifier l'acception de l'Islam.

Ainsi, dès le début du XXe siècle, Rachid Ridha mit sa maison d'édition au service des *wahabites* et contribua à faire entrer le *wahabisme* dans le giron de l'orthodoxie populaire grâce à sa réputation d'héritier de la pensée de Mohammad 'Abduh et d'Al Afghani. Il aurait d'ailleurs, selon Hamadi Redissi, été directement financé par les *Sa'ud*[584].

Le prosélytisme *wahabite* prend de multiples formes.

L'assistance financière et idéologique aux pays musulmans d'Afrique[585], d'Asie ou aux communautés musulmanes établies en Occident tout d'abord. Celle-ci peut consister en l'envoi d'*imams*, la construction de mosquées ou bien encore l'aide aux associations culturelles et même le paiement de bourses d'études en Arabie « pour propager ensuite la doctrine, au retour, dans le pays d'origine »[586].

L'influence exercée sur la formation islamique d'autre part. Ainsi, que ce soit par le biais de la Ligue islamique mondiale qui propose un grand nombre de

---

[580] REDISSI Hamadi, *Op. cit.*, p. 87.

[581] *Hanbalisme*, traditionnellement minoritaire parmi les quatre écoles juridiques, qui fut ainsi imposé à Médine et La Mecque en remplacement des *'ulama*, juges et *imams*, qui étaient alors majoritairement *shafi'ite*, mais où les autres écoles étaient admises. Voilà un exemple parmi d'autres de la difficulté qu'a la doctrine *wahabite* à accepter la multiplicité des courants orthodoxes en Islam.

[582] Sur ce point cf. AHMAD Fou'ad 'abd al Mou'mim, *La politique légale islamique, ses rapports avec le développement économique et ses applications contemporaines*, Jeddah, IRTI, 2002, disponible sur www.irtipms.org, p. 70-71.

[583] Voir notamment REDISSI Hamadi, *Op. cit.*, p.17 et p.131-138.

[584] *Ibid.*, p.176.

[585] Cf. pour un exemple précis, MIRAN Marie, «Vers un nouveau prosélytisme islamique en Côte d'Ivoire : une révolution discrète», *Autrepart,* octobre, N°16, 2000, p. 139-160.

[586] JAHEL Selim, « La laïcité dans les pays musulmans », *Op. cit.*, p.147.

formations financées par les *wahabites* saoudiens[587] ou, par leur présence importante dans la diffusion d'informations télévisuelles (30% de l'enveloppe satellitaire arabe) et dans la presse écrite[588], le *wahabisme* contribue à redéfinir les normes islamiques auprès de larges couches de la population des pays musulmans. Le contenu pédagogique de cet enseignement est, pour reprendre les mots d'Olivier Roy, « allégé au point de vue intellectuel », et dénonce tout ce qui dans l'enseignement traditionnel contredit la doctrine *hanbalite*, ou plutôt son acception *wahabite*.

Leur influence dans la plupart des organisations islamiques internationales est également à souligner[589], d'autant que nous étudierons plus avant leur rôle dans la création du droit bancaire islamique. Les liens entre l'émergence du phénomène des banques islamiques, son uniformisation et l'expansion du *wahabisme* doivent donc être soulignés pour comprendre le processus général de création que nous étudions. Ainsi, dès l'origine, un proche du prince *Muhammad Faysal al Sa'ud*[590], finança l'ouverture du centre *Salah Kamil* de recherches et d'études commerciales islamiques, rattaché à l'Université d'*Al Azhar*, « visant à favoriser l'émergence d'une doctrine bancaire islamique rénovée »[591]. Cette alliance entre l'économie et la religion est le point essentiel dans le prosélytisme *wahabite*[592]. Nous verrons au cours de nos développements qu'il est permis d'analyser la création d'un droit bancaire islamique à l'aune de la volonté de domination de la pensée musulmane *wahabite*. En ce domaine nous montrerons qu'à l'instar de son influence croissante dans la pratique rituelle des populations musulmanes en Occident, les pays occidentaux « par impuissance ou indifférence »[593] laissent l'influence saoudienne s'étendre, en dépit des atteintes apparentes au socle de valeurs qui les fondent.

---

[587] ROY Olivier, *L'échec de l'Islam politique, Op. cit.,* p.136 et p.149 où l'auteur montre que les « Saoudiens financent des instituts, des universités qui concurrencent les centres d'enseignement traditionnel, nous rajoutons que de telles formations sont également financées par certaines banques islamiques saoudiennes, via des instituts spécialisés ou par les voies universitaires classiques.

[588] REDISSI Hamadi, *Op. cit.*, p. 215.

[589] *Op. loc. cit.*

[590] Rappelons que la définition de l'industrie bancaire islamique en opposition à la fois au système mutualiste traditionnel et au système capitaliste occidental fut son œuvre, cf. GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 37-39.

[591] *Ibid.*, p. 45.

[592] JAHEL Selim, « Droit des affaires et religions », *Op. cit.*, p.16, Mohammed Baqer al Sadr cité par l'auteur, déclare à ce propos que les promoteurs de la banque islamique « visent à promouvoir un ordre économique nouveau qui incarne les valeurs du message islamique ».

[593] ROY Olivier, *L'Islam mondialisé*, *Op. cit.*, p.150.

### *b- La finance islamique : le pacte du Najd renouvelé ?*

Le pacte du *Najd*[594] est l'alliance historique conclue entre *'Abd el Wahab* et la dynastie *Sa'ud* en 1744-1745. Ensemble, ils ont conquis l'Arabie par la force et l'ont soumise au dogme *wahabite* que nous venons d'évoquer.

Deux siècles après le pacte de *Najd*, le 14 février 1945, à son retour de Yalta, le président américain Roosevelt rencontra *'Abdelaziz el Sa'ud*, Roi d'Arabie, pour sceller à bord du navire le Quincy un accord[595] dont l'histoire résumera la teneur en pétrole contre protection militaire[596]. C'est par ces deux pactes que se définit aujourd'hui la politique saoudienne. Comme le dit le professeur Redissi le pacte du Quincy est « fort utile pour couvrir le pacte de *Najd* et servir de paravent au dogme »[597]. En effet, l'Arabie Saoudite est tiraillée entre des courants rigoristes et d'autres plus modernistes qui s'opposent par l'intermédiaire du pouvoir royal. Celui-ci doit tenir compte de ces antagonismes dans la conduite de sa politique ce qui l'amènera souvent à des solutions contradictoires menaçant la cohérence idéologique du régime. Nous y reviendrons en détail lorsque nous présenterons le cas spécifique de l'Arabie Saoudite. Quoi qu'il en soit, le pouvoir des *Sa'ud* est légitimé par leur allégeance au rite *wahabite* et à la réussite de leur mission de protecteur des Lieux Saints de l'Islam. Ainsi, le pacte du Quincy, et l'alliance avec le monde occidental représenté par les Etats-Unis d'Amérique, créent, sur le plan extérieur, les conditions économiques et politiques permettant la sauvegarde du régime dans l'ordre interne malgré le fait que cette alliance soit jugée contre-nature par de nombreux saoudiens.

Par ailleurs, compte tenu de l'importance du pétrole sur le modèle de croissance économique occidental, l'intérêt pour les Etats-Unis de garder l'Arabie dans leur sphère d'influence est fondamental. Le fait que le pétrole saoudien soit vendu en dollars est ainsi une des raisons essentielles de la prépondérance de cette monnaie sur le plan international. Le privilège exorbitant qu'elle offre aux Etats-Unis lui permet aujourd'hui encore, à travers son statut de monnaie de réserve et de monnaie de paiement internationale, de soutenir son développement économique par l'endettement.

Les développements à venir prouveront qu'il est possible d'analyser la création d'un droit bancaire islamique sous l'angle d'une actualisation de cette

---

[594] Du nom de la région d'Arabie dans laquelle il fut conclu.

[595] REDISSI Hamadi, *Op. cit.*, p. 205.

[596] L'intérêt pour Roosevelt au-delà du pétrole, a été d'affaiblir les positions françaises et surtout anglaises (l'Arabie sort à partir de ce pacte de leur sphère d'influence) au Proche et Moyen-Orient cf. REDISSI Hamadi, *Op. cit.*, p. 212-213.

[597] *Ibid.*, p. 215.

convergence d'intérêts. La volonté *wahabite* d'étendre son influence idéologique et l'intérêt de convertir les foules musulmanes au libéralisme économique se rejoignent dans la recherche d'une définition, unifiée et globalement acceptée, d'un droit bancaire islamique.

## Section 2- La diversité des modèles

Ces développements achevés il nous appartient à présent de prouver l'impact des enjeux économiques sur la création d'un droit bancaire islamique. La finalité de ces institutions financières, commerciale (§1) ou sociale (§2), induit une actualisation, pragmatique, des sources classiques, justifiant la diversité de ce droit bancaire.

### *§1- Les banques islamiques à vocation commerciale*

Dans son acception la plus commune, une banque commerciale islamique, comme toute banque à vocation commerciale, a pour fonction la distribution de crédits, la garde des dépôts qu'elle est habilitée à recevoir, ainsi que la fourniture de comptes, de moyens de paiements et des services qui y sont liés[598].

La similitude extérieure avec les banques commerciales conventionnelles trouble une partie de la clientèle musulmane qui craint, derrière les slogans commerciaux vantant l'islamité du service, que, dans le fond, la banque islamique ne soit qu'une « tromperie sur les mots » pour reprendre les termes du *sheykh*[599] Libanais Al Layli cité par le Professeur Sami Aldeeb Abu-Sahlieh[600]. Pour répondre à ces interrogations légitimes, nous analyserons le cas des banques strictement islamiques (A) et celui des banques conventionnelles distribuant également des produits islamiques (B).

---

[598] Sur ce point voir GAFOOR Abdul A.L.M., *Op. cit.*

[599] Pl. : *shuyukh.*

[600] ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami*, Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman, Op. cit.,* p.23.

## A- Les banques strictement islamiques

Pour décrire la variété des modèles islamiques, il nous est apparu nécessaire de distinguer les pays dans lesquels le système bancaire est intégralement islamique (1) et ceux où coexistent les droits occidentaux et le droit musulman (2).

### *1- Dans un système intégralement islamique*

Les développements subséquents concerneront le cas pakistanais (a) et l'exemple soudanais (b).

#### *a- Le cas pakistanais*

D'obédience majoritairement *hanafite*, le droit islamique est au Pakistan issu de l'*anglo-muhammadan law*. Ce droit, que nous avons déjà évoqué, est la forme anglicisée du *fiqh hanafite* préexistant à la colonisation de l'Inde par l'Empire Britannique. C'est, pour reprendre Schacht, un système juridique indépendant ayant perdu la cohérence du droit musulman classique en répondant à un ensemble de problématiques juridiques par l'introduction de principes autonomes issus de la jurisprudence anglaise[601].

Le Pakistan fut le premier pays à islamiser l'intégralité de son système bancaire en 1979[602]. L'interdiction de laisser cohabiter les deux systèmes a entraîné la disparition des banques conventionnelles et des techniques de financement basées sur l'intérêt. Toutefois, l'intégration du Pakistan au système économique mondial a rendu nécessaire de conserver l'utilisation de l'intérêt notamment pour les succursales des banques étrangères et les dépôts en devises étrangères. La stricte séparation entre les deux systèmes fut néanmoins assurée par la création d'une société distincte à laquelle fut transférée la gestion des dépôts en devises[603]. Si à l'origine les banques islamiques pakistanaises

---

[601] SCHACHT Joseph, *Op. cit.*, p. 84.

[602] SERHAL Chucri Joseph, *La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français*, p. 36.

[603] Sur ce point se référer à WOHLERS-SCHARF Traute, *Op. cit.*, p. 66.

proposaient essentiellement des *moudharabah* et *mousharakah*[604], l'apport de la *mourabaha* contribua à en faire reculer l'usage.

### *b- L'exemple soudanais*

A la suite du choc pétrolier de 1973, le Soudan a connu un afflux nouveau d'investissements, en provenance des monarchies pétrolières du Golfe, qui ont contribué à la création de la première banque islamique en 1978, « la banque *Faysal* islamique Soudano-Saoudienne »[605]. L'islamisation du droit soudanais qui s'est accomplie dès 1983[606] et dont le point d'orgue fut la reconnaissance de la *Shari'a* comme source principale, en 1989, a en quelque sorte suivi l'apparition des banques islamiques qui représentent aujourd'hui l'intégralité du système bancaire soudanais. *Layla El Hatimi* dit ainsi que « si les capitaux du Golfe ont été spécialement orientés vers le Soudan c'est que le terrain a été préparé par tout un cadre idéologique. En effet, la propagation d'un certain nombre de concepts d'éveil islamique a servi de couverture et de sécurité à l'émigration des capitaux »[607].

L'idée, fidèle aux préceptes du prince Faysal, présidant à l'instauration d'un ordre islamique bancaire fut la substitution de la bourgeoisie traditionnelle par une « nouvelle élite économique islamiste » offrant aux jeunes diplômés « ne disposant pas de l'entourage social nécessaire pour se lancer seuls dans les affaires » une chance d'ascension sociale. Et, sur un plan général, de « prouver que l'économie islamique peut être une alternative aux expériences capitalistes et socialistes »[608]. On constate cependant par une coïncidence remarquable, que le libéralisme économique est la politique économique officielle des autorités de Khartoum depuis 1989 et que la pratique des banques islamiques s'est concentrée, par l'usage de la *mourabaha*, sur des opérations de spéculation « très

---

[604] Sur les difficultés de ces techniques de financement, en matière de conformité à la *Shari'a* mais également sur le plan économique et commercial cf. KHAN Tariqullah, *Practices and performance of modaraba companies (a case study of Pakistan's experience)*, Jeddah, Islamic research and training institute, Research paper N°37, disponible sur www.irtipms.org, 147 p.

[605] Dont nous avons déjà présenté le fondateur, et sa vision combative de la banque islamique, cf. *supra* p. 67.

[606] L'interdiction de la pratique du *riba* fut notamment instituée à ce moment, sur ce point RYCX Jean François, RYCX Jean François, « L'enseignement du droit musulman », in FLORY Maurice, HENRY Jean-Robert, *Economie et ordre islamique*, CNRS, 1989, p. 348.

[607] EL HATIMI Layla, *Op. cit.*, p.72.

[608] « Quel avenir pour le Soudan ? », *Rapport GA 23*, Compte rendu de la visite au Soudan du Groupe Sénatorial France-Soudan du 6 au 12 juin 1998, [En ligne] www.senat.fr/ga/ga-023/ga-023.html (consulté le 25 septembre 2011).

rentables à court terme » dont l'usage fut en outre encouragé par d'importants privilèges fiscaux[609].

L'analyse définitive que propose Einas Ahmed du phénomène des banques islamiques au Soudan résume parfaitement notre argumentaire général : « la propension de ces nouveaux acteurs économiques à intervenir par la spéculation financière et immobilière et la recherche de gains rapides au détriment de l'investissement à long terme dans le secteur productif, pose la question du rôle du secteur islamique privé dans le développement de l'économie soudanaise »[610].

### 2- Dans un système mixte

Nous visons ici les pays dans lesquels la *Shari'a* est une source majeure du Droit, mais où coexistent des normes issues des systèmes de droits occidentaux. Compte-tenu de leur rôle prééminent dans le développement du droit bancaire islamique nous envisagerons prioritairement le Bahreïn (a) et la Malaisie (b).

#### a- Le Bahreïn

Le Royaume du Bahreïn est une des figures de proue du développement libéral de la finance islamique. L'importance du système bancaire, qui représente 27% du produit intérieur brut du pays, s'est affirmée depuis l'instauration, en 1975, d'un statut *offshore* pour les établissements financiers souhaitant s'y installer[611].

Aujourd'hui, le pays compte la plupart des sièges des enseignes islamiques des banques conventionnelles, telles que *HSBC amanah*, *Calyon GIB*, ou *Citibank*, qui contribuent dans une large mesure au développement des produits financiers complexes. A ce niveau, le Bahreïn est un centre majeur du développement des techniques bancaires islamiques d'autant qu'il est le siège de la principale organisation de standardisation des méthodes, l'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Finance Institution* sur laquelle nous porterons notre analyse ultérieurement[612].

---

[609] *Ibid.*

[610] AHMED Einas, « Banques islamiques et sociétés islamiques d'investissement », *Politique africaine*, N°66, juin 1997, p. 47-48.

[611] Sur la très forte importance du secteur bancaire au Bahreïn : FABRE Pierre, « Bahreïn, une place financière islamique de référence ? », *Banque Stratégie*, 2007, N°253, p.17.

[612] Cf. *infra* p. 212.

### *b- Asie du sud-est*

Au sujet des deux exemples à suivre, de la Malaisie et de l'Indonésie, il convient de préciser que l'Etat n'y est pas islamique. Pour reprendre les termes de François Raillon, « l'Islam colore l'Etat sans en faire pour autant un Etat islamique. Dans le monde Malais, l'Etat n'est ni religieux, ni entièrement séculier »[613].

Depuis 1983 et l'adoption de l' *islamic banking act* autorisant la création, à titre expérimental de la *Bank Islam Malaysia Berhad*, la Malaisie s'est affirmée comme un des pays phares du développement de la finance islamique. Le succès initial fut suivi en 1993 par l'*interest free banking scheme* qui étendit les possibilités d'ouverture de banques islamiques[614]. Aujourd'hui environ 20% du secteur est islamique et 86% des actions cotées en Malaisie sont compatibles avec les critères de conformité à la *Shari'a* que nous avons déjà évoqués[615]. Cette réussite s'explique par une politique volontariste tournée vers l'efficacité économique. Ainsi, la création de *l'Islamic Interbank Money Market* en 1994, permettant de faciliter les prêts interbancaires par un mécanisme s'appuyant sur la *moudharabah*, et l'utilisation majoritaire du contrat de *'inah*, ont fortement contribué à faire de la Malaisie un des leaders mondiaux du secteur. Kuala Lumpur, sa capitale, accueille d'ailleurs le siège de *l'International Financial Services Board* qui contribue à l'intégration des normes islamiques dans les dispositifs conventionnels de contrôle prudentiel. Toutefois, la vision utilitariste du droit bancaire islamique malais, son expansion, le recours sytématique au contrat de *'inah* entraînent la plupart des instances religieuses du monde arabe à en nier la conformité à la *Shari'a*. Cette opposition est une des clefs de l'évolution à venir du droit bancaire islamique.

A l'opposé de la réussite malaise, le plus grand pays musulman du monde, l'Indonésie[616], peine à développer son secteur bancaire islamique. L'absence de politique gouvernementale incitative (taxation des produits islamiques assimilée aux opérations commerciales, la *mourabaha*, impliquant une double vente est doublement taxée) et la fragilité du secteur bancaire conventionnel qui ne se remet que difficilement de la crise financière asiatique de 1997[617], expliquent son faible

---

[613] RAILLON François, « Asie du Sud-est, l'Islam circonvient l'Etat-nation », *Revue du monde musulman et de la Méditerranée*, N°68-69, 1993, p. 185.

[614] CONTAMINE Thibaud, « Malaisie, un pays moteur mais qui ne relâche pas ses efforts », *Banque Stratégie*, 2007, N°253, p. 21.

[615] *Ibid.*, p. 22.

[616] 85% des 230 millions d'habitants de l'Indonésie sont musulmans.

[617] Sur ce point cf. ROUGE Jean-Charles, « Indonésie, une situation paradoxale pour le plus grand pays musulman du monde », *Banque Stratégie*, 2007, N°253, p. 23.

développement. Ainsi, l'exemple de l'Indonésie révèle que, malgré une forte population musulmane, c'est souvent le contexte économique global qui dicte le développement du secteur bancaire islamique, nous y reviendrons.

## B- Les banques conventionnelles à fenêtre islamique

Un *hadith* rapporté par Musannaf ibn Abi Shaybah révèle qu'il serait « interdit au musulman de s'associer avec des juifs ou des chrétiens sauf si la vente et l'achat sont entre les mains de musulmans »[618], cette règle ne semble toutefois plus avoir vocation à s'appliquer comme en témoigne les siècles d'histoire commune entre ces peuples, notamment à travers les relations commerciales. Au contraire, les associations entre les banques islamiques et conventionnelles sont encouragées, ces dernières étant même le moteur de la croissance du secteur[619], et celles dans lesquelles l'évolution des techniques structurent le plus le développement du droit bancaire islamique. L'étude distincte des banques dans le monde musulman (1) et dans le monde occidental (2) mettra à nouveau en lumière la diversité des situations.

### *1- Dans le monde musulman*

Dans nos analyses à suivre, nous reprendrons la distinction traditionnelle entre les banques commerciales (a) et les banques de financement et d'investissement (b).

#### *a- Banques commerciales*

Historiquement, le fonctionnement des banques conventionnelles a toujours été considéré comme incompatible avec les principes du droit musulman. Le recours systématique à l'intérêt, assimilé au *riba*, justifiant fondamentalement cette perspective[620]. C'est d'ailleurs en réaction à cet état de fait que la notion de banque islamique s'est peu à peu développée, nous l'avons vu. Néanmoins, la

---

[618] HAJJAJI Haykel, « Pactes d'actionnaires et financements islamiques », *Revue de droit des affaires internationales*, 2009, N°5, p. 559.

[619] FOUET Philippe, « Le développement de la finance islamique vu du Moyen-Orient », *Banque Stratégie*, 2007, N°253, p.16.

[620] EL-GAMAL Mahmoud A., *Mutuality as an antidote to rent-seeking Shari'a arbitrage in Islamic Finance*, *Op. cit.*, 13 p.

présence de ces banques dans le monde musulman, par nécessité économique a contribué à façonner la population en imposant des standards, dans la relation à l'institution bancaire, qui ne se sont pas démentis. La présence de banques conventionnelles dans les pays musulmans a naturellement conduit à ce qu'elles s'intéressent au développement du phénomène de la banque islamique et que leur coexistence soit vue comme nécessaire dans le processus d'islamisation globale du système bancaire[621]. L'image de banque *ribawiya* (fondée sur l'intérêt) qui leur est attachée ne permettant pas directement la pénétration d'un secteur basé avant tout sur la crédibilité religieuse, ces banques ont axé leur stratégie d'islamisation sur la recherche de cette crédibilité.

La cohabitation des deux systèmes dans des pays où la *Shari'a* est la loi fondamentale a soulevé une problématique nouvelle, comment positionner commercialement les banques conventionnelles face à leurs concurrentes islamiques ? Définir les nouveaux entrants comme « islamiques » risquait en effet de stigmatiser le domaine bancaire dans son ensemble et, en outre, affirmer explicitement que la *Shari'a* n'était en fait pas appliquée sur le territoire. De plus, la difficulté de réunir les populations sur une acception commune de la conformité à l'Islam[622] a achevé de convaincre les autorités centrales de nombreux pays d'interdire toute référence explicite à l'Islam dans la communication commerciale[623]. Tous ces éléments ont contribué à engager le développement d'une industrie bancaire islamique par le prisme d'un délicat exercice marketing. Convaincre de la conformité à l'Islam des produits proposés tout en continuant d'insister sur la maîtrise des techniques bancaires et le savoir-faire conventionnel. De fait, sur ces marchés, les banques conventionnelles ont engagé leur islamisation, soit en séparant formellement les activités bancaires islamiques par la création de filiales dédiées et facilement identifiables (HSBC avec HSBC *amanah* est l'exemple le plus célèbre) d'autres se contentant de fournir à une clientèle satisfaite, des produits conformes à l'Islam, au sein de leur réseau. Dans les deux cas, et nous aurons l'occasion d'y revenir, la formation du personnel, le modèle économique de ces institutions et la recherche d'efficacité économique de la part de la clientèle ont largement contribué à façonner l'évolution du droit bancaire islamique dans le sens d'un rapprochement toujours plus affirmé vers le droit bancaire conventionnel.

---

[621] GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 175.

[622] Sur ce point *Ibid.* p. 189 où Michel Galloux cite le journaliste égyptien Muhammad Sayyd Ahmad al Masir, « la question est de savoir si ces succursales [islamiques des banques conventionnelles] méritent l'étiquette islamique ou si elles ne sont qu'une mystification destinée à attirer les fonds ou à empêcher leur fuite. Si elles sont islamiques, il faut fermer celles qui ne le sont pas : qu'avons-nous besoin de deux systèmes contradictoires ? ».

[623] C'est le cas en Arabie Saoudite et au Maroc notamment, sur l'exemple similaire de la Turquie cf. CHAPELLIERE Isabelle, *Op. cit.*, p. 186.

### *b- Banques de financement et d'investissement*

L'activité des banques de financement et d'investissement, tournée vers la clientèle des entreprises rompue aux pratiques conventionnelles du droit bancaire international s'analyse différemment. Si une part croissante de cette clientèle est disposée à se convertir à l'usage des techniques de financement islamiques pour des raisons de quiétude spirituelle, ce n'est le plus souvent qu'à la condition qu'elles autorisent la même souplesse et la même efficacité que leurs équivalents conventionnels. C'est ainsi, qu'au sein des BFI, le jeu de la concurrence entraîne l'élaboration de produits financiers complexes, légitimés par le droit musulman et reproduisant une gamme de mécanismes conventionnels qui va en s'élargissant, nous l'avons vu. Il est par ailleurs fréquent, dans ces établissements, que les mêmes personnes soient en charge des deux volets de leur activité, le conventionnel et l'islamique. Ainsi, le financement de projet sera assuré par le service idoine qui, au besoin, structurera le financement dans la voie islamique ou de manière classique, selon la demande du client. Tout ceci participant de la difficulté, que l'on constate dans le secteur bancaire islamique, de soutenir un développement par une innovation différenciée des techniques de financement.

Nous rappelons que ce développement conjoint et la réunion comptable des activités qu'il implique le plus souvent, interdit que ces banques fassent l'objet d'investissements islamiques au point de vue des critères de conformité faisant consensus sauf en cas de filialisation de l'activité islamique.

## *2- Dans le monde occidental*

Nous utiliserons à nouveau la distinction traditionnelle en précisant que, schématiquement, dans le monde occidental les banques islamiques répondent à deux demandes : la clientèle locale (a) et la clientèle internationale (b).

### *a- Banques commerciales*

Dans le monde occidental, le rôle des banques islamiques commerciales est orienté vers la satisfaction des besoins économiques d'une partie de la population attachée au respect des prescriptions religieuses de l'Islam. La compatibilité des normes *Shar'i* avec l'ordre juridique interne est donc au coeur de la problématique de la création d'un droit bancaire islamique.

Cette compatibilité s'analysera à travers deux axes. Le premier tient à la compatibilité technique des mécanismes de financements islamiques avec le droit bancaire positif et, dans une large mesure, avec le droit fiscal. L'interdiction de l'intérêt contournée en pratique par un jeu d'opérations commerciales emportera généralement un plus fort taux d'imposition pour les activités islamiques qui trouveront de fait plus de difficultés à s'imposer en l'absence de volontarisme politique. L'autre élément à prendre en compte, de caractère sociétal, concerne la commercialisation des produits. La forte bancarisation des populations en Occident conduit à envisager la banque islamique sous l'angle du dévelopement d'un marché préexistant, insuffisamment satisfait par l'offre qui lui est proposée. Il s'agira donc moins d'amener le client à entrer en contact avec une institution bancaire, que de changer sa relation avec la banque. Pour cela, la crédibilité religieuse de la banque sera déterminante dans l'évolution de la perception de la clientèle. L'ouverture d'unités dédiées aux produits islamiques, "fenêtres islamiques", dans les banques conventionnelles sera le modèle commercial le plus souvent retenu[624].

En pratique, nous y reviendrons, c'est par le biais de l'aval d'une autorité religieuse reconnue que cette crédibilité religieuse se gagnera. L'absence ou tout au moins la faible représentativité des représentants du culte conduit à ce que ce soit par le biais des comités *Shari'a* des départements islamiques dont disposent déjà la plupart des groupes bancaires[625] que s'opérera ce travail de légitimation. Partant, c'est cette conception importée de l'Islam qu'il conviendra d'étudier lorsque nous envisagerons les cas français et anglais. Il importera alors de déterminer les enjeux susceptibles d'expliciter cette juxtaposition nouvelle d'un *fiqh al 'ibadat* hérité et d'un *fiqh al mu'amalat* importé.

---

[624] Sur ce point cf. SALTI Stéphanie, *La finance islamique ne connaît pas la crise au Royaume-Uni*, L'AGEFI Hebdo, 11 au 17 juin 2009, p.31. L'auteur cite Farrukh Raza, directeur général de la société de conseil Ifaas à Londres qui précise qu' « il faut environ deux mois pour mettre en place une fenêtre islamique au sein d'une banque conventionnelle ».

[625] Ainsi, Hsbc, Deutsch Bank, Bnp Paribas… Cf. sur ce point WARDE Ibrahim, « Paradoxes de la finance islamique », *Le Monde diplomatique*, Septembre 2001, [En ligne] http://www.monde-diplomatique.fr/2001/09/WARDE/15584 (consulté le 25 septembre 2011) : « Ce phénomène peut paraître paradoxal, l'islam étant perçu par certains comme incompatible avec le « nouvel ordre mondial » qui s'est instauré dès la fin de la guerre froide. Comment expliquer, à l'heure de la finance globalisée, que des institutions rejetant l'« usure » puissent s'intégrer dans un système fondé sur l'intérêt et que des techniques remises à jour avec l'éveil de l'islam politique connaissent leur âge d'or alors même que l'islam politique s'essouffle ? ». Voir également OBEIDI Zouheir, *Op. cit.*, p. 229 : « Les banques internationales jouent un rôle primordial dans le monde capitaliste, les banques islamiques dépendent directement des institutions bancaires internationales ainsi celles-ci peuvent s'opposer au développement de la banque islamique si elles pensent que le système pourrait être ébranlé ». L'auteur s'exprimait dans les années 80, la suite de l'histoire a apporté une réponse à ce paradoxe qui n'en est pas un, nous y reviendrons.

### *b- Banques de financement et d'investissement*

L'utilisation de techniques islamiques de financement dans le cadre d'opérations internationales s'analysera d'une part, à travers la possibilité d'une intégration complète du système bancaire islamique dans l'ordre économique mondial et d'autre part, sous l'angle des relations entre les différentes parties impliquées dans un même projet quand celles-ci auront une approche différente de la conformité à l'Islam des opérations. Toutefois, ces divergences ont tendance à se réduire, le processus d'uniformisation des normes est en marche et il semble conduire à ce que le droit bancaire islamique forme à l'avenir un corpus définitif. Nous le verrons, la puissance des capacités financières en provenance du Golfe Persique détermine largement les évolutions juridiques et contribue à définir, dans les pays en quête de ressources extérieures, le droit bancaire islamique.

## *§2- Les banques islamiques de développement*

Dans la diversité des modèles de banques islamiques, nous envisagerons à présent celles qui ont une vocation spécifiquement sociale (A). L'importance de la Banque Islamique de Développement dans la création mais aussi dans l'expansion des techniques bancaires islamiques justifie que nous lui consacrions des développements particuliers (B).

### A- Les banques islamiques à vocation sociale

Parce que ces deux modèles bancaires à visées sociales se complètent, nous proposons à présent de distinguer entre, d'une part, l'étude des caisses mutualistes islamiques (1) et, d'autre part, les organismes de microfinance islamique (2).

#### *1- Les caisses mutualistes*

Ce que l'on désigne généralement comme la première expérience bancaire islamique vit le jour en 1963 en Egypte, à *Mit Ghamr* dans le delta du Nil, où une caisse d'épargne rurale fondée sur le principe de la mutualisation des ressources « a permis à une clientèle pauvre et religieuse se méfiant des banques

conventionnelles de bénéficier d'une caisse sécurisant leurs capitaux »[626], leur avançant des fonds et apportant une assistance sociale. L'expérience de *Mit Ghamr* prit fin en 1967 et, dans la continuité de cette initiative, la *Nasser Social Bank* offrit, à partir de 1971 des prêts sans intérêts aux populations égyptiennes défavorisées. Financée par la perception de 2% des bénéfices nets des entreprises publiques, cette banque mit également à leur disposition un fonds d'assurance sociale et finança des pèlerinages. Ces exemples illustrent bien le propos du Professeur Algabid pour qui « les banques islamiques ne doivent pas être un élément exogène pour réussir dans les actions de développement […] mais une émanation du milieu »[627], ce qui n'est que trop rarement le cas ajoute t-il[628].

Ce mode de fonctionnement est à rapprocher des institutions mutualistes et coopératives qui virent le jour en Europe au cours du XIXe siècle.

Le mouvement mutualiste, apparu en 1847 en Rhénanie par l'intiative de Friedrich Wilhelm Raiffeisen, est né en réaction à la misère agricole de l'époque et avait pour but de « procurer des crédits à des personnes de condition modeste en mettant en œuvre une solidarité mutualiste »[629]. La similitude des principes du mutualisme, d'inspiration chrétienne, avec ceux du mouvement initial des banques islamiques, est frappante : une responsabilité illimitée des sociétaires[630], une répartition équitable des bénéfices[631] et un rejet de l'usure. Ce type d'organisation dans lequel la finalité économique s'accompagne d'une exigence sociale, où le profit n'est pas érigé en vertu cardinale[632], entraîne en principe nécessairement

---

[626] WOHLERS-SCHARF Traute, *Op. cit., p. 113.*

[627] ALGABID Hamid, *Op. cit.*, p. 229.

[628] On retrouve des expériences similaires à *Mit Ghamr*, également inspirées du mouvement mutualiste, au Pakistan dès les années 1950 et en Malaisie au cours des années 1960. Sur ce point cf. EL-GAMAL Mahmoud A., *Mutuality as an antidote to rent-seeking Shari'a arbitrage in Islamic Finance*, *Op. cit.*, p. 3.

[629] GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, *Op. cit.*, p. 58. Par ailleurs, le Professeur Jacques Bouineau a montré dans son *Traité d'histoire européenne des institutions,* (*Tome II : XVIe-XXe siècle*)*,* Paris, LexisNexis Litec, 2009, § 1156 et ss. que le mutualisme est hérité de l'ancienne organisation des métiers.

[630] GUEVEL Didier, *Droit du commerce et des affaires*, Paris, L.G.D.J, « Collection systèmes Droit », 2007, 3e édition, p. 58.

[631] Proportionnellement aux salaires, ou aux apports. Sur ce point voir GUELFAT Isaac, *La coopération devant la science économique*, p. 35 cité par OBEIDI Zouheir, *Op. cit.*, p. 227.

[632] CORNFORD Andrew, *Capital of alternative financial institutions and Basel II : credit cooperatives and islamic banks*, workshop on « Will Ethical Finance Survive Basel II ? », Third International meeting : ethics, finance & responsibility, 1-2 Octobre 2004, Genève, Suisse, [En ligne] www.microfinancegateway.org/gm/document-1.9.../30550_file_30550.pdf (consulté le 25 septembre 2011), p.1 et MOULEVRIER Pascale, « Le crédit mutuel », *Archives des sciences sociales des religions*, Année 2003, volume 146, N°1, p. 103 et ss.

une protection contre la prise de risque excessive, comme ce fut le cas dans l'esprit des initiateurs du mouvement mutualiste chrétien puis musulman[633].

Toutefois, si « les coopératives ont été créées pour lutter contre l'usure […] l'histoire des coopératives en Europe […] a pu enregistrer des cas où les coopératives elles-mêmes se sont transformées en patrimoine des éléments riches tout en continuant de pratiquer l'usure sous différentes formes »[634], l'évolution des banques mutualistes estompa son caractère traditionnel et sa différence avec les banques commerciales[635]. L'histoire semble ici se répéter.

### *2- Les organismes de microcrédit*

Le microcrédit désigne l'attribution de prêts de faible montant à des entrepreneurs ou à des artisans qui ne peuvent accéder aux prêts bancaires classiques ou, dans le cas du système islamique, ne veulent utiliser ces outils par conviction religieuse. L'octroi de ces prêts doit permettre aux populations défavorisées de développer une activité leur offrant la possibilité de subvenir à leurs besoins ou encore, de sauvegarder, par un prêt d'urgence, la survie d'une activité en difficulté passagère.

La fourniture de microcrédits islamiques amène la population dans le besoin à bénéficier de services financiers en écartant les blocages idéologiques. De plus, la proximité entre les organismes et leur clientèle permet le développement de techniques financières considérées comme plus proches des principes du droit musulman classique, dans leur forme, mais également, et peut être même surtout, dans leur finalité[636]. Un mécanisme intéressant a par exemple été développé en Asie du sud-est[637] en s'appuyant sur le contrat de gage, *al rahn*. Ainsi, la mise en gage d'un objet de valeur auprès de l'institution de microfinance donne droit à un

---

[633] EL-GAMAL Mahmoud A., *Mutuality as an antidote to rent-seeking Shari'a arbitrage in Islamic Finance*, *Op. cit.*, p. 6-7.

[634] GUELFAT Isaac, *Op. cit.*, p. 45 cité par OBEIDI Zouheir, *Op. cit.*, p. 217.

[635] GUEVEL Didier, *Op. cit.*, p. 58 et RICHEZ-BATTESTI, *Entre banalisation et reconquête de l'identité coopérative : le cas des banques coopératives en France*, colloque international du réseau RULESCOOP, les défis du secteur des organisations coopératives et mutualistes, Brest 22-24 mai 2006, p.10-13.

[636] Sur ce point cf. *Le développement de la microfinance islamique*, cadre & stratégies, forum ifsd 2007, Forum sur le développement du secteur financier islamique dans le cadre de la rencontre annuelle du groupe BID, Dakar, Sénégal, 27 mai 2007, [En ligne] http://senegal.portailmicrofinance.org/portail_senegal/lesressources/actualites/archives-2007/forum-ifsd-2007/ (consulté le 4 novembre 2008).

[637] Malaisie, Sultanat de Brunei et Indonésie.

crédit d'une valeur équivalente (c'est en fait généralement moins en pratique). Le coût du crédit est ensuite calculé sur les frais de fonctionnement de l'institution, et notamment sur le service de garde de l'objet gagé[638]. Par ailleurs, le contrôle dans la gestion du projet par un contrat de *mousharakah* permet, assorti de visites régulières qu'autorise l'intégration au milieu social des institutions de microfinance, de vérifier l'affectation des prêts vers un but productif. La pression sociale se chargeant encore de contrôler le remboursement des financements[639], dont le taux atteint ainsi fréquemment les 100%[640].

Le microcrédit islamique supporte par ailleurs les mêmes risques que le microcrédit classique[641], mais sa perspective religieuse accroît la nécessité des contrôles. Une affectation des financements à la satisfaction de besoins non productifs, augmentant l'endettement et, le cas échéant, entraînant des procédures de recouvrement à l'encontre d'une clientèle défavorisée fait courir un risque de réputation aux institutions de microcrédit islamique qui peut *in fine* nuire à la confiance et à la crédibilité de ce système au sein de la population.

## B- Le cas de la Banque Islamique de Développement

Dans cette étude, nous aborderons successivement le fonctionnement (1) et les actions (2) de la Banque Islamique de développement.

### *1- Fonctionnement de la BID*

A la suite de sa composition (a), nous montrerons les objectifs que s'est assignée la Banque Islamique de développement (b).

---

[638] *Islamic finance and global financial stability*, IRTI, *Task force* dirigée par ZETI AKHTAR Aziz, Jeddah, Arabie Saoudite, 2010, disponible sur www.irtipms.org, p. 26 et ss.

[639] RANGE Matthias, *Islamic microfinance*, Thèse : économie, RWTH Aachen University, Research center of « International technical and economical cooperation », Faculty of business administration, 2004, p.66 et ss.

[640] EL-HAWARY Dahlia, GRAIS Wafik, *Op. cit.*

[641] Sur ce point cf. ISERN Jennifer, PORTEOUS David, *Banques commerciales et microfinance : des exemples d'adaptation réussie*, juin 2005, Groupe Consultatif d'Assistance aux Pauvres, focus N°28, [En ligne] www.lamicrofinance.org/files/17914_file_FN28_fr.pdf (consulté le 25 septembre 2011), p. 5-6.

### *a- Composition*

La Banque Islamique de Développement (BID) est une institution intergouvernementale basée à Jeddah, Arabie Saoudite, créée en 1975 avec l'appui de l'Arabie Saoudite qui en est son plus gros contributeur et fournit 25% de ses ressources[642]. Elle émane de l'Organisation de la Coopération Islamique et compte 57 membres regroupant la quasi intégralité des pays dans lesquels la présence musulmane est majoritaire.

### *b- Objectifs*

L'objectif premier de la BID est de « stimuler le développement économique et le progrès social des pays membres et des communautés musulmanes individuellement aussi bien que conjointement selon les principes de la finance islamique »[643]. C'est une banque internationale de développement qui se distingue en ne pratiquant pas le *riba*[644] et axe son action sur la « promotion des institutions financières islamiques et des autres institutions islamiques », la « réduction de la pauvreté »[645] et la « promotion de la coopération entre les pays membres »[646]. La BID est aujourd'hui un acteur majeur du développement des banques islamiques dans le monde, en participant parfois directement à leur création, en Afrique par exemple[647].

---

[642] WOHLERS-SCHARF Traute, *Op. cit.*, p. 133.

[643] www.isdb.org. A ce propos voir également *Islamic financial services industry developpement, ten-year framework and strategies*, IRTI and IFSB, New policy dialogue paper N°1, Mai 2007, disponible sur www.irtipms.org, 80 p.

[644] Selon ALGABID Hamid, *Op. cit.*, p. 230, elle utilise néanmoins l'indexation aux taux d'intérêts conventionnels dans la détermination du coût de ses services.

[645] Notamment en apportant son soutien au développement de la microfinance islamique. Sur ce point cf. MELIANI Hakim AGHROUT Ahmed, « Développement de la microfinance islamique : Défis et perspectives », *Les Cahiers de la finance islamique*, N°2, Ecole de management de Strasbourg, Université de Strasbourg, disponible sur www.em-strasbourg.eu, p. 33.

[646] www.isdb.org.

[647] Sur des exemples de coopération entre la BID et la banque mondiale en Afrique cf. COURCELLE (de) Dominique, *Avant-propos* de *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique, Op. cit.,* p. 28.

## 2- Actions de la BID

Les actions de la BID peuvent être regroupées en deux axes principaux : les financements (a) et la formation (b).

### a- Financements

La BID utilise toute la gamme des techniques islamiques de financement, l'*ijara* avec promesse d'achat à échéance, la *mourabaha* pour le financement du commerce. Mais aussi l'*istisna'* et le *salam* pour le financement de la production industrielle et agricole ou la construction d'ouvrage. La BID peut aussi prendre des participations directes dans des projets de développement via la *mousharakah* et accorder des prêts gratuits, *qard al hasan*[648].

La banque peut, dans tous ces types de financement, jouer le rôle du prêteur, mais également intervenir à titre de garantie.

### b- Formation

Ce qui est le plus intéressant au regard de notre sujet, c'est le rôle important joué par cette institution dans le développement du droit bancaire islamique[649].

Ainsi, elle contribue au développement doctrinal depuis 1981 et la création de l'I*nternational Research Training Institute* (IRTI), également basé à Jeddah qui favorise les recherches en droit bancaire islamique par de nombreuses publications et l'octroi de bourses d'études. De plus, la fonction de la BID est réellement d'apporter une assistance technique, essentiellement juridique et financière, aux bénéficiaires des financements. La coopération avec les banques islamiques nationales se matérialisant en pratique par l'exportation de la définition de la banque islamique, et par extension, du droit musulman, tels que véhiculés par l'Organisation de la Conférence Islamique dont on a vu la proximité avec le régime *wahabite* saoudien[650]. Nous pouvons donc dire avec Wohlers-Scharf que

---

[648] Pour plus d'informations, se reporter à www.isdb.org

[649] Sur le rôle de la BID dans le *néo-ijtihad* cf. MEENAI S.A., *The islamic development bank*, London and New-York, Kegan Paul international, 1989, 256 p.

[650] Ceci se matérialisant très clairement dans la définition des produits bancaires islamiques par ces banques, en rupture avec l'obédience juridique de leur marché national, ou par des liens

la BID assure la « promotion du développement de la finance islamique » [651], développement entendu dans un sens unitaire.

L'analyse de la diversité du droit bancaire islamique nous a permis d'entrevoir, derrière les oppositions doctrinales et même politiques, des possibilités de rapprochements. Les implications de la définition d'un droit et d'un modèle bancaire islamique unifiés nous amèneront à présent à en rechercher la matérialisation.

## ***Chapitre 2- La recherche d'unité***

La recherche d'unité dans la création d'un droit bancaire islamique est un processus qui obéit, nous l'avons déjà évoqué précédemment, à plusieurs forces qui, parfois se complètent, mais par ailleurs s'opposent. La recherche d'une uniformité permettant l'industrialisation des procédures commerciales ne trouve pas, par exemple, directement écho dans les velléités hégémoniques de certains partisans du développement bancaire islamique. Néanmoins, la notion de confiance est fondamentale dans l'économie bancaire, et recouvre des aspects techniques de transparence et de solidité financière dont l'étude est laissée aux praticiens. Cette exigence de confiance se double dans le cas du droit bancaire islamique par la recherche d'une légitimation religieuse globale, dont nous continuerons à cerner les enjeux.

Le processus d'uniformisation du droit bancaire musulman est ainsi concomitant de son développement. Nous verrons dans les développements subséquents qu'il est favorisé par l'utilisation de principes juridiques issus du droit musulman (Section 1), mais procède dans une large mesure de l'action d'instances religieuses, politiques, ou spécifiquement bancaires (Section 2).

---

capitalistiques Arabes établis parallèlement. Cf. l'ouvrage établi à l'initiative de la BID pour coordonner, au Soudan, l'évolution des pratiques islamiques en matière de financements immobiliers : MAHDI Mahmoud Ahmed, *Islamic banking modes for house building financing*, Jeddah, IRTI, 1995, disponible sur www.irtipms.org, 272 p. Et pour l'exemple du Sénégal : *Promotion et financement des micro-entreprises*, édité par MEMMI Tahar, IRTI, Actes de séminaire n°42, 1998, disponible sur www.irtipms.org, p. 131 et ss.

[651] WOHLERS-SCHARF Traute, *Op. cit.*, p. 33.

## Section 1- Les principes juridiques musulmans vecteurs d'uniformisation

D'essence universaliste, le droit musulman comporte en son sein les outils permettant son enrichissement et son adaptation aux solutions diverses auxquelles il est nouvellement confronté. A travers l'étude de la notion d'*ijma'* (§3) nous verrons comment l'accord unanime de la communauté contribue, en plus de sa création pure et simple, à l'unification du droit. Mais, intéressons-nous tout d'abord aux constructions du *fiqh* que sont la *maslaha* (§1) et la d*arurah* (§2) pour analyser comment le droit musulman procède pour trouver des réponses légitimes à des situations nouvelles et circonstanciées. Ce faisant nous démontrerons que cette doctrine de l'adaptation du droit recoupe largement celle de son uniformisation dans un monde où les particularismes s'amenuisent.

### *§1- La maslaha*

« Nul doute que les règles du droit changent avec les époques »[652], c'est par cette affirmation que la *Majallah* ottomane formalisa le principe selon lequel le droit musulman doit trouver à s'appliquer aux situations nouvelles, en veillant au respect de l'intérêt général des musulmans. Cette prise en compte de la *maslaha,* l'intérêt général, est donc intrinsèquement une méthode de création de normes par adaptation à la vie sociale (A)[653]. Nous tirerons de cela les conséquences de l'usage de la *maslaha* sur l'élaboration des normes bancaires islamiques contemporaines (B).

#### A- Le principe de création de normes nouvelles par la recherche de l'intérêt général

La *maslaha* recouvre différentes acceptions (1) qui sont soumises, dans leur fonction de création de droit, à différentes conditions (2).

---

[652] Article 39 de la *Majallah* ottomane cité par JAHEL Selim, « Droit des affaires et religions », *Op.cit.,* p. 9.

[653] Sur ce point cf. EL SHAKANKIRI Mohammed, *Op. cit.*, p. 19.

### *1- Les différentes acceptions de la notion de maslaha*

Nous l'avons vu, la législation islamique est instituée pour sauvegarder les cinq besoins indispensables à l'homme : la religion, la personne, la procréation, les biens et la raison. Dans cette optique, les conditions de l'époque impliquent une actualisation dans la prise en compte des règles de Droit, permettant à travers l'application rationnelle de La Loi, le respect des *maqasid*, les buts, qu'elle exprime ou implique dans ses trois sources principales, le *Qor'an*, la *sunna* et l'*ijma'*. La *maslaha*[654] est ainsi la méthode permettant la sauvegarde du but de la Loi en Droit musulman[655]. La *maslaha* peut porter sur des nécessités (*darurah*) ou sur de simples besoins (*hajiyah*) ou pour parachever, compléter ou faciliter (*tahsinah*) l'application des règles relevant du domaine de la Loi[656]. La difficulté, dans l'application de la *maslaha* est, qu'en veillant à adapter le système de Droit au gré des changements de circonstances, on ouvre la porte à des abus remettant en cause la sauvegarde des *maqasid* qu'il s'agissait de défendre explicitement en l'espèce.

### *2- Conditions de la création de droit par la maslaha*

La *maslaha*, en tant qu'outil de construction jurisprudentielle du droit musulman, permet de s'écarter d'une solution majoritaire sans enfreindre la *Shari'a*. Pour cela, la *maslaha* doit emporter un avantage plus grand que le dommage (*mafsada*) éventuel qu'elle implique[657] et être inspirée par l'opinion d'un juriste qualifié. De plus, l'établissement d'une *maslaha* ne doit pas faire échec à une autre *maslaha* plus importante. C'est par exemple le cas si l'on considère que

---

[654] Ce principe de l'intérêt général désigné chez le *malikite* al Shatibi par *al masalih mursala*, désigne plus spécifiquement l'intérêt général qui ne peut être rattaché directement à un texte ou à un témoignage de la *sunna*, le *Nass*, texte explicite de la Loi. Sur ce point cf. TURKI Abel Magid, *Op. cit.*, p. 407 et SELLAMI Mohamed-Moktar, *Op. cit.,* p.104.

[655] TURKI Abel Magid, *Op. cit.*, p. 399.

[656] Voir à ce propos SELLAMI Mohamed-Moktar, *Op. cit.,* p. 90 et TURKI Abel Magid, *Op. cit.*, p. 401.

[657] L'Imam Ar-Razi cite ainsi l'exemple de la prohibition de l'alcool (*khamr*) en raison d'une *mafsada*, l'ivresse qui détériore la raison (un des cinq *maqasid*) et l'emporte sur la *maslaha* (bien-être détente, d'importance relativement moindre). Sur ce point cf. SELLAMI Mohamed-Moktar, *Op. cit.,* p. 83 et ss. Sur la question de l'alcool au regard des règles de l'abrogation en droit musulman cf. ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami, *Le Coran, Texte arabe et traduction française par ordre chronologique selon l'Azhar*, Vevey, Suisse, Editions de l'Aire, 2008, p. 17.

la défense d'une *tahsinah* l'emporte sur une nécessité[658], le bénéfice le plus grand ou la défense contre le mal le plus important devant l'emporter *in fine*[659]. *Al Ghazali* dans sa *Shifat al Ghalil* résume ainsi que, sur l'application de la *maslaha*, « 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'aliénation de la *Shari'a* »[660].

## B- Les conséquences dans l'élaboration des normes bancaires islamiques

Si la fonction traditionnelle de la *maslaha* est la vivification du droit (1), nous observerons que cette notion contribue aujourd'hui à l'uniformisation des normes bancaires islamiques (2).

### *1- Fonction traditionnelle : vivification du droit*

Ainsi, ce rôle dévolu à la jurisprudence de compléter le *nass* en fonction de l'évolution des contingences[661], confère au droit musulman une grande part de sa capacité évolutive et a contribué à son adaptation auprès de peuples et de coutumes variés. En matière économique, si le principe de la détermination du prix réside dans la rencontre libre de l'offre et de la demande, des phénomènes de monopole ou de spéculation ayant engendré une forte hausse des tarifs ont pu ouvrir la possibilité d'une tarification imposée par l'état, dans le but de défendre l'intérêt général caractérisé ici par le nécessaire approvisionnement en nourriture des populations[662]. De même, la mise en œuvre de la *maslaha* a pu permettre le

---

[658] Voir à ce propos, HASSAN Hussein Hamid, *Jurisprudence de la maslaha et ses applications contemporaines*, Jeddah, IRTI, 1995, disponible sur www.irtipms.org, p. 62.

[659] Ainsi, Al Ghazali dans *al Shifat al Ghalil* cité par SELLAMI Mohamed-Moktar, *Op. cit.,* p.93, donne l'exemple de la dot qui est, à l'égard du mariage, une facilitation, *tahsinah*, mais qui, au regard de l'intérêt général, n'est pas autant nécessaire que le mariage pour la continuité de l'espèce. La valeur de la dot devra donc s'apprécier eu égard à la facilitation du mariage et non comme un empêchement éventuel à sa conclusion.

[660] Ghazali, *Shifat al Ghalil* p.184, cité par HASSAN Hussein Hamid, *Op. cit.,* p. 27.

[661] Cf. MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Op. cit.*, p.154 et ss.

[662] Sur ce point cf. HASSAN Hussein Hamid, *Op. cit.,* p. 35.

prêt à intérêt, dans des conditions limitatives, si l'achat à crédit d'un bien ouvrait la possibilité de protéger un besoin essentiel au regard des buts de la Loi[663].

### 2- Uniformisation des normes

En matière de banque islamique, l'application des règles de la *maslaha* dans la création du droit bancaire ne fera pas ici l'objet d'une analyse sur l'orthodoxie des solutions nouvelles ainsi dégagées, mais plutôt de son rôle dans l'uniformisation des normes.

Ainsi, la tendance chez les *hanbalites* modernes, majoritaires dans le processus de développement du droit bancaire islamique, est de confondre l'utilisation du *qiyas* et de la *maslaha*, à qui ils donnent leur préférence en raison des solutions plus générales qu'offre cette méthode alors que le *qiyas* s'applique à un cas précis[664]. Cette optique trahit bien la volonté de proposer des solutions globales à un problème, l'islamisation des pratiques bancaires, dont les solutions sont propres à chaque situation. La défense de l'intérêt général ne s'analyse pas d'une manière similaire selon que l'on envisage l'accès au financement de populations égyptiennes défavorisées, en milieu rural, ou l'optimisation fiscale d'un financement de projet international. Nous reconnaissons volontiers que les deux perspectives peuvent se rejoindre, et que, la légitimation d'opérations économiques d'envergure contribue *in fine* à améliorer les conditions économiques de la population qui bénéficiera des retombées, caractérisant ainsi le recours à la *maslaha*. Mais le point sur lequel il nous semble essentiel d'insister, c'est qu'en édictant des solutions définitives par le recours à la *maslaha*, les théoriciens de la banque islamique se coupent de sa fonction première de vivification du droit. En pratique, l'on constate par exemple qu'en affirmant l'illégitimité du recours au prêt à intérêt et en lui substituant la *mourabaha* ou le *tawarruq*[665], on contribue à délégitimer un certain nombre de comportements que les coutumes locales ont de longue date permis de justifier. On encouragera donc explicitement l'emprunt pour l'achat d'un véhicule onéreux, favorisant un endettement excessif pouvant *in fine* porter atteinte à la sauvegarde des biens de la personne, un des buts de la Loi, tout en récriminant celui qui paiera à crédit

---

[663] Il peut en être ainsi notamment si l'absence de moyens de transport rend difficile la recherche d'un travail, d'un moyen de subsistance, permettant d'assurer la protection de la famille. Cf. TURKI Abel Magid, *Op. cit.*, p. 428.

[664] SELLAMI Mohamed-Moktar, *Op. cit.,* p. 107 et cf. *supra* p. 21.

[665] Nous avons vu que si dans les grandes lignes ces outils sont légitimés par d'autres sources, leur acception moderne est largement justifiée par le recours à l'intérêt général. Cf. *supra* p. 85.

l'achat d'un autre véhicule dont les caractéristiques permettent simplement d'assurer la sauvegarde des besoins essentiels.

Si bien qu'au bout du compte, on ne sait pas si l'intérêt général consiste à assurer la conformité des actes des individus aux *maqasid al shari'a* ou à légitimer globalement un secteur d'activité lucratif.

## *§2- La darurah*

Corollaire de la *maslaha*, dont elle est issue, la *darurah* permet de préserver les objectifs fondamentaux de la *Shari'a* (A) en application d'un principe de nécessité (B).

### A- La préservation des objectifs fondamentaux de la *Shari'a* : l'exception par nécessité

Après avoir décrit les conditions d'application du principe de nécessité (1), nous nous appliquerons à déterminer si ce dernier doit uniquement être envisagé comme créant des droits ou, s'il ne doit pas être également considéré comme source d'obligations nouvelles (2).

#### *1- Conditions d'application du principe de nécessité*

Le recours à la notion de nécessité découle de la méthode de l'intérêt général. Elle permet, pour la protection d'un intérêt supérieur d'écarter l'application d'une règle d'importance plus relative. Ce principe selon lequel la nécessité fait loi, ou que la nécessité lève les interdits, *al darurah tubihou al mahzurah*, a été formalisé dans la *Majallah* ottomane, à son article 2. Les articles suivants, 22, 23 et 24, précisant que la nécessité doit être appréciée au regard des autres principes et que l'exception doit cesser dès que cesse l'état de nécessité[666]. Ainsi, comme pour la *maslaha* dont elle n'est qu'une application, la *darurah* est permise en préservation de la religion, de la vie, de la raison (au point de vue musulman,

[666] JAHEL Selim, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », *Op. cit.*, p. 114.

cela vise notamment à écarter ce qui remet en cause le dogme Islamique), de la propriété et de la postérité[667].

### *2- La darurah : source de droits ou d'obligations nouvelles ?*

En théorie, l'application du principe de nécessité est instituée pour sauvegarder le but de la Loi, l'on considère par exemple que la maladie pendant le *ramadan* doit entraîner la rupture du jeûne pour sauvegarder la vie de la personne malade. Le Président tunisien Bourguiba qui, pendant un *ramadan* estival, engagea sa population à rompre le jeûne en arguant de la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'état tunisien à soutenir l'activité commerciale, déclinante du fait de la torpeur générale, fit aussitôt l'objet de vives critiques et dut faire machine arrière. On le voit, le principe de nécessité, par la remise en cause des principes qu'il permet, n'est pas toujours accepté par les croyants soucieux de se conformer au texte strict de la Loi de Dieu. C'est ainsi que ce principe est généralement mal compris. Si nous avons choisi l'exemple du *ramadan,* c'est pour montrer que dans la défense d'un intérêt supérieur, le droit musulman impose de se délier du respect de certaines règles. La prohibition doit s'entendre sous le double sens du mot défense, l'interdit et la protection. Toutefois, cette obligation de s'écarter de l'application normale de la Loi n'est justifiée que dans la mesure où elle doit permettre de faire cesser l'état de nécessité. C'est ainsi que, s'il est permis, en situation de péril, de s'alimenter avec du porc, c'est uniquement en vue de la poursuite de l'effort nécessaire à la survie.

## B- Les conséquences sur le développement des normes bancaires islamiques

Il est indéniable que l'utilisation de la *darurah* par la doctrine majoritaire du droit bancaire islamique facilite son développement sur des bases progressives (1). De manière paradoxale, nous observerons que la *darurah* peut également conduire à une émancipation des règles islamiques (2).

[667] Pour une description du principe de la nécessité chez Ghazali et Shatibi cf. SELLAMI Mohamed-Moktar, *Op. cit.,* p. 90.

### *1- Facilitation de la création de droit, processus évolutif de la théorie bancaire islamique*

Dans la création du droit bancaire islamique, le recours au principe de nécessité est le plus souvent utilisé pour les cas dans lesquels il est impossible de s'émanciper des règles conventionnelles contraires à l'Islam. Ceci, afin de permettre au système bancaire islamique, de se développer de manière évolutive en écartant les interdictions qui le disqualifieraient d'office[668]. C'est notamment le cas, nous l'avons vu, pour l'adoption de critères de conformité en matière d'investissements sur les marchés d'actions, pour le refinancement des banques, ou même leur capitalisation. En outre, le recours aux *hiyal*, dont Joseph Schacht a montré le lien avec la notion de *darurah*[669], s'analysait traditionnellement au regard de la conception musulmane du *fasad el zaman*, selon laquelle la « corruption toujours croissante des conditions de l'époque » autorisait le recours à des techniques blâmables en principe, mais étaient légitimées par l'absence de législation contraire par les gouvernants et les préceptes qoraniques d'obéissance aux autorités légitimes[670]. Toutefois, les conditions ne semblent plus aussi clairement remplies depuis la chute du *khalifah* comme nous l'avons montré en partie préliminaire[671]. Le fait que le système bancaire islamique repose quasi intégralement sur l'usage de *hiyal* est donc selon nous à envisager à cette aune.

Par ailleurs, le recours à la nécessité est aussi avancé pour des cas dans lesquels l'application des solutions traditionnelles emporterait une compétitivité moindre pour les banques islamiques. C'est notamment le cas pour l'utilisation du *salam* comme crédit non affecté ou l'autorisation de paiement successif dans le contrat d'*istisna*[672]. Or, il nous semble que dans ces situations, ce n'est pas de *darurah* qu'il s'agit, mais de *hajiyah* ou de *tahsinah*. Besoins, que Shatibi définissait comme des « avantages dont l'obtention épargne la gêne et les difficultés sur la voie du but recherché […] sans atteindre le degré de gravité que l'on appréhende ordinairement par l'intérêt général »[673] et facilités, qui selon

---

[668] Cf. CHAPRA Umer KHAN Tariqullah, Réglementation et contrôle des banques islamiques, Jeddah, IRTI, disponible sur www.irtipms.org, p. 105.

[669] Cf. SCHACHT Joseph, *Op.cit.*, p.74.

[670] *Qor'an* S.IV, V.59, « Croyants, obéissez à Dieu et à son Envoyé ainsi qu'à ceux d'entre vous qui détiennent l'autorité ».

[671] En partant de ce postulat, Youssef Al Qaradawi a légitimé l'usage des banques conventionnelles au Maroc qui selon lui n'est pas un état islamique légitime cf., Sur l'application de la doctrine de la nécessité dans un Etat islamique dirigé par un khalife légitime cf. SCHACHT Joseph, *Op.cit.*, p.165.

[672] Cf. *supra* p. 100.

[673] SELLAMI Mohamed-Moktar, *Op. cit.,* p. 90.

Ghazali, ne requièrent « nulle nécessité mais procurent du confort » qu'il interprète comme un signe de la générosité de la *Shari'a* pour faciliter la vie de la *ummah* et attirer les autres vers elle[674]. Il nous semble donc que la légitimation de formules innovantes par l'usage de ces principes doit faire l'objet d'un examen minutieux de leur apport à l'intérêt général, *maslaha*, au regard des dommages qu'ils impliquent, *mafsada*. Surtout lorsque l'on sait que pour certains, la nécessité est caractérisée dans le prêt à intérêt par sa finalité de contribution à la production et à l'élévation du niveau de vie qu'il permet de favoriser[675].

### *2- Le paradoxe : l'émancipation des règles islamiques*

Le principe de nécessité, ou sa compréhension partielle, implique plusieurs conséquences en matière de droit bancaire. Dans le giron des banques islamiques, nous l'avons vu, il est fréquemment utilisé pour faciliter le rapprochement avec les méthodes conventionnelles de financement, dans des domaines que les principes du droit musulman avaient toujours interdits. C'est donc au nom de la nécessité que fut par exemple légitimée la synthèse des produits financiers complexes dont nous avons montré que le caractère islamique est essentiellement formel et qu'en pratique, les fonds versés à la banque contribuent à nourrir le système financier que la doctrine bancaire islamique s'est promis d'amender. Voilà un paradoxe qui pose la question de l'intérêt général poursuivi dans ce processus de création de règles selon nous. Un exemple se retrouve ainsi souvent dans les débats doctrinaux en droit bancaire islamique, et concerne la comparaison entre le recours à un médicament contenant de l'alcool et un autre contenant moins d'alcool[676]. Si le recours au premier est justifié par la nécessité que faire du second ? La présence de l'alcool dont la *mafsada*, l'ivresse ici, est moindre que la *maslaha*, la guérison, autorise son usage par la nécessité. Pour le second, si la *mafsada* est inférieure, la légitimation ne sera acquise que dans la mesure où la *maslaha* restera supérieure et donc que le médicament soignera aussi bien, ou tout au moins suffisamment. Dans le cas du droit bancaire, nous l'avons vu, il n'existe pas de principe définitif permettant de juger de la validité absolue des produits. Si le recours au système conventionnel est prohibé par la pratique générale du *riba*, c'est que la richesse qu'il permet de développer, constitutive d'une *maslaha*, est moindre que les iniquités qu'il induit, *mafsada*. Or,

---

[674] *Ibid.*, p. 96.

[675] GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 43. Or, l'optique du droit bancaire islamique laisse à penser qu'il est plus louable de s'offrir une voiture de sport par un crédit islamique que d'acquérir, par des voies conventionnelles, un véhicule utilitaire permettant la continuité d'une activité commerciale productrice de ressources pour les familles.

[676] Voir notamment EL-GAMAL Mahmoud A., *Peddling religion*, p. 12.

en calquant les produits islamiques sur leurs équivalents conventionnels, les théoriciens du droit en déduisent nécessairement que la *maslaha* est la même, la richesse produite empruntant les mêmes canaux, mais que les iniquités sont moindres. C'est donc en faisant la preuve de sa plus grande équité que le système bancaire islamique se légitimera selon nous, et non par l'efficacité économique, qu'il poursuit semble t-il avec plus d'insistance, nous y reviendrons.

## *§3- L'ijma'*

Bien que nous ayons déjà abordé la notion d'*ijma'* en partie préliminaire, il nous est apparu nécessaire de revenir à son étude, mais cette fois sous l'angle de son acception moderne (A). Ceci nous permettra de tirer les conséquences de l'utilisation de cette notion dans le développement d'une doctrine bancaire islamique unifiée (B).

### A- Acception moderne de l'*ijma'*

L'intérêt de revenir sur l'étude de la notion d'*ijma'* réside dans la distinction que nous ferons entre d'une part, la recherche de l'établissement d'un consensus à partir de solutions doctrinales passées (1) et d'autre part, la formulation d'un *ijma'* déduit d'un consensus actuel (2).

#### *1- Création du droit par la recherche d'un ijma' passé*

Nous l'avons vu l'*ijma'* est fondé sur le principe que l'accord unanime de la communauté musulmane sur une solution juridique emporte sa légitimation[677]. Dans leur travail de rénovation, les juristes des banques islamiques se sont donc employés à chercher les solutions d'*ijma'* passées, légitimant des situations susceptibles de servir dans le processus de création de droit bancaire. Il en fut ainsi pour le *salam* notamment.

Ce qui nous intéresse ici, c'est la volonté de fonder les décisions nouvelles sur un *ijma'* actuel.

[677] Notamment en application du *hadith* « Ma communauté ne se réunira pas sur une erreur ». *Hadith* rapporté par IBN MAJAH, *Sunan*, Tome 2, Le Caire, éd. al Baqi, 1953, N° 3950.

### *2- Création du droit par la recherche d'un ijma' actuel*

Selon *'abd el Wahab Khallaf*, « l'*ijma'* est l'accord de tous les musulmans en une époque donnée après la mort de l'envoyé, sur une qualification légale, dans un cas donné »[678]. En pratique, c'est à travers les qualifications particulières des *mujtahidun* qu'un tel accord était possible. Si en théorie, la fermeture des portes de l'*ijtihad* et la disparition consécutive des *mujtahidun*, interdisent que l'on puisse à nouveau user de ce procédé pour créer des normes légales[679], un important courant doctrinal estime que l'*ijma'* est possible à chaque époque[680]. A travers la recherche d'un accord unanime entre les représentants qualifiés des différentes écoles, un certain nombre d'organisations s'attellent ainsi à définir les normes nouvelles d'un droit bancaire islamique. Nous reviendrons ultérieurement sur leurs modalités d'actions.

## B- Les conséquences sur le développement d'une doctrine bancaire islamique unifiée

Si la recherche de l'établissement consensuel de règles bancaires islamiques révèle à nos yeux les pressions pour l'uniformisation de ce droit (1), nous tirerons de l'histoire les enseignements sur l'affaiblissement qui peut en résulter à son encontre (2).

### *1- Pression pour l'uniformisation*

La recherche d'un *ijma'* actuel sur les problématiques bancaires recouvre à nos yeux des considérations plus économiques que religieuses. En effet, la portée d'un *ijma'* actuel ne semble emporter de conséquences qu'à la mesure de la sécurité juridique qu'elle fournit aux acteurs du secteur de la banque islamique. Les débats doctrinaux sur la possibilité de l'*ijma'* aujourd'hui ne semblent pas devoir s'éteindre, une reconnaissance légale d'un principe nouveau par une

---

[678] BERNAND Marie, *L'accord unanime de la communauté comme fondement des statuts légaux de l'Islam d'après Abu l Husayn al Basri*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, « Collections études musulmanes », 1970, p. 99.

[679] Sur ce point cf. MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Op. cit.*, p. 115.

[680] Se fondant sur l'opinion *hanbalite* que chaque époque produit des *mujtahidun*.

assemblée de juristes spécialisés en droit bancaire n'aura donc qu'un impact limité sur le strict plan du droit. Ce que nous entendons par là, c'est qu'au sein des différentes communautés musulmanes, un *ijma'* actuel sur une notion bancaire n'accèdera pas au même niveau de légitimité qu'un accord unanime passé, des compagnons du Prophète ou des maîtres des quatre grandes écoles. Sur le plan commercial, nous le verrons, la clientèle se satisfait généralement de l'avis d'une autorité à laquelle elle confère sa confiance, et qui, dans la plupart des cas, n'affirme pas la licéité de la norme nouvelle, mais plutôt son absence de contradictions aux principes de la *Shari'a*. L'*ijma'* actuel ne semble donc pas avoir d'intérêt pratique.

Sur le plan économique en revanche, l'on sait que l'incertitude ne participe pas de l'efficience[681] et que, dans le cas de la banque islamique, un des freins au développement le plus souvent soulevé est le manque d'uniformité dans l'acception de la conformité à la *Shari'a*. De fait, le développement futur du droit bancaire islamique passe par l'adoption de standards communément admis, facilitant les échanges contractuels sur des bases sécures. Ceci recoupe d'ailleurs l'évolution globale du droit bancaire dont le Professeur Mattout a décrit le processus : « l'interdépendance croissante des différents marchés, l'acclimatation de techniques étrangères, la grande homogénéité des comportements bancaires, les moyens de communication concourent à la formation de pratiques très proches dans les différents pays. Ces pratiques sécrètent des habitudes dont émergent des standards pour former progressivement une norme juridique contraignante pour les intervenants »[682]. La stabilité et l'uniformisation sont les nouveaux paradigmes du droit des affaires international dont le droit bancaire islamique forme à présent un segment[683].

Ce rapport entre l'économie et le droit dont l'économiste britannique Ronald Coase[684] a redéfini les termes s'applique aujourd'hui au droit bancaire islamique

---

[681] Sur ce point cf. GROSSEIN Jean-Pierre, WEBER Max, « Introduction à l'Ethique économique des religions universelles », *Archives des sciences sociales des religions*, 1992, volume 77, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 1066 où l'auteur montre que les règles les plus efficientes survivent par leur stabilité (pas de réformes trop fréquentes, à l'origine de peu de contentieux).

[682] MATTOUT Jean-Pierre, *Op. cit.*, p. 22-23.

[683] Voir à ce sujet les propos très clairs du gouverneur de la banque centrale du Pakistan, AKHTAR Shamshad, *Building an effective Islamic financial system*, Global Islamic financial Forum, Kuala Lumpur, Malaisie, 27 mars 2007, [En ligne] www.bis.org/review/r071210d.pdf (consulté le 26 juillet 2011), p.5-6, qui propose parmi les points cruciaux relatifs au développement de l'industrie bancaire islamique la nécessaire « standardisation des règles de la *Shari'a* » et ceux de EL WALEED Ahmed, *Sukuk- a sharia advisory perspective*, volume 4, Issue 29, 20 juillet 2007, 4 p., [En ligne] www.failaka.com/downloads/Sukuk_Perspective.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

[684] Selon ce prix Nobel d'économie, fondateur de la théorie des coûts de transaction et maître à penser du courant doctrinal de *Law and economics*, analyse économique du Droit, « le droit dans une certaine mesure contrôle le système économique par le truchement des coûts de transaction qu'il organise ». A ce propos cf. GROSSEIN Jean-Pierre, WEBER Max, *Op. cit.*, p.1062. Pour une étude exhaustive de la doctrine de l'analyse économique du Droit se reporter à MACKAAY Ejan,

dans sa volonté affirmée de s'imposer comme un système aussi efficient que son pendant conventionnel. Nous disons même, en prolongement de notre analyse passée, qu'il est au cœur des enjeux, et que la reproduction islamique des produits conventionnels est le véritable siège de la recherche de conformité. Ces produits ne pouvant réussir l'examen de l'efficacité économique qu'en se plaçant dans une démarche identique aux produits conventionnels, se présentent finalement comme une déclinaison marketing nouvelle.

D'autre part, comme l'ont prouvé d'éminents spécialistes, « le droit et le marché sont interdépendants, l'un servant l'autre et inversement […] pour que le marché soit généralisé il faut que tout soit assimilé à des marchandises »[685]. La formulation définitive des principes islamiques dans un droit bancaire récent nous semble participer de ce mouvement. Se présentant comme fondé sur des valeurs éthiques, l'intérêt de la banque islamique devra, nous le rappelons, être analysé à la mesure de la «nécessité de ne pas dissocier les droits de l'homme du droit économique tant il est vrai que l'économie est devenue le moteur de la mondialisation »[686]. Nous y reviendrons.

### *2- Uniformisation du droit : entre vivification et affaiblissement, les enseignements de l'histoire*

Dans les premiers temps de l'histoire du droit musulman, la croissance rapide de l'empire islamique a entraîné l'émergence de plusieurs écoles juridiques fondées sur les sources primaires disponibles dans leur milieu. Le développement exponentiel du droit musulman qui s'en est suivi a, nous l'avons vu, conduit à la fermeture des portes de l'*ijtihad* dans le but de préserver la vivacité du droit et de ne pas cristalliser les solutions par la recherche permanente d'un *ijma'* et de préserver son adaptabilité, au gré de l'évolution des contingences de temps et de lieux. Toutefois, l'imitation aveugle qui fut alors imposée amena au fil des générations à tarir le pouvoir créatif du droit musulman si bien que, peu à peu, on trouva des voies permettant de s'écarter de cette vision figée du droit. Les particularismes locaux continuèrent ainsi de s'exprimer, contribuant à l'affirmation de leurs identités propres. Le processus d'uniformisation des règles bancaires

---

ROUSSEAU Stéphane, *Analyse économique du droit*, Paris, Les éditions thémis, Dalloz, 2008, 2e édition, 728 p.

[685] TONNEL-MARTINACHE Mariette, « Degré de développement des systèmes financiers et redéploiement géographique des banques », *Revue économique*, Année 1987, Volume 38, Numéro 1, p. 117-148, disponible sur www.persee.fr, p. 164-165.

[686] Mireille Delmas-Marty citée in FARJAT Gérard, « Le droit économique et l'essentiel (pour un colloque sur l 'éthique) »*, Revue internationale de droit économique*, numéro anniversaire, Bilan et perspectives du droit économique, 2002, p. 154.

islamiques induit selon nous le risque d'en fragiliser la réception dans la variété du monde musulman et d'entraîner progressivement un désintérêt pour ces normes allogènes calquées sur le droit bancaire conventionnel. Par ailleurs, en donnant trop de force aux nouvelles normes, par la recherche d'un *ijma'* à valeur légale, l'on risque de conduire au blocage du processus évolutif de la création du droit bancaire. Un *ijma'* sur une solution normalement transitoire en entraîne de fait la perpétuation sauf à s'émanciper des règles nouvellement affirmées, ce qui peut potentiellement accentuer d'autant la défiance dans la cohérence de ce droit.

Enfin, à la lueur des enseignements passés, la remise en cause du *taqlid* dans ce mouvement « *ijtihadiste* » de la banque islamique risque en fait d'aboutir à l'inverse du résultat souhaité. Une uniformisation du droit par la réouverture, tacite ou affirmée, des portes de l'*ijtihad* comporte en essence la graine de la divergence future. Ainsi, comme l'affirma François Burgat à l'adresse du mouvement *salafiste*, par la remise en cause du « *taqlid* dont le but est justement d'éviter la multiplication des divergences [l'uniformisation] ne peut se faire que grâce à un appui politique et économique, mais non par les moyens traditionnellement fournis par le dogme en lui-même »[687]. Nous avons déjà esquissé cette tendance dans la création du droit bancaire islamique, nos développements subséquents continueront d'affirmer cette thèse.

## Section 2- Les instances favorisant l'unité des normes

Dans cette section, nous analyserons le processus d'unification du droit bancaire islamique à travers l'action des comités islamiques de certification des produits bancaires (§1) et des autorités légales à l'œuvre dans le monde musulman (§2).

### §1- Les comités de certification

Après avoir analysé le rôle des comités de certification des produits bancaires (A), nous verrons que la relative diversité de leurs membres permet en pratique de poursuivre le processus d'uniformisation du droit bancaire islamique (B).

[687] BURGAT François, *Op. cit.*, p. 35.

## A- Rôle

La présence de comités de certification est une particularité essentielle du mode de gouvernance des banques islamiques (1). Le processus de légitimation islamique des produits proposés à la clientèle fonde en outre une part importante de leur intérêt commercial (2).

### *1- Dans la gouvernance des banques*

Après avoir défini le rôle d'un comité *Shari'a* (a) nous en détaillerons la composition (b).

#### *a- Rôle du comité Shari'a*

Dans les établissements financiers se réclamant de la *Shari'a*, la structure de gouvernance comporte un comité chargé de contrôler la conformité des pratiques avec les principes du droit musulman, comme nous y avons déjà fait allusion. Les membres de ce comité sont ainsi chargés de certifier les produits, en amont de leur commercialisation, et, en aval, de contrôler leurs modalités d'application.

Le recours à un tel comité est légitimé par l'opinion de *l'imam* Abu Hanifa selon lequel « tout marchand devrait se faire accompagner par un *faqih* lui permettant par ses conseils, d'éviter le *riba* dans ses opérations »[688]. Or, il faut considérer que, dans la bouche de l'*imam*, le *faqih* a préséance sur le commerçant ; nous verrons s'il en est effectivement ainsi dans les banques islamiques.

#### *b- Composition d'un comité Shari'a*

Un comité *Shari'a* se compose généralement de 3 à 7 membres. Parmi ces membres, on trouve un président et un ou plusieurs assesseurs, dont certains assurent tout spécialement l'interface entre les services opérationnels de la banque et le comité.

[688] GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 47.

## 2- Certification des produits et opérations

Nous distinguerons dans cette étude le procesus de certification (a) et son impact commercial (b).

### a- Processus

Le plus souvent, le processus de légitimation s'analyse comme une étape surajoutée au processus conventionnel du développement marketing[689]. Schématiquement, la détection d'un besoin de la clientèle par les unités opérationnelles entraîne la mise en place d'un projet de produit nouveau.

L'élaboration d'un modèle islamique est envisagée dans une optique permettant d'atteindre le but fixé par les opérationnels avec l'assistance[690] d'un ou plusieurs membres du comité de conformité et, ou par l'intermédiaire du département « banque islamique » dans les banques à fenêtre islamique. Lorsque le produit répond à la fois aux critères d'exigence commerciale et aux principes de la *Shari'a*, analysés par les membres du comité, le produit est présenté au comité *Shari'a*, réuni pour l'occasion.

Ensuite, le comité rend sa décision, majoritairement ou par la voie du président. Cette décision sera la validation, ou le rejet, éventuellement assorti de demandes d'amendement pouvant permettre la certification de la conformité du produit à la *Shari'a*, lors du comité suivant. Précisons qu'en pratique les comités n'affirment pas directement la validité du processus soumis à approbation. Ils en constatent plutôt « l'absence d'éléments contraires à la *Shari'a* ». De plus, la présentation des mécanismes aux comités est le plus souvent faite d'une manière ne pouvant conduire qu'à une réponse favorable, nous l'avons déjà relevé lors de notre examen de l'utilisation du contrat de *salam* comme crédit non affecté.

Cette certification prend la forme d'une *fatwa* qui désigne étymologiquement un « avis juridique, le fait de répondre à une question, d'éclairer un problème »[691]

---

[689] Pour une étude exhaustive sur le « marketing islamique » se reporter à NESTOROVIC Cedomir, *Marketing en environnement islamique*, Paris, Dunod, 2009, 210 p.

[690] Cette assistance se matérialise par des contacts épisodiques au cours de l'évolution du projet ; en pratique ce sont tout au plus quelques heures par mois, voire par an pour la session plénière.

[691] IBN MANDHOUR, *Lihsan el arab*, t15, p.147 cité par JAHEL Selim, *La laïcité dans les pays musulmans*, *Op. cit.*, p.161.

et que le Professeur Jahel a caractérisé comme« une norme mobile et vivante qui consiste à adapter la loi invariable, *Shari'a*, à une situation précise »[692].

Enfin, il convient de préciser qu'il est en pratique délicat pour ces conseillers religieux de suivre l'intégralité des opérations dans le détail, soit qu'ils ne comprennent pas l'intégralité des notions en jeu[693], soit qu'ils n'aient pas le temps matériel d'assurer les contrôles[694]. Nous avons par ailleurs déjà noté qu'il est fréquent en la pratique que des éléments fondamentaux des mécanismes, mettant intégralement en cause leur conformité à la *Shari'a* soient tout simplement cachés aux comités[695].

### *b- Impact*

L'affirmation de la conformité à la *Shari'a* d'un produit est l'élément déterminant dans le succès commercial des banques islamiques. Pour reprendre une maxime chère aux praticiens, en la matière « *stamp is the key* », le timbre, ou le sceau, est la clef. Cette reconnaissance de la légitimité d'un produit est ainsi mise en exergue dans les argumentaires commerciaux des banques islamiques qui se basent sur l'aval donné par les comités à leurs pratiques, surtout, nous le développerons plus bas, si les règles en matière de publicité sont strictement encadrées et ne doivent pas faire apparaître de références précises au droit musulman.

Cet aval est l'élément le plus recherché par la clientèle et est également source de protection pour la banque. En effet, le plus grand risque pour une banque islamique est de voir la conformité de ces produits être remise en cause. Or, en se retranchant derrière l'avis du comité, la banque, peut le cas échéant se dédouaner de sa responsabilité, arguant de son incompétence en la matière et renvoyant les torts aux membres du comité. L'effet psychologique de la certification est d'ailleurs comparable sur la clientèle. En se retranchant derrière l'approbation d'un savant, le client se désintéresse du mécanisme proposé par le

---

[692] *Ibid.*, p.162.

[693] Ce qui est particulièrement le cas pour tout ce qui concerne les produits financiers complexes. Voir également GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 49 sur l'effectivité des contrôles des comités *Shari'a* dans les banques islamiques.

[694] La relation comité-banque-client est fondée sur la confiance, il est matériellement impossible, en l'absence d'audit externe ou d'un renforcement du pouvoir, et donc du coût, du comité, de croire que les membres peuvent suivre les procédures, les contrats, et la continuité dans le respect des critères d'investissements soumis à une variation perpétuelle.

[695] Sur ce point voir également SIAGH Lachemi, *Le fonctionnement des organisations dans les milieux de culture intense, le cas des banques islamiques*, Thèse : administration, Université de Montréal, 2001, p. 279.

produit, ce qui lui importe, dans sa relation à Dieu, c'est que dans l'éventualité où le produit n'est en réalité pas conforme il ne pourra en être tenu pour responsable à raison de son ignorance et de l'avis autorisé qui l'a fallacieusement induit en erreur. Les banques islamiques tirent bien sûr profit de cette forme insidieuse de marketing, fondée sur la culpabilisation du client. En lui proposant des produits jugés conformes à l'Islam par des autorités reconnues, la banque l'engage implicitement à abandonner ses pratiques impies pour dorénavant consommer de manière licite. Ainsi, comme le révèle le rapport de la commission du Sénat sur la finance islamique de mai 2008, « M. Zoubeir Ben Terdeyet […] établissant un parallèle avec la viande *halal*, pour laquelle la demande a été stimulée par le développement de l'offre, s'est déclaré confiant quant au succès des produits financiers. »[696]. Cette politique de l'offre, ce *push marketing*, est la concrétisation de ce que nous soulignions auparavant sur la marchandisation du droit, ici du droit musulman, et est très représentative du mouvement à l'œuvre dans la finance islamique où l'exemple de la viande est très souvent repris. Or ce qui distingue fondamentalement la viande d'un produit bancaire, au plan du droit musulman, c'est que le cas de la viande est explicitement tranché par le texte qoranique[697] alors que le cas des produits bancaires est beaucoup plus difficile à établir comme en témoigne l'objet de ce travail de thèse. Or, en Islam, « ce qui est licite l'est de toute évidence, ce qui est illicite l'est aussi » [698]. L'application de solutions définitives à des cas équivoques ne nous semble pas aller dans le sens des vertus de transparence par ailleurs prônées[699].

## B- La relative diversité des comités

La relative diversité doctrinale des solutions des comités s'explique autant par leur composition (1) que par l'influence des théories bancaires conventionnelles (2).

---

[696] Cf. *Table ronde finance islamique organisée par la commission des finances du Sénat*, Paris, 14 mai 2008, transcription disponible sur www.senat.fr.

[697] Cf. notamment *Qor'an* S.V, V.3 « Vous sont interdits la bête trouvée morte, le sang, la chair de porc, ce sur quoi on a invoqué un autre nom que celui d'Allah »

[698] « *Al halalu bayyinun wa l haramu bayyinun* » un des quatre *hawadith* fondamentaux de l'Islam, cf. *supra* p. 22.

[699] Voir notamment *Guiding principles on gouvernance for Islamic collective instrument schemes*, IFSB, 2009, 27 p., [En ligne] www.ifsb.org/standard/ifsb6.pdf (consulté le 25 septembre 2011), p. 17-18.

### *1- De par leur composition*

Les membres des comités *Shari'a* appartiennent à un cercle fermé (a) dont nous montrerons la filiation doctrinale (b).

#### *a- Un cercle fermé*

En raison des nombreuses connaissances que nécessite en principe l'exercice de la fonction de conseiller religieux d'une institution financière, en droit musulman comme en finance, on ne trouve en pratique que peu de conseillers *Shari'a*. Conséquemment, ces derniers siègent dans plusieurs comités, parfois jusqu'à trente ou même cinquante. Cette concentration et le phénomène de « starification » qu'il induit pour les plus célèbres jouent un rôle majeur dans le processus d'uniformisation des normes[700] comme dans la crédibilité de leurs employeurs. Ceci est encore renforcé par le système hiérarchique informel qui se dégage à partir de cette situation, les plus anciens ou les plus prestigieux savants imposent leur vision aux moins expérimentés qui formuleront leur *fatwa* dans un sens similaire dans les comités où ils siègent.

Tout cela n'élimine malheureusement pas le déficit de compétences des conseillers *Shari'a* et il est fréquent que ces derniers ignorent le fonctionnement précis de mécanismes que peu de banquiers comprennent eux-mêmes, si bien qu'il soit permis d'affirmer que cette faiblesse de l'offre de conseillers *Shari'a* n'est pas uniquement due à un déficit de formation, mais également, à une divergence d'intérêts. En effet, le monde musulman est vaste, les premières banques islamiques ont déjà plus de trente ans d'existence et les spécialistes en droit musulman disposant de notions bancaires ne manquent pas en réalité[701]. Ce qui manque surtout, c'est la convergence de vue entre ces spécialistes et les exigences économiques des établissements bancaires. D'une part la volonté de siéger auprès de conseils dont l'activité consiste à valider des produits qui seront ensuite vendus en raison de leur prétendue islamité induit une responsabilité, d'ordre spirituel ou même simplement morale, que peu de personnes sont prêtes à prendre dans les faits en raison de leurs divergences de vues sur l'orthodoxie des

---

[700] CHAAR Abdel Maoula, « Chari'a et institutions financières islamiques », in *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, éd. par LARAMEE Jean-Paul, Secure Finance, Editions Bruno Leprince, 2008, p. 76 et ss. Ainsi Nizam Yaquby, qui a fait partie de la commission sénatoriale susmentionnée siège « dans 50 conseils, il y côtoie directement 23 autres jurisconsultes ce qui lui permet de couvrir 144 établissements (les trois quarts des 192 institutions répertoriées en 2007) ».

[701] Sur ce point cf. SAADALLAH Ridha, *Financing trade in an Islamic economy*, Jeddah, IRTI, 1999, disponible sur www.irtipms.org, p. 23.

solutions déjà formulées. Selon notre expérience personnelle au contact d'un nombre important de professeurs de droit ou d'autorités religieuses dans plusieurs pays du monde musulman, cette réalité est une des raisons supplémentaires expliquant la concentration des membres des comités. D'autre part, les banques sont peu enclines à s'engager avec des '*ulama* dont elles savent les positions doctrinales éloignées des problématiques de rentabilité financière. Il n'est en définitive pas difficile d'admettre que les opinions doctrinales consistant, soit à refuser la validation de produits bancaires islamiques calqués sur les équivalents conventionnels, soit au contraire à approuver la validité des pratiques conventionnelles (fût-ce seulement à titre exceptionnel justifié par la nécessité), ne s'accordent que difficilement avec le positionnement marketing de l'industrie bancaire islamique naissante.

#### *b- La filiation doctrinale*

D'une manière générale, les banques recrutent les membres de leur comité en fonction du marché ciblé, *sunnite*, *shi'ite*, *hanafite* par exemple, mais également en fonction de la clientèle ciblée, libérale, rigoriste ou populaire notamment. Nous l'avons vu, c'est la crédibilité de la banque qui se joue à travers celle du comité, il est donc d'une prime importance que celui-ci soit en adéquation avec le positionnement de son employeur. Globalement, les savants de la finance islamique les plus renommés sont issus du Moyen-Orient (*hanafite* et *hanbalite* dans une très large mesure) et véhiculent largement leur vision globale de l'Islam dans les groupes dont ils font partie.

### *2- L'influence des théories bancaires conventionnelles*

L'influence des théories bancaires conventionnelles s'explique à nos yeux tant par l'indépendance relative des membres des comités dans la structure de gouvernance des banques (a), que par la formation doctrinale de ces spécialistes du droit bancaire islamique (b).

#### *a- L'indépendance relative des membres des comités*

Entre les membres le principe est l'indépendance, toutefois, comme nous l'avons déjà relevé, les plus éminents spécialistes assurent de fait une fonction hiérarchique ayant des incidences sur la validation des produits.

Dans la relation avec les banques, nous avons déjà vu comment la procédure aiguille le raisonnement des comités, mais il convient à présent d'insister sur leur rôle en tant que salariés. Celui-ci est double : légitimer les produits et les procédures et contribuer à la compétitivité de la banque et au développement du système bancaire islamique. Lorsque l'on sait que la participation dans un comité *Shari'a* peut être rémunérée jusqu'à cinquante mille dollars par conseil[702], et que l'opinion du comité *shari'a* n'est généralement pas contraignante pour la direction de la banque qui « doit pouvoir consulter d'autres avis et choisir l'option qui correspond le mieux à l'entreprise »[703], il est naturel de s'interroger sur la réelle indépendance des membres. Toutefois, il n'est à notre sens pas pertinent d'orienter l'analyse vers le conflit d'intérêt potentiel, c'est tout au contraire la convergence d'intérêt qui caractérise cette situation. Le cercle fermé des savants de la banque islamique et les financiers travaillent de concert au développement de ce secteur d'activité. Ainsi, le cas de l'Arabie Saoudite sur lequel nous aurons l'occasion de nous étendre plus longuement est l'illustration typique de cette convergence de vue. Sur les dix principaux établissements financiers de ce pays, la moitié des comités sont dirigés par le *sheykh* Al Mani' et l'autre moitié par le *sheykh* Al Mutlaq, tous deux membres du conseil des grands *'ulama* saoudiens[704], d'obédience *wahabite*, dont nous avons déjà étudié la perspective prosélyte. Ou comment la religion et la politique rejoignent l'économie.

### *b- La formation des membres des comités*

La plupart des plus éminents spécialistes de la banque islamique sont issus d'un même terreau dans lequel on retrouve la formation bancaire anglo-américaine conventionnelle et la formation en droit musulman d'inspiration w*ahabite*. Ainsi, les trois spécialistes que l'on désigne souvent comme les « *Shuyukh* de *Wall Street* » car ils font partie du comité *Shari'a* de la compagnie *Dow Jones*, Nizam Yaquby, Mohammed Al Ghari et AbdelSattar Abu Ghuddah siègent à eux trois dans 116 comités[705]. Monsieur Yaquby est diplômé de l'Université de McGill, Canada, en économie. Le docteur Al Ghari est diplômé de l'université de Californie, en économie. Quant au *sheykh* Abu Ghuddah, il est diplômé en droit musulman classique des universités de Damas et d'*Al Azhar* au Caire, et siège par ailleurs au

---

[702] CHAAR Abdel Maoula, « Chari'a et institutions financières islamiques », in *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, éd. par LARAMEE Jean-Paul, Secure Finance, Editions Bruno Leprince, 2008, p. 63.

[703] OBEIDI Zouheir, *Op. cit.*, p.143.

[704] Le *sheykh* Al Mani' ayant récemment quitté ses fonctions au sein de ce comité.

[705] CHAAR Abdel Maoula, « Chari'a et institutions financières islamiques »*, Op. cit.,* p. 80.

sein de l'Académie du *Fiqh*, depuis sa création. Tout comme *sheykh* Taqi Usmani, un autre *sheykh* de *Wall Street*, siégeant dans quinze comités, dont celui de l'AAOIFI, la principale instance de standardisation, sur laquelle nous reviendrons, aux côtés des trois précités.

## *§2- Les autorités légales :*

Si les autorités traditionnelles du monde musulman contribuent au développement du système normatif bancaire islamique (A), nous constaterons que l'émergence d'organismes de standardisation dédiés à cette matière doit également être analysée (B).

### A- Autorités traditionnelles

La religion musulmane n'a pas de clergé, nous le savons. Toutefois, de nombreuses autorités, aussi bien religieuses (1) que politiques et économiques (2) guident le développement et la pratique du droit musulman. Ce sont ces autorités qu'il convient à présent d'étudier, sous l'angle de leur rôle dans la création d'un droit bancaire islamique.

#### *1- Les autorités religieuses*

Dans les développements à suivre nous distinguerons les institutions religieuses dont l'influence sur la création d'un droit bancaire islamique contemporain est la plus prégnante (a) et les autorités proprement spirituelles qui jouent un rôle direct dans la réception du droit musulman par les fidèles (b).

##### *a- Al azhar et la Ligue Islamique Mondiale*

L'université d'*Al Azhar* est une des plus anciennes et prestigieuses universités du monde musulman. Fondée en 988, elle est considérée comme la plus haute autorité religieuse du *sunnisme* et forme toujours la plus grande part des autorités juridiques du Moyen-Orient. En matière de banque islamique elle joue un grand rôle, aussi bien sur le plan de la formation, nous l'avons notamment

vu pour le *sheykh* Abu Ghuddah, que sur celui de la certification. Néanmoins, son aura est entachée par plusieurs scandales qui ont, depuis la fin des années 1980, terni sa réputation sur le plan de la rigueur juridique. Ainsi, des cas de ventes de *fatawa* ont été relevés à plusieurs reprises depuis lors[706].

La Ligue islamique mondiale est une organisation non gouvernementale fondée en 1962 à La Mecque pour promouvoir le panislamisme. Les objectifs de la Ligue concernent essentiellement le prosélytisme islamique[707] et tout particulièrement la conversion des foules musulmanes à la doctrine saoudiene *wahabite*. La Ligue islamique mondiale est en effet intimement liée au pouvoir saoudien, son secrétaire général doit être saoudien et, selon une audition de la Commission judiciaire du Sénat américain, elle est contrôlée étroitement par ce gouvernement[708]. La Ligue islamique mondiale est présente dans le secteur de la banque islamique via sa banque privée *Dar al mal al islami*, dont le siège est par ailleurs situé aux Bahamas, mais son influence s'exerce surtout par ses activités prosélytes[709] et le soutien financier qu'elle apporte aux minorités musulmanes occidentales, nous y reviendrons.

### *b- Autorités spirituelles*

Ce que nous désignons ici par autorités spirituelles concerne tout particulièrement l'influence du *soufisme* dans les populations musulmanes. Le *soufisme*, ou *tasawwuf* est en essence la quête de la connaissance divine par la réalisation intime de l'homme dans l'unité divine, *al Tawhid*. Les adeptes du *tasawwuf* que l'on a parfois pu qualifier de mystiques sont structurés en différentes confréries, *turuq* (sing : *tariqa*), voies, dont l'allégeance au maître fondateur fonde le particularisme. Ainsi, malgré l'absence de monachisme en Islam[710], ces *turuq* sont organisées autour d'un maître spirituel dont les disciples suivent au quotidien les enseignements. De fait, dans les pays où le *soufisme* continue d'être très représenté, comme l'Egypte, le Maroc ou même la Syrie, l'Algérie et en Afrique de

---

[706] Sur ce point cf. GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 46 et ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami*, Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman, Op. cit.,* p. 25. Nous avons nous-même été témoin de certains procédés par lesquels des fonds d'investissement, dont nous tairons le nom, à la recherche d'une certification de la prestigieuse Université parvenaient à leurs fins contre quelque compensation financière.

[707] Cf. www.muslimworldleague.org.

[708] Cf.www.senate.gov.

[709] Voir notamment LAURENCE Jonathan, VAÏSSE Justin, *Intégrer l'islam : la France et ses musulmans, enjeux et réussites*, 2007, Paris, Odile Jacob, 388 p.

[710] Cf. *Qor'an* S. 57, V.27, et *hadith* rapporté par Al Boukhary, « *La Rahbanya fil Islam* ».

l'ouest[711], il dispose d'une forte influence[712]. Les comportements des disciples, qui peuvent être des gouvernants, vis-à-vis de la banque islamique sont aiguillés par le maître qui sera pour eux la seule source de légitimation.

## 2- Les autorités politico-économiques

En matière de politique économique nous montrerons qu'à l'instar des autorités politiques internationales (a), les banques centrales (b) occupent une place de premier rang dans l'uniformisation du droit bancaire islamique émergent.

### a- Les autorités politiques internationales

La Ligue des états arabes fut fondée en 1945 au Caire, elle joue un rôle important dans l'harmonisation du droit des pays membres[713] autour de la reconnaissance de la *Shari'a* comme source suprême[714]. Le Manifeste de Rabat proposé sous l'égide de la Ligue Arabe en 1977, dispose en son premier article que la « *Shari'a* est la source de référence », ce qui suscita la réserve de l'Arabie saoudite qui exigeait que soit mentionnée la *Shari'a* comme unique source de référence. Dans la continuité, le Plan de Sanaa du 25 février 1981 systématisa les idées émises dans le Manifeste de Rabat et affirma l'objectif d'un « établissement d'une législation arabe unifiée conforme aux principes de la *Shari'a* islamique », « en évitant d'être influencé par un rite spécifique » dans lequel on devine l'influence de la vision saoudienne sur ce point et qui se matérialise plus directement dans la suppression dans le Plan de Sanaa de la mention du respect

---

[711] L'influence de la confrérie *Tijania* sur l'Afrique musulmane subsaharienne est par exemple au cœur de la question diplomatique du Sahara occidental comme en témoigne la nomination du chef religieux par le pouvoir royal marocain, en février 2009, face au pouvoir algérien qui souhaitait en faire de même pour s'attacher son influence. La nomination au ministère marocain des *habous* d'un membre éminent de la *Tariqa Boutchichiya* marque l'influence politique de cette confrérie au Maroc.

[712] Sur l'influence du soufisme par le rattachement au maître au sein des populations musulmanes contemporaines cf. BURGAT François, *Op. cit.*, p.106 et CHIH Rachida, *Le soufisme au quotidien, Confréries d'Égypte au XXe siècle*, Sindbad, 2000, p.359.

[713] LEWIS Bernard, *Op. cit.*, p. 223 et ss.

[714] Sur la nécessité de partir de la *Shari'a* comme critère d'unification du droit arabe cf. ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami, « Rôle de la religion dans l'harmonisation du droit des pays arabes », *Revue internationale de droit comparé*, 2007, N°2, p. 277.

des conventions et traités internationaux qui étaient présentes dans le manifeste[715].

L'Organisation de la Conférence Islamique (OCI) est une Organisation intergouvernementale établie en 1969 à Rabat et regroupant 57 pays musulmans. L'OCI vise à consolider la solidarité entre Etats islamiques par la coopération économique, scientifique, culturelle, sociale ainsi qu'à sauvegarder les lieux saints. La raison d'être de sa création résulte d'une volonté de maintenir un semblant d'unité dans le monde musulman[716]. Son influence dans le domaine du droit bancaire islamique s'exerce plus spécialement par le biais de l'Académie du *Fiqh*, créée à son initiative en 1974. Cette académie dispense de nombreux enseignements et promulgue des décisions dont l'influence sur les juristes des banques islamiques est importante comme nous avons déjà pu le démontrer[717].

### *b- Les banques centrales*

Le rôle des banques centrales dans l'uniformisation du droit bancaire islamique s'exprime dans certains pays par la définition unique des modalités d'exercice de l'activité bancaire islamique sur son territoire[718]. Cette uniformisation des pratiques entre les banques d'un même pays permet souvent, outre l'intérêt évident d'assurer la compatibilité des services à la pratique bancaire du territoire, de développer le système bancaire islamique en évitant une rupture trop brutale avec le système conventionnel, notamment dans les pays musulmans où des banques conventionnelles existent de longue date. Le pouvoir centralisateur de la banque centrale axera sa politique sur le refus de la stigmatisation des banques pouvant être jugées non islamiques ou révéler leur non conformité à l'Islam. Nous reviendrons sur cette idée, par l'exemple marocain, dans nos développements à suivre.

Le second intérêt des banques centrales dans la perspective de la création du droit bancaire islamique est son rôle d'interface entre les banques islamiques et les marchés financiers pour leur refinancement. Pour les systèmes mixtes dans lesquels les taux directeurs sont fixés conventionnellement par la banque

---

[715] Sur ce point, *ibid.*, p. 278-279.

[716] BOUACHBA Taoufik, *Op. cit.*, p.266 et ss.

[717] Cf. *supra* p. 36.

[718] C'est le cas en Malaisie, cf. AKHTAR Shamshad, *Islamic finance : authenticity and innovation, a regulator's perspective, keynote adressed at Harvard Law School*, Cambridge, USA, 20 avril 2008, 7 p., [En ligne] www.bis.org/review/r080429e.pdf (consulté le 25 septembre 2011),p.6. Le Pakistan, le Maroc et le Bahreïn sont dans une situation identique.

centrale[719], il est fréquent que les refinancements des banques islamiques se fassent via un système de mise à disposition de fonds, sans intérêt[720] ou alors, comme c'est le cas en Malaisie, par le biais d'un fonds *moudharabah* alimenté par les différentes banques et géré par la banque centrale[721]. Précisons enfin que le *tawarruq* et la *mourabaha* sont désormais utilisés de manière croissante par les banques centrales pour fournir des liquidités aux établissements financiers islamiques[722].

## B- Les organismes de standardisation

Nous distinguerons les organismes de standardisation des normes comptables (1) et les organismes de standardisation financière (2).

### *1- Organismes de standardisation comptable*

L'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Finance Institutions* (AAOIFI) fut créé en 1991 par les pays membres de l'OCI. L'AAOIFI a depuis élaboré 30 standards en matière de comptabilité et d'audit, censés représenter toutes les variations géographiques et doctrinales[723]. Ces standards ne sont pas contraignants juridiquement et les membres ne sont pas tenus de suivre les directives de l'AAOIFI, mais on constate actuellement, face à la nécessité de

---

[719] Ainsi en Egypte, l'article 233 du Code civil égyptien dit : « Les intérêts commerciaux en matière de compte courant varient suivant le taux de la place, et la capitalisation. » Cité par Sami Aldeeb Abu Sahlieh in *Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman*, *Op. cit.*, p.10.

[720] Dans la mesure où le taux d'intérêt ne peut être utilisé comme instrument de politique monétaire dans un système islamique, la banque centrale ne refinance pas les banques, comme c'est le cas en finance conventionnelle. Elle n'achète pas et ne vend pas d'instruments financiers aux banques. Dans un tel système seule la banque centrale a le monopole de la création monétaire. Toutefois, en pratique nous avons déjà eu l'occasion de montrer qu'ici aussi, les mécanismes proposés imitent assez largement les équivalents conventionnels et contribuent de la même manière à la création monétaire. Sur ce point cf. EL-HAWARY Dahlia, GRAIS Wafik, *Op. cit.*

[721] Sur ce point cf. AUSAF Ahmed, *Instruments of regulation and control of Islamic banks by the central banks*, Jeddah, IRTI, 2000, disponible sur www.irtipms.org, 48 p.

[722] Cf. ALVI Ijaj Ahmed, *Islamic Repo & Collateralization Possibilities,* IIFM Seminar on Hedging & Liquidity Management in islamic finance, Manama, Bahreïn, 22 novembre 2010, 14 p., [En ligne] http://www.iifm.net/default.asp?action=category&id=54 (consulté le 25 septembre 2011).

[723] A ce propos cf. AFFAKI Georges, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif », in *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, *Op. cit.,* p.157.

rationaliser les pratiques, un rôle grandissant de cet organisme comme nous l'avons déjà constaté au cours de nos développements et que nous retrouverons dans l'analyse des modèles français et marocains. Les travaux de l'AAOIFI peuvent « jouer le même rôle de systématisation et d'harmonisation » que les principes Unidroit relatifs aux contrats de commerces internationaux l'ont fait pour la *lex mercatoria*[724]. Toutefois, les dissensions internes qui demeurent sur la définition des standards, notamment en raison du poids de l'Arabie Saoudite qui souhaite imposer ses vues sur un plan global, empêchent pour l'heure l'AAOIFI de parfaire son travail d'uniformisation du droit bancaire islamique[725].

Au regard de nos développements antérieurs, nous précisons que l'AAOIFI joue un rôle phare dans le rapprochement entre les exigences financières conventionnelles et la définition du droit bancaire islamique, contribuant ainsi à la marchandisation du droit musulman que nous avons déjà évoquée. En outre, « le processus méthodique et consensuel qu'a privilégié l'AAOIFI en codifiant les normes financières de la *Chari'a* » en « transcendant les clivages des écoles de fiqh islamique »[726] est typique du champ doctrinal moderne qui vise à proposer une vision unitaire de l'Islam, économiquement libérale et rigoriste au plan social, telle que l'envisage l'OCI et qui porte la marque de l'influence saoudienne.

### *2- Organismes de standardisation financière.*

L'*Islamic Financial Services Board*[727] (IFSB) fut créé en 2002 et est basé à Kuala Lumpur. Cet organisme international regroupe les autorités de régulation de 33 pays, des représentants du FMI, de la Banque Mondiale, du BIS (Bank for International Settlements) ainsi que plus de 80 acteurs privés du marché de la finance Islamique. L'IFSB établit des standards prudentiels et édicte de nouvelles normes visant à adapter les pratiques financières islamiques aux normes conventionnelles internationales[728]. Ainsi, en matière de contrôle des risques, les

---

[724] Sur ce point cf. AFFAKI Georges, *Op. cit.*, p.156. La *lex mercatoria* désigne l'ensemble des usages et principes du commerce international. Sur ce point cf. PUTMAN Emmanuel, « L'éthique de la lex mercatoria », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif,* 2008, N°4, p. 1856.

[725] A ce sujet cf. CHAAR Abdel Maoula, OURSET Roger, « Formation et conceptualisation de la Finance Islamique », in *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, *Op. cit.*, p. 278-279.

[726] AFFAKI G., FADLALLAH I., HASCHER D., PEZARD A., *Op. cit.*, p. 22.

[727] www.ifsb.org.

[728] Les lois et circulaires relatives à la constitution de banques islamiques au Liban sont par exemple directement inspirées des travaux de l'IFSB. Cf. ABI RIZK Georges, « La gouvernance des banques islamiques au Liban », *Revue de droit bancaire et financier*, 2008, N°1, p. 28.

normes de l'IFSB sont directement issues des normes conventionnelles édictées par le Comité de Bâle[729]

L'*International Islamic Rating Agency*[730] (IIRA) fut créée en 2002 et est basée à Bahreïn. L'IIRA est aujourd'hui l'unique agence de notation spécifiquement islamique. L'IIRA prend en compte la santé financière des institutions Islamiques au regard des critères conventionnels, mais aussi la qualité de leurs comités religieux et la conformité des produits aux valeurs islamiques telles que définies par l'AAOIFI, ainsi que la qualité de la gouvernance. Parmi ses actionnaires figurent la plupart des plus importantes banques Islamiques de Malaisie et du Golfe (telles que *Dubai International Financial Centre Authority*, *ABC Islamic Bank*, *Bank Islam Malaysia Berhad*, Crédit Agricole CIB, *European Islamic Investment Bank*, *Kuwait Finance House*, *National Bank of Kuwait*, *Standard Chartered Saadiq*) ainsi que la Banque Islamique de Développement. Il convient de préciser que son comité *Shari'a* est composé des plus éminents experts religieux de la banque islamique, parmi lesquels tous les « *Shuyukh* de *Wall Street* »[731].

L'*International Islamic Financial Market*[732] (IIFM) fut créé en 2002 et est basé en Arabie Saoudite. Ses membres sont les Banques Centrales de Brunei, d'Indonésie, de Malaisie, du Soudan, et la Banque Islamique de Développement. Son rôle est de participer au développement, à l'autorégulation et à la promotion des marchés financiers Islamiques. Son premier objectif est d'aider à l'innovation et à la standardisation des produits financiers Islamiques. L'IIFM est chargé de créer le lien entre les participants des marchés islamiques, et les différents organismes de régulation conventionnels.

Le *Liquidity Management Center*[733] (LMC) a été fondé dans le but de promouvoir le marché interbancaire islamique. Ses actionnaires sont les gouvernements d'Arabie Saoudite, de Bahreïn, du Koweït et des E.A.U.

---

[729] Sur ce point HARZI Adel, « Les banques islamiques à l'heure des exigences réglementaires », First conference on risk management in Islamic Finance, Université Paris dauphine, 28 janvier 2010, 15 p., [En ligne] ] www.financeislamiquefrance.fr/documents-et-rapports.php (consulté le 25 septembre 2011) et *Disclosures to promote transparency and market discipline for institutions offering* Islamic financial services, IFSB, Décembre 2007, 42 p., [En ligne] *www.ifsb.org/standard/ifsb4.pdf* (consulté le 25 septembre 2011).

[730] www.iirating.com.

[731] Cf. *Shari'a methodology rating*, International Islamic Rating Agency, mai 2006, disponible sur www.iirating.com, 7 p., [En ligne] http://www.iirating.com/method_sqr.asp (consulté le 25 septembre 2011).

[732] www.iifm.net.

[733] www.lmcbahrain.com.

L'*Islamic Research and training Institute*[734] (IRTI) est basé à Jeddah, Arabie Saoudite, cet organisme est une émanation de la Banque islamique de Développement. Il a pour vocation de développer la recherche et la formation en finance islamique, nous avons vu plus haut ce qu'il en est de sa filiation idéologique.

Nous l'avons vu, l'émergence d'un droit bancaire islamique n'est pas linéaire. S'il est permis, par la force des choses, de parler de « banque islamique », aucune solution consensuelle n'est réellement présente à l'heure actuelle, les solutions établies étant d'ailleurs, de l'aveu même des intéressés, des solutions transitoires dans l'attente d'un futur idéalisé dont il est difficile d'imaginer la teneur, nous le verrons. Les dissensions au sein du monde musulman se retrouvent dans l'établissement des normes et il apparaît que c'est souvent l'influence politique, en l'absence d'une autorité religieuse reconnue, qui dicte l'affirmation de l'orthodoxie commune. En outre, la vitesse à laquelle croît ce secteur ne lui permet pas encore de s'affirmer comme un recours alternatif au système financier conventionnel. Les modèles développés écartelés entre d'un côté les règles du droit musulman classique et de l'autre les contraintes imposées par un système financier moderne mondialisé, peinent à trouver leur identité.

[734] www.irti.org.

# PARTIE II- BANQUE ISLAMIQUE, LA CONFRONTATION DES DROITS OCCIDENTAUX ET MUSULMANS

Vécue comme une affirmation identitaire la finance islamique semble parfois idéalisée. Des premières expériences égyptiennes sous Sadate à l'ouverture de guichets bancaires islamiques dans ce que d'aucuns appellent péjorativement le « Londonistan », aucune banque islamique ne peut se targuer de n'être pas soumise aux règles de leurs droits positifs.

Durant sa colonisation, l'ensemble du monde musulman a accueilli des normes juridiques, étrangères à leur tradition, véhiculées par les anciens empires coloniaux. La *Common law* en Asie du sud-est et dans la péninsule arabique et le système civiliste français au *Maghreb* en sont deux exemples bien connus. La matière commerciale fut particulièrement sujette à ces influences alors que d'autres comme le droit pénal, le droit de la famille ou le droit des filiations ne les subirent que plus modérément. Ainsi, il nous a semblé essentiel, face à l'affirmation croissante d'un modèle bancaire islamique, de nous interroger sur les rapports qu'il entretient, ou développe avec les règles qu'il prétend tantôt combattre, tantôt corriger[735]. Au cours de ce cheminement nous constaterons qu'au lieu de prétendre se substituer au système bancaire conventionnel, le modèle islamique semble plutôt s'y diluer. Partant, il sera pertinent, au regard des objectifs que les théoriciens du droit bancaire islamique se sont fixés, d'envisager la contribution qui pourra être apportée à l'assainissement des pratiques financières actuelles, dont on constate les dérives.

Pour atteindre cet objectif nous orienterons notre analyse sur l'intégration de la banque islamique en Occident (Titre 1), mais également dans le droit positif de pays musulmans (Titre 2) avant de conclure sur son intégration au système financier global (Titre 3).

[735] Voir notamment la vision de l'Occident, sous l'angle des effets néfastes de ses relations avec le monde islamique, du rôle négatif de la colonisation et de l' « exploitation des pays sous-développés », dans une partie de la doctrine bancaire islamique in EL GHAZALI Abdelhamid, *Man is the basic of the Islamic strategy for economic développement*, Jeddah, IRTI, 1994, disponible sur www.irtipms.org, p. 27 et ss.

# TITRE I- LA BANQUE ISLAMIQUE EN OCCIDENT

A travers les exemples français (Chapitre 1) et des deux principaux pays soumis à la *Common law*, l'Angleterre et les Etats-Unis d'Amérique (Chapitre 2), nous envisagerons les implications, aussi bien sur le plan des valeurs que dans la pratique, de l'intégration de la banque islamique en Occident. Si l'intérêt pour les techniques islamiques de financement peut aisément s'expliquer, dans ces pays, par le souhait d'offrir à leur population musulmane[736] des possibilités d'intégration économique respectueuses de leurs croyances religieuses, nous verrons que l'attractivité de leurs places financières est également un facteur fondamental dans l'aménagement de leur ordonnancement juridique. La compétitivité financière exacerbée par la crise bancaire, ne peut décemment occulter les centaines de milliards de dollars d'investissements islamiques potentiels apportés par les monarchies pétrolières.

Aussi justifiés soient-ils, les aménagements juridiques ouvrant voie au développement de pratiques bancaires islamiques ne sont pas sans incidence. Le respect de la laïcité, le durcissement identitaire qu'implique le contexte géopolitique actuel constituant autant de freins, réels ou supposés, qu'il nous appartient à présent d'étudier. Les solutions apportées à ces problèmes nouvellement posés ne manqueront pas, nous le verrons, d'influer sur la définition d'un modèle de droit bancaire islamique.

## Chapitre 1- Le cas de la France

Forte de la plus importante communauté musulmane d'Europe, la France est directement concernée par le développement d'un secteur bancaire se proposant d'offrir des solutions conformes aux attentes religieuses de cette population. Peut-il découler de la confrontation entre la *Shari'a* et le droit français, des principes communs permettant à la France d'asseoir ses ambitions en la matière (Section 1) ? Comment l'ordonnancement juridique français peut-il permettre l'élaboration d'une offre bancaire spécifiquement islamique (Section 2) ? C'est ce que nous nous proposons d'analyser dans les développements à suivre.

[736] Il est difficile d'établir des statistiques précises car le recensement de la population en fonction de la religion n'existe pas dans la plupart des pays européens, mais on estime entre 10 et 15 millions le nombre de musulmans en Europe. Cf. ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami, *Conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe, Op. cit.*, p. 814.

## Section 1- Shari'a et droit français

A l'heure où les pouvoirs publics français explorent les possibilités d'adaptation du cadre légal français dans le but de permettre le développement des activités bancaires islamiques en France, de nombreuses voix s'élèvent pour critiquer cette atteinte supposée à un des piliers de la république française, la laïcité[737]. Une telle adaptation remet-elle en cause les principes « de notre droit, de nos valeurs démocratiques et républicaines[738] » comme l'affirme le communiste André Gerin, qui présida la mission parlementaire sur le port du voile intégral ?

A travers la confrontation entre les principes du droit musulman et l'ordonnancement juridique français (§1), nous essaierons de jeter les bases juridiques de l' « Islam en France » et verrons comment il convient selon nous d'envisager les ambitions françaises dans le domaine spécifique de la banque islamique (§2).

### *§1- La confrontation de la shari'a et du système civiliste français*

Après avoir envisagé cette confrontation sous l'angle du partage de principes communs (A), il nous appartiendra de constater les différences fondamentales entre la *Shari'a* et le système civiliste français (B).

#### A- Le socle commun

L'intégration de l'Islam en France est permise par le principe de laïcité qui fonde l'ordonnancement juridique français en matière de religion (1). Par ailleurs,

---

[737] Voir notamment Henri Emmanuelli, député PS des Landes cité par VIGNAUD Marc, « L'offensive de la finance islamique en France », *Le Point.fr*, 26 novembre 2009, [En ligne] http://www.lepoint.fr/archives/article.php/399311 (consulté le 25 septembre 2011) : « il ne faut introduire ni les principes de la *charia*, ni l'éthique du *Coran*, ni le droit canon, pas plus que le *Talmud* ou la *Torah*. C'est inacceptable ».

[738] Qui précise, dans une lettre envoyée au Premier ministre François Fillon, en octobre 2009, que « L'heure n'est pas à l'accommodement, si minime soit-il », « La finance islamique, comment ça marche ? », *L'Expansion.com*, 18 novembre 2009, [En ligne] http://lexpansion.lexpress.fr/economie/la-finance-islamique-comment-ca-marche_207958.html (consulté le 25 septembre 2011).

nous observerons qu'en matière bancaire, la religion musulmane partage certains principes essentiels du droit français (2).

### *1- Droit et religion en France*

C'est en France que le concept de laïcité fut développé de la manière la plus systématique, le Professeur Henri Capitant l'a défini comme la « conception politique impliquant la séparation de la société civile et de la société religieuse »[739]. S'il n'a pas d'équivalent dans la langue arabe classique[740], certains orientalistes parmi les plus éminents se basant sur la considération que le *khalife* n'était pas doté d'un pouvoir religieux et que l'absence d'organisation cléricale dans l'empire musulman classique ainsi que l'intégration et la légitimité des « gens du livre »[741] par le statut de *dhimmi*[742], ont avancé l'idée, qu'en principe, « l'Islam est une théocratie laïque »[743]. Cette conception ne renvoie pas à l'acception française de la laïcité instituée par la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des églises et de l'Etat.

Cette loi, à valeur supra-législative voire constitutionnelle, reconnaît la liberté de conscience et d'exercice public du culte, mais sans qu'aucune religion ne reçoive de consécration légale. Les principes fondamentaux du statut des cultes ainsi posés sont la liberté de conscience (article 1) et l'absence de subvention des cultes (art 2) à l'exception des services d'aumônerie dans les établissements publics. Prise dans un contexte « d'hostilité politique déclarée à l'égard de l 'Eglise catholique », elle instaure une stricte séparation entre la religion et l'Etat prônant une forme de « laïcisme agressif », ainsi que l'a décrit Brigitte Basdevant-Gaudemet[744]. Cette posture agressive que relève madame Basdevant-Gaudemet

---

[739] CAPITANT Henri cité par BOUINEAU Jacques, *Rapport de synthèse du colloque de Bari*, à paraître dans le dixième volume de la collection Méditerranée aux éditions L'Harmattan sous le titre « La laïcité et la dualité des pouvoirs », 2012, 2 p., [En ligne] http://www.jacques-bouineau.fr/site/index.php/recherches/heritage-de-lantiquite.html (consulté le 25 septembre 2011).

[740] Certains auteurs retiennent néanmoins le terme *al 'almaniya*, cf. IBRAHIM Amr H., « La laïcité spécifique de l'Islam », *Autres Temps. Les cahiers du christianisme social*, n°10, 1986, p. 21-22.

[741] Les chrétiens, juifs, mais aussi zoroastriens ou Hindous.

[742] Le statut de *dhimmi*, terme signifiant protégé, allié, permettait aux gens du livre de poursuivre la pratique de leur culte à la condition qu'ils s'acquittent d'une taxe spécifique, la *jizaya*. Cf. *Qor'an* S.IX, V.29. Sur la conception musulmane de la laïcité cf. MOULAYE Hassane, « La question de la laïcité en Islam », *Autres Temps. Les cahiers du christianisme social*, n°13, 1987, p. 70 et ss.

[743] Louis Massignon cité par JAHEL Selim, *La laïcité dans les pays musulmans*, *Op.cit.*, p. 144. Cf. *supra* p. 57.

[744] BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte, « Droit et religions en France », *Revue internationale de Droit Comparé,* 1998, N°2, p. 340.

nous semble, à l'instar des Professeurs Barthélémy et Michelat, venir du fait que la laïcité est une norme qui, dépassant la simple tolérance[745], vise fondamentalement, et donc en quelque sorte avec « force », le respect de l'égalité entre les citoyens[746]. Ainsi, la conception française de la laïcité loin d'envisager la conception de l'Etat sous l'égide d'un lieutenant de Dieu sur terre, *khalife*, offre néanmoins aux musulmans la possibilité de pratiquer librement leur culte dans le respect des lois de la république. L'ordonnancement légal français permet par exemple, à travers la loi Debré du 31 décembre 1959 reconnaissant le caractère propre des établissements scolaires privés, l'obtention de subvention assurant la prise en charge du personnel enseignant dans les établissements passant avec l'Etat des contrats d'associations. La possibilité de l'enseignement du culte musulman dans de tels établissements est ainsi ouverte, même si à l'heure actuelle les initiatives restent rares[747]. De plus, les aumôneries dans les hôpitaux sont autorisées et subventionnées par l'Etat. L'assistance spirituelle et l''exercice du culte musulman par les malades sont ouverts s'ils n'impliquent pas une adaptation du service public de la santé. Dans le cas de l'Islam, le choix du médecin ou le refus de soin par un personnel de sexe opposé ne peuvent ainsi être admis[748]. La position française à l'égard de l'Islam, réaffirmée par les récents développements légaux sur le port des signes religieux dans les écoles publiques[749], ou la dissimulation du visage dans l'espace public[750], est donc caractérisée par une forme de non-ingérence dans la pratique religieuse privée à la condition que son exercice public ne remette pas en cause l'application du principe de neutralité établi en 1905. De manière générale, on peut dire avec Tareq Oubrou, recteur de la mosquée de Bordeaux, et membre d'une des associations représentatives des musulmans dotée de la plus forte influence, l'Union des Organisations Islamiques de France, que les pratiques du musulman peuvent s'inscrire légitimement dans l'ordre juridique français tout en respectant les cinq piliers essentiels de la *Shari'a*[751].

---

[745] Sur ce point voir également PENA-RUIZ Henri, *Dieu et Marianne, philosophie de la laïcité*, Presses Universitaires de France, 1999, p. 68-69 où l'auteur note que « l'autorité tolère ce qu'elle ne veut ou ne peut empêcher, mais ce qui est simplement toléré reste en position d'infériorité par rapport à ce qui est donné comme norme ».

[746] BARTHELEMY Martine, MICHELAT Guy, « Dimensions de la laïcité dans la France d'aujourd'hui », *Revue française de science politique*, Volume 77, 2007, p. 650.

[747] Sur ce point cf. ROY Olivier, *L'Islam mondialisé*, *Op. cit.,* p. 129.

[748] BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte, *Op. cit.*, p. 358.

[749] Loi de 2004 sur les signes religieux dans les écoles publiques qui créa l'article L.141-5-1 du code de l'éducation. Pour une analyse détaillée de cette Loi sous le rapport de la laïcité française cf. THOMAS Jean-Paul, « Faut-il renouveler la laïcité ? », *Connexions*, 2005, n°83, p. 13-32.

[750] Loi du 11 octobre 2010 qui interdit la dissimulation du visage dans l'espace public.

[751] Cf. OUBROU Tareq, « La Chari'a et/dans la laïcité », *Archives de philosophie du droit*, 2004, N°48, p. 158 et ss. L'auteur parle d'une éthique de conciliation et, opérant une séparation entre la

### *2- Les sources communes*

Que l'on remonte à la transmission du savoir grec par Ibn Rushd, Averroès, à l'Occident médiéval[752] ou aux nombreux échanges entre les civilisations autour de la Méditerranée, dont nous avons déjà montré l'influence sur le développement du droit musulman, les relations entre l'Islam et l'Occident peuvent s'envisager sous l'angle d'un partage de valeurs communes. Michel Villey nous enseigne d'ailleurs que sans l'influence de Thomas d'Aquin sur la renaissance du droit romain en France, la volonté de construire un droit d'origine religieuse qui perdura jusqu'au XIIe siècle[753] aurait pu conduire le droit français vers un modèle proche de celui que connaissent actuellement nombre de pays musulmans.

En matière financière, l'interdiction des prêts à intérêt par l'église catholique ne fut levée que par le canon 1543 du Code de droit canonique de 1917, qui n'est d'ailleurs pas repris dans le nouveau Code du droit canonique de 1983 dénonçant « des systèmes financiers abusifs sinon usuraires » comme le note fort justement le Professeur Aldeeb Abu Sahlieh[754]. Cet héritage chrétien se retrouve toujours dans le droit positif français qui interdit les pratiques de prêts usuraires, définis à l'article L 313-3 du Code de la Consommation comme « tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues ». Par ailleurs, le respect des valeurs éthiques proposées par le droit bancaire islamique n'exclut aucune disposition légale française comme nous aurons l'occasion de le préciser. Ainsi, pour reprendre les termes d'Anouar Hassoune, représentatifs des tenants de l'introduction en France des normes bancaires islamiques, « la finance islamique n'est pas là pour islamiser la France, elle est là pour moraliser les transactions financières. Elle n'appartient pas aux

---

pratique et l'adhésion à la doctrine, il affirme « qu'une personne est musulmane si elle reconnaît la doctrine, le cas échéant sans la mettre en pratique ». Pour lui « faillir à l'orthopraxie n'est pas faillir à l'orthodoxie ».

[752] Sur l'apport des traductions d'Aristote par Averroès chez Albert le Grand et Saint Thomas d'Aquin cf. MONTEIL Jean-François, « La Transmission d'Aristote par les Arabes à la chrétienté occidentale » in *Entre deux rives, trois continents*, éd. Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, 2004.

[753] VILLEY Michel, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Annales de la faculté du droit et des sciences politiques de Strasbourg, Paris, Dalloz, 1957, 442 p., disponible sur www.persee.fr, p.3.

[754] Cf. ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami, *Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman, Op. cit.*, p. 7 : « Si une chose fongible est donnée à quelqu'un en propriété et ne doit être restituée ensuite qu'en même genre, aucun gain à raison du même contrat ne peut être perçu ; mais dans la prestation d'une chose fongible, il n'est pas illicite en soi de convenir d'un profit légal, à moins qu'il n'apparaisse comme immodéré, ou même d'un profit plus élevé, si un titre juste et proportionné peut être invoqué ».

musulmans, c'est un compartiment supplémentaire de la finance socialement responsable »[755].

## B- Les différences fondamentales

La conception française de la laïcité induit un encadrement réglementaire de certaines pratiques islamiques qu'il conviendra d'envisager (1). Le financement du culte en France fera à ce titre l'objet d'un intérêt particulier (2).

### *1- L'encadrement réglementaire de l'Islam en France*

Nous l'avons vu, le principe de la laïcité est fondé en France sur la liberté en matière religieuse, la non-discrimination dans l'exercice des cultes et surtout, sur le fait que la religion relève de la sphère privée. Les pratiques portant atteinte aux valeurs de la République, définies par la Loi, telles que le port du voile intégral, le port du voile à l'école ou la polygamie ne sont donc pas admises et constituent des points bloquants sur lesquels l'Etat français ne transige pas et qui n'ont, en tout état de cause, pas vocation à s'appliquer au cadre du droit bancaire islamique tel que défini aujourd'hui.

Les relations entre l'Etat français et la communauté musulmane, forte de cinq millions d'individus[756], sont depuis 2003 arbitrées par le Conseil Français du Culte Musulman (CFCM). Le rôle de cette association est de « défendre la dignité et les intérêts du culte musulman en France », « favoriser et organiser le partage d'informations et de services entre les lieux de culte », « encourager le dialogue entre les religions » et « assurer la représentation des lieux de culte musulmans auprès des pouvoirs publics »[757]. En pratique le CFCM assure un rôle d'interlocuteur auprès des pouvoirs publics sur des questions touchant à la communauté musulmane, mais pouvant aussi bien être sociales que politiques ou religieuses[758]. Ce mélange des genres fait l'objet de vives critiques, ses détracteurs accusant l'association de n'être qu'un faire-valoir des ambitions

---

[755] VIGNAUD Marc, *Op. cit.*

[756] SERHAL Chucri Joseph, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *Revue Banque et Droit*, 2006, N°106, p. 39.

[757] www.lecfcm.fr.

[758] Formation des *imams*, construction des mosquées ou fixation des dates du mois de jeûne de *ramadan*.

politiques des dirigeants, et lui refusant le rôle d'autorité religieuse[759]. Il est par ailleurs reproché à cette association d'institutionnaliser des mouvements dont l'idéologie est contraire aux valeurs de la république[760]. Il ne nous appartient pas ici de juger du bien-fondé de ces reproches, mais il nous paraît néanmoins important d'analyser cette institutionnalisation du culte musulman dans l'espace politique français à l'heure où l'on dénonce la communautarisation croissante de la société française et la dissolution de son modèle universaliste.

Si comme l'a montré Olivier Roy, le phénomène de « réislamisation des banlieues » révèle avec une acuité nouvelle certaines dérives communautaristes[761], il est important de noter que l'institutionnalisation d'une instance représentative de la communauté musulmane, pour autant qu'elle puisse apparaître comme nécessaire à l'Etat, qui se doit d'avoir un interlocuteur légitime[762], est en réalité contre-productive. En effet, les musulmans de France sont issus d'origines, de milieux sociaux divers et leur compréhension des textes sacrés est loin d'être uniforme[763]. Or, en ethnicisant l'Islam en France, en voulant en faire un tout cohérent, déculturé, et imposé aux croyants,[764] on systématise l'ensemble de l'activité sociale des individus à travers leur appartenance religieuse. Ceci, qu'il convient réellement d'appeler communautarisme et qui porte l'empreinte de la vision anglo-saxonne de la laïcité sur laquelle nous reviendrons, est paradoxalement repris par les néo-fondamentalistes *wahabites* ou *salafistes* pour « parler des populations musulmanes en Occident comme un tout cohérent et opprimé »[765]. Ceci recoupe notre insistance sur la nécessité de respecter l'héritage culturel de chacun dans la définition d'un droit bancaire islamique et également pourquoi l'impact des influences saoudiennes (que l'on a dites partisanes de l'uniformisme) mérite d'être analysé.

---

[759] Se référer aux sites et blogs internet « islamiques » tels que www.oumma.com et www.saphirnews.com.

[760] « La face cachée de l'UOIF *(entretien avec Fiammetta Venner)* », *L'EXPRESS.fr*, 2 mai 2005, [En ligne] http://www.lexpress.fr/actualite/societe/religion/la-face-cachee-de-l-uoif_486103.html (consulté le 25 septembre 2011).

[761] ROY Olivier, *L'Islam mondialisé*, *Op. cit.*, p. 30-31.

[762] Sur les rapports entre l'Etat français et les associations représentatives de la communauté musulmane cf. KASTORYANO Riva, DIOP A. Moustapha, « Le mouvement associatif islamique en Ile de France », *Revue européenne de migration internationale*, volume 7, N°3, disponible sur www.persee.fr, p. 91-117.

[763] Pour une étude quantitative de la répartition sociologique des musulmans de France, cf. *Enquête sur l'implantation et l'évolution de l'Islam en France de 1989 à 2009*, août 2009, IFOP, 21 p., [En ligne] http://www.ifop.com/?option=com_publication&type=publication&id=48 (consulté le 25 septembre 2011).

[764] ROY Olivier, *L'Islam mondialisé*, *Op. cit.,* p.127.

[765] *Ibid.*, p. 72-73.

### *2- Le financement du culte*

Le principe en droit français est le non-financement des religions par l'Etat. Ceci implique que les associations cultuelles ne peuvent recevoir aucune subvention directe par des fonds publics, mais diverses modalités d'aides indirectes existent, notamment des incitations fiscales au mécénat (article 238 bis du Code général des impôts) ou l'apport de garanties étatiques pour la construction de nouveaux édifices du culte (art 2 de la loi de finance rectificative du 29 juillet 1961) ou pour leur maintien en état[766]. Partant, le financement des mosquées en France pose de nombreux problèmes tant au plan pratique que sur l'idéologie véhiculée par les mécénats étrangers. Il apparaît par exemple que la majorité des fonds alloués à la construction de mosquées proviennent de l'Etat saoudien ou de ses différents relais, personnes physiques, riches mécènes[767], ou morales, comme la Ligue islamique mondiale, dont nous avons déjà cerné l'idéologie, principal bailleur de fonds des mosquées françaises selon Jocelyne Cesari chercheuse au CNRS et à l'Université de Harvard[768]. Quand Didier Leschi, chef du bureau des cultes du ministère de l'Intérieur, dit dans le journal Libération du 5 mai 2007 que «soit on demande à des riches Saoudiens de nous construire des minarets, soit on modifie la loi de 1905 », il pose selon nous une alternative discutable. Rejoindre la vision anglo-américaine, communautaire, de la laïcité ou accepter l'ingérence saoudienne semblent être les seules voies d'analyse plausibles, nous verrons qu'il en va à notre sens de même dans le cas du droit bancaire islamique.

## *§2- Les ambitions françaises*

Indubitablement, la banque islamique dispose en France d'un important pouvoir d'attraction (A). Partant, nous nous appliquerons à déterminer la manière dont il convient d'envisager la banque islamique au regard de la place de l'Islam en France (B).

---

[766] BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte, *Op. cit.* p. 344-345.

[767] Cf. GABIZON Cécilia, « Enquête sur le financement des nouvelles mosquées », *Le Figaro*, 13 décembre 2008, [En ligne] http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2008/12/13/01016-20081213ARTFIG00745-enquete-sur-le-financement-des-nouvelles-mosquees-.php (consulté le 25 septembre 2011).

[768] CESARI Jocelyne, « L'islam à domicile », *Communication*, 65, 1997, disponible sur www.persee.fr, p. 9.

## A- Attrait de la banque islamique

L'attrait de la banque islamique en France est assis sur deux piliers : le nombre de Français de confession musulmane (1) et la volonté d'attirer les capitaux islamiques étrangers dans une période économiquement instable (2).

### *1- Les musulmans de France : marché interne*

L'intérêt de développer un cadre légal pour les techniques de financement islamique en France est à analyser à l'aune de son attrait commercial. En effet, si dans certains pays comme le Maroc sur lequel nous reviendrons, la religion est une des causes premières de la non bancarisation, en France, l'Islam, « religion minoritaire dans un espace sécularisé »[769], ne semble pas avoir éloigné les musulmans du monde bancaire. 99% des français sont bancarisés.

Ainsi que ce soit au niveau des crédits ou de l'épargne[770], plusieurs études ont récemment révélé le poids supposé de ce marché en devenir. C'est ce que nous nous proposons de développer dès à présent.

**Appétence pour les produits bancaires islamiques en France :** Source : Oliver Wyman Analysis, 2009

| | Par revenus mensuels en Euros | | | |
|---|---|---|---|---|
| | 1000 à 2000 | 2000 à 4000 | > à 4000 | Total |
| Compréhension des produits islamiques | 53% | 53% | 84% | 52% |
| Volonté d'ouvrir un compte islamique | 84% | 87% | 89% | 84% |
| Volonté de changement de banque pour des produits islamiques | 59% | 68% | 79% | 64% |
| | **Fonction de l'âge** | | | |
| | 18-25 ans | 26-35 ans | 36-55 ans | 56 et plus |
| Compréhension des produits islamiques | 50% | 59% | 43% | 43% |
| Volonté d'ouvrir un compte islamique | 74% | 89% | 84% | 86% |
| Volonté de changement de banque pour des produits islamiques | 65% | 69% | 57% | 50% |

[769] Cf. FREGOSI Franck, « L'islam en France : une religion minoritaire dans un espace sécularisé et laïc » in *Religions et modernité* Strasbourg, Actes de l'Université d'automne de Guebwiller, 27-30 octobre 2003, p. 143-163, [En ligne] www.ac-grenoble.fr/histoire/.../religionmodernite/religions_modernite.pdf (consulté le 25 septembre 2011), p. 143-163.

[770] Sur la volonté de développer l'épargne et le crédit islamique en France cf. JOUINI Elyès, PASTRE Olivier, *Op. cit.*, p. 116 et ss.

**Causes de la non-consommation de produits bancaires classiques par les musulmans de France :** Source : Oliver Wyman analysis, 2009

**CRÉDITS IMMOBILIERS:**

- 30% n'en ressentent pas le besoin
- 19% n'y sont pas éligibles
- 11% jugent leur coût trop élevé
- 40% car ce n'est pas halal

**CRÉDITS À LA CONSOMMATION:**

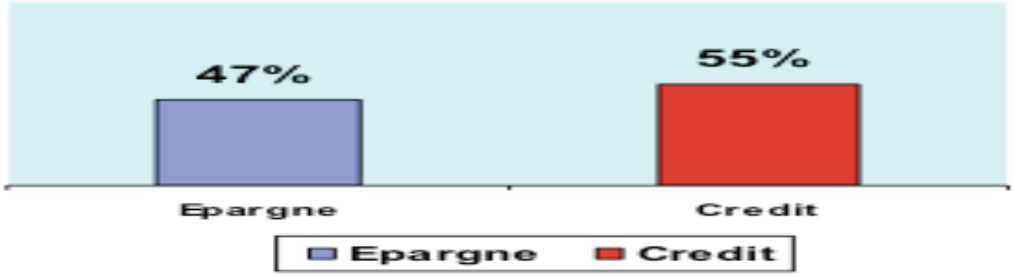
- 56% n'en ressentent pas le besoin
- 44% car ce n'est pas halal

**COMPTES ÉPARGNES :**

- 50 % n'en ressentent pas le besoin
- 50 % car ce n'est pas halal

Selon une enquête récente[771], plus de 55% des musulmans sont intéressés par la souscription d'un emprunt « islamique », parmi ceux-ci, 45% ont déjà souscrit un emprunt conventionnel au cours des cinq dernières années. La souscription d'un emprunt conventionnel a gêné les contractants musulmans dans 28% des cas au regard de leurs convictions religieuses et 45% affirment être intéressés même en cas de surcoût, généralement évalué entre 15 et 20 %. Tout ceci donnant un total d'environ un million de musulmans intéressés par le crédit islamique, ce qui représente un potentiel estimé à sept milliards d'euros. Enfin, seuls 12 % des musulmans qui n'ont pas souscrit d'emprunt conventionnel l'ont fait pour des motifs religieux, le reste, respectivement 56% et 29% n'en éprouvent pas le besoin ou sont rétifs à l'endettement. Doit-on en conclure que le développement de ces produits passe par une prise de conscience de la vertu de l'endettement islamique ?

**Appétence pour les crédits et produits d'épargne islamique :** Source Ifop




[771] Les chiffres qui suivent sont tirés du *Finance islamique en France, quel marché et quelles opportunités pour les banques de détail ?*, Etude de marché réalisée par l'IFOP pour l'Islamic finance Advisory & assurance services et l'Association d'Innovation pour le Développement économique et immobilier, 2008, [En ligne] http://www.aidimm.com/articles/finance-islamique-en-france-rapport-2011-exclusif_128.html (consulté le 25 septembre 2011), p. 20 à 32.

47% des musulmans de France seraient aussi intéressés par une possibilité d'épargne compatible avec les règles de la *Shari'a* ce qui représente également un potentiel de sept milliards d'euros[772].

Ces différentes études nous montrent également qu'une très légère majorité considère que ces produits peuvent être vendus dans des banques conventionnelles, le reste exigeant l'ouverture de banques spécialisées.

Aussi intéressants que soient ces chiffres, l'intérêt de ces études se trouve selon nous en contre-champ. En considérant que la population musulmane remplit les critères de ciblages marketing[773], caractérisés au premier chef par l'homogénéité en terme de consommation, on valide le point de vue communautariste selon lequel l'intégralité des actions de la vie sociale peut être analysée au regard de l'appartenance religieuse[774]. Ce que nous tentons de démontrer ici n'est bien évidemment pas la rigueur de l'enquête puisque les enseignements sur le marché de la viande *halal* ont également tendance à montrer cette homogénéité dans les comportements[775], mais plutôt, que le phénomène de déculturation est parallèle à la marchandisation. Reconnaître le consommateur musulman serait finalement, sous ce rapport, le signe du rapprochement de principe entre les tenants de l'islam uniforme et ceux de l'Islam mercantile. A cet égard les principes du droit ne sont que secondaires, surtout si l'on ajoute que pour 70% des sondés, la conformité s'appréciera à travers le label de certification d'un comité *Shari'a*.

---

[772] Sur ce point cf. également *Livre blanc*, *Finance islamique et immobilier en France, Comprendre pour agir*, Norton Rose Cabinet d'avocats d'affaires international et DTZ Asset Management, Paris, 2010, disponible sur www.financeislamiqueimmo.com, 133 p.

[773] « Rapport sur la finance islamique 2011 de l'AIDIMM et l'IFAAS », *Quels marchés et quelles opportunités pour les banques de détail ?*, *Op. cit.*, p. 20.

[774] Cf. le remarquable article de SIMON Michel, MICHELAT Guy, *Systèmes d'opinion, choix politiques, pratique religieuse et caractéristiques socio-démographiques*, Archives de science sociale des religions, 1997, volume 37, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 114 et s. les auteurs démontrent que, pour les catholiques de France, quel que soit le degré de pratique religieuse, il est difficile d'invoquer la religion comme critère dictant les opinions et les comportements.

[775] Même si, nous le rappelons, à notre sens le cas de la viande et des produits financiers ne sont pas comparables au plan du droit musulman. Sur la consommation de viande *halal* en France voir l'étude de marché BERGEAUD F., BLACKLER K., *La consommation halal aujourd'hui en France*, Publication AO food, 2009, [En ligne] http://univ-aix.academia.edu/FlorenceBlackler/Papers/583145/La_consommation_halal_aujourdhui_en_France (consulté le 25 septembre 2011).Les auteurs montrent que plus de 80% des musulmans de France mangent exclusivement de la viande *halal* et parmi eux 90% le font pour des raisons religieuses uniquement.

### *2- La captation des capitaux islamiques*

En juillet 2008, l'ancienne ministre de l'Economie, Christine Lagarde, a fait part de « son souhait d'adapter l'environnement juridique français » pour que les activités de la finance islamique soient « aussi bienvenues à Paris qu'elles le sont à Londres et sur d'autres places »[776]. Le but premier de ces réformes étant d'attirer les capitaux des pétromonarchies et autres fonds souverains des pays du Golfe dont on sait la puissance financière[777]. L'influence de la crise économique de 2008 sur les capacités financières de la France ont donc conduit à faire émerger cet intérêt pour la finance islamique dont l'apport serait destiné à :

« -assurer un meilleur financement de la balance des paiements ;

-assurer, dans de meilleures conditions, le financement à long terme de l'économie ;

-participer à la création d'emplois, pour la plupart qualifiés (l'industrie financière constituant, en France, l'industrie la plus créatrice d'emplois à ce jour) ;

-assurer un meilleur positionnement de la France par rapport à certaines régions (Moyen-Orient, mais aussi Asie du Sud-est et Londres)»[778].

Par ailleurs, selon l'étude que nous avons déjà évoquée précédemment[779], la majorité des entreprises françaises cotées peuvent être éligibles aux critères de conformité à la *Shari'a* et donc susceptible de lever de la dette via la finance islamique. Nous avons déjà soulevé ailleurs l'opportunisme de cette perspective, représentative du mouvement global de création du droit bancaire islamique pour qu'il ne soit pas nécessaire de le développer de nouveau.

---

[776] « La finance islamique, comment ça marche ? », *L'Expansion.com*, 18 novembre 2009 et sur la concurrence entre Paris et Londres sur les marchés financiers, SERHAL Chucri Joseph, SAINT MARC Gilles, *Titrisation islamique : comment accéder à une nouvelle base d'investisseurs*, *Op. cit.,* p. 143.

[777] On estime généralement cet apport potentiel à cent milliards d'euros, cf. JOUINI Elyès, PASTRE Olivier, *Op. cit.*, p. 8.

[778] *Ibid.*, p. 7.

[779] CHEBLI Antoine Salim, « L'investissement *Shari'a compliant* et les entreprises françaises » in *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique, Op. cit.,* p. 180.

## B- Islam et banque islamique en France

Après avoir envisagé la problématique de la banque islamique en France dans une perspective générale (1), nous nous intéresserons au point de vue spécifique des banques françaises (2).

### *1- Point de vue général*

L'introduction de règles bancaires islamiques semble s'inscrire en France dans la perspective de la captation des investissements étrangers plutôt que pour la fourniture de produits bancaires de détail à la population musulmane française. Ainsi, Christian Noyer, gouverneur de la Banque de France, a affirmé lors du séminaire *Euromoney* sur la finance islamique des 29 et 30 septembre 2009 que « la France doit permettre à la finance islamique de s'installer et de se développer dans l'Hexagone », mais la création de banques de détail pour le simple particulier n'apparaît pas comme une priorité[780].

**Matrice Swot de la finance islamique en France[781] :** Source : *Perspectives à court et moyen-terme pour le marché français*, Présentation AIDIMM, Novembre 2008, disponible sur www.aidimm.com.

| Forces | Faiblesses |
|---|---|
| Plus large population musulmane en occident<br>Tendance d'un retour du sentiment religieux<br>Croissance de l'attrait pour les financiers éthiques<br>Volontarisme des pouvoirs publics en la matière | Image de l'Islam<br>Reformes législatives à opérer<br>Manque d'expertise en la matière<br>Manque d'informations sur l'aspect qualitatif de la demande |
| **Opportunités** | **Menaces** |
| Épargne dormante des musulmans de France<br>Financement de l'accession à la propriété des musulmans de France<br>Population familière à l'utilisation de la banque<br>Convaincre les investisseurs moyen-orientaux de l'attrait de la France pour la banque islamique<br>Retenir l'investissement des immigrés musulmans | Concurrence des banques islamiques anglaises<br>Concurrence des banques islamiques moyen-orientales<br>Influence du Common-Law sur la standardisation des produits Shari'a<br>Compatibilité des normes juridiques |

[780] BECHADE Philippe, "La finance islamique suscite la curiosité et la convoitise de la France, 14 décembre 2009, [En ligne] http://www.moneyweek.fr/20091210076/conseils/actions/finance-islamique-france/ (consulté le 25 septembre 2011).

[781] Matrice *Strength*, *Weakness*, *Opportunities and Threats*, méthode synthétique de représentation d'une situation.

Ainsi, si l'on voit actuellement apparaître plusieurs initiatives de comités de conformité spécifiques au marché français[782], la voie unitaire prônée par l'AAOIFI d'un droit bancaire islamique calqué sur le modèle conventionnel est semble-t-il privilégiée par les autorités françaises, comme en témoignent les fiches fiscales et les modifications légales ayant déjà été adoptées et sur lesquelles nous reviendrons[783]. Il convient de préciser ici que ces réformes sont avant tout destinées à permettre la cotation de *sukuk* en France sur des bases compétitives. Nous verrons que la déculturation des règles du droit musulman classique est patente dans leur transfert en droit positif français. Par ailleurs, le rôle déjà occupé par les comités de certification des banques françaises, impliquées dans la finance islamique par le biais de filiales au Moyen-Orient, rejaillit sur la définition française de ces normes. Nizam Yaquby, un des *shuyukh* de *Wall Street* déjà évoqué, est tout à la fois présent aux comités *Shari'a* de la BNP et du Crédit Agricole, tout en étant membre de l'AAOIFI et invité par la commission sénatoriale sur la finance islamique en France dans laquelle il dispense ses enseignements sur la définition du droit bancaire islamique. Le partenariat, « privilégié et stratégique », entre l'Institut Français de Finance Islamique, créé à l'initiative de la Chambre de Commerce Franco-Arabe, et la Banque islamique de développement, pour « la promotion de la finance islamique en France et dans les pays francophones »[784] achève de définir les vecteurs de transmission du droit bancaire islamique en France.

### 2- Point de vue spécifique

Malgré le potentiel de la banque islamique de détail révélé par les différentes études précitées, les principaux établissements bancaires français n'ont pas encore franchi le pas vers la commercialisation de produits de détail. Les risques que soulève en terme d'image un positionnement islamique semblent constituer le principal frein. Finalement, alors que plusieurs banques islamiques du Moyen-Orient sont en passe, ou ont déjà déposé des demandes d'agrément et que les banques islamiques implantées au Royaume-Uni peuvent s'implanter en France librement, en vertu des règles du droit Européen sur lesquelles nous reviendrons, la première offre bancaire islamique française est à l'origine d'une banque marocaine.

---

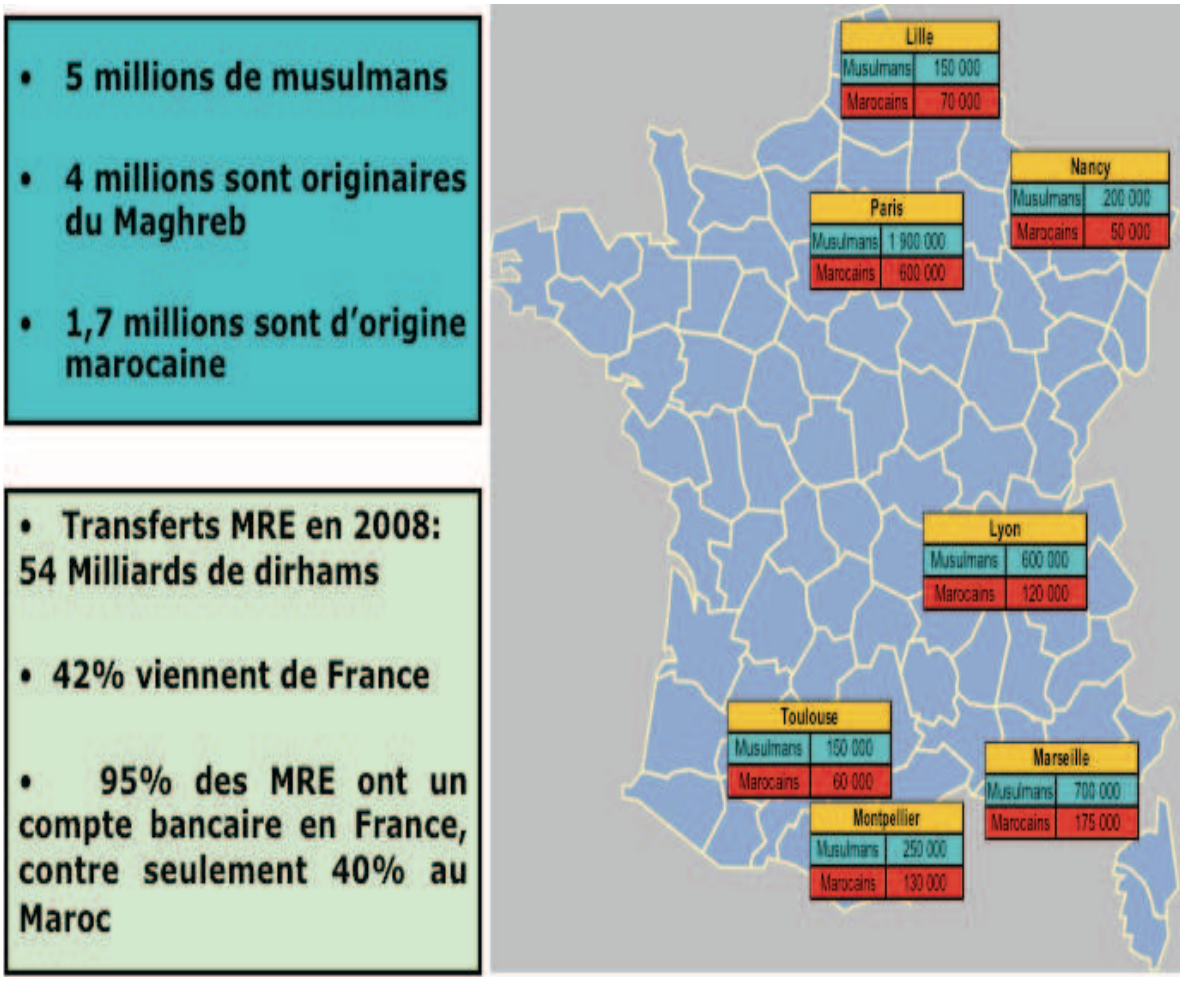
[782] Conseil Français de Finance Islamique, Mosquée de Paris, Comité Indépendant de la Finance Islamique, Comité ACERFI (Audit, Conformité Et Recherche en Finance Islamique) notamment.

[783] Bulletin officiel des impôts n°22 du 25 février 2009 sur le régime applicable aux opérations de *mourabaha* et aux *sukuk* et Bulletin officiel des impôts n°78 du 24 août 2010 sur le régime applicable aux opérations d'i*jara* et d'*istisna'*.

[784] www.institutfrancaisdefinanceislamique.fr.

C'est en effet la banque *Chaabi*, banque populaire marocaine qui, par le biais de sa filiale européenne, a lancé, en juin 2011, le premier compte bancaire *Shari'a* compatible, en France. Nous reviendrons ultérieurement sur les spécificités d'un tel compte. En ciblant la clientèle musulmane française et plus spécifiquement la clientèle marocaine ou d'origine marocaine, l'objectif de la banque *Chaabi* est, à notre sens, focalisé sur le maintien des flux financiers, à destination du Maroc, qu'assure cette population. En effet, la clientèle des Marocains résidant à l'étranger est au centre de la concurrence bancaire et représente l'équivalent de cinq milliards d'euros de transferts d'argent annuels vers le Maroc. En proposant, en France, une offre islamique inédite, la banque populaire marocaine souhaite en quelque sorte concurrencer les banques marocaines, à la source des investissements étrangers. L'offre islamique ne consiste finalement à cet égard qu'en un produit d'appel.

**Situations des Marocains Résidant en France (à l'Etranger dans l'optique marocaine, MRE)**



## Section 2- Elaboration d'une offre bancaire islamique en France

Après avoir étudié les éléments fondamentaux, concordances et points de blocages régissant les rapports entre les principes de la *Shari'a* et le droit français, nous montrerons que, si l'élaboration d'une offre bancaire islamique nécessite des aménagements légaux (§1), les rapprochements observés nous permettent d'affirmer que le développement de produits est également possible sur des racines communes (§2).

### *§1- Produits nécessitant des adaptations*

Cette étude des produits nécessitant des adaptations distinguera les deux faces de l'activité bancaire: l'offre de crédit tout d'abord (A) puis, les produits de placement (B).

#### A- Offre de crédit islamique

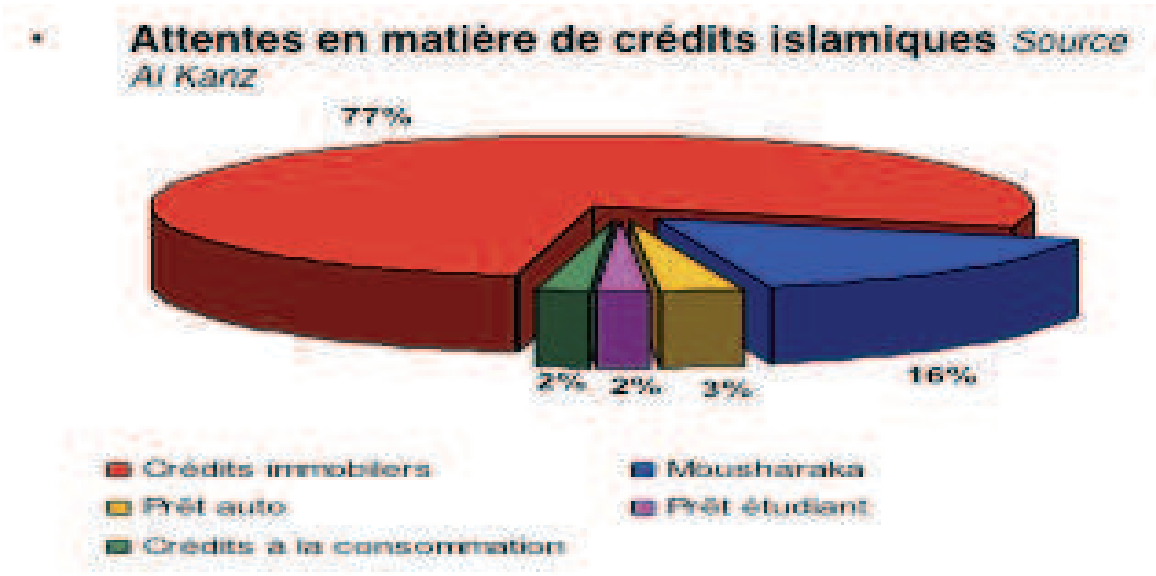
Nous l'avons vu, selon l'article L 313-3 du Code de la consommation le taux d'intérêt est usuraire lorsque « le taux effectif global (TEG) dépasse, au moment où il est consenti, de plus du tiers le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour les opérations de même nature et comportant des risques analogues telles que définies par l'autorité administrative après avis du conseil national du crédit ». La prohibition ainsi définie vise à sanctionner un déséquilibre excessif et s'apparente en cela à une lésion »[785] dans laquelle on devine, malgré l'absence d'appréciation morale autre que le déséquilibre excessif par rapport à une norme économique[786], l'influence chrétienne, que l'on peut rapprocher de la doctrine musulmane du *riba* visant à protéger l'équité dans les échanges contractuels. Les opérations de financement islamiques en France devront comporter la mention du TEG car la mise à

[785] CARBONNIER Jean, *Droit Civil*, (*t.4 : Les obligations)*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, N°78, 665 p.

[786] Sur ce point cf. VION M., « Le nouveau critère de l'usure », *Répertoire Defr*énois, Art. 34824, N°1, p. 923 cité par DAVID Vincent, *Les intérêts de sommes d'argent*, Poitiers, L.G.D.J, Université de Poitiers, « Collection de la Faculté de Droit et des sciences sociales de Poitiers », 2005, p. 434.

disposition de fonds à caractère onéreux qu'elles impliquent, les fait entrer dans le champ d'application de la loi[787].

Nous ne dévoilerons pas ici l'ensemble des conséquences juridiques de l'introduction des normes islamiques en France[788], mais nous attacherons à prouver que par son action, le ministère des finances confirme la vision financière, coupée des principes du droit classique, que nous avons déjà remarquée. L'étude de l'introduction de la *mourabaha* (1) et de l'*ijara* (2) dans l'ordonnancement interne soutiendra cette analyse.




### *1- Mourabaha*

La *mourabaha* est définie dans la fiche 1-a du Bulletin officiel des impôts n°22 du 25 février 2009 comme « un contrat de vente aux termes duquel un vendeur vend un actif à un financier islamique qui les revend à un investisseur moyennant un prix payable à terme ». La rémunération du différé de paiement est qualifiée fiscalement d'intérêt afin d'exclure cette somme de la base d'imposition à la TVA et aux droits de mutation risquant d'entraîner des surcoûts rédhibitoires[789].

Par ailleurs, les fiches du ministère des finances disent que la *mourabaha* est un contrat de vente, mais constitue néanmoins une opération de financement.

---

[787] Voir SERHAL Chucri Joseph, « L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique », *Revue Banque et Droit*, 2009, N°126, p. 12.

[788] Pour une présentation plus détaillée des implications fiscales, l'on pourra se reporter à l'article de CEKICI Ibrahim Zeyyid, « Développement de la finance islamique en France. Les premiers pas de l'administration fiscale », *Revue Lamy, Droit des affaires*, N°35, Février 2009, p. 77-81.

[789] Sur ce point cf. JOUINI Elyès, PASTRE Olivier, *Op. cit.*, p. 103.

Il est donc permis d'en déduire l'application des règles en matière de détermination[790] et de mention[791] du TEG notamment dans la mesure où les profits du prêteur sont assimilés à des intérêts au niveau fiscal[792]. Sur cette base, le ministère des finances a également précisé le régime fiscal des *mourabaha* sur ordre d'achat, les *mourabaha* inversées, dont nous avons vu l'intérêt en matière de synthétisation de dépôts à terme ou de produits d'investissements structurés, ainsi que du *tawarruq* par le Bulletin Officiel des impôts n° 78 du 28 août 2010. Avec la rigueur financière qui caractérise son analyse, le ministère a vérifié que dans ces opérations, les profits du financier sont assimilés à l'intérêt et non au profit commercial qui en constitue pourtant l'essence en droit musulman classique. Ainsi, la *mourabah*a inversée est justement définie comme la rémunération de liquidités et le *tawarruq* - dont on note en passant l'irruption rapide en droit interne et l'influence de l'idéologie saoudienne dont il provient comme nous l'avons montré - comme ne « finançant pas l'acquisition d'un actif », mais l'achat d'un actif avec « l'intention de le revendre dans le but de profiter du décalage de paiement pour se constituer des liquidités ». Le ministère des finances établit donc dans son langage conventionnel que les principaux enjeux en terme de développement du droit bancaire islamique sont l'utilisation des *hiyal*, expédients juridiques. On ne trouve ici, ce qui est bien normal, nulle trace de quelconques vertus éthiques censées justifier la particularité du droit bancaire islamique, comme le rappellent sans cesse ses promoteurs.

### *2- Ijara*

De la même manière, le contrat d'*ijara* est calqué sur le crédit-bail français et la location avec option d'achat[793]. Le crédit-bail ne s'apparente ni à un prêt ni à une vente à tempérament, mais comme un contrat de louage assorti d'une promesse de vente, il est exclu du domaine d'application de l'usure[794] et l'article L.313-1 al 2 du Code de la consommation dispose que « le crédit-bail et de manière générale toute opération de location assortie d'une option d'achat, sont

---

[790] Le TEG doit être calculé de façon à représenter le coût réel du crédit, permettre à l'emprunteur de comparer (art L.313-1 du Code de la consommation) et vérifier que le taux proposé n'est pas usuraire au sens de l'art L313-3 du Code de consommation.

[791] Selon l'article L312-2 du Code de la consommation le TEG doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt.

[792]Sur ce point cf. SERHAL Chucri Joseph, *Op. cit.,* p. 15.

[793] Bulletin Officiel des impôts N° 78 du 28 août 2010.

[794] Voir à ce propos DAVID Vincent, *Op. cit.,* p. 441.

assimilées à des opérations de crédit »[795]. De fait, l'instruction fiscale 4 FE/S4/10 du 24 août 2010, en déduit à son paragraphe 10 que le « Revenu du Financier constitue la rémunération d'un différé de paiement assimilable, sur le plan fiscal, aux intérêts dus durant la période considérée dans le cadre d'un financement conventionnel. Dans ce cadre, les règles fiscales doivent être appliquées pour le Financier, en regardant le Revenu comme un flux d'intérêts que produirait un financement conventionnel équivalent, et pour le Client, comme un flux d'intérêts qu'il acquitterait dans le cadre d'un financement conventionnel équivalent. Les autres éléments du prix (plus-value, commission etc.) demeurent quant à eux taxables selon les règles du droit commun applicables au Financier et au Client considérés ». L'absence de support réel des risques, autre que le risque de crédit, et le caractère contraignant de la promesse d'achat[796], dont on a vu les enjeux en droit classique, dans le modèle développé par le courant doctrinal majoritaire des juristes des banques islamiques, calqué sur le modèle conventionnel, aboutit par un juste retour des choses à la reconnaissance paradoxale de la similitude des deux approches.

## B- Produits de placement

A travers l'analyse du *sukuk* (1) et des fonds islamiques de placement (2), nous nous interrogerons sur les modalités d'acculturation des normes bancaires islamiques.

### *1- Sukuk*

L'administration fiscale française définit le *sukuk* comme « des titres de créance négociables selon leur forme juridique et leur maturité. Dès lors également, les rémunérations servies aux porteurs des *sukuk* d'investissement ou des titres de créance et prêts indexés sont traitées sur le plan fiscal comme des intérêts dans les conditions de droit commun, avec notamment application de la règle du couru (article 38-2 bis) au titre du « taux de profit espéré » en matière

[795] Sur la définition du crédit-bail par la convention d'Ottawa cf. MATTOUT Jean-Pierre, *Op. cit.*, p. 123.

[796] Le ministère note à ce propos que « le fait que l'option d'achat au profit du client figure dans un contrat séparé du contrat de location ne fait pas obstacle à la qualification de crédit-bail ou d'opération de location assortie d'une option d'achat d'un point de vue fiscal dès lors que les deux contrats, étant signés concomitamment, font partie d'un même ensemble contractuel. » Voici comment est simplement analysé le produit d'un rapiéçage, *talfiq*, des normes du droit classique musulman.

d'imposition des bénéfices industriels et commerciaux »[797]. Elle propose une acception française du *sukuk* basée sur le *sukuk ijara* et consistant en une émission d'obligation couplée à une mise en fiducie. Ainsi « en vue de financer l'achat d'un bien, une société émet des *sukuk*, consent un contrat de crédit-bail à une filiale opérationnelle et transfère son patrimoine (biens acquis, contrat de crédit-bail, option de vente et dette obligataire) à une fiducie dont les bénéficiaires sont les porteurs des *sukuk* ».

La fiducie est un contrat ancien qui permettait en droit romain de réaliser un gage ou un dépôt avant que ces contrats ne soient connus, elle consiste à l'origine dans le transfert de propriété d'une chose assorti d'un pacte de fiducie par lequel l'acquéreur s'engage à restituer la chose acquise[798]. En droit français, au terme de la loi instituant la fiducie du 19 février 2007, cette notion s'analyse comme un contrat synallagmatique translatif de propriété à titre temporaire et pour une fin déterminée impliquant une relation triangulaire. Totalement inconnue du droit français, attaché au principe de l'unité et de l'indissociabilité du patrimoine, la fiducie envisagée ici se rapproche du *trust* anglo-saxon.

Son introduction dans l'ordre interne pour faciliter le développement du secteur bancaire islamique[799] est intéressante dans la mesure où jusque là, en raison de l'opacité qui caractérise le *trust* en *Common law*, elle fut toujours refusée. Ainsi, cette nouveauté constitue un signe supplémentaire de l'influence de la *Common law*[800] sur le droit français, la commission des lois a d'ailleurs exprimé clairement la nécessité de développer un instrument « attractif », concurrent au *trust*, pour éviter que « les entreprises continuent à recourir à des *trusts* ou des fiducies de droit étranger ». Toutefois, la loi française cantonne la fiducie aux personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés et reste très formaliste contrairement au *trust*[801]. De plus la fiducie n'est pas aussi efficace que le *trust* de *Common law*, notamment dans la mesure où la séparation entre le patrimoine du constituant et le patrimoine d'affectation n'est pas aussi affirmée qu'en droit anglais. En effet, là où la *Common law* octroie au *trustee* (équivalant du fiduciaire)

---

[797] Instruction fiscale 4 FE/S2/10 du 24 août 2010, §*14.*

[798] GAUDEMET Jean, *Op. cit.*, p. 268.

[799] Pour des appels en ce sens cf. HAQUANI Soraya, *Op. cit.,* p. 27.

[800] Sur l'influence grandissante de la *Common law* pour des raisons d'efficacité économique se référer à la comparaison de l'efficacité du Fonds commun de Titrisation et du *trust* dans BURNAT Florian, CHARTIER Jessica, « Titrisation à la française et sécurisation à l'anglaise : étude du droit comparé après l'ordonnance du 13 juin 2008 », *Revue de droit des affaires internationales*, 2010, N°2 ainsi que EMERICH Yaëll, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au *trust* de la *Common law* : entre droit des contrats et droit des biens », *Revue internationale de droit comparé*, 2009, N°1 et BARRIERE François, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Cahors, LexisNexis Litec, Fédération nationale pour le droit de l'entreprise, « Collection Bibliothèque du droit de l'entreprise », 2004, 604 p.

[801] Cf. EMERICH Yaëll, *Op. cit.,* p. 54 et ss.

la propriété légale de l'actif (*legal ownership*) et que les règles de l'*equity* offrent au bénéficaire, l'*equitable ownership*, droit de propriété sur l'actif, la fiducie française ne précise pas la nature des droits du bénéficiaire d'une fiducie. Or, dans le cas d'un *sukuk*, nous avons vu que les porteurs (les bénéficiaires de la fiducie) doivent être propriétaires des actifs, le risque attaché à cette responsabilité justifiant la rémunération de l'opération.

C'est dans cette optique que le sénateur Marini a proposé[802], de compléter l'article 2011 du Code civil en précisant que « le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie. » Le fiduciaire serait donc titulaire de la propriété juridique des biens tandis que le bénéficiaire jouirait de la propriété économique des mêmes biens. Cet article a néanmoins été censuré par une décison du conseil constitutionnel[803] sur la forme car « ne présentant aucun lien, même indirect, avec celles qui figurent dans la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises » consistant donc en un cavalier législatif[804]. L'efficacité de la fiducie dans la structuration des *sukuk* n'est donc pas à ce jour aboutie.

Par ailleurs, le bulletin officiel des impôts du 22 août 2010 modifie la dénomination du *sukuk* comme « obligation islamique »[805] pour la remplacer par la plus consensuelle notion de « titre de créance hybride ». Si ceci peut facilement s'expliquer par la difficulté qui eût pu en résulter pour les comités de certification, tant l'obligation est intimement liée à la rémunération par intérêt, le bulletin dispose en outre que le « versement d'un taux de profit espéré » et « la constitution d'un compte de réserve » ayant pour objet de « lisser le rendement servi par les *sukuk* et de limiter les risques de perte en cas de moins-value sur l'actif financé »[806] sont désormais pris en compte. La particularité essentielle du *sukuk* au plan du droit musulman en est par contre proportionnellement amoindrie.

---

[802] A l'article 16 de la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, issue du *Rapport de l'Assemblée Nationale N°1901 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers du 10 septembre 2009*, 60 p.

[803] Décision du 14 octobre 2009.

[804] Sur ce point cf. CEKICI Ibrahim Zeyyid, « Finance Islamique en France : Problème de forme ou de fond(s) », *Les Cahiers de la finance islamique*, N°2, *Op. cit.*, p. 4.

[805] Qui avait cours jusque-là, cf. Bulletin officiel des impôts du 25 février 2009 et *Publication de la position AMF concernant l'admission à la négociabilité des obligations islamiques (Sukuk) sur un marché réglementé français*. Communiqué de presse de l'Autorité des Marchés Financiers du 2 juillet 2008, Paris, disponible sur www.amf-france.org.

[806] « Interview - Finance Islamique : les praticiens espèrent des effets concrets des nouvelles mesures fiscales », 04 février 2011, [En ligne] http://avisexperts.efl.fr/Avis-d-experts/Fiscal/Interview-Finance-Islamique-les-praticiens-esperent-des-effets-concrets-des-nouvelles-mesures-fiscales (consulté le 25 septembre 2011).

Ainsi, certains auteurs estiment que l'introduction des normes islamiques en droit français induit un risque d'acculturation « qui ferait perdre tout intérêt à terme à la spécificité du système bancaire islamique porteur de valeurs et de principes qui lui assurent sa cohérence propre »[807]. Nous adhérons à ces propos, mais raisonnons également à l'inverse en arguant du fait que, si le résultat pratique aboutit effectivement à une acculturation que l'auteur dénonce, c'est parce que la création d'un droit bancaire islamique est typiquement dans une logique de déculturation, le but poursuivi étant de créer des standards applicables partout sans tenir compte des spécificités locales (ou à la marge en matière de promotion commerciale), et de faire en sorte que ces standards déculturés deviennent la culture nouvelle. Ainsi, transcrites dans le langage fiscal français, ces normes révèlent l'essence conventionnelle que ses créateurs ont voulu lui donner. D'ailleurs, les seules réserves portées sur la conformité des dispositifs français aux standards de l'AAOIFI proviennent, non pas de tous les aménagements aux principes du droit musulman classique (en matière de transfert des risques notamment), mais de la non-conformité de la fiducie aux principes du *trust* qui ont servi de base à la définition moderne du *sukuk*[808].

### *2- Fonds islamiques de placement*

Par une décision du 17 juillet 2007 sur « les critères extra financiers de sélection de titres : cas des Organismes de Placement Collectif de Valeurs Mobilières se déclarant conformes à la loi islamique », l'Autorité des Marchés financiers a affirmé la possibilité de recourir aux critères de conformité à l'Islam[809], édictés par les institutions que nous avons déjà évoquées, « pour sélectionner les titres dans lesquels [L'OPCVM] investit », et également de « prévoir des règles spécifiques en matière de distribution de revenus ». L'Autorité des Marchés Financiers fait ici un parallèle avec l'investissement socialement responsable sur lequel nous reviendrons.

---

[807] AFFAKI Georges, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif », in *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, *Op. cit.*, p. 172.

[808] Voir à ce sujet AZIZ Zeti Akhtar, *Legal & Shariah issues in the islamic financial services industry*, Opening remarks on the Third IFSB Seminar on legal Issues : Survey on Legal and Sharia Issues in the Islamic financial services industry, Kuala Lumpur, Malaisie, 28 mars 2007, [En ligne] www.bis.org/review/r070413c.pdf (consulté le 25 septembre 2011), p. 2 où l'auteur, Gouverneur de la banque centrale de Malaisie, déclare que « Le concept de *trust* du *Common law* a facilité l'émission de [...] *sukuk* » tout en se félicitant que des pays de droit civil aient « édicté des lois permettant l'introduction du *trust* et ont donc adapté leur système juridique aux exigences de la finance islamique ».

[809] *Critères extra financiers de sélection de titres : cas des OPCVM se déclarant conformes à la Loi islamique*, Autorités des marchés financiers, 17 juillet 2007, disponible sur www.amf-france.org.

## §2- Produits compatibles

Au delà des nécessités de modification que nous avons montrées plus haut, le droit français offre en réalité un ensemble de solutions compatibles avec les préceptes bancaire islamiques, que ce soit sur le volet des produits (A) ou sur celui des services (B).

### A- Produits bancaires

Après avoir détaillé le cas spécifique des Sociétés Civiles Immobilières d'Accession Progressive à la Propriété (1), nous observerons que le droit français du crédit offre aux musulmans de France plusieurs possibilités d'emprunt (2). Ces possibilités légitimes au plan de l'Islam ne nécessitent donc pas de modification de l'ordre juridique interne.

#### 1- Cas de la SCIAPP[810]

Le statut de la Société Civile Immobilière d'Accession Progressive à la Propriété (SCIAPP) a été formulé par la loi dite « engagement national pour le logement » du 13 juillet 2006 qui a inséré une section i bis à l'article L.443-6-1 du Code de la construction et de l'habitation.

Ce statut permet aux locataires d'Habitations à Loyer Modérés (HLM) de racheter les parts de la société civile immobilière propriétaire de leur logement de manière progressive jusqu'à ce que ce dernier leur soit attribué une fois acquises l'ensemble des parts représentatives du logement. Ceci semble donc correspondre à la *mousharakah* dégressive que nous avons visée précédemment.

Le principe du partage des pertes et profits est respecté dans la mesure où chaque associé personne physique de la SCIAPP voit sa responsabilité limitée à son apport (fraction de parts acquise progressivement[811]). Or, dans le cas de la *mousharakah*, la responsabilité est précisément limitée à l'apport.

---

[810] Nous tenons ici à remercier tout particulièrement Guillaume Lembo, l'auteur de « La SCIAPP : nouvel instrument juridique français, 100% charia compatible », *Droit & Patrimoine*, 2010, N°188, p. 38-40, pour la finesse de son analyse.

[811] Code de la construction et de l'habitation, article L. 443-6-7, al.3.

En outre, la rémunération de l'associé gérant est justifiée par la gestion et est assurée par des honoraires fixés aux termes des statuts, à un pourcentage du loyer annuel, de plus, en cas de non-paiement du loyer, il n'existe pas d'autres pénalités imputables au locataire que la suspension de sa faculté d'acquisition des parts jusqu'à la régularisation de la situation[812] ; parts dont la valeur nominale ne pourra faire l'objet d'une indexation ou réévaluation quelconque[813].

Nous sommes ici d'accord en tous points avec Guillaume Lembo pour favoriser cette vision de la finance islamique, compatible en principe avec la *Shari'a,* mais sans faire naître d'obligations ou de mécanismes nouveaux dont l'orthodoxie n'est jamais assurée et la vision sociale souvent absente en pratique. Ainsi, ce statut n'est à ce jour ouvert que pour le cas des HLM. Or, si le propos de la finance islamique n'est pas communautariste, mais éthique, pourquoi initier les aménagements légaux par la structuration de *sukuk* ou le recours au *tawarruq* au lieu de favoriser l'utilisation de ce type de mécanismes, généralistes, dans lesquels la vocation sociale est affirmée, et qui ne semble pas remettre en cause les principes du droit musulman ? Ceux-ci nous semblent parfaitement acceptables aux yeux de la clientèle musulmane. Ajoutons que ce type de mécanisme issu du droit français ne fait courir aucun risque d'image aux banques qui le proposeraient à l'avenir à leur clientèle non-musulmane.

### *2- Crédits*

Dans l'absolu, le droit français peut permettre le même résultat que le contrat islamique de *mousharakah*. Ainsi, les prêts participatifs créés en France par la loi n° 78-741 du 13 juillet 1978 relative à l'orientation de l'épargne vers le financement des entreprises[814], permettent que « l'intérêt fixe du prêt participatif peut être majoré dans les conditions qui sont déterminées par le contrat, notamment par le jeu d'une clause de participation au bénéfice net de l'emprunteur »[815] ; par ailleurs, aucune disposition du Code monétaire et financier n'interdit que le taux d'intérêt fixe soit nul et donc que la rémunération du prêt participatif ne puisse dépendre exclusivement de la clause de participation[816]. De plus, le Professeur Madignier a montré que le prêt participatif peut également être

---

[812] Code de la construction et de l'habitation, article R. 443-9-2.

[813] Code de la construction et de l'habitation, article L. 443-6-6.

[814] Sur ce point cf. SERHAL Chucri Joseph, *L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique*, p. 13.

[815] Art. L.313-17 du Code monétaire et financier.

[816] SERHAL Chucri Joseph, *Op. cit.*, p.10.

envisagé sous l'angle de la participation aux pertes[817]. Tout ceci respecte les critères fondamentaux de la *mousharakah*. Enfin, sous l'angle de l'opportunisme économique qui caractérise l'acception moderne du droit bancaire islamique, le prêt participatif étant assimilé à un apport de fonds propres, il permet un effet de levier en matière d'endettement. L'obtention d'un prêt participatif islamique pourrait ainsi conduire l'entreprise bénéficiaire à lever de la dette conventionnelle supplémentaire, tout en restant en deçà des critères de conformité.

Néanmoins les limites imposées aux banques dans leurs prises de participations dans des entreprises constituent un point bloquant sur lequel le législateur pourrait avoir l'occasion de revenir prochainement. L'article 2 du règlement n° 90-06 du 20 juin 1990, modifié par le règlement n° 2000-03 en date du 6 septembre 2000, prévoit ainsi que les participations des banques ne peuvent excéder 15% du montant des fonds propres pour chaque participation et, au total, 60% des fonds propres. Toutefois l'article 3 propose une possibilité de contournement via la création d'une société de capital-risque. Le développement de la banque islamique sur des bases participatives pourrait ainsi être porté en France par le statut de Société de Capital-Risque dont nous avons déjà montré les similitudes avec la *mousharakah*[818].

Enfin, bien que cette perspective n'entre pas en compte dans le développement du droit bancaire actuel, il convient de préciser que, pour un grand nombre de musulmans, plusieurs types de crédit sont d'ores et déjà jugés conformes à la *Shari'a*. Il en va ainsi des crédits à taux 0, ou tout au moins à taux réduit, proches de l'inflation donc dans un certain sens non porteurs de *riba*. En outre, nous avons vu que le recours à la doctrine de la nécessité pouvait emporter légitimation de certains achats à crédits jugés essentiels à la vie du musulman (automobile pour se rendre au travail notamment). Pour finir, à titre accessoire, nous mentionnons une pratique qui bien que ne se retrouvant que rarement dans la littérature spécialisée est couramment employée par la clientèle musulmane des banques conventionnelles, en France comme dans le monde arabe. Utilisant la gamme complète des produits bancaires, ces clients opèrent une soustraction entre leurs intérêts créditeurs et débiteurs et soit versent le solde à des organismes caritatifs, soit ils s'en débarrassent purement et simplement.

---

[817] MADIGNIER A.M., *Prêts participatifs et prêts subordonnés*, Feduci, 1983, p. 81.

[818] Cf. *supra* p. 105.

## B- Services bancaires

Au regard de l'analyse proposée dans la première partie de ce travail, les comptes bancaires (1) et les moyens de paiement (2) ne semblent pas heurter, en France, les principes essentiels du droit bancaire islamique.

### *1- Comptes*

En matière de comptes de dépôts, nous l'avons vu, il n'y a pas de différence fondamentale entre ce qu'exige la doctrine bancaire musulmane actuelle et la pratique en vigueur en France. Toutefois, certains considèrent que dans la mesure où le dépôt bancaire s'analyse comme un prêt à une institution qui peut être jugée contraire aux valeurs de l'Islam, un tel dépôt est interdit. C'est dans cette perspective que la Banque Populaire marocaine propose depuis juin 2009, un compte bancaire pour lequel elle s'engage à utiliser les dépôts reçus dans des fins compatibles avec les principes de la *Shari'a*.

En matière de compte épargne, il est tout à fait possible de s'appuyer sur le modèle de la *moudharabah*, sur une rémunération issue de la souscription d' OPCVM respectant les critères islamiques. L'introduction de la *mourabaha* inversée et du *tawarruq* permet également de structurer tout type de dépôts à terme.

### *2- Moyens de paiement*

Les cartes de paiement ne présentent pas de difficulté particulière en terme de conformité à l'Islam, elles peuvent donc tout à fait être distribuées par d'éventuels établissements financiers islamiques en France. En outre, comme c'est déjà actuellement le cas dans le monde musulman, il est possible d'inclure dans les modalités de fonctionnement des cartes de paiement islamiques des spécificités techniques interdisant à leurs porteurs de payer dans des établissements qui pratiquent une activité contraire aux principes musulmans. Il en va par exemple ainsi des casinos[819].

[819] En pratique, c'est par le référencement des casinos auprès des fournisseurs de solutions de paiements par carte bancaire qu'il est possible de bloquer le paiement aux cartes islamiques.

Enfin, nous l'avons dit, le *tawarruq* sera appelé à jouer un rôle déterminant dans la pratique bancaire islamique en France ; le recours à ce mécanisme pour les cartes de crédit islamique est donc parfaitement envisageable. D'autant plus que des filiales saoudiennes de groupes bancaires français en ont déjà développé les processus opérationnels, c'est notamment le cas de la banque *Saudi Firansi*.

Nous l'avons vu, l'introduction de normes financières compatibles avec les prescriptions du droit musulman répond à de nombreux enjeux, souvent contradictoires. Il nous est ainsi apparu que l'acception française du communautarisme ne s'accommodait guère de modifications de l'ordre juridique interne renforçant les particularismes religieux. L'accent mis sur l'importance de la manne financière « islamique » sonne plutôt comme un appel au développement de la place financière parisienne. A ce niveau, il est évident que les réformes à venir présenteront un nouveau chapitre de l'influence du *Common law* en matière de droit économique plutôt qu'une islamisation qui ne résiste pas à l'analyse objective. Il importe à présent, pour comprendre ce processus, de nous arrêter sur l'émergence de la banque islamique dans les pays de *Common law*.

# ***Chapitre 2- La banque islamique dans les pays de Common law***

Avant de nous pencher tout particulièrement sur l'exemple anglais (Section 2), figure de proue du développement de la banque islamique en Europe, il convient de s'interroger plus largement sur le rôle joué par les notions juridiques de *Common law* dans la création d'un droit bancaire islamique (Section 1).

## Section 1- L'apport de la Common law dans la création des normes bancaires islamiques

Si l'opinion commune prétend voir d'irréductibles oppositions entre le modèle civilisationnel anglo-américain et le monde musulman, nous montrerons qu'au delà de cette proximité technique c'est bien une convergence idéologique (§1) qui rend sur le fond, le rapprochement que nous opérons, possible. Ainsi, force est de constater l'influence technique de la *Common law* dans la pratique du droit bancaire islamique (§2).

## *§1- Une proximité idéologique*

Au cours de nos développements précédents, l'influence de la *Common law* sur le droit bancaire islamique émergent a été relevé à plusieurs reprises. Nous verrons dans les développements subséquents que cette influence peut s'analyser par l'histoire des rapports entre le monde musulman et le monde anglo-américain (A). Nous nous interrogerons ensuite sur le fait de savoir si, en matière bancaire, il n'est pas également permis d'envisager ces rapports sous l'angle d'une convergence idéologique (B).

### A- Une histoire commune

Les rapports des musulmans avec la *Common law* résultent d'un passé commun (1), et sont amplifiés par la perspective multiculturelle du modèle de citoyenneté anglo-américaine (2).

#### *1- Common law et Shari'a : un passé commun*

Nous l'avons vu, à travers les échanges commerciaux passés, la colonisation et les phénomènes migratoires qui s'en sont ensuivis, les peuples soumis à la *Common law* et à la *Shari'a* ont multiplié les échanges depuis des siècles[820]. Aujourd'hui, on estime à deux millions, le nombre de musulmans vivant au Royaume-Uni et à dix millions les musulmans Américains[821]. La première mosquée y fut construite en 1889 et en 1940, le gouvernement a fait un don de cent milles livres pour construire la première mosquée à Londres, « en reconnaissance de la bravoure et du courage des soldats musulmans qui se sont battus et ont péri pour l'Angleterre pendant la Première guerre mondiale ». Il existe aujourd'hui plus de 1 200 mosquées et l'Islam est la deuxième religion du

[820] Pour des exemples précis d'adaptation du droit musulman classique selon la doctrine anglaise, cf. VESEY-FITZGERALD S.G., « Le droit Anglo-musulman », *Revue Internationale de Droit comparé*, 1954, N°2, disponible sur www.persee.fr, p. 250-263.

[821] Cf. ABDUL RAHMAN Yahia, MAGUID ABDELAATY Mike, *Islamic home financing in the United states*, disponible sur www.lariba.com, p. 2.

Royaume-Uni en nombre de pratiquants[822], comptant parmi ses fidèles plusieurs membres du parlement et de la chambre des Lords.

### *2- Musulmans dans les pays anglo-américains : le multiculturalisme*

Le modèle de citoyenneté en Angleterre et aux Etats-Unis d'Amérique est fondé sur le multiculturalisme. Ce multiculturalisme, hérité de l'histoire[823], structure encore aujourd'hui la vie politique de ces Etats, ce qui a de nombreuses incidences sur le fait qu'ils furent précurseurs dans la pratique bancaire islamique, en Occident. En effet, comme l'ont prouvé d'éminents spécialistes[824], le modèle multiculturaliste contemporain, et singulièrement aux Etats-Unis, est la preuve « de la déculturalisation absolue de l'ethnicité aux États-Unis, de sa réduction à des attributs purement biologiques, accidentels […] dont l'individu n'est nullement responsable et qui, de ce fait, ne peuvent faire l'objet de jugements ». C'est sous ce rapport de la déculturation de l'Islam en Occident qu'il convient d'analyser le développement de la finance islamique, nous l'avons dit. La définition de standards et la volonté d'étendre globalement un modèle bancaire islamique à des populations diverses, dont la seule identité commune est l'appartenance à l'Islam, caractérisent cette ethnicisation de l'Islam et partant, sa déculturation. Les Etats-Unis, précurseurs en matière de banque islamique en Occident ont, dès 1997, autorisé la pratique de la *mourabaha*. Cette autorisation fut envisagée sous l'angle de l'accession à la propriété des communautés musulmanes défavorisées par un

---

[822] Sur ces chiffres cf. Lord Triesman ancien ministre britannique des affaires étrangères et du Commonwealth, in *LORD TRIESMAN,* « Les musulmans en Angleterre : « Une part essentielle de notre société moderne est multiculturelle », *Common Ground News Service*, 09 juillet 2006, [En ligne] http://www.commongroundnews.org/article.php?id=2187&lan=fr&sp=0 (consulté le 25 septembre 2011).

[823] On le sait, le Royaume-Uni est issu de la réunion des peuples anglais, gallois, écossais et irlandais, cet Etat s'est construit sur un modèle multiculturaliste religieux entre le catholicisme et le culte anglican dirigé par la monarchie anglaise. Aujourd'hui, ce multiculturalisme s'est diversifié, comptant des populations issues de religions diverses telles que des musulmans, sikhs, bouddhistes, hindous, juifs. Sur ce point cf. NIELSEN Jorgen, « L'islam en Grande-Bretagne », *Islam & laïcité*, 17 janvier 2003, [En ligne] http://www.islamlaicite.org/article22.html (consulté le 25 septembre 2011). De même, l'influence de ce modèle sur les migrants pionniers aux Etats-Unis dans leur confrontation avec les peuples amérindiens autochtones continue d'agir sur la vision américaine de l'appartenance à la nation des minorités officiellement reconnues (Noirs, Hispaniques, Asiatiques, Amérindiens et populations insulaires du Pacifique, cf. Federal directive N°15 de 1978, révisée en 2000.

[824] Voir notamment GREENFELD Liah, *La réalité du multiculturalisme aux États-Unis – Le nationalisme américain à l'oeuvre*, 12 juillet 2001, disponible sur www.ledevoir.com, [En ligne] http://www.ledevoir.com/international/etats-unis/69123/la-realite-du-multiculturalisme-aux-etats-unis-le-nationalisme-americain-a-l-oeuvre (consulté le 25 septembre 2011).

mécanisme de crédit hypothécaire[825], garanti par la *Federal Home Loan Corporation*, dit *Freddie Mac*, qui est une institution publique[826]. Cette conception, éloignée des principes juridiques musulmans et calquée sur le mécanisme conventionnel est la réponse pragmatique de l'administration américaine aux problèmes sociaux d'une partie de sa population, appréhendée sous l'angle de l'appartenance religieuse, caractéristique du modèle multiculturel. En liant l'émergence de la finance islamique à la lutte contre le financement du terrorisme[827], la position américaine a, de plus, contribué à nourrir la confusion entre deux mouvements contradictoires mais concomitants, la mondialisation du phénomène terroriste et la mondialisation de pratiques financières d'obédience islamique. A cet égard, si le lien entre ces deux phénomènes n'est bien sûr pas admissible, il convient de signaler qu'ils sont tous deux issus d'un phénomène plus vaste, la mondialisation des idées. Ce rôle du multiculturalisme dans la mondialisation des idées est souligné par de nombreux philosophes contemporains[828] en tant qu'il participe à la définition d'un modèle global, nourri par l'intensité des flux transnationaux, qu'ils soient capitalistiques, de biens et même de personnes. Ainsi, que l'on soit inscrit dans sa perpétuation ou au contraire, que l'on affirme une réaction, les comportements sociaux dérivent de ce clivage[829].

De même, l'influence du courant multiculturaliste dans le discours des entreprises conduit certains intellectuels à l'associer au développement du capitalisme mondialisé[830]. Ce « nouvel évangile ethnique » porteur d'un risque de « fragmentation » et de « tribalisme », aux États-Unis et dans le monde entier que dénonce le grand historien libéral américain Arthur M. Schlesinger Junior[831], est parfaitement illustré par le développement d'un droit bancaire islamique mondialisé, s'adressant indistinctement à un milliard d'individus par la mise en

---

[825] Dont on connaît le rôle de garante des crédits hypothécaires et conséquemment, l'implication dans la crise financière récente, dite des *subprime*s. Sur ce point cf. *La crise financière*, édité par DE BROSSES Arnaud, Revue droit & affaires, 2009, 7ème édition.

[826] A ce propos voir COSTE Fréderic, « L'émergence de la FI aux Etats-Unis et en Angleterre » in *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique, Op. cit.,* p. 136-137.

[827] *Ibid.*, p. 126.

[828] Voir à cet égard GHORRA-GOBIN Cynthia, « Avant-propos : Le multiculturalisme en quête d'universalité ? », *Quaderni*, N° 47, Printemps 2002, p. 41-46.

[829] Cf. *supra* p. 63 sur l'influence des idées occidentales dans la définition de l'Islam fondamentaliste.

[830] GHORRA-GOBIN Cynthia, *Op. cit.*, p. 46 : « Le *NewLeft Review* dénonce la complicité entre capitalisme global et fondamentalisme ethnique pour faire triompher le capitalisme global ».

[831] In SCHLESINGER A.M., « Du tribalisme en Amérique », propos recueillis par FREDET J.-G., *Le Nouvel Observateur*, 31 décembre 1992-6 janvier 1993, cité par GRANJON Marie-Christine, « Le regard en biais. Attitudes françaises et multiculturalisme américain (1990-1993) », in *Vingtième Siècle, Revue d'histoire*, N°43, juillet-septembre 1994 p. 18-19.

avant de principes religieux multiséculaires, redéfinis à l'aune des standards capitalistes modernes et vendus en Occident par le biais d'outils marketing mettant en avant une appartenance religieuse ethnicisée[832].

## B- Un socle idéologique convergent

Dans les développements à suivre nous proposerons un rapprochement entre l'éthique économique protestante et la finance islamique (1). L'influence de la philosophie utilitariste sur la définition du droit bancaire musulman fera ensuite l'objet d'une étude spécifique (2).

### *1- Morale protestante, anglicanisme et finance islamique*

Si le judaïsme a une importance historique propre à l'épanouissement de l'éthique occidentale moderne en matière d'économie[833], c'est généralement à l'éthique protestante que l'on attribue la paternité du développement capitaliste occidental[834]. Des rapprochements entre le culte protestant et l'Islam sont à cet égard permis même si nous avons déjà eu l'occasion d'opérer une distinction fondamentale entre l'éthique calviniste de l'enrichissement et son appréhension

---

[832] C'est d'ailleurs en réalité sous le seul rapport du marketing ethnique qu'il est permis de rapprocher la viande et les produits bancaires en Islam. Ce rapprochement qu'effectuent les promoteurs de la finance islamique souligne parfaitement l'ethnicisation de l'Islam et la volonté de l'inscrire dans l'ordre marchand mondialisé. L'islamité sera envisagée dans l'optique de générer une valence positive. Sur le marketing ethnique cf. notamment BADOT O., COVA B. (1995) : « Communauté et consommation : prospective pour un marketing tribal » cité par NARDOT Corinne, « Le marketing ethnique, une stratégie pour répondre à une société pluriculturelle », Centre de Ressources Economie Gestion, 7 février 2004, [En ligne] http://www.creg.ac-versailles.fr/spip.php?article51 (consulté le 25 septembre 2011). Les auteurs expliquent que le marketing ethnique consiste à segmenter le marché en fonction de l'ethnie d'un groupe de consommateurs, et, partant, de leur proposer des produits adaptés à leurs caractéristiques physiques et culturelles.

[833] WEBER Max, « La morale économique des grandes religions. Essais de sociologie religieuse comparée », *Archives des sciences sociales des religions*, 1960, volume 9, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 6.

[834] Cf. ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami*, Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman, Op. cit.*, p. 6 : « Calvin a été le premier théologien de l'ère moderne à légitimer moralement la pratique du prêt à intérêt, à l'encontre de toute la morale chrétienne antérieure (JOHNER Michel, « Travail richesse et propriété dans le protestantisme », *La revue réformée*, [En ligne] http://larevuereformee.net/articlerr/n218/travail-richesse-et-propriete-dans-le-protestantisme (consulté le 25 septembre 2011)). Calvin constate que si la bible condamne l'usure, elle ne parle pas, en revanche, d'une autre pratique qu'il appelle le « prêt de production », c'est-à-dire le type de prêt qu'exige l'élargissement d'un marché et qui n'entre pas dans ce cas dans le cadre du devoir de charité. »

par l'Islam. Toutefois, que ce soit sous l'aspect d'un retour aux sources de la religion, épurées des développements traditionnels complexifiant la relation entre Dieu et l'Homme, la vulgarisation des normes sacrées ou le rapport entre l'argent et la réalisation spirituelle[835], il est à notre sens plus judicieux de rapprocher la réforme protestante chrétienne de la réforme néo-fondamentaliste islamique dont nous avons montré les liens dans le développement du modèle bancaire islamique sur des bases conventionnelles. Le puritanisme anglais[836] issu de la Réforme mais qui ne peut être totalement assimilé au protestantisme[837], réconciliant « l'esprit d'entreprise et la vie morale, le profit et la grâce divine, par une approche utilitariste » sous-tendant « la cohérence globale de cette éthique »[838] est ainsi un référentiel à partir duquel il est permis d'étudier le développement de la banque islamique.

### *2- Utilitarisme et finance islamique*

L'utilitarisme est la doctrine philosophique selon laquelle « le bonheur » est le bien suprême de la vie. Elle est issue de la pensée de Jeremy Bentham[839] (1748-1832), qui l'appelle « principe d'utilité »[840]. Adam Smith (1723-1790), et David Ricardo (1772-1823) que l'on avance comme les principaux fondateurs du capitalisme étaient empreints de cette éthique[841]. Weber fut en son temps opposé

---

[835] BASSET Jean-Claude, « Islam et protestantisme, convergences et divergences, Dossier de l'encyclopédie du protestantisme, Judaïsme et islam dans le face à face avec le protestantisme », *Encyclopédie du protestantisme*, Cerf - Labor et Fides, 1999, p. 62-67.

[836] Produit de la Réforme et introduit aux USA par les migrations WASP.

[837] Il suffit pour s'en convaincre d'observer les rapports entre les protestants anglais et l'église anglicane.

[838] JAHEL Selim, « Droit des affaires et religions », *Op. cit.*, p. 19.

[839] Cf. TUSSEAU G., « Jérémy Bentham et le droit constitutionnel : une approche de l'utilitarisme juridique », *Revue internationale de droit comparé*, 2002, volume 54, N°3, disponible sur www.persee.fr, p. 904 et ss. où l'auteur précise que Bentham fut l'un des principaux précurseurs de l'évolution moderne du droit fondé sur la rationalité individuelle des agents.

[840] « Sous l'appellation de principe d'utilité, car c'est sous ce nom que nous l'avons emprunté à David Hume … [nous] avançons le principe du plus grand bonheur en tant que critère du bien et du mal en matière de morale en général et de gouvernement en particulier » in A Fragment on Government, 1776, cité par VERGARA Francisco, *Utilitarisme*, [En ligne] www.franciscovergara.com/utilitarisme.pdf (consulté le 25 septembre 2011), p. 2.

[841] « Toutes les institutions de la société tirent leur valeur […] uniquement du degré avec lequel elles tendent à promouvoir le bonheur de ceux qui vivent sous leur juridiction. C'est là leur seul usage et leur unique but » (La Théorie des sentiments moraux, 1759) et « le seul but légitime de tout gouvernement est le bonheur du peuple qui vit sous sa juridiction [...] la démocratie, l'aristocratie et la monarchie doivent être considérées uniquement comme un moyen pour atteindre ce but » (Oeuvres, Correspondance, vol. VII) cité in *Ibid.*, p. 3.

à l'utilitarisme[842] dont l'acception moderne est fondée sur l'efficacité économique en tant que valeur normative suprême[843]. Cette vision du Droit domine aujourd'hui la doctrine économique, le droit et le marché sont interdépendants[844], nous l'avons dit. Friedrich Von Hayek, un des fondateurs du néo-libéralisme économique déclarant par exemple que les règles sociales procèdent spontanément du marché[845]. Cette doctrine, que certains auteurs assimilent à la religion « non explicitée mais sous-tendant nos sociétés occidentales », est fondée sur la conjonction du « primat de l'individu » et la « prévalence d'une logique économique de l'intérêt », elle « se présente volontiers comme le démolisseur des certitudes dogmatiques, le vecteur d'une rupture avec la religion et la tradition »[846].

D'après les arguments que nous avons déjà développés sur la prévalence de l'efficacité économique dans le développement du droit bancaire économique, fût-ce au détriment du respect des principes fondamentaux, que présentent ses promoteurs comme justifiant la démarche globale, nous pensons ne pas avoir de difficulté à démontrer la conception utilitariste de la finance islamique aujourd'hui. L'étude de la formation idéologique de ses principaux acteurs n'en sera qu'une confirmation supplémentaire.

## *§2- Une proximité technique*

Ce que nous entendons ici par « proximité technique » désigne la convergence de la *Common law* et de la *Shari'a* en matière de finance islamique (A). Nous nous interrogerons en outre sur le fait de savoir si la suprématie financière du monde anglo-américaine dans la sphère financière est une des causes de cette proximité technique (B).

---

[842] Cf. JAHEL Selim, « Droit des affaires et religions », *Op. cit.*, p. 19, Weber, cité par l'auteur, condamne l'utilitarisme en ces termes « l'honnêteté est utile parce qu'elle donne du crédit [...] lorsque l'apparence de l'honnêteté rend les mêmes services, celle-ci est suffisante. »

[843] OPPETIT Bruno, « Droit et économie », *Archive de Philosophie du Droit*, t.37, Paris, Sirey, 1992, p. 22 et ss., selon l'auteur, la règle de droit obéit à une conception exclusivement instrumentale en fonction de l'efficacité économique que l'on en attend, évaluation morale du droit à l'aune de la maximisation de la richesse et, sur le lien entre le droit et l'économie sous un rapport utilitariste, KIRAT Thierry, « Economie et Droit, de l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ? », *Revue économique*, 1998, N°4, disponible sur www.persee.fr, p. 1057-1087.

[844] LEROY Etienne, « Marchés de droits et marché du droit », *Tiers monde*, 2004, N°177, disponible sur www.persee.fr, p. 164-165.

[845] Hayek cité par ADAIR Philippe, *Op. Cit.*, p. 94.

[846] Les citations sont tirées de LAVAL Christian, *Op. cit.*

## A- Convergence de la *Common law* et de la *Shari'a* en matière de finance islamique

Pour démontrer la convergence de la *Common law* et de la *Shari'a,* il est nécessaire de débuter par la problématique générale de la création de droit (1) Ceci nous permettra de nous concentrer ensuite sur la question plus spécifique des techniques bancaires (2).

### *1- Quant à la création de droit*

Sur le plan du droit, il est possible de dresser un certain nombre de similitudes. Ainsi, le droit musulman classique et la *Common law* partagent la même conception objective[847]. En matière d'obligation, cette conception objective se traduit par une plus grande importance pour la chaîne que pour ses extrémités, ainsi que l'a enseigné le Professeur Demogue[848] et nous avons vu qu'il en est effectivement ainsi en droit musulman où les contrats sont la cause de toutes leurs conséquences. Toutefois, l'efficience économique et le respect du sacré conduisent à des différences fondamentales. Si le contrat de mariage musulman produit toutes ses causes à partir du prononcé de la formule rituelle consacrée, il est difficile de le rapprocher des contrats électroniques modernes, sur les marchés financiers, dans lesquels les parties n'entretiennent aucun rapport, mais qui assurent pourtant au quotidien, l'efficience des échanges économiques.

Par un même effort comparatiste, le rôle de la jurisprudence en droit musulman peut être rapproché de la conception de la *Common law*. Ainsi, de même que la *House of Lords* et la Cour suprême américaine ne sont pas liées par les « *precedent* »[849], les *fatawa* rendues par les jurisconsultes musulmans ne bénéficient pas de l'autorité de la chose jugée[850]. En outre, l'*equity* anglaise, dont on sait la filiation avec le préteur romain[851], a contribué au développement du droit

---

[847] Sur ce point cf. BADR Gamal Moursi, *Op. cit.*, p. 379-394.

[848] DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, t.1, Paris, 1923, p. 17.

[849] AFFAKI Georges, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif », in *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, *Op. cit.*, p. 153.

[850] DJARAOUANE Karim, SERHAL Chucri Joseph, *Op. cit.,* p. 117.

[851] Le préteur romain, par la marge importante dont il disposait (il pouvait par exemple rendre une décision sans qu'une loi écrite ou une jurisprudence antérieure se soit prononcée en ce sens) dans les recours qu'il pouvait octroyer et les sanctions qu'il pouvait prononcer a grandement contribué à

anglais sur des bases comparables à celles du droit musulman par l'action des *qudat*. Le Chancelier qui jugeait en vertu de l'*equity* était d'ailleurs un ecclésiastique, un évêque en général.

### *2- Quant aux outils juridiques*

Au niveau des outils juridiques, nous avons déjà mentionné l'origine indéterminée, mais semble-t-il commune de la *moudharabah*/*commanda* dans la Méditerranée du Moyen Age. Il nous appartient à présent pour poursuivre l'analyse que nous menons, d'envisager plus avant les points de convergences passés et présents autour de la notion de *trust*.

Nous l'avons vu, la structure des *sukuk* s'apparente à un *trust certificate* puisque leur rémunération dépend de la performance de l'actif sous-jacent confié, par un transfert de droits de propriété, à une société *ad hoc* en charge de leur gestion[852]. Le choix pratique d'utilisation de cette structure s'explique logiquement par sa proximité avec la *moudharabah*. Le *trust*, sous son aspect de « *charitable trust* » peut par ailleurs être rapproché de la notion classique en droit musulman de *habous* ou *waqf*.

Le *waqf* est l'acte juridique par lequel un bien meuble ou immeuble est donné au profit d'une œuvre charitable et bénéficie d'une protection exorbitante, l'inaliénabilité. Cette institution fut légitimée par un *hadith* rapporté par *Omar ibn Al Khattab* qui aurait demandé au Prophète ce qu'il pouvait faire de sa terre pour être agréable à Dieu, et qui lui aurait répondu : « immobilise-la de façon à ce qu'elle ne puisse être ni vendue, ni donnée, ni transmise en héritage et distribues-en les revenus aux pauvres »[853]. Le *trust* et le *waqf* s'appuient tous deux sur un fondement religieux[854]. En tant qu'institution issue de l'*equity*, le juge joue un rôle majeur dans sa mise en œuvre, alors que dans le cas du *waqf*, c'est le *qadi* qui établit l'acte de constitution. Les deux sont utilisés pour organiser la succession et ont servi à s'émanciper de certains interdits (le testament sur un immeuble était

---

l'évolution du droit romain. L'*equity* anglaise à l'origine a eu une fonction similaire à celle du préteur romain. L'*equity* est apparue afin de pallier la rigidité des règles de *Common law*. Sur ce point se reporter à BARRIERE François, *Op. cit.*, p. 67-69 et MORIN Michel, *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Thémis, 2004, XXVI, 395 p., qui souligne la faible influence du droit romain sur le droit anglais malgré les ressemblances entre les deux.

[852] SERHAL Chucri Joseph, SAINT MARC Gilles, « *Titrisation islamique : comment accéder à une nouvelle base d'investisseurs*, », *Op. cit.,* p. 29.

[853] Sur ce point cf. KHALFOUNE Tahar, « Le *Habous*, le domaine public et le *trust* », *Revue internationale de droit comparé*, 2005, N°2, p. 444 et ss.

[854] WORTLEY B.A., « Le *trust* et ses applications modernes en droit anglais », *Revue Internationale de Droit Comparé,* 1962, p. 703 et ss.

notamment interdit depuis l'époque féodale, mais permis par le *trust* en *Common law*)[855]. C'est en raison de ce rôle premier du *trust* que l'on a souvent accusé la finance islamique de manquer de transparence. Si tel est effectivement le cas, ce n'est pas, à notre sens, en raison d'une volonté délibérée de cacher certains éléments comptables, mais simplement de réduire les coûts de transaction. En effet, le *trust* et le *sukuk* impliquent, par la complexité de leur structuration, qu'ils soient le plus transparent possible sur le plan fiscal. Si tel n'est pas le cas, les territoires dans lesquels le *trust* est le moins fiscalisé (à l'instar des Bahamas[856] ou d'autres îles dépendantes de la couronne britannique comme Jersey) verront logiquement des opérations bancaires islamiques s'y domicilier. La faiblesse de la fiscalité dans les monarchies pétrolières permet à cet égard un coût compétitif de la structuration, mais les règles d'acquisition de la propriété rendent néanmoins parfois nécessaires l'expatriation (dans certains pays comme l'Arabie Saoudite, la propriété d'une société ne peut être majoritairement dévolue à un non-ressortissant du *Gulf Cooperation Council* - réunissant Bahreïn, Koweit, Oman, Qatar, Arabie Saoudite et Emirats Arabes Unis). Nous l'avons vu dans le cas de la France, c'est la compétitivité du *trust* par rapport à la fiducie qui justifie surtout la modification de l'ordre légal, l'islamité des notions n'y ayant qu'un rôle secondaire et accessoire.

## B- La suprématie anglo-américaine dans la globalisation financière

Alors que l'influence de la *Common law* en droit des affaires internationales va en s'accroissant (1), la formation des banquiers musulmans aux techniques bancaires doit également être prise en compte dans l'étude de la création du droit bancaire islamique (2).

[855] KHALFOUNE Tahar, *Op. cit.,* p. 469.

[856] Cf. BA Ibrahim, DELATTE Bérangère, « PME et institutions financières islamiques », *Aide au développement autonome, ADA Dialogue*, Luxembourg, N°2, Avril 1996, 9 p., [En ligne] http://www.globenet.org/archives/web/2006/www.globenet.org/horizon-local/ada/2596pme.html (consulté le 25 septembre 2011), où les auteurs évoquent le cas de « *Dar Al Maal Al Islami* », banque affiliée à la Ligue islamique mondiale qui est basée sur un « *trust* régi par les lois du *Commonwealth* des Bahamas et bénéficiant des avantages fiscaux accordés par cet Etat ».

### *1- Influence de la Common law en droit des affaires internationales*

D'une manière générale, le droit français est réputé moins flexible que la *Common law*, notamment en droit des affaires[857] Le prestige du droit français, souffrant actuellement d'une « image légicentrée, alors que parallèlement, l'essor du modèle américain est largement favorisé par sa flexibilité et son dynamisme »[858], on constate une utilisation toujours plus importante des instruments juridiques issus de la *Common law*[859]. Si bien que l'écart entre les approches civilistes et la *Common law* tend à se réduire avec la mondialisation[860]. Ce droit, plus pragmatique et proposant des solutions fonctionnelles aux problématiques économiques contemporaines[861] a donc tendance à poser sa marque dans la variété des systèmes juridiques impliqués dans les relations économiques transnationales, l'étude des différents produits bancaires islamiques nous montre qu'ils participent du même mouvement[862].

### *2- La formation des banquiers musulmans aux techniques bancaires*

Si d'aucuns avancent l'idée que le directeur ou les employés d'une banque islamique doivent avoir reçu une formation religieuse[863], pour d'autres au contraire,

---

[857] Cf. BURNAT Florian, CHARTIER Jessica, « Titrisation à la française et sécurisation à l'anglaise : étude du droit comparé après l'ordonnance du 13 juin 2008 », *Op.cit.,* p. 143.

[858] MUIR WATT H., *Op. cit.* p. 503.

[859] JAHEL Selim, « Droit des affaires et religions », *Op.cit.*, p. 24.

[860] Sur ce point cf. FRILET Marc, « Termes et conditions du contrat : l'approche du droit civil et la perspective du droit européen des contrats », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Paris, N°1, 2007, p. 57.

[861] Voir OWSIA P, « Formation of contact : a comparative study under English, French, Islamic and Iranian law », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1996, N°4, disponible sur www.persee.fr, p. 4. Nous l'avons d'ailleurs relevé au sujet du *trust* et de la fiducie. Voir par ailleurs, DUBOCAGE Emmanuelle, RIVAUD-DANSET Dorothée, *Op. cit.*, p. 9, pour le cas précis des fonds communs de placement à risque ( FCPR) et des fonds communs de placement dans l'innovation (FCPI), directement inspirés du modèle américain de *« limited partnership* ».

[862] Les exemples sont nombreux, outre la structuration des *sukuk* ou des financements de projets, sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir, il convient d'évoquer les *swaps*, les produits dérivés, les crédits hypothécaires américains et la liste n'est pas exhaustive. L'assurance a été développée au XVIIe siècle, en Angleterre, à Londres même si son origine historique provient de la Grèce ancienne, sur ce point cf. SZRAMKIEWICZ Romuald, *Histoire du droit des affaires*, Paris, Montchrestien, 1989, p. 26.

[863] Voir OBEIDI Zouheir*, Op. cit.*, p. 143.

il doit avant tout être un bon banquier ; les exigences islamiques posées formellement ne se distinguant pas de n'importe quelle norme qu'il se doit d'appliquer et qui doivent par conséquent être prises en compte dans la création de produits bancaires, de même que dans les processus de commercialisation. La présence sur le marché de l'emploi de nombreux banquiers déjà formés aux techniques conventionnelles explique bien sûr que la plupart des banquiers des banques islamiques soient issus des banques conventionnelles[864]. En tout état de cause, les connaissances en droit musulman ne sont pas un prérequis à l'exercice du métier de banquier islamique, pas plus d'ailleurs que la confession musulmane. L'attrait des universités anglo-américaines dans le monde musulman[865] et les enseignements qui y sont dispensés influent sur le développement pratique de la banque islamique par le truchement de leurs diplômés. Diplômés au nombre desquels figurent le pionnier de la finance islamique, Muhammad Faysal al Sa'ud, ainsi que nombre des membres les plus éminents des comités *Shari'a*, nous l'avons noté précédemment, et la plupart des cadres bancaires[866].

Par ailleurs, l'avenir de la finance islamique passe par la création de formations spécialisées de haut niveau. Sur le terrain, l'on constate que ces formations sont proposées par les intervenants classiques du monde financier. Il en est ainsi par exemple pour *l'Islamic Financial Qualification,* développée par la *City*, entité chargée de l'administration de la place financière Londonienne[867], au sein de laquelle l'enseignement est assuré par des intervenants de la finance conventionnelle et la légitimité religieuse apportée par des jurisconsultes, eux-mêmes issus, dans de nombreux cas, des formations conventionnelles[868]. Ajoutons qu'il est également permis d'envisager un rapprochement entre le protestantisme et l'Islam sur ce point puisque dans ces deux religions les interprètes de la parole de Dieu n'appartiennent pas à un clergé constitué. La confusion des pouvoirs entre religion et finance peut donc logiquement s'y opérer d'une manière similaire.

La formation des futures élites de la finance islamique structurera également son développement, la filiation idéologique qui se met en place ne

---

[864] Cf. CHAPELLIERE Isabelle, *Op. cit.*, p. 247 pour le cas de la Turquie, mais la situation est analogue dans les autres pays.

[865] A ce propos, ROY Olivier, *L'Islam mondialisé*, *Op. cit.*, p. 60.

[866] Sur ce point, confirmé en pratique, GALLOUX Michel, *Op. cit.*, p. 37-39 où l'auteur explique que ce paradoxe est légitimé par le rôle des jurisconsultes des comités, or, nous le voyons, ce n'est pas le cas dans la pratique contemporaine.

[867] Cf. UK TRADE & INVESTMENT, « The City, UK Excellence in Islamic finance », London, England, 2007, 28 p., [En ligne] http://www.londonstockexchange.com/specialist-issuers/islamic/downloads/ukti-uk-excellence-in-islamic-finance.pdf (consulté le 25 septembre 2011), p. 16-18.

[868] A ce propos voir CHAAR Abdel Maoula, OURSET Roger, *Op. cit.*, p. 279.

laisse donc pas présager autre chose, *rebus sic stantibus*, que la continuation du phénomène que nous analysons dans ce travail de thèse.

## Section 2- L'exemple anglais

A travers une politique volontariste (§1) qui a conduit son gouvernement à adopter plusieurs réformes de son cadre légal, l'Angleterre est aujourd'hui le premier acteur européen dans le domaine bancaire islamique. Nous verrons que cette politique a conduit à faire de Londres un pôle mondial de la finance islamique (§2). Les ajustements juridiques nécessaires à l'épanouissement de mécanismes bancaires issus du droit musulman ont été ici facilités par une conception anglaise de la citoyenneté autorisant les communautés de population à vivre pleinement leur différence dans le domaine public. Partant, nous conclurons que le développement de cette industrie bancaire islamique anglaise n'est pas sans conséquence sur l'avenir de la banque islamique en France.

### *§1- Une politique volontariste*

Si la politique volontariste du Royaume-Uni peut s'expliquer par la place de l'Islam dans ce pays (A), nous verrons que cette politique se matérialise par d'ambitieuses réformes fiscales (B).

#### A- L'Islam au Royaume-Uni

Dans l'optique de cerner la place de l'Islam en Angleterre, nous analyserons successivement l'acception anglaise du communautarisme islamique (1) et les liens des musulmans anglais avec leurs pays d'origine (2).

##### *1- L'acception anglaise du communautarisme islamique*

Le *Race Relations Act* de 1976 ou « loi sur les relations entre races » matérialise le modèle multiculturel anglais en instituant un statut spécifique aux minorités ethniques, les protégeant de toute discrimination. Si les musulmans en sont exclus puisque ne formant pas une ethnie, certains plaident pour que cette loi

leur soit étendue et l'on retrouve ainsi cette ethnisation de l'Islam que nous avons déjà soulignée[869]. L'enseignement des différents cultes est par ailleurs très développé en Angleterre où les nombreuses *faith schools*[870] participent de ce communautarisme, tout comme la reségrégation[871] de l'habitat, à l'œuvre ces dernières années et dont l'exemple le plus médiatique est la dénomination injurieuse du « Londonistan » qui visait en premier lieu le quartier de la mosquée de *Finsbury Park* où des partisans de l'idéologie fondamentaliste islamique avaient pignon sur rue à la fin des années 1990. Toutefois, si la différence fondamentale entre l'Angleterre et la France sur la question de la laïcité est patente, la position anglaise semble devoir évoluer pour se rapprocher de la position française. Bien sûr, le confessionnalisme de l'Etat n'est pas remis en cause, la reine, chef de l'Etat, conservant la fonction de Gouverneur de l'Eglise d'Angleterre, mais l'opinion publique majoritaire « est en train de basculer vers une position beaucoup plus laïque »[872]. Les récentes déclarations du premier ministre conservateur David Cameron sur l'échec du modèle multiculturel anglais vont d'ailleurs clairement dans ce sens[873].

### *2- Les liens des musulmans anglais avec leurs pays d'origine*

La majorité des deux millions de musulmans vivant en Grande-Bretagne, est originaire d'Asie du Sud, principalement d'Inde et du Pakistan[874]. Ils sont traditionnellement d'obédience *hanafite* même si l'influence des enseignements fondamentalistes a tendance à couper une part grandissante des enfants ou petits-enfants d'immigrés, de leur filiation idéologique, pour la remplacer par une doctrine unitaire déculturée et singulièrement éloignée des connaissances

---

[869] Sur ce point cf. ROY Olivier, *L'Islam mondialisé*, *Op. cit.*, p. 75 et ss., l'auteur cite l'exemple des sikhs qui ont le droit de porter le turban, en tant qu'ethnie, mais les musulmans n'ont pas le droit de porter le voile d'où notamment cette volonté de se voir étendre le statut du *Race Relations Act*.

[870] Cf. ROY Olivier, *L'Islam mondialisé*, *Op. cit.*, p. 129.

[871] Cf. *Dobson to battle over faith schools*, *The Guardian*, 4 février 2002, [En ligne] http://wwrn.org/articles/14388/?&place=uk-ireland (consulté le 25 septembre 2011).

[872] Cf. SINCLAIR Christophe, « Etat, religion et éducation en Angleterre », *Journal des anthropologues*, 2005, mis en ligne le 18 novembre 2010, disponible sur www.jda.revues.org, p. 9-10, où l'auteur démontre que cette position est soutenue d'une part par les « idéaux intégrationnistes de gauche (et) les réflexes nationalistes de droite ».

[873] Cf. KUENSSBERG Laure, « *State multiculturalism has failed, says David Cameron* », 5 février 2011, [En ligne] http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-12371994 (consulté le 25 septembre 2011).

[874] 60% selon Jorgen Nielsen in NIELSEN Jorgen, *Op. cit.*

religieuses traditionnelles. De fait, la relation avec un éventuel pays d'origine[875] s'amenuise, mais des échanges économiques, utilisant le moyen traditionnel de la *hawala* notamment, demeurent[876].

Par ailleurs, le rôle du monde anglo-saxon dans la diffusion des informations à l'adresse de la communauté musulmane reste prééminent. Ainsi, le journal *Al Sharq al Awsat*, considéré comme le « journal international des arabes », fut fondé à Londres en 1978, et y est toujours basé[877]. De même, sur les « cinquante-trois sites Internet communautaires islamiques » référencés par Olivier Roy, trente-six sont domiciliés dans le monde anglo-saxon[878].

## B- Des réformes fiscales ambitieuses

Les réformes fiscales entreprises par le gouvernement britannique en matière de finance islamique s'appuient sur une politique communautariste (1). Cette politique, encouragée par les autorités financières et fidèle à la notion anglaise de la citoyenneté que nous avons précédemment présentée, a connu des phases de développement successives (2).

### *1- Autorités financières et communautarisme*

Le *Financial Service authority* (FSA) est l'organisme britannique en charge de la régulation du fonctionnement des marchés financiers. Il doit pour cela maintenir la confiance des investisseurs, encourager sa compréhension par le public ainsi que protéger les utilisateurs et réduire les possibilités de fraude financière. C'est à son initiative que fut lancé en 2008, le *Home Purchase Plan*[879]. Ce financement immobilier basé sur les principes de l'*ijara* et de la *mousharakah*

---

[875] Bien évidemment, au fil des générations, des mariages ou des conversions, la notion de pays d'origine perd de son sens.

[876] Sur ce point et la technique dite de la *hawalar* cf. CEKICI Ibrahim Zeyyid, « Douter de la finance islamique : le cas du financement du terrorisme », *Les Cahiers de la finance islamique*, N° 2, *Op. cit.*, p. 24 et ss.

[877] A noter qu'il est propriété de Salman bin Abdul Aziz al Sa'ud, demi-frère du roi d'Arabie Saoudite.

[878] ROY Olivier, *L'Islam mondialisé, Op. cit.*, p. 182-183.

[879] BOURABIAT Foued, PATEL Anass, *« La finance islamique : convergences éthiques et pratiques pour l'accession à la propriété et les investissements responsables »* in *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique, Op. cit.,* p. 36.

dégressive fut élaboré à l'adresse de la communauté musulmane. Dans un but didactique le plan comprenait notamment la distribution de divers livrets expliquant les modalités de fonctionnement du mécanisme financier et insistait sur l'absence d'intérêts.

Par ailleurs, si le FSA ne prend pas part à la définition des critères de conformité à la *Shari'a*, il favorise la communication avec l'AAOIFI et l'IFSB pour l'établissement des standards futurs[880].

### *2- Adaptation du cadre fiscal*

L'ambition du Royaume-Uni en la matière est portée par les plus hautes autorités politiques, le premier ministre travailliste Gordon Brown ayant par exemple déclaré le 13 juin 2006 qu'il entendait faire de Londres « le portail occidental et le centre mondial de la finance islamique »[881].

Ainsi, depuis 2003, quatre réformes législatives favorisant le développement de la banque islamique ont été adoptées dont :

- le *Finance act* de 2003 mettant fin à la double imposition occasionnée par les doubles transferts de propriété caractéristiques de la *mourabaha ;*

- le *Finance act* de 2005 statuant sur le traitement des profits réalisés dans les opérations de financement islamiques et les assimilant aux intérêts conventionnels, déductibles d'impôt pour l'acquéreur ;

- le *Finance act* de 2007 assimilant les rémunérations versées aux porteurs de *sukuk* aux intérêts conventionnels, déductibles pour l'émetteur[882].

Tout ceci contribua à faire du Royaume-Uni le premier pays occidental à se doter d'un arsenal juridique permettant le lancement d'une offre bancaire islamique compétitive. Il convient néanmoins de préciser qu'aucune de ces réformes ne fait explicitement référence aux *sukuk*, à la finance islamique, ou à une quelconque dénomination arabe, mais elles décrivent des procédures qui

---

[880] AINLEY Michael, MASHAYEKHI Ali, HICKS Robert, *Islamic finance in the UK, regulation and challenges*, Financial Service authority, London, Novembre 2007, [En ligne] www.fsa.gov.uk/pubs/other/islamic_finance.pdf (consulté le 25 septembre 2011), p. 15-16.

[881] *« UK leads in sowing seeds for a sector », Financial Times report-Islamic finance*, 19 juin 2008, London, England, [En ligne] http://www.ft.com/intl/reports/islamicfinance2008 (consulté le 26 septembre 2008), p. 1.

[882] Sur ce point, cf. COSTE Fréderic, « L'émergence de la FI aux Etats-Unis et en Angleterre » in *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique, Op. cit.,* p. 140 et FOUET Philippe, *Op. cit.*, p. 16.

correspondent aux critères définis par le droit bancaire islamique (à titre d'exemple les *sukuk* correspondent à des « titres d'investissement financier alternatif », *alternative finance investment bond*)[883].

## §2- Le développement d'un pôle mondial de la finance islamique

Dans sa volonté de s'affirmer comme un pôle de référence des activtés bancaires islamiques en Occident, les autorités anglaises s'appuient sur l'importance de la place financière londonienne (A) ainsi que sur le développement des activités bancaires commerciales (B).

### A- Londres, place financière islamique

La capacité de Londres à devenir une place financière islamique de référence s'appuie sur les compétences traditionnelles de la City (1). Ces compétences la placent dans une position privilégiée pour s'adapter aux spécificités induites par les règles du droit musulman (2).

#### 1- Compétences traditionnelles de la City au service des banques islamiques

Depuis le *big bang*[884] de 1986, la place financière de Londres a vu son importance décuplée à l'échelle planétaire. Elle concurrence aujourd'hui New York et, en raison de son savoir-faire séculaire, lui est même supérieure sur certains points[885]. Aujourd'hui Londres est la première place financière du monde en ce qui

[883] Cf. AMIN Mohammed, *The new sukuk law in the UK*, volume 4, Issue 29, 20 juillet 2007, disponible sur www.islamicfinancenews.com, p. 17.

[884] Le big bang désigne l'ensemble des mesures de libéralisation des marchés financiers britanniques prises en 1986.

[885] Sur ce point cf. TONNEL-MARTINACHE Mariette, *Op. cit.*, p. 19.

concerne les devises et elle surpasse New York[886] sur la stabilité économique, la facilité de faire des affaires et le volume des flux financiers[887].

Ainsi, son savoir-faire traditionnel lui permet d'être de longue date, indirectemement impliquée dans les opérations bancaires islamiques. Les multiples transactions commerciales sur les matières premières, permettant de synthétiser des crédits, par le *tawwaruq*, ou des dépôts à terme par la *mourabaha*, transitent en pratique par la place financière de Londres et ses *commodity brokers* solidement implantés.

### *2- Le développement de compétences spécifiques*

En outre, le statut de précurseur du Royaume-Uni en matière de banque islamique lui a offert un avantage compétitif déterminant. Pour leur maîtrise de la *Common law* et leur ouverture précoce aux problématiques spécifiques des montages financiers islamiques, les principaux cabinets d'avocats d'affaires présents dans la formalisation des contrats de financements islamiques sont ainsi basés à Londres, ou tout au moins leur société-mère[888].

---

[886] Cette performance londonienne est pour de nombreux experts, le signe de sa moins grande régulation, avec le risque de dérives que l'on a pu constater dans la dernière crise financière, (notamment par la filiale londonienne de la plus grande compagnie d'assurance au monde, AIG qui y a perdu des milliards de dollars sur le marché des dérivés de crédit. Le Maire de New York, Michael Bloomberg déclarant que « New York risquait de perdre son statut de capitale financière du monde au profit de Londres à cause du droit et des systèmes de régulation et d'immigration moins stricts du Royaume-Uni ». Cf. PAQUIN Marie-Ilse, « Londres, nouvelle reine des finances ? », Lapresseaffaires.cyberpresse.ca, 22 mars 2007, [En ligne] http://lapresseaffaires.cyberpresse.ca/economie/200901/06/01-674858-londres-nouvelle-reine-des-finances.php (consulté le 25 septembre 2011).

[887] *Rapport Mastercard 2008, Worldwide centers of commerce index*, disponible sur www.mastercardworldwide.com, 24 p., [En ligne] http://insights.mastercard.com/ (consulté le 25 septembre 2011).

[888] C'est notamment le cas du cabinet Norton Rose qui joue un rôle direct dans l'introduction des normes islamiques en France comme en témoignent ses participations récurrentes aux différents dispositifs de réflexion menés par les autorités françaises, participations par ailleurs justifiées par leur pratique maintenant ancienne de ce type d'opérations, à Londres et au Moyen-Orient. Cf. notamment VASSENAIX-PAXTON Anne-Sylvie, *L'expérience Britannique : une source d'inspiration pour le développement de la finance islamique en France ?*, Norton Rose LLP, Table ronde finance islamique organisée par la commission des finances du Sénat, Paris, 14 mai 2008, [En ligne] http://www.senat.fr/commission/fin/actualites/finance_islamique_vasseneix_paxton.ppt (consulté le 25 septembre 2011) et TOXE Laurence, *L'expérience britannique : l'évolution de la législation fiscale britannique pour s'adapter aux produits islamiques*, Norton Rose LLP,Table ronde finance islamique organisée par la commission des finances du Sénat, 14 mai 2008, Paris, 16 p., [En ligne] www.senat.fr/commission/fin/actualites/finance_islamique_toxe.ppt (consulté le 25 septembre 2011).

Par ailleurs le volontarisme politique a permis à la place financière de Londres, d'accueillir la première émission de *sukuk* en Occident, pour l'entreprise *Tabreed*, en juillet 2006 ainsi que le premier *sukuk* souverain (émis par un Etat), pour le Royaume du Bahreïn, en Mars 2006. En 2008, la *City* avait déjà permis la levée de 5,5 milliards de livres *sterling* par les *sukuk*[889].

Enfin, ses compétences traditionnelles en matière de produits financiers complexes lui permettent d'être en pointe sur le développement de leurs équivalents islamiques[890]. Tout comme sur le développement des *hedge funds* islamiques[891] dont elle est la place financière de référence[892].

## B- Banques commerciales islamiques au Royaume-Uni

S'il nous est apparu opportun d'étudier les banques commerciales islamiques au Royaume-Uni, c'est d'une part en raison du développement de leur offre bancaire (1) mais d'autre part car les règles du droit communautaire permettent à ces établissements de s'implanter en France (2). Cette possibilité permettra, le cas échéant, de contribuer au développement de la banque islamique dans l'Hexagone.

### *1- Le développement de l'offre bancaire*

Si les premières expériences bancaires islamiques au Royaume-Uni remontent aux années 1980[893], la première offre élargie complètement islamique est l'I*slamic Bank of Britain* (IBB) fondée en 2004. Depuis, quatre banques

---

[889] *Financial Times report-Islamic finance*, *Op. cit.*, p. 1.

[890] AINLEY Michael, MASHAYEKHI Ali, HICKS Robert, *Rapport Islamic finance in the Uk : Regulation and challenges*, *Op. cit.*, p. 15-16.

[891] Fonds d'investissement dit « de couverture », *Op. loc. cit.*

[892] Londres accueille 70 à 80% des *hedge funds* européens cf. PAYE Jean-Claude, « Une régulation européenne au service de la City ? », *Lemonde.fr*, 22 novembre 2010, [En ligne] http://www.lemonde.fr/idees/article/2010/11/22/une-regulation-europeenne-au-service-de-la-city_1443285_3232.html (consulté le 25 septembre 2011).

[893] *The United Bank of Kuwait* et *Al Baraka International Bank*, mais la faiblesse de l'offre et le manque de compétitivité des montages compatibles à l'époque n'ont pas permis leur expansion. Cf. WILSON Rodney, *Islamic Banking in the UK*, Islamic banking and finance lecture in Sarajevo, 8 Mai 2006, 8 p., [En ligne] www.philadelphia.edu.jo/courses/banking/Files/Banks/70026.ppt (consulté le 25 septembre 2011).

islamiques et vingt et une banques conventionnelles à fenêtre islamique opèrent sur le marché anglais, proposant un large éventail de produits[894]. Les crédits immobiliers se pratiquant généralement par l'*ijara* ou la *mousharakah* dégressive, la *mourabaha* est utilisée pour les dépôts à terme, on note également le développement d'offre de *tawarruq* pour des crédits à la consommation non affectés[895]. Les aménagements fiscaux ont permis la compétitivité de ces produits, les différences tarifaires avec l'offre conventionnelle sont de l'ordre de quelques pourcentages[896].

Malgré cela, il semble que, ces derniers temps, la croissance du secteur de la banque islamique commerciale soit menacée. L'IBB a annoncé des pertes de quarante-cinq millions de livres l'an dernier et la principale banque conventionnelle à fenêtre islamique, Hsbc *amanah* a considérablement réduit ses effectifs à la suite d'une baisse notable de son activité[897]. La proximité de l'offre avec son équivalent conventionnel explique en partie cet échec relatif.

### *2- L'exportation en France de l'offre anglaise*

Le développement d'activités bancaires islamiques en Angleterre doit nécessairement être envisagé depuis la France à l'aune des possibilités d'implantation, dans tout pays de l'espace économique européen, que le droit communautaire offre à ces établissements. Ainsi, l'article L 511-21 du Code monétaire et financier énonce la règle de « libre établissement et libre prestation de services sur le territoire des Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen » et l'article L 511-23 du même code dispose que toute banque, islamique ou non, agréée dans cet espace peut « établir des succursales pour fournir des services bancaires et intervenir en libre prestation de services […] sous réserve que le Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement (CECEI) ait été préalablement informé ». La possibilité

---

[894] COSTE Fréderic, « L'émergence de la FI aux Etats-Unis et en Angleterre » in *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique, Op. cit.,* p. 142.

[895] Par exemple chez Islamic Bank of Britain, à noter que IBB est la filiale anglaise du groupe Qatar international Islamic bank qui vient récemment de passer un accord avec le groupe français Banque populaire en vue d'ouvrir une banque islamique en France.

[896] Voir l'étude comparative de WILSON Rodney, *Islamic banking in UK*, *Op. cit.,* p. 12.

[897] Voir l'article de Junaid Bhatti qui a fait partie de l'équipe dirigeante de l'IBB, à ses débuts BHATTI Junaid, *Why Has Britain's Islamic Finance Industry Flopped ?*, 13 juin 2010, [En ligne] http://www.muslimpolitics.com/the-news/82-why-has-britains-islamic-finance-industry-flopped (consulté le 25 septembre 2011) et GRIFFITHS Katherine,« Sharia-compliant banking products a 'huge flop' in Britain », *The Times*, 21 juin 2010, [En ligne] http://www.theaustralian.com.au/business-old/industry-sectors/sharia-compliant-banking-products-a-huge-flop-in-britain/story-e6frg96f-1225882133009 (consulté le 25 septembre 2011).

d'implantation d'une banque étrangère via une filiale est par ailleurs envisageable, « lorsqu'un projet d'implantation ou de reprise émane d'une banque qui ne dispose pas à la fois d'une surface financière de premier plan et d'une expérience internationale reconnue, le CECEI demande que celle-ci s'associe à un établissement de renom déjà implanté en France et disposé à jouer un rôle de parrainage »[898]. L'accord passé entre la *Qatar International Islamic Bank*, dont l'IBB est la filiale anglaise, et le groupe Banque Populaire Caisse d'Epargne, dans le but de « travailler conjointement au développement de la Finance Islamique en France »[899] en sera peut-être la première démonstration.

Au delà des oppositions semblant prévaloir ces dernières années nous avons constaté que le droit musulman et les systèmes de droit occidentaux se rejoignent en de nombreux points. L'histoire commune, le métissage, les phénomènes de colonisation et d'immigration constituent les explications permettant d'envisager des rapprochements aussi bien sur les plans techniques que sur celui des valeurs.

Ce rapprochement s'opère par la libéralisation du système de droit bancaire islamique en raison de la prééminence de l'influence anglo-américaine sur le droit des affaires internationales et les règles positives de droit des affaires dans les principaux marchés bancaires islamiques. La position française, écartelée entre sa volonté d'attirer cette manne capitalistique et son discours politique sur la place de l'Islam, emprunte une voie médiane, calquant son acception de la banque islamique sur les positions anglo-arabes et négligeant quelque peu, pour le moment, le marché des particuliers musulmans. Ainsi, l'on a pu affirmer à bon droit que les modifications légales de l'ordre juridique interne français ouvraient la porte, par une prolongation logique du processus, plutôt à des notions de *Common law* qu'à celles d'un droit musulman vidé de sa substance.

En écho à cette analyse, il nous appartient à présent de nous focaliser sur la réception des normes bancaires islamiques en pays musulmans. Nous verrons que le cheminement du droit, s'il n'emprunte pas les mêmes voies dans ces territoires marqués par la culture islamique conduit, en définitive, aux mêmes conclusions.

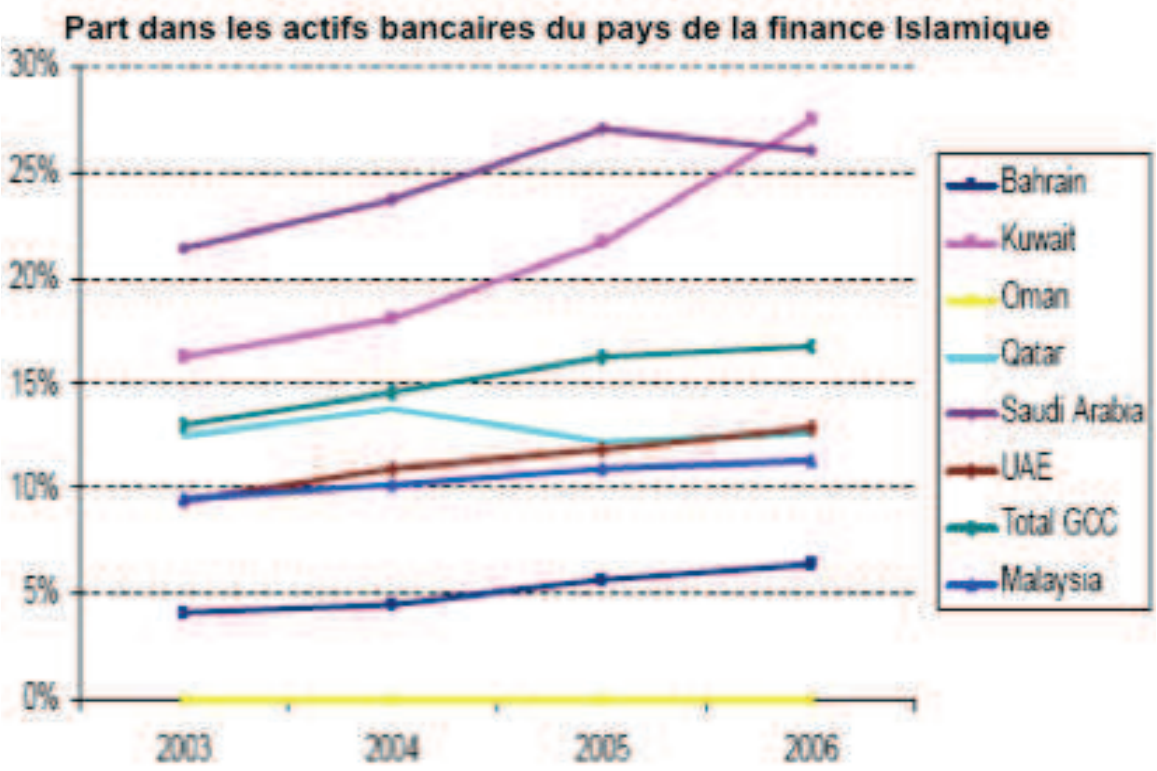
---

[898] *Rapport annuel du CECEI*, Banque de France, 2004, chap.2, p. 39 cité par SERHAL Chucri Joseph, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *Revue Banque et Droit*, 2006, N°106, p. 40.

[899] M. Salah Mohamed Al Jaidah CEO de QIIB lors du 5ème Forum Finance et Investissement au Qatar les 25 et 26 mars 2010, cf. « La BPCE et Qatar Islamic Bank signent un protocole d'accord sur la finance islamique », *L'Agefi*, [En ligne] http://www.agefi.fr/articles/La-BPCE-Qatar-Islamic-Bank-signent-protocole-daccord-finance-islamique-1131097.html (consulté le 25 septembre 2011).

# TITRE II- LA BANQUE ISLAMIQUE EN PAYS MUSULMANS

A travers cette étude sur le droit bancaire islamique dans les pays musulmans, nous avons choisi de nous concentrer sur le Maroc (Chapitre 1) et l'Arabie Saoudite (Chapitre 2). Si nous ne pouvons passer sous silence que nos expériences professionnelles dans des banques de ces deux pays ont joué un rôle dans notre réflexion, par la connaissance plus directe qu'elles nous ont offertes, il n'en demeure pas moins que ces deux exemples sont à notre sens très représentatifs des problématiques à l'œuvre dans l'émergence d'un droit bancaire islamique. Dotés d'un droit des affaires et d'un système bancaire principalement hérités des normes occidentales, le Maroc et l'Arabie Saoudite sont des Etats islamiques fondés sur des modèles de légitimité distincts et héritiers d'une pratique de l'Islam divergente. La légitimation des techniques bancaires musulmanes s'opérant en théorie par des biais différents, nous analyserons si la prépondérance doctrinale et économique du modèle bancaire islamique Arabe, ne conduit pas, là encore, à une remise en cause de la diversité du droit musulman. Il nous faudra également, pour que notre analyse soit complète, expliquer la teneur de ce modèle arabe dont nous verrons que les luttes d'influence à l'œuvre en Arabie mettent à mal la cohérence et peut-être même l'avenir.




Total Gcc : Total Gulf Council Cooperation, (Source : HASSOUNE Anouar, DAMAK Mohamed, *Les habits neufs de la finance Islamique*, Paris, Conférence au Master Asset Management de l'Université Paris Dauphine, 16 mai 2007, 34 p., [En ligne] www.master222.com/fr/PresentationS_P(MrHassoune_MrDamak) (consulté le 25 septembre 2011), p. 16).

# *Chapitre 1- Le cas marocain*

Bien que le droit bancaire soit essentiellement technique, le caractère particulier du droit bancaire islamique implique d'en étudier les fondements doctrinaux au Maroc (Section 1). Dans un deuxième temps nous analyserons les mécanismes juridiques proposés sous l'angle de l'approche alternative marocaine (Section 2). Le système juridique de ce pays est issu d'un double héritage, islamique et occidental. Les réflexions en matière de droit bancaire islamique se révéleront riches de sens et viendront en soutien de notre thèse affirmant que la création d'un droit bancaire, islamique et unifié, est une chimère.

## Section 1- Le modèle marocain de banque islamique

La particularité du régime marocain parmi les pays musulmans (§1) nous révèlera que l'élaboration de son modèle de banque islamique obéit à des contraintes propres (§2). Aux confins du monde musulman, le régime monarchique marocain possède une légitimité religieuse fondée sur la filiation prophétique de la dynastie régnante. L'acculturation du droit français dans l'ordre interne marocain, héritée de l'époque coloniale, soulève aujourd'hui une problématique nouvelle, sa confrontation avec des notions importées du Moyen-Orient remet en cause la conformité à l'Islam de pans entiers du droit commercial marocain.

### *§1- Le contexte marocain*

Pour mettre en lumière les enjeux du développement de la banque islamique au Maroc (B), il convient d'abord de souligner la particularité du régime marocain dans le monde musulman (A).

#### A- L'Islam au Maroc : le particularisme marocain

Le particularisme marocain s'appuie sur un régime politique unique dans le monde musulman : le chef du pouvoir exécutif, le roi, est également l'autorité spirituelle suprême du pays (1). En outre, un aperçu de l'apport du système

civiliste français dans l'ordre juridique bancaire marocain servira nos analyses ultérieures (2).

### *1- La monarchie marocaine : le roi, Commandeur des croyants*

Le royaume du Maroc est une monarchie constitutionnelle[900] dans laquelle le roi concentre la majorité des pouvoirs. Si depuis le premier juillet 2011 et la réforme de la constitution visant à « consolider les piliers d'une monarchie constitutionnelle, démocratique, parlementaire et sociale »[901], le premier ministre est issu du parti vainqueur aux élections et a la possibilité de dissoudre la chambre des représentants, ce qui était du ressort royal avant la réforme, le roi demeure le chef des armées et conserve la présidence du Conseil de la magistrature, pouvant à ce titre nommer les juges. La création par la récente modification constitutionnelle d'un Conseil supérieur du pouvoir judiciaire, présidé par le roi, et censé garantir l'indépendance de la justice est à analyser sous cet auspice.

L'article 6 de la Constitution marocaine affirme que « l'islam est religion d'État, qui garantit à tous le libre exercice du culte ». La population marocaine est musulmane à 98%. En matière religieuse, le roi est le chef spirituel des Marocains musulmans, sa descendance prophétique affirmée et le titre de commandeur des croyants, inscrit dans la constitution depuis 1962, lui confèrent cette fonction, unique dans le monde musulman contemporain. A cet égard, la réforme constitutionnelle du premier juillet dernier a dissocié les fonctions de chef de l'Etat et de commandeur des croyants. Ce début « d'une séparation entre le sacré et le temporel » selon le Professeur de droit constitutionnel Abderrahmane Baniyahya[902], marque une évolution majeure de la légitimité religieuse du monarque marocain qui demeure malgré tout l'autorité religieuse suprême. Il est assisté dans cette tâche par le Conseil supérieur des *'ulama* et les Conseils régionaux des *'ulama* créés en vertu du *Dahir*[903] n° 1-80-270, du 8 avril 1981 modifié par le *Dahir* n° 1-03-300 du 22 Avril 2004 portant réorganisation « desdits Conseils et définissant leurs missions et attributions ». En vertu de son article 3, le Conseil supérieur des *'ulama* a pour mission « d'étudier les questions qui lui sont

---

[900] La Constitution fut adoptée en 1962 par Hassan II, père du roi actuel, Mohammed VI.

[901] Ainsi que l'a déclaré Mohammed Vi dans son discours à la Nation marocaine du 17 juin 2011.

[902] Cité par WESTERHOFF Léa-Lisa, « Une nouvelle Constitution marocaine «en trompe-l'œil» », *Libération.fr*, 20 juin 2011, [En ligne] http://www.liberation.fr/monde/01012344293-une-nouvelle-constitution-marocaine-en-trompe-l-il (consulté le 25 septembre 2011).

[903] Textes de lois revêtus du sceau du *Sultan* à l'origine et du roi aujourd'hui.

soumises par Sa Majesté *Amir Al Mouminine*, d'élaborer un programme d'action annuel comprenant les activités à réaliser par les conseils locaux des *oulama* et de superviser les travaux des conseils locaux des *oulama* ainsi que coordonner leurs activités ».

### *2- L'apport du droit civil au Maroc*

Au cours de la période coloniale française, le Maroc a subi nombre d'influences occidentales dans son ordonnancement juridique et au premier chef, celle de la France. Ainsi, dès 1913, le roi[904] promulgue plusieurs *Dahirs* qui entérinent l'influence occidentale dans un grand nombre de matières juridiques, droit civil, procédure civile et droit commercial notamment[905]. Ainsi le Code des obligations légalise le prêt à intérêt tout en précisant, à son article 870 qu' « entre musulmans, la stipulation d'intérêts est nulle, et rend nul le contrat ». Comme le souligne le Professeur Aldeeb Abu Sahlieh, « cet article s'applique dans les rapports entre musulmans marocains ainsi qu'aux musulmans non marocains qui résident au Maroc, mais pas entre des musulmans et des européens. La jurisprudence marocaine indique aussi que si le débiteur rend le prêt en retard, il doit payer des intérêts légaux »[906]. Cette disposition légale n'est toutefois pas appliquée en matière commerciale et, *a fortiori*, dans le cadre des relations bancaires. En matière bancaire, l'installation des banques occidentales au Maroc date de 1880 et, dès 1919, la France prend le contrôle de la banque d'Etat du Maroc avant, l'année suivante, d'instituer le franc marocain comme monnaie légale du royaume en lieu et place du *hassani*[907]. La première législation bancaire marocaine de juin 1943 fut en outre largement inspirée du droit français.

---

[904] Ou plutôt le Sultan à cette époque, le titre de roi ne sera attribué qu'à partir de 1957.

[905] www.institutfrancais.com.

[906] ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami*, Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman, Op. cit.,* p. 10.

[907] Sur ce point cf. KETTANI M'hammed, *Le système bancaire marocain et son environnement*, Edition Ecole marocaine de banque et de commerce international, Rabat, Maroc, 2008, p. 11.

## B- Enjeux du développement de la banque islamique au Maroc

Le développement de la banque islamique au Maroc soulève des problématiques sociales (1) et économiques (2).

### *1- Point de vue social*

Au point de vue social, le Maroc est classé à la 127e place de l'indice de développement humain du Programme des Nations unies pour le développement[908]. La population est analphabète à 43% et le taux de bancarisation, qui inclut au Maroc, contrairement aux pays développés, les comptes postaux, est évalué à 40%[909]. Pour remédier à cette situation, le Maroc s'est engagé dans une série de réformes. Ainsi, la création de l'Institut National du Développement Humain, créé en 2005, vise à lutter contre la pauvreté, l'exclusion sociale et l'enclavement. L'INDH agit sur un large éventail de domaines, notamment sur l'encouragement à la scolarisation, l'approvisionnement en eau potable, la création de centres d'accueil pour handicapés ou encore le financement de projets générateurs de revenus. La bancarisation des Marocains est également inscrite dans cette perspective globale de développement, et les chantiers à mener sont nombreux. Ainsi, la modernisation du régime juridique des institutions de microfinance marocaine[910] doit permettre de développer ce secteur qui prouve depuis quelques années son utilité en matière de développement humain[911]. Le droit commercial est appelé à évoluer dans le sens d'une intégration plus forte des Marocains dans le circuit bancaire. Les projets relatifs aux produits bancaires islamiques ou à l'amélioration du droit en matière de moyens de paiement[912] et de développement de l'épargne[913], participent de la même logique.

---

[908] www.beta.undp.org.

[909] Source site officiel de la banque centrale marocaine, www.bkam.ma. En comparaison le taux de bancarisation français est 98%.

[910] Sur ce point cf. MELIANI Hakim AGHROUT Ahmed, *Op. cit.,* p. 36-37.

[911] Cf. BOUMAHDI Rachid*, La microfinance au Maroc impact et risque*, Institut marocain du management, 2005, [En ligne] http://www.fnam.ma/rubrique.php3?id_rubrique=3 (consulté le 17 septembre 2008), p. 79 et ss.

[912] www.bkam.ma et EL AYADI Mohammed, RACHIK Hassan, TOZY Mohammed, *L'Islam au quotidien*, Casablanca, Maroc, Religions et sociétés, Editions Prologues, 2007, p. 155, sur le refus de la banque pour motifs religieux par plus de 40% de la population marocaine.

[913] Cf. VUYLSTEKE Charles, DEBBARH Youssef, HOUTI Jalal, *Facilité euro-méditerranéenne d'investissement et de partenariat, Rapport final Étude sur la promotion de l'épargne privée à long terme au Maroc*, Banque européenne d'Investissement, mai 2007, 130 p.

### *2- Point de vue économique*

La dépendance énergétique marocaine constitue un des éléments clefs permettant d'expliquer son déficit commercial structurel[914]. A cet effet, l'accueil des investissements directs étrangers constitue l'une des priorités majeures des autorités marocaines pour la relance de l'économie nationale. Si l'Union Européenne, et notamment la France restent des partenaires privilégiés, les pays arabes sont désormais des partenaires incontournables[915]. La volonté marocaine de développer un cadre légal favorable aux financements islamiques découle directement de son intention de continuer d'attirer davantage d'investisseurs potentiels du Golfe arabe, d'Asie et du Moyen-Orient[916]. De plus, le rejet de l'institution bancaire pour motifs religieux, tout comme le refus de l'intérêt chez une grande partie de la population[917] ont amené à envisager le développement des produits bancaires islamiques pour « drainer vers le système bancaire beaucoup de fonds actuellement déposés dans des « bas de laine » et faciliter l'accès au financement à une population très attachée aux principes islamiques »[918].

Il convient d'ajouter que la religiosité de la population marocaine n'empêche pas uniquement la bancarisation, mais, d'une manière générale, cette religiosité freine l'utilisation des produits bancaires de crédit et d'épargne basés sur l'intérêt. L'attrait de l'industrie bancaire marocaine pour les produits islamiques devra donc également s'analyser à travers la volonté de développer l'utilisation de la banque par les Marocains.

Le développement du secteur bancaire qui, « à travers ses deux principales activités, collecte de l'épargne et allocation des crédits, est le moteur du financement du développement de l'économie »[919], renforce cette exigence.

---

[914] Représentant 18,5% du PIB en 2005, cf. DALLE Ignace, *Maroc, Histoire, Société, Culture*, Paris, La découverte, 2007, p. 91. Précisons que la faiblesse structurelle des ressources marocaines explique dans une large mesure que le pays a de longue date été amené à développer son secteur bancaire. Sur ce point cf. BOUAZIZ Hamza, *Les banques islamiques à l'assaut du Maghreb*, Banque Stratégie, 2007, N°253, p. 25.

[915] Les Emirats Arabes Unis se classant dorénavant au 5e rang des Investissements Directs Etrangers, l'Arabie Saoudite au 7e et le Koweït, au 10e, principalement à travers des investissements dans l'industrie pétrolière, la construction et le tourisme. Cf. CAPRON Stéphane, *Op. cit.*, p. 82 et ss.

[916] www.bkam.ma.

[917] 37,5% des Marocains rejettent l'intérêt, cf. EL AYADI Mohammed, RACHIK Hassan, TOZY Mohammed, *Op. cit.*, p. 155.

[918] www.bkam.ma.

[919] Cf. VUYLSTEKE Charles, DEBBARH Youssef, HOUTI Jalal, *Op. cit.*, p. 18.

## §2- La délicate élaboration du modèle

L'élaboration d'un modèle marocain de banque islamique est rendue délicate par la part de l'économie informelle dans le royaume Chérifien (A). Cet élément ajouté aux enjeux qui ont été présentés précédemment, justifie le choix d'une pespective dite « alternative » par les autorités marocaines (B).

### A- Banque islamique et économie informelle

Si la part de l'économie informelle au Maroc constitue un frein au développement de la banque islamique (1), nous verrons qu'il existe dans ce pays des modes de financements en dehors du cadre bancaire (2).

#### 1- La part de l'économie informelle au Maroc : un frein au développement de la Banque islamique

La pauvreté d'une grande partie de la population marocaine et la corruption endémique[920] du royaume constituent les deux raisons fondamentales de la place de l'économie informelle au Maroc. Ce secteur est aujourd'hui prédominant, on estime que sur l'ensemble des fonds destinés aux financements du logement, seulement 20% proviennent de l'industrie bancaire[921]. De fait, la part des revenus déclarés ou leur faiblesse constituent des barrières dans l'accès au financement bancaire, que ce soit pour les particuliers ou les entreprises. Nous verrons dans les développements subséquents si l'émergence d'une offre islamique assise sur les valeurs de développement humain peut faire évoluer cette situation.

#### 2- L'existence de modes de financements hors cadre bancaire

Pour pallier cette impossibilité d'accès au crédit bancaire, un grand nombre de Marocains se tournent vers des modes de financements informels, s'appuyant

---

[920] Le Maroc figure à la 85e pace du classement de l'ONG Transparency international, www.transparency.org.

[921] Cf. GHERIS Mohammed, *Le financement du logement au Maroc : des pratiques illégales mais efficaces, cas de la pseudo-hypothèque*, Communication présentée lors de la 11e assemblée du CODESRIA, Maputo, Mozambique, décembre 2005, [En ligne] www.codesria.org/IMG/pdf/gheris.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

sur les circuits de solidarité primaire, le réseau social de proximité ou encore la famille. Le Maroc connaît ainsi plusieurs modalités d'accès au crédit informel[922].

La pseudo-hypothèque tout d'abord, s'appuie sur un mécanisme simple. Le propriétaire d'un logement désireux d'emprunter de l'argent prête son logement à un tiers, en échange d'une somme d'argent. A l'échéance, le propriétaire récupère son bien contre la restitution de l'argent[923].

Par ailleurs, le système du « *Daret* » est une forme marocaine de tontine[924]. Il est utilisé dans toutes les classes sociales et est fondé sur la solidarité et l'absence d'intérêt. Le *Daret* est ainsi très apprécié chez les personnes soucieuses d'éviter la prohibition du *riba*[925]. Plus largement, le système du *Daret* est lié à une échelle de valeurs sociales, dans laquelle l'engagement moral, le respect et l'honneur vis-à-vis du groupe suffisent à garantir le remboursement. Il n'y a en outre ni pièce administrative ni autre garantie à fournir contrairement aux crédits bancaires pour lesquels ces exigences constituent des points de blocages.

Si les produits bancaires islamiques peuvent constituer en principe des palliatifs à ce genre d'opérations, il convient de rappeler, au regard de nos développements précédents, que, procédant d'une volonté de modernisation des échanges économiques entre agents, ils contribueront, de manière paradoxale, à la réduction des circuits de solidarité primaires - porteurs des valeurs islamiques - que nous avons déjà relevée[926].

## B- La perspective alternative

Après avoir étudié le cadre de la pespective alternative marocaine (1), nous soutiendrons l'idée que cette conception est handicapée par la difficulté de trouver un équilibre entre les forces opposées qu'elle envisage de réunir (2).

---

[922] Sur ce point cf. LELLART M., *Le financement du secteur informel : Que nous apprennent les enquêtes ?*, Colloque sur l'économie informelle au Maroc, 17-18 Avril 2003, Université Hassan II, Casablanca, Maroc, [En ligne] *www.rdh50.ma/fr/pdf/contributions/GT3-7.pdf* (consulté le 25 septembre 2011).

[923] Cf. GHERIS Mohammed, *Op. cit.*, p. 14 et ss.

[924] Les tontines assurent à la fois la collecte d'une épargne non rémunérée et le rationnement de l'investissement par un système de file d'attente : chacun cotise régulièrement à un fonds qui est utilisé à tour de rôle par les participants. Sur ce point cf. BENASSY-QUERE A., BOONE L., COUDERT V., *Op. cit.*, p. 5.

[925] Cf. KANTAOUI Rajaa, « Daret, une « tontine » à la marocaine », *Le Matin*, 21 février, 2008, [En ligne] http://www.lematin.ma/Actualite/Journal/Article.asp?origine=jrn&idr=116&id=86095 (consulté le 25 septembre 2011).

[926] Cf. *supra* p. 67.

### *1- Le cadre*

Ainsi, c'est au regard de toutes les raisons que nous venons d'évoquer que la banque centrale marocaine, *Bank al Maghrib* (BAM), a, depuis 2007 amorcé une réflexion sur l'introduction en droit marocain de dispositifs légaux dédiés aux modes de financements islamiques.

Consciente du potentiel de ce marché, aussi bien sur le plan intérieur que pour attirer les capitaux du Golfe, la banque a édicté le 13 septembre 2007 la recommandation n°33/G/3007 « relative aux produits *Ijara*, *Mousharakah* et *Mourabaha* ». Toutefois, afin de ne pas polariser[927] le marché, BAM a semble-t-il envisagé cette première réforme dans la perspective de familiariser les banques conventionnelles à l'utilisation de ces produits et de leur offrir un temps d'avance sur ce marché dont on prévoit l'arrivée d'acteurs en provenance du Golfe. Il semble également que les élections législatives de septembre 2007 qui ont vu la forte poussée du Parti Islamiste Justice et Développement[928] ne soient pas étrangère à cet effort. Ainsi, nous pouvons à bon droit affirmer que la politique marocaine en matière de produits bancaires islamiques a consisté à préserver un équilibre entre la satisfaction des sensibilités islamistes croissantes et les intérêts des établissements bancaires nationaux.

A cette fin, ces produits ont fait l'objet d'un encadrement très strict. Outre l'inadaptation de leur appréhension fiscale, toute communication sur leur conformité à l'Islam fut interdite. De plus, aucune comparaison avec les produits conventionnels ne put faire l'objet d'une communication commerciale. En tout état de cause, les publicités des produits alternatifs devaient être validées par BAM préalablement à leur diffusion au public. Enfin, la dénomination neutre de « produits alternatifs » fut retenue pour les désigner.

### *2- Un équilibre instable*

Si dans les premiers temps, les médias se sont fait l'écho de ces nouveaux produits alternatifs dont le public espérait qu'ils fussent compatibles avec les règles de la *Shari'a*, la confusion régnant autour de ces nouveaux contrats conduit rapidement à en envisager l'échec commercial. La création de banques étrangères spécifiquement islamiques fut interdite et les banques ne désirèrent

---

[927] Les banques marocaines, formées sur le modèle français ne doivent pas être perçues comme anti-islamiques ce qui est le risque avec ces nouveaux produits selon BAM.

[928] A ce propos cf. STORA Benjamin, « Le Maroc après les élections législatives de septembre 2007 », *Cahiers de l'Orient*, mars 2008.

pas s'investir outre mesure dans ces outils aux contours imprécis. Si bien qu'en 2009, seules deux banques avaient développé une offre commerciale alternative dont les résultats étaient somme toutes marginaux. En effet, il s'agissait pour les banques de vendre à une clientèle spécifique, rejetant en principe l'institution bancaire, des produits dont elles n'avaient pas le droit de vanter l'islamité, à un coût supérieur aux produits classiques, pour des raisons fiscales que nous développerons à la suite de notre argumentaire. Dans l'impossibilité de se référer à des comités *Shari'a*, la conformité des produits fut laissée à l'appréciation du Conseil Supérieur des *'ulama* qui répondit par le silence. Les partisans de la commercialisation de ces produits en déduisirent que ce silence valait acceptation, pour les autres ce fut perçu comme un déclin de compétence. En tout état de cause, la clientèle pauvre ne pouvait accéder à ces produits, fondés sur les mêmes critères d'octroi que leurs pendants conventionnels et les islamistes criaient à la supercherie.

Toutefois, si la déception fut grande pour une partie de la population[929], la démarche progressive de BAM doit s'envisager sous un autre aspect. Le Maroc, nous avons commencé à le voir, souffre d'un besoin de réformes sur le plan financier. Le projet « produit alternatif », aussi médiatisé fût-il, ne devait légitimement pas faire disparaître l'exigence de mener d'abord d'autres réformes prioritaires, nous y reviendrons.

## Section 2- Le développement d'une offre bancaire alternative

Nous l'avons vu, le développement du modèle marocain de banque islamique souffre de nombreux handicaps nuisant à son équilibre. La cohérence juridique des fondements retenus et les conséquences commerciales induites n'ont à ce jour pas réussi à convaincre la clientèle en matière de crédit (§1). L'étude des autres produits bancaires issus du droit musulman (§2) soulignera les faibles avancées du modèle marocain et nous permettra de nous interroger sur la portée du raisonnement des acteurs bancaires en la matière. S'agit-il en l'espèce de prouver l'inconsistance d'un modèle importé dont la pertinence économique n'apparaît pas évidente au regard des risques pesant sur la société marocaine dans laquelle le fondamentalisme islamique et l'attrait pour l'Occident se côtoient dans un équilibre instable ? Nous pensons que tel est effectivement le cas bien que l'importance des réformes économiques envisagées au Maroc fasse

[929] A cet égard cf. SQALLI Nouaim, *Finance Islamique, drôle de halalisation*, L'économiste, 5 février 2009, disponible sur www.cerei.net.

naturellement passer au second plan la problématique bancaire islamique et explique aussi son évolution lente.

## *§1- produits de crédit*

L'analyse de l'introduction de la *mourabaha* (A) au Maroc sera suivie de celle de l'*ijara* (B).

### A- La *mourabaha* au Maroc

Dans les développements à suivre nous présenterons le mécanisme de la *mourabaha* au Maroc (A). Son appréhension fiscale (B) exigera une analyse plus fine qui mettra en évidence les difficultés de la perspective alternative.

#### *1- Mécanisme*

La *mourabaha* fut envisagée au Maroc à l'aune de la notion de *mourabaha* sur promesse d'achat prônée par les standards de l'AAOIFI. Il s'agissait donc de l'achat d'un bien, mobilier ou immobilier, par la banque, et sa revente concomitante au client avec une marge indexée au taux d'intérêt conventionnel. Si dans un premier temps on l'envisagea comme un financement à court terme, les discussions dans les groupes de travail étendirent rapidement son usage aux vingt années du crédit immobilier classique.

#### *2- Frottements fiscaux*

L'exigence islamique de la fixation contractuelle de la marge au profit de la banque, l'interdiction de stipuler des pénalités en cas de défaut de remboursement ou la nécessité de financer uniquement des biens existant à la date de formation du contrat,constituèrent indéniablement des freins dans la volonté des banques de commercialiser la *mourabaha*. Le traitement fiscal que la Direction Générale des Impôts imposa fut rédhibitoire.

En effet, face à cette opération se présentant sous un aspect commercial, la DGI ne put qu'assimiler la marge de la banque à un bénéfice commercial. Elle conclut donc que la taxe sur la valeur ajoutée devait être calculée sur la base du

coût global du crédit, au taux commun pour les opérations commerciales de 20%. Ainsi, alors que les crédits conventionnels n'étaient imposés, sur la base de la TVA, qu'à hauteur de 10% des intérêts, la différence de tarifs entre les deux produits rendit impossible la commercialisation de la *mourabaha*. En outre, les droits d'enregistrement imposés sur tout transfert de propriété d'un immeuble, s'appliquaient deux fois et venaient grossir la base imposable.

Il fallut attendre la loi de finance 2009 pour que la double imposition cesse sur les droits d'enregistrement. La loi de finance de 2010 acheva de calquer le régime fiscal de la *mourabaha* sur son équivalent conventionnel en abaissant la TVA au niveau conventionnel.

**Tableau comparatif du coût d'un financement immobilier selon le régime fiscal :**

| | **Mourabaha avec droits d'enregistrement et TVA 20%/Mt vente** | **Mourabaha sans droits d'enregistrement et TVA 20%/ Mt vente** | **Mourabaha sans droits d'enregistrement et TVA 10%/marge** |
|---|---|---|---|
| **Droits d'enregistrement** | **7,50%** | | |
| **Prix du bien à financer** | ***1 075 000*** | ***1 000 000*** | ***1 000 000*** |
| **Marge en % /Taux** | ***88,24%*** | ***88,24%*** | ***88,24%*** |
| **Marge en dirhams/Intérêts** | ***948 566,85*** | ***882 387,76*** | ***882 387,76*** |
| **Total prix vente client H.T/ Emprunt** | ***2 023 566,80*** | ***1 882 387,76*** | ***1 000 000,00*** |
| **TVA** | ***404 713,36*** | ***376 477,56*** | ***88 238,78*** |
| **Total remboursement** | ***2 428 280,10*** | ***2 258 865,32*** | ***1 970 626,54*** |
| **Coût du financement** | ***1 428 713,10*** | ***1 258 865,32*** | ***970 626,54*** |
| **Echéance mensuelle** | ***10117,83*** | ***9411,93*** | ***8210,94*** |
| **Variation du prix** | | **Diminution de 6,98% depuis la LDF 2009 supprimant le double enregistrement** | **Diminution de 12,76% Depuis la LDF 2010 calquant le taux d'imposition sur le modèle conventionnel** |

## B- L'*ijara* au Maroc

La problématique du développement de l'*ijara* sera analysée à travers son mécanisme juridique (1), ainsi que par une comparaison avec la situation du *leasing* au Maroc (2).

### *1- Mécanisme*

Le mécanisme de l'*ijara* au Maroc fut également calqué sur les standards de l'AAOIFI que nous avons déjà évoqués. Elle peut consister au Maroc en une location simple ou en une location avec option d'achat. Le transfert de la propriété y est disjoint du transfert de risques par des clauses contractuelles de responsabilité ainsi que le recours à l'assurance conventionnelle. Le prix du loyer est indexé au taux d'intérêt appliqué par la banque sur une opération similaire.

### *2- Le leasing au Maroc*

L'assimilation de l'*ijara* au crédit-bail fut la réelle raison de son succès, somme toute très relatif, mais néanmoins marquant au regard de l'échec de la *mourabaha*. Le caractère commercial du crédit-bail n'impliquait pas dans l'esprit de la clientèle musulmane pratiquante le recours à un intérêt prohibé. De fait, les offres de crédit-bail se sont répandues et les principaux réseaux bancaires ont, généralement via des filiales spécialisées, développé un savoir-faire spécifique, soutenu par des accords passés avec les réseaux de concessionnaires automobiles du pays. L'apport de l'*ijara* n'est donc pas réellement envisageable sous l'angle de l'introduction de normes bancaires islamiques, mais plutôt comme la juxtaposition de deux notions voisines.

## *§2- Autres produits*

En l'état actuel du droit, l'introduction de normes bancaires islamiques au Maroc concerne également le financement de la trésorerie des entreprises (A), mais des projets en cours devraient prochainement venir élargir l'offre marocaine de produits alternatifs (B).

## A- Financement de trésorerie

Nous aborderons successivement les deux contrats basés sur un mécanisme de vente à tempérament : le *salam* (1) et l'*istisna'* (2).

### *1- Le salam*

Le projet d'introduction du contrat de *salam* en droit marocain est intéressant à plusieurs égards.

Tout d'abord, il fut entamé en janvier 2009 et n'a toujours pas abouti.

De plus, le mécanisme du crédit *salam* est directement issu - et revendiqué comme tel - des préceptes de l'AAOIFI. Il consiste en un *salam* parallèle mettant aux prises un contrat de *salam* dans la relation banquier producteur et un contrat de *mourabaha* avec promesse d'achat contraignante dans la relation banquier/emprunteur. Il finance donc deux parties et son étude ne présente pas ici d'intérêt particulier au regard de nos développements précédents.

Enfin, il est révélateur du phénomène de déculturation que nous avons déjà évoqué. En effet, la volonté d'introduction d'un contrat de *salam* en droit bancaire, procède notamment, nous l'avons dit, des pressions des investisseurs du Golfe désireux de trouver un cadre légal compatible avec les points de vue de leurs comités *Shari'a*. Mais dans le cas marocain, le contrat de *salam* est déjà prévu par les textes. Ainsi, l'article 613 du Code des obligations le définit comme « un contrat par lequel l'une des parties avance une somme déterminée en numéraire à l'autre partie, qui s'engage de son côté à livrer une quantité déterminée de denrées ou d'autres objets mobiliers dans un délai convenu»[930]. Le fait que l'on envisage la résurgence de ce contrat classique en application des principes d'une institution étrangère de standardisation, alors même qu'il est déjà disponible, et inusité, en droit interne est lourd de sens.

### *2- L'istisna'*

Le contrat d'*istisna'* fut évoqué à la même occasion que le contrat de *salam* et n'a pas non plus abouti. Son rôle dans la structuration des *sukuk* et les financements de projets dont on sait l'importance pour l'économie marocaine, au

[930] *Code des obligations et contrats,* éd. par Taïeb El FSSAYLI, Edition El Badii.

regard des investissements arabes dans le tourisme ou la construction, explique légitimement, qu'il soit envisagé par les autorités marocaines voulant se doter d'un cadre bancaire islamique complet. Néanmoins, l'absence d'un *istisna'* formellement établi n'a pas empêché les investisseurs bancaires islamiques de financer des projets au Maroc. Nous avons constaté qu'en pratique, il suffisait aux banques conventionnelles de modifier la mention « intérêt » dans les contrats, pour la remplacer par celle, plus islamique, de « profit », pour que les opérations ainsi formalisées soient validées par les comités de ces investisseurs. Il ne nous appartiendra pas de dire si cela est dû à un manque de connaissance des dits comités sur ce type de structuration juridique ou si cela procède d'une reconnaissance implicite de l'identité essentielle des deux mécanismes au plan économique. Dans les deux cas, cela confirme notre hypothèse sur la vision foncièrement utilitariste de ce droit bancaire islamique en développement.

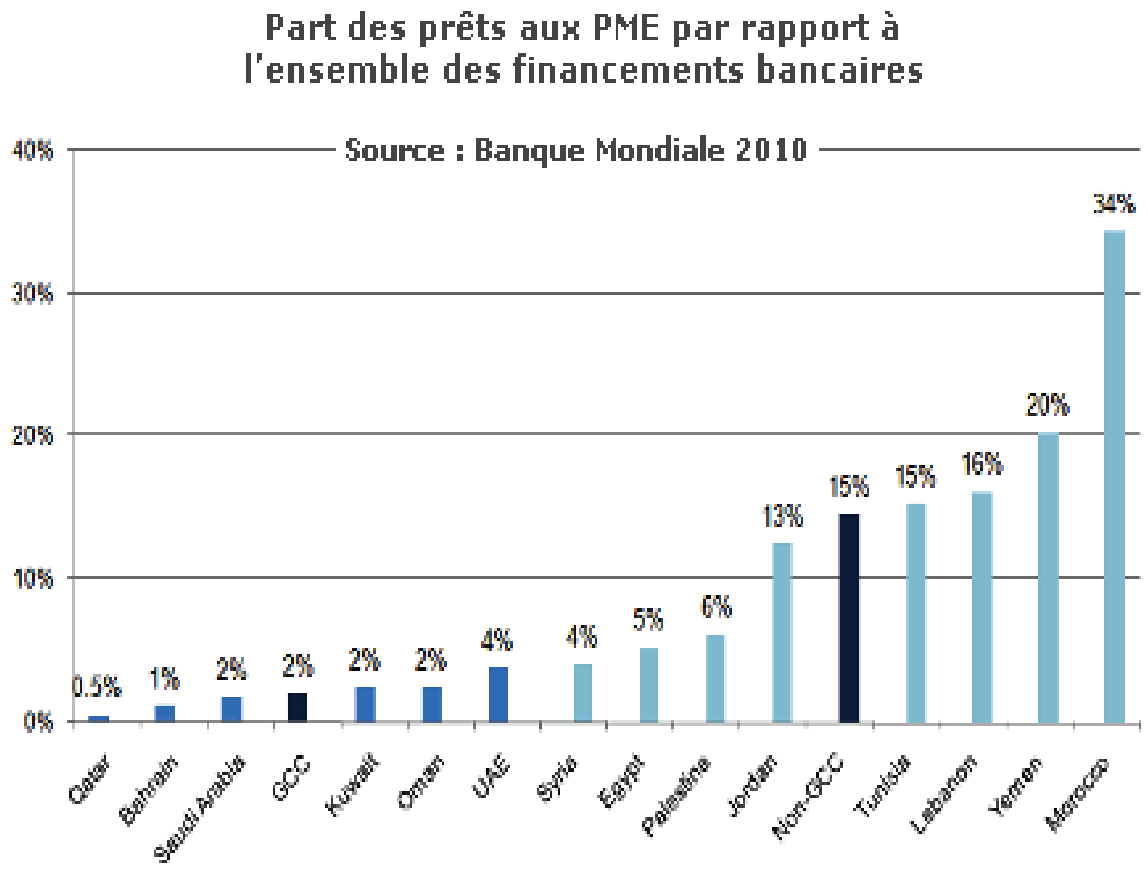
## B- Autres projets

A la suite d'une analyse des projets *mousharakah* et *sukuk* (1), nous envisagerons l'avenir de la perspective alternative marocaine au regard des dernières évolutions du marché bancaire marocain (2).

### *1- Mousharakah et sukuk*

La *mousharakah* est également définie au regard des principes de l'AAOIFI. Elle peut consister en une *mousharakah* simple ou une *mousharakah* dégressive. La particularité de la *mousharakah* marocaine réside dans son utilisation exclusive pour les financements des sociétés de capitaux : société anonyme, à responsabilité limitée, en commandite, par actions ou anonyme simplifiée. Les artisans, commerçants ou entrepreneurs individuels sont ainsi exclus de ce dispositif central d'un droit bancaire islamique axé sur la collaboration vertueuse dans la création de richesses alors même qu'ils représentent une part conséquente de l'activité économique marocaine (cf. graphique *infra*).

**Cf. page suivante pour un graphique de la part des prêts aux PME par rapport à l'ensemble des financements bancaires dans le monde musulman :**




Le produit *mousharakah* n'est à ce jour proposé dans aucune banque au Maroc. Ses handicaps structurels et l'état du Droit au Maroc permettent d'expliquer cet état de fait. D'une part, nous l'avons vu, la structure des bilans de nombreuses sociétés de faible importance rend délicate, en raison de leur implication dans l'économie informelle, la fourniture d'un crédit rémunéré par une participation aux bénéfices et pour lequel la banque est associée aux pertes. L'asymétrie d'information est ici poussée à son paroxysme et le risque de sélection adverse, flagrant. D'autre part, si ce produit est destiné à une clientèle religieuse qui ne reconnaît pas la légitimité d'une institution bancaire conventionnelle, il est bien difficile de penser que les clients et la banque puissent s'associer dans un même projet. Le cas échéant, la clientèle préférera un crédit conventionnel, dont on a vu qu'il peut dans des cas spécifiques, être légitimé par les autorités religieuses pour des raisons de nécessité.

Le projet *sukuk* fut lancé au même moment que les contrats *salam* et *istisna'*. Il en constitue la raison profonde selon nous. Le développement des *sukuk* est souvent avancé comme une condition *sine qua non* au développement des banques islamiques, il importe donc de l'assortir de ces éléments constitutifs. La notion de *sukuk* envisagée par *Bank al Maghrib* recouvre là aussi les principes affirmés par l'AAOIFI. SI ce projet n'est pas achevé, c'est avant tout parce que les mécanismes conventionnels sur lesquels sont calqués les raisonnements de l'AAOIFI et des juristes des banques islamiques en général, comme nous l'avons

montré, n'existent pas, ou tout au moins ne sont pas suffisamment développés au Maroc aujourd'hui. Les procédés de titrisation, le recours aux produits financiers complexes ou l'ouverture de la place financière de Casablanca, la deuxième plus importante d'Afrique, font l'objet de plusieurs réformes dont il conviendra d'attendre la réalisation pour que des équivalents islamiques soient proposés.

Par ailleurs, les banques marocaines proposent à leurs clients divers fonds communs de placement se revendiquant d'une conformité à l'Islam qui ne leur est pas déniée puisque n'entrant pas dans le champ d'application des produits alternatifs. Ces fonds peuvent par exemple proposer d'affecter le profit réalisé à des actions humanitaires et/ou caritatives. Il peut également s'agir de fonds éthiques dont le portefeuille est uniquement constitué de sociétés dont l'activité est compatible avec les règles de la *Shari'a*, à l'exclusion du secteur financier, ou des jeux de hasard notamment.

Enfin, la circulaire de l'Office des changes N°1721 du 01/08/2007 autorise les OPCVM à effectuer des opérations de placements en devises à l'étranger dans la limite de 10% de la valeur de leur actif. Ces placements peuvent être dirigés vers un indice S*hari'a* comme le *Dow Jones Islamic Index*.

### *2- Les dernières évolutions, la première banque islamique marocaine*

A la suite de la loi de finance de 2010 alignant les traitements fiscaux des produits alternatifs sur les taux conventionnels, l'offre bancaire islamique marocaine s'est enrichie d'un canal de distribution dédié. En effet, la décision du gouverneur de *Bank Al Maghrib* n° 27 du 13 mai 2010 portant agrément de « *Dar Assafaa Litamwil* » en qualité de société de financement spécialisée dans la commercialisation des produits alternatifs fut publiée au bulletin officiel le premier juillet 2010. Cette filiale du premier groupe bancaire marocain, *Attijariwafa bank,* est considérée comme la première banque islamique marocaine et contribuera à donner de la cohérence à la voie médiane marocaine dont l'intérêt fut peut-être finalement, plus politique qu'économique.

La voie médiane empruntée par le Maroc dans l'élaboration de son modèle bancaire islamique trouve sa symétrie en Arabie Saoudite. Nous verrons que l'antagonisme entre l'héritage religieux rigoriste et le développement économique y est plus profond et que le modèle bancaire islamique rencontre des difficultés à fonder sa cohérence au plan juridique.

# *Chapitre 2- La Finance islamique en Arabie saoudite*

La croissance de l'activité bancaire islamique en Arabie Saoudite est récente et sa progression, rapide. Toutefois, la coexistence de normes bancaires musulmanes et conventionnelles, dans un pays où la *Shari'a* est la source suprême de la Loi et régit tous les champs de la vie sociale, soulève un certain nombre d'interrogations. Comment favoriser le développement d'un modèle bancaire islamique sans souligner l'absence de conformité à la *Shari'a* du système en place ? Quelles solutions juridiques peuvent tout à la fois permettre une islamisation des opérations financières sans entraver l'élan de modernisation économique actuellement à l'œuvre dans ce pays ? A plus forte raison s'il abrite les lieux saints de l'Islam et possède donc une place à part dans le monde musulman. C'est à ces problématiques que nous nous proposons de répondre en étudiant l'offre de produits bancaires islamiques saoudiens (Section 2) au regard du cadre légal saoudien (Section1).

## Section 1- Cadre général

En prenant pour appui l'analyse complexe de la cohabitation, en Arabie, des normes sacrées de l'Islam et des règles bancaires (§1), nous proposerons une explication du modèle de droit bancaire islamique saoudien (§2).

### *§1- Shari'a et activité bancaire en Arabie saoudite*

Si la *Shari'a* est la source fondamentale du droit saoudien (A), nous verrons que le système bancaire de ce pays est d'inspiration occidentale (B). De cette état de fait émergent des problématiques qu'il nous appartiendra d'envisager.

#### A- La *Shari'a*, source fondamentale du droit saoudien

Après avoir souligné les liens entre la doctrine *wahabite* saoudienne et le cadre légal de ce pays (1), nous proposerons un aperçu du rôle traditionnel des banques dans ce pays (2).

### *1- Doctrine islamique saoudienne et cadre légal*

Nous l'avons vu, l'histoire du Royaume *Sa'udite* d'Arabie prend naissance dans le pacte passé par la dynastie régnante et l'Islam *wahabite*. Le régime n'est pas théocratique, le roi a seulement un rôle traditionnel de gardien des lieux saints, La Mecque et Médine. Cette capacité à protéger les lieux saints est le vecteur principal de la légitimité royale[931]. C'est le Comité des grands *'Ulama*, d'obédience *wahabite* qui assume la charge de définir l'application de la *Shari'a* dans le royaume. Cette forme de dualisme entre les savants religieux et le pouvoir politique pose d'ailleurs des problèmes de cohérence et de luttes intestines qui rejaillissent sur le développement des activités bancaires islamiques, nous y reviendrons. L'Etat saoudien a « pour fonction de réaliser les objectifs de l'Islam à l'intérieur et à l'extérieur de ses frontières »[932]. Ce prosélytisme revendiqué[933], que nous avons déjà évoqué, se double d'une application littéraliste des deux sources de droit reconnues en Arabie, le *Qor'an* et la *sunna*.

### *2- Rôle traditionnel des banques*

Traditionnellement, il n'existe pas de banque au sens moderne du terme dans l'Arabie *wahabite*. Le rôle de la *hawala* dans le droit musulman classique et l'existence de maisons de change peuvent se rapprocher de l'idée de banque, mais c'est véritablement par le biais de philanthropes privés que la fourniture de crédits, gratuits, a pu être pratiquée en Arabie entre le XIXe et le début du XXe siècle. Le rôle de la famille *Rajhy*, considérée comme la plus riche du royaume en dehors de la famille royale, fondatrice de la banque éponyme[934], aujourd'hui plus grande banque islamique au monde, mérite d'être souligné.

---

[931] JAHEL Selim, *La laïcité dans les pays musulmans*, *Op. cit.*, p. 149.

[932] *Idem*, Introduction à l'étude du système constitutionnel du Royaume d'Arabie Saoudite, Les constitutions des pays arabes, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 62 et ss.

[933] Constitutif de ce que Samir Amghrar désigne comme la « superpuissance religieuse » saoudienne in « Acteurs internationaux et islam de France », *Politique étrangère*, N°1, 2005, p. 28.

[934] La Al Rajhy Bank fut créée en 1978, c'est aujourd'hui la troisième banque saoudienne en taille de bilan.

## B- La cohabitation de la *Shari'a* et du droit bancaire en Arabie

Partant de la démonstration que le système bancaire saoudien est d'inspiration occidentale (1), nous soulèverons la problématique d'une confrontation entre les autorités bancaires et les juridictions de droit commun (2).

### *1- Un système bancaire d'inspiration occidentale*

Le développement de l'activité bancaire en Arabie Saoudite fut consécutif au développement économique du pays à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Pour soutenir le développement de l'industrie pétrolière alors en pleine expansion, plusieurs banques d'inspiration occidentale ouvrirent dans la ville portuaire de Jeddah. Ce port installé sur la mer Rouge, ouvert aux influences étrangères et traditionnellement moins marqué par l'idéologie *wahabite* fut la capitale diplomatique du royaume jusque dans les années 1980 et le transfert de la plupart des ambassades vers la capitale *wahabite* historique, Riyad. Elle est aujourd'hui le siège de l'Organisation de la conférence islamique.

Ainsi, la première banque conventionnelle à capitaux saoudiens, la *National Commercial Bank* (NCB) ouvrit ses portes à Jeddah en 1953. Cette banque, à l'image populaire, on la désigne souvent comme *Al Ahli Bank*, est aujourd'hui la plus importante banque du monde arabe, et possède notamment la plus grande banque islamique Turque, *la Turkiye Finans Katilim Bankasti*. La NCB a récemment transformé son activité pour devenir une banque intégralement islamique.

La *Saudi American Bank* ouvrit en 1955, à Jeddah également, sous le nom de *National City Bank*. A l'origine propriété du groupe américain *Citibank*, elle prit son nom de *Saudi American Bank* à la suite des réformes de 1980 obligeant les banques étrangères à se transformer en compagnies détenues par au moins 60% de capitaux de nationaux saoudiens. Puis, en 2003, parallèlement à la montée d'un sentiment anti-américain dans la population, elle supprima cette origine de son nom pour adopter l'acronyme de SAMBA. Aujourd'hui SAMBA conserve des activités conventionnelles et a lancé une gamme de produits islamiques sous l'appellation d' *Al Kheyr*, le Bien. Elle est aujourd'hui la deuxième banque du pays en taille de bilan.

C'est dans un même élan que la *Saudi British Bank*, filiale saoudienne du groupe britannique HSBC créée à Jeddah en 1950, devint la SABB et fit disparaître son origine anglaise. Elle distribue aujourd'hui des produits islamiques

sous la marque Hsbc *amanah,* mais conserve une activité conventionnelle. SABB est la cinquième banque du pays en taille de bilan.

En écho à nos développements précédents, il convient de préciser que bien évidemment, les employés demeurent au gré des changements d'activités. La formation et le savoir-faire conventionnels recevant ainsi une « surcouche » islamique, considérée comme une contrainte supplémentaire, mais ne remettant pas en cause le fonctionnement fondamental du système.

### *2- La confrontation des autorités bancaires et de droit commun*

En Arabie, les *Sa'ud* « ne peuvent rien faire sans la religion, mais ils doivent tout faire par la politique »[935]. Les *'ulama* extrémistes constituant l'autre face du pouvoir central cultivent la haine de l'Occident et de l'Islam autre que *wahabite*[936]. La dynastie politique temporise cette opposition entre une tradition biaisée et une modernité importée et nécessaire, les deux pactes par lesquels sont liés les *Sa'ud* leur offrant un délicat rôle de tampon même si *in fine*, en tant que protecteurs du dogme *wahabite*, les *'ulama* soutiennent le régime de la dynastie *Sa'ud* et ont par exemple toujours lutté contre la réinstauration d'un *khalifah* non-saoudite. Ils soutiennent ainsi les réformes tout en retardant leur application dans une sorte de jeu de dupes dont nous allons essayer de déterminer les contours dans le cas spécifique de la banque[937]. En ce sens Olivier Roy dit que la vision technocratique de la dynastie au pouvoir vise « à islamiser les pratiques actuelles sans remettre en cause l'ordre politique »[938] . Nous pensons en outre que l'équilibre interne est en partie maintenu par l'influence extérieure : c'est en effet par le biais de la capitalisation de la manne pétrolière et l'utilisation des techniques occidentales que l'Etat Saoudien peut exercer son rôle de propagateur de l'Islam ; la pratique bancaire islamique n'étant qu'une déclinaison de ce prosélytisme.

Ainsi, comme l'a fort justement relevé Nayla Comair Obeyd, « l'Arabie est le seul pays qui, en matière commerciale n'a pas réglementé le taux d'intérêt »[939]. Le droit commercial y a un rôle subsidiaire par rapport à la *Shari'a*, si aucune disposition de la *Shari'a* ne fournit de solution précise à une problématique ce sont les pratiques coutumières commerciales qui s'appliquent. De jurisprudence

---

[935] Cf. REDISSI Hamadi, *Op. cit.*, p. 80.

[936] *Ibid.*, p. 278.

[937] *Ibid.*, p. 315 et ss.

[938] ROY Olivier, *L'Islam mondialisé*, *Op. cit.*, p. 178.

[939] COMAIR-OBEID Nayla, *Op. cit.,* p.189.

constante, toute transaction portant intérêt est requalifiée par les tribunaux islamiques disposant d'un pouvoir général d'attribution, tout problème commercial peut ainsi être apprécié au regard des règles de la *Shari'a*. En matière bancaire, c'est le décret royal de 1978 organisant les banques et le décret royal de 1956 réglementant la banque centrale, la *Saudi Arabian Monetary Agency* (SAMA), qui régissent l'activité. L'article 2 de ce décret stipule qu'il « est interdit à la SAMA de payer ou de recevoir des intérêts ». En pratique, si les litiges mettant aux prises des banques et des clients peuvent être portés devant les tribunaux civils islamiques et commerciaux, la création d'un tribunal arbitral, le Comité des banques, spécialement dévolu aux litiges bancaires est institué sous l'égide du ministère du commerce[940] et sa compétence est établie par le jeu de clauses contractuelles. Si le client peut toujours faire appel aux tribunaux islamiques qui ont une compétence générale d'attribution, la nécessité de maintenir une relation de confiance avec les institutions bancaires pour une entreprise commerciale raréfie ce type de recours. Ils sont en majorité l'œuvre de clients particuliers. Par ailleurs, l'indexation du coût des services sur les taux d'intérêts conventionnels prouve que les banques, comme leur autorité de tutelle en approuvent implicitement l'usage. Enfin, nous précisons que les banques islamiques ne sont pas reconnues officiellement par la SAMA puisqu'une telle affirmation contreviendrait au principe de l'entière conformité à l'Islam de l'ordre juridique saoudien. A cet effet, les relations entre les banques islamiques ou conventionnelles avec l'autorité de tutelle sont enregistrées de manière identique sur le plan comptable.

## *§2- Le développement du modèle saoudien*

L'établissement du modèle saoudien peut faire l'objet d'une analyse à deux niveaux : d'une part à travers le prisme du développement doctrinal (A) et d'autre part, en considération des pratiques commerciales (B).

### A- Développement doctrinal

La prééminence de la doctrine saoudienne sur le monde musulman exige que l'on distingue entre, d'un côté, sa diffusion internationale (1) et de l'autre, la situation sur le plan interne (2).

[940] http://countrystudies.us/saudi-arabia/51.htm et COMAIR-OBEID Nayla, *Op. cit.,* p. 191.

### *1- Le centre doctrinal international de la finance islamique*

Nous l'avons vu, la vocation de l'Arabie Saoudite sur le plan international est de répandre la doctrine islamique *wahabite*. Le poids de son économie, l'influence qu'elle exerce sur les principales organisations islamiques, bancaires ou non, la coopération et l'assistance qu'elle fournit dans le monde musulman, tout comme son rôle dans la formation intellectuelle des musulmans par le financement direct d'études, la subvention d'instituts culturels ainsi que dans le domaine de l'édition et des médias, expliquent l'adhésion croissante et parfois inconsciente à cette idéologie. Comme l'a très bien montré Hamadi Redissi, par l'intermédiaire de tous ces relais le *wahabisme* s'impose aujourd'hui comme la position majoritaire de la nouvelle orthodoxie islamique. Dans le cadre bancaire, nous avons vu le rôle direct des membres de la famille royale ou des principales organisations saoudiennes dans le développement du modèle de droit bancaire que nous avons qualifié d'utilitariste. Dans d'autre cas encore, les partisans de la position saoudienne font échouer des délibérations collégiales ne rejoignant pas leur position, nous l'avons souligné pour l'AAOIFI et la Ligue des Etats Arabes.

Le refus de la doctrine saoudienne d'appliquer certains avis de *'ulama* du Bahreïn jugés trop libéraux, l'amène parfois à s'en écarter sur le principe, ou du moins vis-à-vis de l'audience saoudienne, mais les valide par ailleurs en pratique. C'est notamment le cas pour la synthétisation islamique des produits structurés. De manière plus large nous pourrions appliquer aux relations entre le Bahreïn et l'Arabie le même prisme d'analyse que pour les relations entre le « clergé » *wahabite* et les technocrates au pouvoir, l'un ne peut se passer de l'autre, l'opposition extérieure servant finalement des intérêts convergents. Le régime du Bahreïn plus libéral socialement que son voisin saoudien lui est néanmoins intimement lié comme en atteste le recours à l'armée saoudienne lors des événements tragiques du mois de février 2011. L'obédience *wahabite* du Qatar et son rôle dans le développement de la banque islamique doivent être envisagés sous ce même rapport[941].

[941] Précisons à ce propos que la *Qatar islamic Bank*, plus grande banque islamique du Qatar et l'une des plus importantes au monde, est détenue par la famille régnante, la famille Al Thani. Cf. COUFFIN Charles, « Qatar, une politique incitative favorable aux industries et aux infrastructures », *Banque Stratégie*, 2007, N°253, p. 19.

### *2- A l'attention du marché interne*[942]

Nous développerons une position plus nuancée dans notre présentation du marché interne saoudien. Dans ce cadre, le développement doctrinal dépendra surtout de la légitimité et de la cible des banques distributrices. Nous avons vu que globalement les liens entre les comités de certification et le pouvoir central sont manifestés par les deux principaux savants des banques islamiques, issus du conseil des *'ulama*, les *shuyukh* al Mutlaq et al Mani'. Les différences entre les positions des banques seront donc logiquement limitées à des points de détail, comme nous l'avons noté dans le cas de l'établissement des modalités de paiements successifs dans le contrat d*'istisna'*.

En pratique, le choix du comité dépendra donc de la clientèle ciblée par l'institution bancaire. Les banques étrangères se convertissant à la pratique islamique chercheront un comité lui apportant une crédibilité religieuse globale, par l'intermédiaire d'un membre éminent de l' « *establishment* » *wahabite*, mais pourront éventuellement faire intervenir un comité bahreïni dans le cadre d'opérations financières internationales[943]. Par ailleurs, il convient de préciser que le développement de la finance islamique concerne aussi les expatriés musulmans[944] appartenant à d'autres écoles juridiques *sunnites* ou même la minorité *shi'ite* saoudienne. Pour ce public, les gages de conformité fournis par les comités ne présenteront que rarement un intérêt supérieur au coût des produits ou à la qualité des services bancaires[945], indépendamment de leur conformité à l'Islam.

---

[942] Nous précisons que les données permettant l'argumentaire à suivre sont issues d'une étude de marché commandée par une banque saoudienne dont nous avons eu possession au cours de notre expérience professionnelle en Arabie. Cette étude pourra bien évidemment être produite lors de la soutenance, mais n'apparaîtra pas dans ce travail pour des raisons évidentes de confidentialité.

[943] C'est le cas notamment pour les banques saoudiennes, filiales de groupes bancaires occidentaux dont le siège régional du groupe est souvent basé à Bahreïn, Hsbc par exemple ou encore Calyon CIB.

[944] Cf. *Le nouvel âge d'or des fonds souverains*, Rapport d'information N°33(2007-2008), Commission des finances du Sénat, p. 20-21 : « 85 % des emplois privés sont occupés par les travailleurs étrangers accueillis dans le pays ».

[945] D'autant plus, dans le cas des travailleurs pauvres émigrés d'Asie du Sud, quand on connaît leur situation en Arabie, à ce propos cf. REDISSI Hamadi, *Op. cit.*, p. 280, où l'auteur note le paradoxe entre le traitement insupportable réservé aux travailleurs immigrés musulmans (Pakistanais, Bangladeshis etc.) et celui réservé aux occidentaux, choyés.

## B- Considérations commerciales

En Arabie Saoudite, la soumission des règles bancaires à la *Shari'a* entraîne des conséquences sur les modalités de distribution des produits (1). Nous observerons également que l'émergence des produits bancaires islamiques a conduit à l'encadrement des pratiques promotionnelles en la matière (2).

### *1- L'influence de la Shari'a sur la distribution des produits bancaires*

Dans la vision saoudienne de l'application de la *Shari'a*, la mixité des réseaux bancaires qu'ils soient islamiques ou pas, constitue un cas particulier. En effet, si le voile intégral saoudien, *abbaya*, est imposé aux femmes dans tous les lieux publics, la règle dans les réseaux commerciaux bancaires reste la mixité. Néanmoins, des réseaux dédiés spécifiquement aux femmes sont également présents, dotés d'un personnel lui aussi exclusivement féminin.

Il est une autre conséquence du développement des techniques bancaires islamiques, qui véhicule un profond paradoxe, déjà soulevé pour le cas de l'Egypte. Si le réseau de distribution des banques islamiques ne nécessite pas d'analyse particulière, l'émergence d'acteurs conventionnels sur ce marché nécessite une évolution de l'image dans le sens de l'acquisition d'une notoriété et d'une crédibilité religieuse. A cet effet, les banques conventionnelles développent, à côté de leur réseau classique qui vend tout type de produits, un réseau spécifiquement islamique ne proposant que des produits islamiques offrant un décorum « islamisant ». Or, nous l'avons vu, par principe tout en Arabie Saoudite respecte la *Shari'a*, y aurait-il donc, par l'émergence de ce réseau secondaire, la matérialisation de deux niveaux de conformité ? Les retours d'expérience des employés de ce réseau livrent à cet égard des enseignements fort pertinents. La non-conformité à l'Islam des banques conventionnelles saoudiennes, n'en déplaise à la position officielle, est clairement établie dans la population. L'appartenance à un établissement de ce type est parfois vécue comme un fardeau par leurs employés qui sont, dans certains milieux, montrés du doigt au point parfois d'éprouver des difficultés à trouver une épouse dont la famille acceptera cette situation. Ainsi, la création d'un réseau « islamique » confère une légitimité nouvelle à leur emploi.

Le dernier élément sur lequel nous voulons insister concerne le déploiement de ce réseau dédié dont l'impact en terme de résultats commerciaux n'est pas démontré à ce jour. En pratique, il est souvent le fruit de débats entre les

banquiers opérationnels et les membres du comité *Shari'a*. Ces derniers, nous l'avons déjà dit, envisagent l'islamisation des pratiques bancaires selon une approche progressive, à cet égard le développement d'un réseau islamique pourra faire l'objet d'un certain marchandage qui peut se résumer en la validation de processus commerciaux imparfaits au plan de la *Shari'a,* mais compensés par l'expansion du modèle dans son ensemble.

### *2- L'encadrement de la promotion des produits bancaires islamiques*

En Arabie, comme au Maroc ou en Turquie, afin de ne pas stigmatiser les banques conventionnelles par la mise en lumière de leur non-conformité à la norme suprême du royaume, la promotion des produits bancaires islamiques fait l'objet d'un contrôle de la part des autorités de tutelle. L'appropriation ou même l'utilisation de termes religieux est proscrite. Par contre, sont autorisées les références indirectes ou les termes appartenant au champ lexical de la religion musulmane. On ne trouvera donc pas de symboles de mosquées ou d'hommes accomplissant la prière dans les publicités, mais plutôt des termes comme *amanah* (SABB), « confiance », *al kheyr*, (SAMBA) « le bien » ou encore *tawafuq* (BSF), « conformité » et *mughtamad* (*Riyadh bank*), « garantie ».

## Section 2- L'offre de produits

Les contradictions que nous avons observées précédemment se retrouvent dans l'offre bancaire islamique saoudienne (§1) qui n'a dans un premier temps, pas réussi à convaincre. La légitimation de mécanismes juridiques innovants alliée à leur forte promotion marketing semble avoir permis au marché de prendre son essor. La cohérence juridique du modèle dont l'intérêt distinct peine à s'affirmer nous poussera à nous interroger sur les perspectives de la banque islamique en Arabie saoudite (§2) et à son éventuelle pérennité. Se faisant, nous confronterons notre argumentaire aux analyses précédentes sur la doctrine musulmane saoudienne, ce qui nous permettra d'extrapoler les hypothèses que nous formulerons sur l'avenir du droit bancaire islamique dans son ensemble.

## §1- Emergence d'une offre bancaire islamique

Suivant la méthodologie assignée à ce travail de thèse, nous présenterons le contexte de l'émergence d'une offre bancaire islamique dans le Royaume d'Arabie Saoudite (A). Cette présentation achevée, nous envisagerons alors l'anayse du dévelopement de la gamme de produits (B).

### A- Contexte

Pour répondre à une exigence de clarté, nous distinguerons les acteurs moteurs de l'offre bancaire islamique (1) du rôle joué par la clientèle (2).

#### 1- Les acteurs

Nous l'avons déjà noté, l'Etat saoudien s'est engagé dans de vastes programmes d'investissements, portés par les compagnies nationales. Ces sociétés contribuent au développement de la banque islamique et du droit y afférent en convertissant un nombre croissant de leurs activités. Que ce soit pour le financement de leur trésorerie, le financement de projets d'infrastructures ou même les produits de couverture sur l'évolution des prix des devises ou des matières premières, des entreprises comme SABIC, l'un des leaders mondiaux de la pétrochimie, la *Saudi Electricity Compagnie*, la compagnie minière *Maaden* ou l'entreprise de télécommunication *Etihad Etisalat*, sont moteurs du développement du droit bancaire islamique.

Cette impulsion gouvernementale est suivie par les banques qui convertissent progressivement leurs activités et apportent leur savoir-faire dans la définition des nouveaux standards de développement du droit. C'est le cas de SABB, NCB, SAMBA, *Saudi Firansi Bank*, *Riyadh Bank*. Dans la lignée de cette évolution, on voit apparaître de nouveaux acteurs, intégralement islamiques, tel que *Bank al Bilad*, en 2004.

#### 2- La clientèle

Le taux de croissance élevé de l'économie saoudienne[946], un endettement de l'Etat inexistant[947], d'énormes investissements internes, expliquent ainsi la

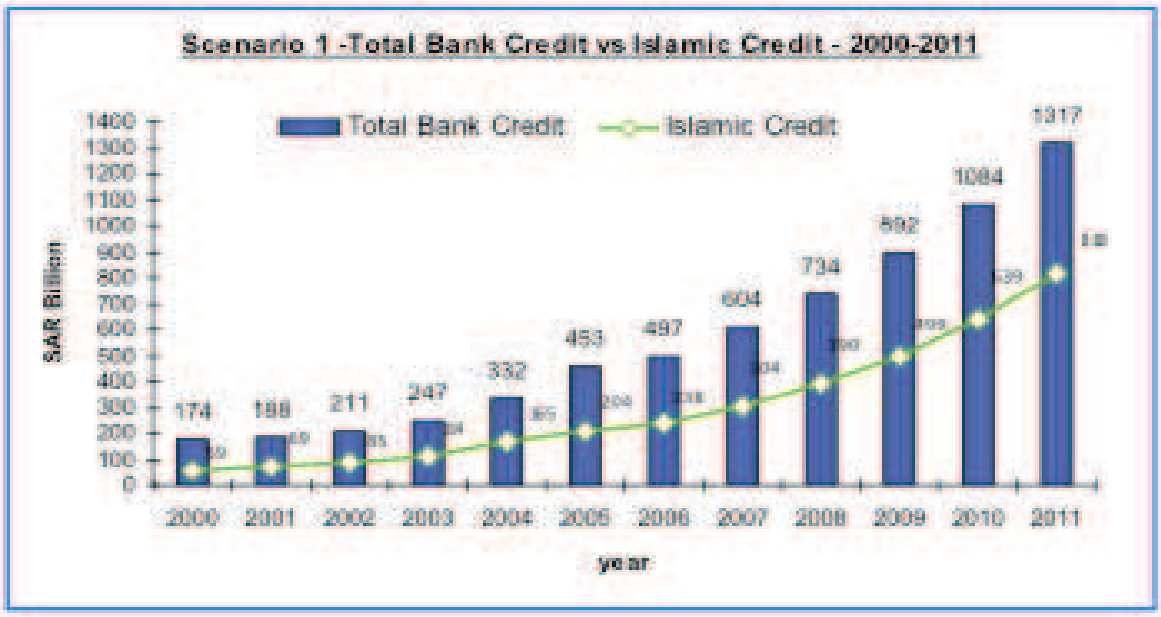
[946] 5,9% en 2008, 5,4% en 2009.

[947] En fait un surplus fiscal de 33% en 2008 et le chiffre étonnant de la capacité de l'Etat saoudien à supporter un déficit budgétaire de 10% par an sur les vingt-sept prochaines années sans devoir recourir à l'emprunt.

croissance rapide de l'activité bancaire en Arabie ces dernières années. Ainsi, entre 2006 et 2008, la fourniture de crédits par les banques a crû de 35%, neuf banques étrangères se sont nouvellement implantées depuis 2004 et les dépôts de la clientèle se sont multipliés. La banque islamique, par la quiétude religieuse qu'elle apporte, contribue ainsi à soutenir le développement économique du pays.

**Graphique représentant l'évolution des montants de dépôts rémunérés (non-islamiques) et de dépôts non-rémunérés (islamiques) :**

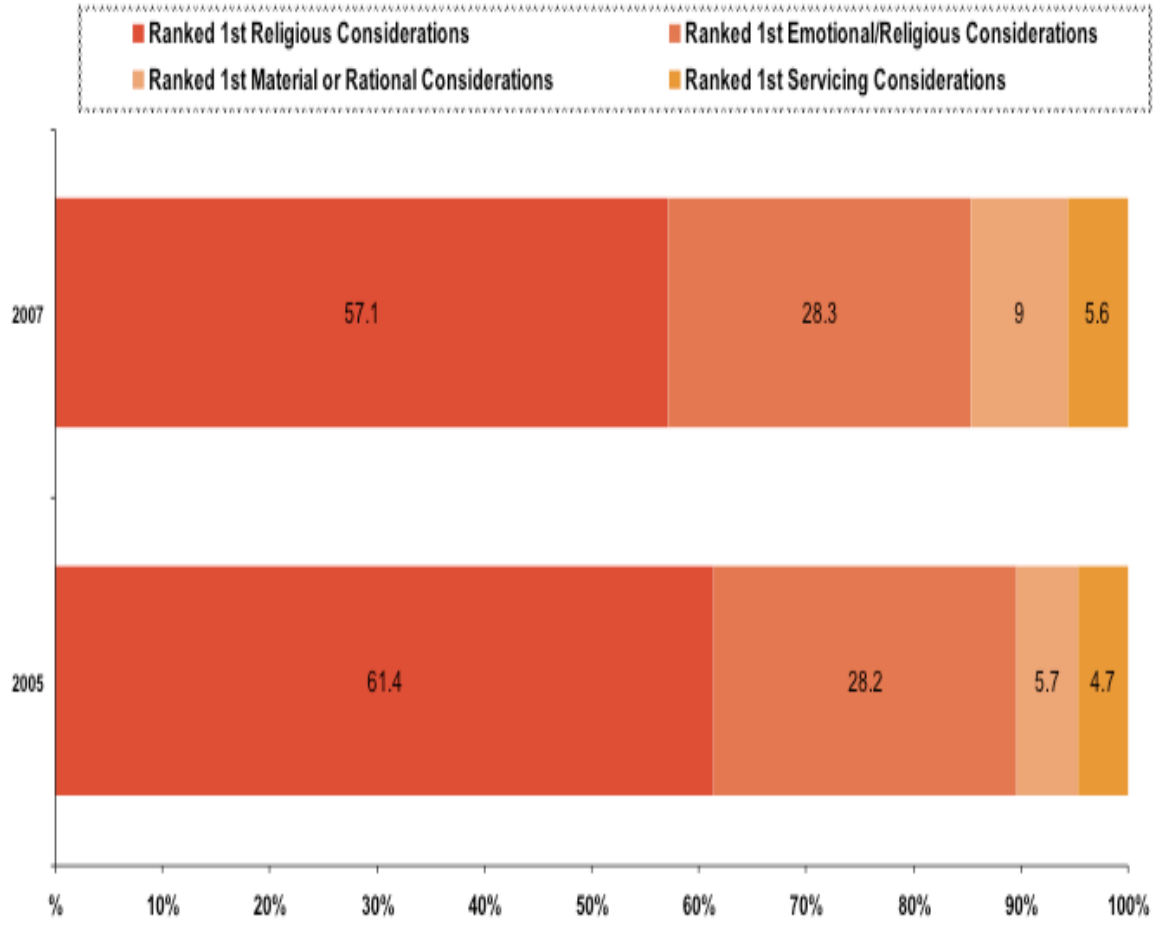
**Graphique représentant l'évolution des crédits conventionnels et des crédits islamiques distribués par les banques saoudiennes :**




Cette évolution parallèle de l'activité bancaire en général et son islamisation progressive amènent la clientèle à exiger un niveau de performance supérieur de

la part des banques, même si la conformité à l'Islam reste le critère de référence dans la relation bancaire.

**Principales causes de la consommation des produits bancaires islamiques :**




Ce tableau décrivant les raisons amenant la clientèle saoudienne à porter son choix sur les produits islamiques montre ainsi clairement un recul de l'intérêt pour les considérations religieuses, qui reste néanmoins majoritaire, au profit des considérations matérielles et de la qualité du service bancaire proposé.

## B- Développement de la gamme

Dans le souci de présenter avec clarté le développement de la gamme saoudienne de produits bancaires islamiques, notre travail s'articulera autour des deux enjeux majeurs que sont la fourniture de crédits (1) et la gestion des liquidités (2).

### *1- Crédits*

Dans un premier temps, les produits islamiques de crédits majoritairement proposés à la clientèle étaient la *mourabaha* et la *mousharakah* dégressive.

En matière immobilière, l'utilisation de ces deux mécanismes était compliquée par l'exigence légale, pour les banques saoudiennes, de ne pas intervenir directement dans la promotion immobilière et la conséquence induite de filialiser cette activité.

En matière mobilière, la nécessaire affectation du crédit dans le cadre de la *mourabaha* était peu attrayante pour la clientèle saoudienne. Ainsi, elle ne fut que peu utilisée et l'on finit par en détourner le mode de fonctionnement. Par exemple, un client prenait un crédit *mourabaha* auprès d'une banque dans l'optique déclarée d'acquérir une automobile. La somme d'argent était versée directement au concessionnaire qui fournissait la voiture au client qui devait ensuite en payer le prix à la banque par échéances successives. Or en pratique, il arriva fréquemment que le client revende immédiatement le véhicule au concessionnaire, à un prix moindre, et se retrouve en possession d'une somme d'argent liquide utilisable à sa guise.

La *mousharakah* dégressive fut également utilisée par les banques saoudiennes dans le but de reproduire l'utilité d'un crédit non affecté. Cette construction était assimilable à un *hiyal* car l'intention commerciale en était absente, comme l'atteste le caractère virtuel des contrats de ventes de matières premières à un prix indexé sur un taux d'intérêt, et ne suivant pas l'évolution du cours de la dite matière. L'opération consistait concrètement en une association entre la banque et le client pour l'achat d'un stock de matières premières. Progressivement, la banque revendait la matière première et en partageait les bénéfices avec son client qui obtenait ainsi de l'argent liquide qu'il remboursait progressivement en rachetant les parts de l'entreprise conjointe. Le coût de structuration de ce mécanisme ne permit pas d'en développer l'usage auprès de la clientèle des particuliers, mais il est toujours utilisé dans certaines opérations de commerce international.

### *2- Gestion des liquidités*

Les dépôts non rémunérés de la clientèle islamique constituent une ressource majeure des banques saoudiennes. En recevant de l'argent gratuit qu'elles pouvaient ensuite prêter avec profit, les banques engagées dans les activités islamiques s'assuraient des bénéfices garantis. Ce n'est que dans un

deuxième temps, par la maturation progressive de ce marché que la concurrence interbancaire nécessita que l'on développe des comptes de dépôts rémunérés compatibles avec les principes de la *Shari'a*. Si la *moudharabah* reste marginale, l'utilisation de la *mourabaha* inversée est aujourd'hui favorisée par la clientèle.

Nous précisons en outre que, fidèles à la vision évolutive de l'islamisation des activités bancaires, les autorités religieuses, mais également la SAMA, n'exigent pour le moment aucune séparation comptable entre les dépôts islamiques et conventionnels. Nous rappelons d'ailleurs que pour la SAMA il n'y a pas de différence entre ces dépôts puisque tout est islamique par définition et qu'il n'est jamais fait mention de l'intérêt dans ses relations avec les banques. Cette situation est appelée à évoluer tant il apparaît incohérent pour les banques et potentiellement dangereux en terme d'image, de ne pas s'appliquer en interne les critères utilisés pour définir la conformité des produits de placement sur les marchés financiers.

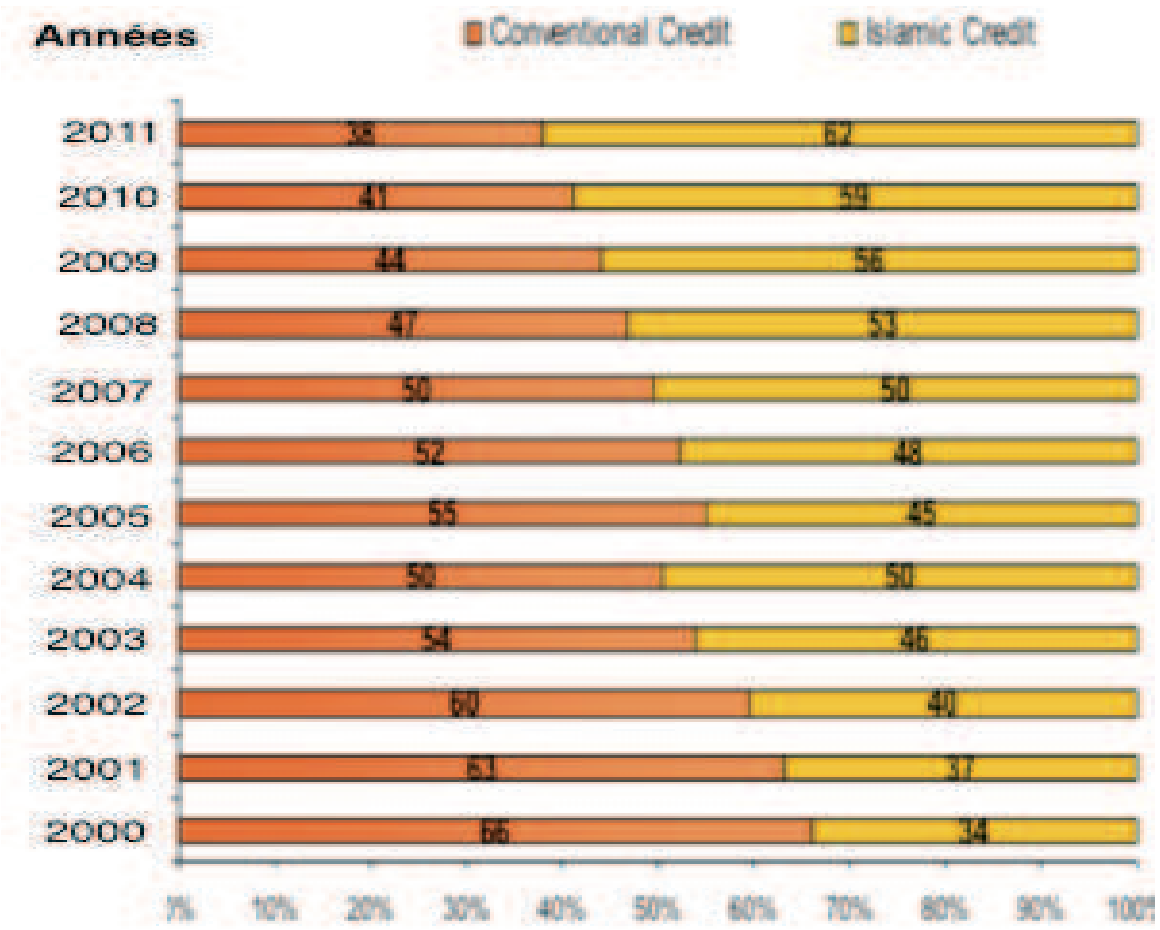
## *§2- Perspectives de la banque islamique en Arabie*

Nous l'avons vu, la progression des activités bancaires islamiques est nettement supérieure à celle des activités conventionnelles au point qu'aujourd'hui, 90% de la nouvelle production bancaire de détail est conforme à la *Shari'a*[948]. Cette progression s'explique par la progression récente de l'efficience des outils bancaires islamiques qu'il nous appartient maintenant de développer. L'innovation à l'œuvre en Arabie Saoudite (1) nous amènera ainsi à envisager l'avenir de son modèle bancaire islamique (2).

**Cf. page suivante pour un tableau décrivant l'évolution des parts de marché des crédits conventionnels et islamiques entre 2000 et 2011 :**

[948] Sur ce point cf. HASSOUNE Anouar, *Quelle intégration de la finance islamique dans le système financier global ? Quels enjeux pour la France ?*, Moody's investors service, Table ronde finance islamique organisée par la commission des finances du Sénat, Paris, 14 mai 2008, 23 p., [En ligne] www.senat.fr/commission/fin/actualites/finance_islamique_hassoune.ppt (consulté le 25 septembre 2011).

**Tableau décrivant l'évolution des parts de marché des crédits conventionnels et islamiques entre 2000 et 2011 (estimations) :** (Source *SAMA 43rd Annual Report 1428 H/2007G et Annual Reports of Saudi Banks 2004-2007 et CRC Synovate estimates)*




## A- Innovation bancaire

La différence de leurs coeurs de métier implique que l'on distingue le cas des banques de financement (1) de celui des banques commerciales (2).

### *1- Dans la banque de financement*

Nous n'avons eu de cesse de le souligner, d'une manière générale la tendance dans l'élaboration du droit bancaire islamique est un rapprochement toujours plus abouti vers les techniques conventionnelles équivalentes. Dans les financements de projet, les coûts demeurent supérieurs à raison du plus grand effort de structuration nous l'avons dit. Par ailleurs, les pratiques les moins

efficientes à l'échelle des normes islamiques tendent à s'effacer progressivement derrière la définition d'un modèle unique favorisé par une clientèle dont nous avons montré la recherche croissante de compétitivité[949]. La légitimation du *tawarruq* et de son opposé, la *mourabaha* inversée, a joué un rôle d'accélérateur sur lequel il convient de revenir. Nous avons déjà établi le rôle de ces outils dans la financiarisation du droit bancaire islamique, nous n'y reviendrons pas. C'est sous l'angle du profond paradoxe véhiculé par l'utilisation du *tawarruq* en Arabie, terre du *hanbalisme* contemporain que nous revenons à son étude.

Ibn Taymiyya, le maître *hanbalite* du courant *wahabite*, disait, selon son disciple Ibn Qayyim al Jawziyah lui aussi éminemment respecté par les *wahabites* saoudiens, que le *tawarruq* était interdit, opinion qu'il réitéra à plusieurs reprises ne le tolérant pas non plus comme une exception en cas de circonstances particulières[950]. L'explication avancée pour justifier cette interdiction était basée sur la prohibition du *riba* que le contournement par un jeu d'opérations croisées permettait de valider juridiquement. Or, chez ces *hanbalites,* la *niya*, intention, devait être prise en compte dans la validation des contrats. Pour eux, sur ce plan comme dans toute la perspective islamique, « la *Shari'a* n'interdirait jamais un plus petit préjudice pour en autoriser un plus grand »[951]. Ce en quoi ils furent contredits par Ibn Baz et al Uthaymin dont nous avons déjà montré le soutien à la validité du *tawarruq*, en contradiction avec les principes de leur école d'appartenance, et les contradictions apportées à ces avis par l'Académie du *Fiqh*, dont on a pourtant souligné la proximité idéologique. C'est pourquoi selon nous, cette opposition ne doit pas s'analyser comme définitive. Les partisans du *tawarruq* agissaient en qualité d'autorité religieuse saoudienne, les détracteurs en tant qu'autorité religieuse musulmane. L'évolution progressive de l'activité bancaire islamique justifie, au regard des enjeux économiques pour les banques saoudiennes et de l'expansion globale du modèle, que l'on puisse déroger un temps à l'interdiction. La position d'Ibn Baz pourrait ainsi être vue comme transitoire et celle de ses adversaires comme définitive. Un élément vient renforcer cet argumentaire, c'est le débat actuel en Arabie autour de la nécessité de faire évoluer le *tawarruq*. Si les différents acteurs du marché bancaire islamique sont d'accord pour affirmer qu'il ne disparaîtra plus de l'arsenal juridique des banques, ils sont de plus en plus nombreux à souhaiter faire évoluer sa pratique. Le point le plus important semble concerner l'effectivité des transactions sur matières premières. Il a ainsi été proposé plutôt que d'utiliser l'intermédiation d'un *broker* londonien, que ces échanges se fassent sur des actions ou des valeurs mobilières saoudiennes, sur

---

[949] Cf. *supra* p. 292.

[950] Cf. EL-GAMAL Mahmoud A., *Macro versus Micro-considerations in Islamic financial ijtihad*, IIFF, Istanbul, Septembre 2004, [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011), p. 3.

[951] Cf. Idem, *Mutuality as an antidote to rent-seeking Shari'a arbitrage in Islamic Finance*, *Op. cit.*, p. 10.

la place financière de Riyad, voire sur des échanges réels de marchandises, directement préhensibles. Si certaines banques comme *Al Rajhy* jouent réellement un rôle commercial apprécié de leur clientèle jugée plus rigoriste il paraît néanmoins difficilement réalisable d'imaginer le développement du *tawarruq* sur cette base en raison de l'échelle des montants impliqués.

### *2- Dans la banque commerciale*

La légitimation du *tawarruq* a été l'élément déclencheur du décollage de l'activité commerciale islamique en rendant possible tout type de crédits non affectés, à un prix compétitif. Le développement de cartes de crédit islamique à un coût abordable, la possibilité de reproduire tout type d'épargne ou de placements sont autant de raisons expliquant le succès de cet outil qui représente aujourd'hui l'écrasante majorité de l'activité bancaire islamique saoudienne.

Si lors de notre analyse du cas marocain nous avons évoqué les lacunes du droit commercial comme pouvant expliquer la lenteur du développement de certains produits alternatifs, nous raisonnerons ici à l'inverse en envisageant l'offre de services bancaires. Ainsi, la formation croissante des personnels, la dématérialisation des moyens de paiement, le développement des services bancaires mobiles ou sur internet sont autant de nouveautés qui, issues des banques conventionnelles sont à leur tour récupérées par les banques islamiques et leurs clients et contribuent ainsi au développement et à la modernisation du secteur bancaire saoudien dans son ensemble.

## B- Avenir du modèle

Si le développement de la banque islamique peut être considéré comme l'une des manifestations de la modernisation économique et sociale de l'Arabie (1), nous nous interrogerons, au regard des paradoxes que nous avons soulignés au cours de ce chapitre, sur la pérennité de cette évolution (2).

### *1- Modernisation économique et sociale de l'Arabie saoudite*

La croissance des activités bancaires islamiques est concomitante au processus de libéralisation de l'Arabie Saoudite. La création, en 2000 de la *Saudi*

*General Investment authority*, dotée d'une compétence générale en matière d'investissements dans le royaume, la décision d'ouvrir le secteur de l'assurance aux investissements étrangers en février 2003 et son adhésion à l'Organisation Mondiale du Commerce en 2005[952], portent la marque de la libéralisation économique en cours.

Sur le plan social, plusieurs actions sont menées depuis 2003 en matière de droits humains, des droits des femmes, pour la création d'associations ainsi que dans l'éducation, et notamment le développement de la formation universitaire. En politique, l'organisation d'élections municipales dans la plupart des grandes villes du Royaume, en 2005, est une évolution dans la tradition autoritaire du pouvoir saoudien[953]. Les femmes pourront d'ailleurs voter et se présenter à ces élections à partir de 2015[954].

Toute cette évolution s'opère progressivement au gré des luttes d'influence dans la famille régnante et de la résistance des religieux qui freinent certaines prises de décisions. Dans ce cadre, il est difficile de déterminer si le développement des activités bancaires islamiques doit à terme s'envisager sous l'angle de la libéralisation ou de la réaffirmation des principes d'un Islam rigoriste. Notre analyse nous amène à penser que les deux phénomènes sont intimement liés, mus par des intérêts convergents, tout comme le sont les *wahabites*, la dynastie *Al Sa'ud* et les Etats-Unis d'Amérique que tout semble pourtant opposer.

### *2- Vers une inéluctable crise de croissance ?*

On estime que dans les dix prochaines années, l'ensemble, ou tout au moins l'écrasante majorité des produits bancaires vendus seront islamiques. Le marché de la banque islamique risque alors, selon nous, d'être confronté à une crise de croissance. Tout d'abord, le poids du *tawarruq*, véritable base du modèle saoudien est remis en cause par de nombreuses autorités religieuses actuelles ou passées. Deuxièmement, la proximité voire même l'identité entre les produits islamiques et conventionnels renforcée par la concurrence que se livrent les établissements bancaires dans le sens d'un moins disant religieux peut provoquer à terme une défiance envers ce modèle. Les *'ulama* saoudiens, conscients de ce risque, vont tenter de le contenir d'autant que le pouvoir en place ne peut se

---

[952] *Le nouvel âge d'or des fonds souverains*, Rapport d'information N°33(2007-2008), Commission des finances du Sénat, p. 32.

[953] En 2005, Cf. REDISSI Hamadi, *Op. cit.*, p. 310-313.

[954] BOUAZZA Nadera, « Arabie saoudite : les femmes pourront voter…en 2015 », L'EXPRESS.fr, 26 septembre 2011, [En ligne] http://www.lexpress.fr/actualite/monde/proche-orient/arabie-saoudite-les-femmes-pourront-voter-en-2015_1034159.html (consulté le 25 septembre 2011).

permettre un scandale, mêlant religion et argent, qui pourrait le déstabiliser. Il est donc tout à fait permis d'envisager un durcissement des conditions d'attribution du « label » de conformité à la *Shari'a* (que ce soit par les membres des comités ou par les autorités bancaires) qui assurera une claire différenciation de la banque islamique et du système bancaire conventionnel. Les premiers indices d'une telle évolution commencent d'ailleurs à apparaître, que ce soit pour la procédure du *tawarruq*, l'incitation à accroître les réseaux d'agences islamiques ou encore les projets d'audits islamiques vérifiant l'intégralité des procédures et la stricte séparation comptable des activités.

Ainsi, différents modèles de droits bancaires islamiques émergent, de la France au Maroc, de l'Arabie au Pakistan à l'Asie du Sud-est ou au Soudan. A travers ce phénomène ce sont toutes les problématiques du monde musulman et de son rapport à l'Occident qui apparaissent. Influence hégémonique du monde anglo-américain, affirmation d'une identité musulmane tiraillée entre la vaine quête d'un retour à un âge d'or idéalisé et d'une libéralisation émancipatrice aussi bien économiquement que politiquement. Ce modèle bancaire islamique en gestation n'échappe pas au principe de réalité et est confronté quotidiennement, comme cela a déjà été évoqué au cours de nos développements, au système financier international qu'il prétend amender. Il nous appartient donc à présent de mettre en lumière ces rapports afin d'en déterminer l'impact sur l'avenir du droit bancaire islamique.

# TITRE III- LA FINANCE ISLAMIQUE ET SON INTEGRATION AU SYSTEME FINANCIER GLOBAL

Les opérations bancaires internationales, qu'elles impliquent un échange commercial ou une collaboration directe (Chapitre 1), forment le quotidien de la plupart des principaux établissements financiers islamiques. Apparues dans un environnement économique mondialisé, les banques islamiques sont, de fait, parties prenantes du système financier global (Chapitre 2). Les aménagements des rapports entre les parties obéissent à des règles essentiellement pragmatiques, d'apparition récente, conditionnant l'avenir du modèle bancaire islamique.

## Chapitre 1- Finance islamique et opérations internationales

Que ce soit dans le cadre des financements de projets mixtes (Section 1) ou dans les échanges commerciaux internationaux (Section 2), les prescriptions de la *Shari'a* en matière bancaire sont amenées à cohabiter avec les règles du droit des affaires internationales. Notre étude se focalisera sur les aménagements impliqués par cette cohabitation.

### Section 1- Financement de projets mixtes

Après avoir analysé les causes de la cohabitation des normes islamiques et conventionnelles dans les financements de projets (§1) nous traiterons des conséquences produites sur les structures contractuelles de ces opérations (§2) et, ce qui concerne le cœur de notre sujet, sur la légitimation de techniques bancaires comportant des éléments *a priori* incompatibles avec les principes fondateurs du droit bancaire islamique.

#### §1- Causes de la cohabitation des normes islamiques et conventionnelles

A ce stade de notre travail, nous constaterons que la cohabitation des normes islamiques et conventionnelles dans les financements de projet procède

pour une large part de l'absence de véritable alternative islamique (A). La coopération est néanmoins parfois rendue nécessaire par la nature des projets financés (B).

## A- L'absence de modèle islamique alternatif

Dans les développements qui suivront, nous chercherons à déterminer si l'absence de modèle islamique alternatif islamique est due au savoir-faire éprouvé du « *project financing* » (A) ou si elle résulte plutôt de l'absence de raisonnement proprement islamique (B).

### *1- Project finance : un savoir-faire éprouvé*

Le financement de projet conventionnel prend en général la forme anglo-américaine d'un contrat dit de « B.O.T », *Build, Operate and Transfer*. Par ce contrat, les promoteurs s'engagent à construire un équipement (usine, autoroute, aéronef, navire) puis à en transférer la propriété à l'expiration d'une période d'exploitation. Pour ce faire, ils obtiennent un financement auprès d'une ou plusieurs banques et l'exploitation de l'ouvrage sera alors censée assurer leur rémunération tout en permettant le remboursement des prêteurs.

### *2- L'absence de raisonnement islamique propre*

En pratique, un financement de projet s'opère en premier lieu par la création d'une société spécialement affectée à la direction du projet, un *Special Purpose Vehicle*. Puis, cette société va coordonner les différentes phases et intervenants au projet. Il en va strictement de même dans le cadre de la finance islamique, nous l'avons vu, le développement et l'utilisation des contrats nommés du droit musulman classique s'opérant dans le sens d'un calque de ces techniques de financement de droit anglo-américain[955] et ne proposant pas de modèle innovant. Si le savoir-faire développé explique logiquement ce type d'emprunt, il convient de noter, qu'en la matière, la réflexion islamique ne semble pas prétendre à une quelconque émancipation.

---

[955] Cf. La plupart des livres traitant des financements de projets islamiques, notamment BENDJILALI Boualem, *Op. cit.,* p. 13 et ss., ou GUERANGUER François, *Op. cit.,* p. 171 et ss. ou encore CAUSSE-BROQUET Geneviève, *Op. cit.*, p. 87 et ss.

## B- Une coopération rendue nécessaire par la nature des projets

La coopération entre des modes de financements conventionnels et islamiques peut en pratique être organisée par un filtrage des parties (1). La finalité du projet peut également nécessiter des aménagements dans la structuration du financement (2).

### *1- Le filtrage des parties au projet*

Nous l'avons vu, les financements de projets sont des opérations d'envergure qui impliquent de gros besoins de financement. Ils font donc généralement intervenir plusieurs banques réunies en syndicat bancaire. Pour des raisons de savoir-faire ou au regard des sommes requises, il est fréquent que les financements de projets réunissent des banques conventionnelles et islamiques. A titre d'exemple nous pouvons citer la collaboration entre une banque islamique, *Kuwait Finance House*, et une banque française conventionnelle (*Natixis*) sur un financement aéronautique, *Natixis* ayant été spécialement retenue pour son expertise sur les procédures de financement de ce type[956].

Ainsi, lorsque les finacements proviennent de ces différentes sources, la structuration globale sépare les parties conventionnelles et islamiques. Pour la phase de construction, un contrat d'*istisna'* peut être utilisé pour une partie des infrastructures quand l'autre recevra un crédit conventionnel rémunéré par intérêts.

### *2- Le filtrage quant à la finalité du projet*

Il est par ailleurs des cas pour lesquels un élément du projet n'est pas conforme aux critères de conformité à la *Shari'a*. Ce peut être par exemple un hôtel au sein duquel se trouvera un bar servant de l'alcool, ou même un casino. La structuration prendra alors en compte cette absence de conformité pour l'écarter de la partie islamique et la réserver à un financement conventionnel. Ce filtrage est nécessité notamment par la volonté de financer la partie islamique par le mécanisme de titrisation islamique que nous avons développé précédemment. Celui-ci pouvant uniquement porter sur des opérations conformes à la *Shari'a*

[956] COURCELLE (de) Dominique, *Op. cit.*, p. 28.

implique, pour que les titres puissent être vendus conformes, que les éléments contraires à la *Shari'a* soient exclus de son périmètre.

## *§2- Les conséquences de la cohabitation des normes : cas des tranches islamiques*

L'incompatibilté des prescriptions islamiques avec les normes conventionnelles nécessite en pratique, pour que l'opération soit jugée conforme à la *Shari'a*, que l'on aménage contractuellement les rôles respectifs de ces systèmes de droits divergents (A). La nécessité de développer la compétitivité des financements de projets islamiques entraîne également des aménagements dans la prise en compte des règles *Shar'i* (B).

### A- L'aménagement des rapports entre les deux systèmes

Dans les développeements qui suivront, nous envisagerons le cas de la structuration des financements par tranches (1). Nous aborderons ensuite l'aménagement des rapports entre les créanciers conventionnels et les créanciers islamiques (2).

#### *1- Structure par tranches*

La matérialisation du filtrage s'effectue par un découpage du financement. Par ce découpage, le financement global prendra la forme de plusieurs tranches, islamiques et conventionnelles. En pratique la majorité des financements de projet s'effectue avec une tranche islamique cohabitant avec des financements conventionnels[957]. Il convient d'ailleurs de préciser ici qu'il n'importe semble-t-il aucunement que le financement soit assuré à 50, 80 ou même 90% par un biais conventionnel pour que la part islamique soit jugée conforme à la *Shari'a*, contrairement aux critères de conformité des investissements sur titres pour lesquels des seuils quantitatifs existent, nous l'avons vu.

[957] BOUREGHDA Maya, HAMRA KROUHA Mohamed, *Op. cit.,* p. 6.

### *2- Les rapports intercréanciers*

En théorie, les financements islamiques sont plus favorables aux emprunteurs. Nous l'avons vu, la plupart de ces financements utilisent le contrat d'*ijara*, or dans ce contrat, la propriété du bien financé demeure au profit de la banque qui se trouvera donc avantagée par apport aux prêteurs conventionnels ne bénéficiant pas d'une telle sûreté. La solution trouvée en pratique consistera en une convention intercréanciers par laquelle les prêteurs islamiques s'engageront à partager les revenus dont ils pourront bénéficier suite à la mise en œuvre des sûretés. De ce fait, sur ce point, l'égalité entre créanciers sera maintenue. D'une manière générale, l'égalité entre créanciers fera l'objet d'une attention toute particulère de la part des juristes structurant juridiquement les financements de projets. Toute distorsion sera en pratique rééquilibrée.

## B- L'aménagement des règles

Lorsque diverses conceptions de la conformité à la *Shari'a* s'opposent ou que les exigences du droit musulman réduisent la faisabilité du financement islamique, on externalise en pratique les points de frictions (1). Des points de blocages peuvent également résulter de ces oppositions, ceux-ci devront être écartés pour ne pas remettre en cause la possibilité de l'opération (2).

### *1- L'externalisation des critères de conformité à la Shari'a controversés*

Nous l'avons vu, malgré la progression du processus d'uniformisation des règles de conformité à la *Shari'a*, des divergences demeurent. Ces divergences peuvent parfois conduire à ce qu'un financement dans lequel plusieurs banques islamiques sont parties fasse l'objet d'un découpage par tranche. En effet, il est nécessaire pour ces banques que la conformité des opérations soit validée par leur propre comité religieux, une différence d'appréciation sur la pratique de l'*istisna'* ou de l'*ijara* peut donc amener à ce que les participations de ces banques se fassent sur des bases distinctes, ce qui complexifie davantage la structuration de l'opération et en accroît conséquemment le coût. Lorsque les conceptions sont par trop éloignées, il peut même arriver que ces banques refusent tout bonnement d'y prendre part. C'est ainsi que dans la doctrine on en vient à distinguer les

banques « purement islamiques »[958] des banques pratiquant des financements islamiques, mais ouvertes aux aménagements contractuels allant dans le sens d'une plus grande efficience économique[959].

Par ailleurs, la confrontation des critères de conformité à la *Shari'a* avec les exigences de la pratique des financements de projets constitue une source de coût supplémentaire pour ces banques, coût qui est nécessairement imputé dans la tarification de leurs financements. Ainsi, comme les pénalités pour retard de paiement doivent être reversées à des fonds de charité, les praticiens majorent en pratique le prix de vente dans les contrats de *salam* ou de *mourabaha* et stipulent contractuellement qu'en l'absence d'incidents dans le remboursement, le client aura droit à une remise sur le prix de vente[960]. De même, dans un contrat d'*ijara*, le banquier islamique court le risque de perte de l'actif financé dont il demeure propriétaire. En cas de destruction de cet actif, le contrat s'éteint pour défaut d'objet et la banque ne peut recouvrer les fonds prêtés que par le biais de la souscription préalable d'une police d'assurance. C'est en pratique la voie suivie, le coût de cette police venant s'ajouter au coût du financement que facture la banque à son client.

Le constat que l'on peut tirer de ces faits est simple, en s'attachant à calquer les modes conventionnels de financement, le droit bancaire islamique cherche avant tout à faire la preuve de son efficience économique, de sa modernité. Or, le prix de cette modernité se traduit dans les faits par un regain de formalisme qui bénéficie indirectement aux cabinets d'avocats d'affaires anglo-américains dont nous avons déjà montré l'avantage concurrentiel en la matière. En outre, l'externalisation de points de frictions induit un surcoût pour la clientèle dans le seul objectif d'aplanir les difficultés soulevées par les principes du droit musulman dont il semblait pourtant, qu'ils fussent la raison d'être du développement de la banque islamique.

### *2- L'externalisation des points de blocage*

Nous l'avons déjà souligné, les comités de certification par principe ne valident que ce qui leur est présenté et dans les formes où cela leur est présenté.

---

[958] L'IIRAA propose d'ailleurs un système de notation par degrés de conformité à la *Shari'a*, telle que définie par l'AAOIFI, cf.www.iirating.com. Nous l'avons vu, l'islamisation des pratiques bancaires doit s'analyser comme un processus progressif, ce système de notation sert donc en quelque sorte à mesurer l'écart entre la pratique et l'idéal recherché.

[959] BOUREGHDA Maya, HAMRA KROUHA Mohamed, *Op. cit.,* p. 5.

[960] SERHAL Chucri Joseph, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *Op.cit.*, p. 42.

Or, lorsqu'il apparaît que les divergences entre les exigences de la *Shari'a* et la politique de contrôle des risques de la banque sont trop profondes, il peut arriver que les critères de conformité soient tout simplement écartés. Par exemple, en cas de défaut du débiteur, l'absence de faute de sa part ne peut en principe entraîner la mise en cause de sa responsabilité, nous l'avons vu. Si les principes du droit musulman classique l'enjoignent fermement à s'acquitter de sa dette, la banque ne peut exiger de lui qu'il paie son dû ou, à tout le moins, ne peut le faire en lui imputant des pénalités. Pour remédier à cette situation, il est fréquent en pratique, comme nous l'ont directement confié les praticiens, que les banques prennent des garanties supplémentaires sur leur débiteur en tirant par exemple un billet à ordre sur son nom ou en bloquant une somme d'argent sur un compte réserve (*reserve account*). Bien entendu, ce type de clause remet en cause la substance de la procédure puisque le risque s'amenuise d'autant. La découverte de telles pratiques par les comités *Shari'a*, qui, nous l'avons dit prennent la responsabilité de la validation globale de l'opération vis-à-vis de la communauté musulmane, risque très certainement d'engendrer de profonds désaccords. Pourtant, il est difficile d'imaginer que ces comités ne soient pas au courant de telles pratiques, surtout que nous avons montré qu'un cercle réduit de *'ulama* joue un rôle prééminent dans le développement du droit bancaire islamique. Ces éléments pris en compte, il nous est donc permis de déduire que de tels aménagements sont tolérés en pratique dans le but récurrent de permettre au nom de la nécessité, de développer un modèle islamique que l'on cherchera pas à pas semble-t-il à purger de ce type d'incohérences.

## Section 2- Les échanges commerciaux internationaux

L'islamisation des techniques bancaires s'applique également aux opérations commerciales internationales (§1) dont l'importance économique est patente pour des économies bien souvent tournées vers l'exportation de matières premières, de produits agricoles ou, bien évidemment, d'hydrocarbures. Cette islamisation soulève, nous le verrons, la question de l'application des règles issues du droit musulman dans l'arbitrage des contentieux commerciaux internationaux (§2).

### *§1- Opérations commerciales internationales*

Dans le cadre des opérations commerciales internationales nous commencerons par envisager la pratique islamique des crédits documentaires (A). A la suite de quoi nous concentrerons nos propos sur des situations controversées

dans lesquelles la partie islamique est amenée à transiger avec les règles strictes du droit musulman (B).

## A- Le crédit documentaire

Après avoir abordé les normes du crédit documentaire[961] compatibles à la *Shari'a* (1), nous nous tournerons vers l'étude des règles qui nécessitent des aménagements pour en légitimer l'usage (2).

### *1- Les normes shari'a-compatibles*

En matière de commerce international, les deux contrats les plus fréquemment utilisés sont la *mourabaha* et le *salam*.

Dans le cas du *salam*, l'exportateur, par exemple, qui dispose déjà d'une commande de l'étranger pour une certaine quantité de marchandise, prend contact auprès de sa banque pour obtenir un financement. Pour cela, il faut que l'importateur émette une lettre de crédit à l'ordre de la banque de l'exportateur pour le montant du prix de la marchandise majoré de la marge de la banque. A réception de cette lettre de crédit, qui peut être avalisée ou confirmée par la banque de l'importateur comme dans la pratique conventionnelle, la banque de l'exportateur paie en avance la marchandise et désigne son client pour l'expédier en son nom à l'importateur. A la réception de la marchandise déclarée conforme, la banque de l'exportateur reçoit le paiement.

Dans le cas de la *mourabaha*, la procédure est identique, seul le type de bien change généralement puisque nous avons souligné que la *mourabaha* ne s'applique qu'au bien existant à la formation du contrat. Ainsi, le client souhaitant importer de la marchandise demande à sa banque de se la procurer auprès d'un fournisseur qu'il lui désigne et s'engage à lui en payer le prix majoré d'une marge. La procédure complète est calquée sur les règles conventionnelles en la matière : les Règles et Usances Uniformes relatives aux crédits documentaires[962]. Il en va

---

[961] Précisons que d'une manière générale, ce type de crédit est la norme dans les opérations commerciales internationales et « constitue un engagement irrévocable d'une banque de payer le bénéficiaire de ce crédit si celui-ci lui présente, dans les délais et conditions stipulées dans l'engagement de la banque émettrice, les documents qui y sont spécifiés ». DOISE Dominique, *Crédits documentaires et financements de certaines opérations d'achat et revente de marchandises*, Revue de droit des affaires internationales, *2009, N°1*, p. 70.

[962] Cf. MATTOUT Jean-Pierre, *Op. cit.*, p. 261-264.

de même pour la détermination contractuelle du partage des risques et des frais de transport des marchandises[963] ainsi que pour les modalités de remise des marchandises et des fonds contre documentation (*through bill of lading* et connaissement par exemple). Bien entendu, les particularités de ce type de financement islamique viendront de la prohibition de l'achat ou de la vente des biens prohibés, mais également de la tarification.

### *2- Les règles nécessitant des aménagements*

La tarification est calculée d'une manière identique aux financements conventionnels. Elle comprendra donc le coût de l'argent sur la durée du crédit, pondéré par le niveau de risque de l'opération (opération confirmée par une banque ou non, risque du pays de la banque, documentation, risque propre au client etc.). La particularité du financement islamique viendra du fait que la banque est légalement propriétaire des biens qu'elle finance, alors que ce n'est bien sûr pas le cas dans le cadre d'un financement classique[964]. Si comme nous l'avons vu cette position peut constituer un avantage en terme de sûretés, en pratique, la perte ou la détérioration des marchandises sera couverte par la souscription d'une police d'assurance qui entrera dans le calcul de la marge de la banque.

Le développement du *tawarruq* dans les pays du Golfe conduit néanmoins de plus en plus à ce que ce mode de financement soit utilisé pour les financements d'opérations de commerce international. Par la fourniture d'un crédit non-affecté, la banque n'est plus directement impliquée dans les opérations commerciales et, ici aussi, le droit bancaire islamique se rapproche de la pratique conventionnelle.

## B- Les opérations controversées : cas du non-respect des règles *Shar'i* dans les échanges

Si le non-respect des règles de la *Shari'a* peut être justifié dans la pratique par l'approche évolutive de la création du droit bancaire islamique (1), nous

[963] A travers les *International Commercial Terms* (*Incoterms*) édictés par la Chambre Commerciale Internationale. Sur ce point cf. SCHWOBTHALER Sophie, *Les incoterms*, Editions Foucher, Mémento, 2007, 47 p.

[964] Dans lequel la sûreté est en général un gage sur la marchandise au bénéfice de la banque émettrice, cf. GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, *Op. cit.*, p. 403-404.

verrons que l'opportunisme de certaines des solutions retenues fait peser un risque sur la crédibilité de ce droit (2).

### *1- Justifications du non-respect de la Shari'a*

Nous l'avons vu, le développement d'un droit bancaire islamique obéit à un processus complexe au sein duquel l'équilibre entre l'efficience économique et la légitimité religieuse implique la définition d'une forme de zone neutre où la conformité d'une participation peut être envisagée malgré le caractère intrinsèquement anti-islamique de certains éléments. Il en va ainsi notamment lorsque une entreprise perçoit des intérêts. La possibilité d'investir dans cette entreprise en conformité avec la *Shari'a* est ouverte, selon les critères que nous avons décrits, si la perception d'intérêt ne dépasse pas 5% de ses recettes globales. La solution est la même si au lieu de l'intérêt, les recettes proviennent de toute activité non-conforme à la *Shari'a*. Néanmoins, cette part « impure » devra être purgée[965]. Les sommes illégitimes devront à ce titre être reversées à des organismes de bienfaisance. La symétrie ne semble toutefois pas être la norme, Taqi Usmani, l'un des jurisconsultes les plus influents dit pour sa part que si les intérêts perçus représentent 5% des recettes, le don devra se faire à hauteur de 5% des dividendes versés par l'entreprise. Cette purification constitue indéniablement une des spécificités du droit bancaire islamique même s'il rejoint en cela les principes émergents de la finance éthique. Les taxes carbones et les droits à polluer qui en sont la conséquence nécessaire s'analysant d'une manière similaire sous les deux aspects contradictoires de leurs apports éthiques et des opportunités qu'elles recèlent. Nous entendons par là que, de même que le titulaire de droits d'émission de gaz carbonique peut vendre les droits qu'il n'utilise pas à d'autres qui émettent plus qu'ils ne le devraient, le seuil de 5% peut constituer une opportunité pour l'entreprise qui ne perçoit pas d'intérêt, et a donc cette marge de 5% qu'elle pourra chercher à atteindre sans quitter la conformité à l'Islam.

---

[965] Sur ce point, cf. DELORENZO Yusuf Talal*, Shari'ah supervision of islamic mutual funds*, Fourth Harvard university Forum on Islamic finance, 30 Septembre et 1er Octobre 2000, [En ligne] http://islamicfinanceaffairs.wordpress.com/2007/10/01/shariah-supervision-of-islamic-mutual-funds-sh-yusuf-talal-delorenzo/ (consulté le 25 septembre 2011), p. 4-5 et MORAIS Richard C.*,* « Don't call it interest », *Forbes*, New York, USA, Juillet 2007, [En ligne] http://www.forbes.com/forbes/2007/0723/122.html (consulté le 25 septembre 2011), p. 132, sur l'exemple de la société de restauration rapide McDonald's qui passa avec succès les filtres de conformité à l'Islam du *Dow Jones Islamic Filter*. Toutefois, les investisseurs islamiques de McDonald's durent soustraire de leurs dividendes les revenus correspondant à la proportion de bénéfices issus de la vente de porc et la reverser à des organismes caritatifs.

### *2- Une position intenable*

Dans les années 80, des banques islamiques égyptiennes se sont émancipées des règles du droit musulman et ont spéculé sur des matières premières. Quand le marché s'est retourné et que le prix de ces matières premières s'est effondré, elles ont subi de grosses pertes, ainsi que leurs clients par conséquence du principe de partage des pertes et profits régissant les comptes d'investissement. La révélation de la cause de cette perte financière s'est accompagnée d'une perte de crédibilité qui perdure. Nous avons nous-même recueilli de nombreux témoignages d'anciens clients égyptiens de banques islamiques pour qui ces événements furent la preuve de la similitude entre les banques conventionnelles et islamiques et partant de la non-conformité de ces dernières à l'Islam. Ce type de raisonnement, à défaut d'être juridiquement étoffé n'en demeure pas moins extrêmement révélateur de la difficulté pour les banques islamiques de prouver leur apport. Si dans un premier temps, la nouveauté et l'espoir qu'elles suscitent facilitent leur développement, la remise en cause de leur sincérité religieuse, fût-elle partielle et même non fondée, peut conduire à une défiance du système dans son ensemble.

## *§2- Arbitrage international et finance islamique*

Nous constaterons dans la suite de nos développements que la soumission d'un contrat international à la *Shari'a* peut entraîner la réception de ce droit dans un système juridique occidental (A). Il est toutefois des prescriptions *Shar'i* qui se verront systématiquement écartées (B).

### A- La réception de la *Shari'a* dans un système de droit occidental

Alors que la normativité de la *Shari'a* a été reconnue en droit international privé (1), les contrats qui lui sont soumis ne peuvent plus être invalidés sur le seul motif de cette soumission (2).

### *1- La reconnaissance de la shari'a comme norme juridique*

La *Shari'a* désigne l'ensemble des règles de droit posées par le *Qor'an* et la *sunna*, l'interprétation de ces règles par les divers courants du *fiqh* a conduit, nous l'avons vu, à ce que la teneur donnée à cette référence diffère selon les pays. Cette source suprême du Droit en Arabie Saoudite, en Egypte au Pakistan ou encore au Maroc, n'emporte pas les mêmes conséquences juridiques. Sa détermination comme loi applicable à un contrat international nécessite par conséquent que sa définition soit précisément circonscrite. Ainsi, il s'agira de distinguer l'application d'un droit étatique faisant référence à la *Shari'a*, qui ne posera pas de problème de reconnaissance en pratique, de la référence à la *Shari'a* en tant que règle de droit non-étatique. Dans ce dernier cas, la volonté des parties de se soumettre à la *Shari'a* nécessite en premier lieu que cette dernière soit reconnue comme un système de droit applicable aux contrats impliquant un élément d'extranéité. L'absence de cette reconnaissance et donc, l'application d'un droit national dans la résolution d'un litige, pourrait aboutir à une interprétation du contrat, par les juges, se différenciant des principes du droit musulman. C'est précisément ce qui s'est produit dans deux décisions jurisprudentielles britanniques.

La Décision *Shamil Bank of Bahraïn EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others*, rendue par la *Commercial court* le 01 août 2003 et confirmée par la *Court of appeal* le 28 janvier 2004 est un exemple révélateur de la conséquence de la non-reconnaissance de la *Shari'a* comme Loi applicable à un contrat international. En l'espèce, le litige portait sur l'interprétation de deux contrats *mourabaha* que les demandeurs voulaient voir requalifiés en prêts à intérêt. Arguant du caractère fictif de l'achat de marchandise, utilisé selon eux comme une méthode de la banque prêteuse pour déguiser un prêt à intérêt dans le cadre d'un financement de fonds de roulement ; les demandeurs s'appuyaient sur une clause du contrat définissant le droit applicable comme soumis aux principes de la *Shari'a* pour demander la requalification du contrat. Cette requalification entraîne selon les principes du droit musulman la nullité du contrat et partant, l'extinction de l'obligation de remboursement de leur dette. Les juges constatèrent que si le contrat était soumis aux principes de la *Shari'a*, il était également, en vertu de la même clause de droit applicable, soumis au droit anglais[966]. Ils refusèrent donc d'accéder aux prétentions des demandeurs au double motif que le contrat était en premier lieu régi par le droit anglais et de plus, que la *Shari'a* ne consistait pas en une loi nationale et donc ne pouvait être applicable à un contrat international, en

[966] La clause stipulant « *Subject to the principles of the Glorious Chari'a'a', the agreements should be governed and construed in accordance with English Law.* » cité par AFFAKI Georges, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif », *Op. cit.*, p. 165.

vertu de l'article 3(1) de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Cette position fut réaffirmée dans la décision *Musawi v RE International and others* du 14 décembre 2007.

Toutefois, ces deux décisions sont intervenues sur des faits antérieurs à l'adoption du règlement communautaire n° 593/2008 dit « Rome I » sur l'application de la loi applicable aux obligations contractuelles qui permet dorénavant sans restriction, aux parties à un contrat impliquant un élément d'extranéité, de soumettre leur contrat à une loi étrangère autre qu'à la loi du for et le cas échéant à un droit non-étatique[967]. Aujourd'hui, les tribunaux des pays européens se doivent de respecter l'autonomie de la volonté des parties et donc de donner effet à l'application de la *Shari'a*, sur le modèle de la *lex mercatoria* dont le caractère normatif à été reconnu comme règle de droit non-étatique[968].

### *2- La validité des conventions soumises à la Shari'a*

Ainsi, la validité des conventions soumises à la *Shari'a* comportant un élément d'extranéité est aujourd'hui de mise pour tout ce qui, en France, ne contrevient pas à l'ordre public. En matière bancaire, de nombreux éléments du droit français n'étant pas d'ordre public leur application peut par conséquent être accueillie par le juge. Il en va ainsi du refus de l'intérêt, de la spéculation ou de l'incertitude dans le contrat, qui ne « peuvent constituer un motif de refus de reconnaissance ou d'exequatur en France d'une sentence arbitrale ou d'un jugement étranger »[969]. En tout état de cause, les usages du droit des affaires internationales conduisent généralement à la libre détermination des mécanismes de fixation de taux dans les conventions de crédit[970].

Nous l'avons vu, en matière de droit bancaire islamique c'est surtout la règle de l'interdiction de l'intérêt qui doit être respectée, ou tout au moins sa mention[971].

---

[967] Règlement CE n° 593/2008, préambule, paragraphe 13 « le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non-étatique ou une convention internationale. »

[968] Cf. cité AFFAKI Georges, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif », *Op. cit.*, p. 149 et ss. et AFFAKI G., FADLALLAH I., HASCHER D., PEZARD A., *Op. cit.*, p. 17.

[969] AFFAKI G., FADLALLAH I., HASCHER D., PEZARD A., *Op. cit.*, p. 27.

[970] Sur ce point cf. MATTOUT Jean-Pierre, *Op. cit.*, p. 170.

[971] Aux dires de Nizam Yaquby, dont nous avons déjà montré l'influence en la matière, cf. AFFAKI G., FADLALLAH I., HASCHER D., PEZARD A., *Op. cit.*, p. 27.

## B- Le rejet de prescriptions *Shar'i*

Le rejet des prescriptions de la *Shari'a* dans un arbitrage international peut résulter de leur incompatibilité avec les règles d'ordre public du pays du for (1), mais encore de l'imprécison des conventions qui en stipulent l'application (2).

### *1- Le rejet justifié par l'application de règles d'ordre public*

Les prescriptions juridiques conformes à la *Shari'a* ne pourront pas s'appliquer en France si elles contreviennent aux lois de police[972] ou sont contraires à l'ordre public[973].

Si l'Islam a affirmé ce que nous désignons aujourd'hui comme des droits fondamentaux dès le VIIe siècle[974] et que la Déclaration des Droits de l'Homme en Islam, adoptée par l'Organisation de la Conférence Islamique, le 5 août 1990 au Caire, a repris des éléments de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948[975], ces droits, dans la pensée islamique, ne peuvent être exercés qu'en accord avec la *Shari'a.* Ici comme ailleurs, c'est le respect de la volonté divine qui l'emporte *in fine*[976]. De fait, les divergences impliquées par ces conceptions ont, de jurisprudence constante, conduit la Cour Européenne des Droits de l'Homme à conclure à l'incompatibilité entre la *Shari'a* et les Droits de l'Homme notamment en ce qui concerne la place des femmes, la liberté d'expression ou les règles de droit pénal[977].

---

[972] Code Civil Art.3 « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire », « constitue, au sens du droit communautaire, une loi de police, la disposition nationale dont l'observation est jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou localisée dans celui-ci ». Cour de Justice des Communautés Européennes, 23 novembre 1999, affaire C-369/96, arrêt Arblade.

[973] Code Civil Art.6 « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

[974] Respect de la vie, du corps humain, rejet de la contrainte en religion, tolérance, égalité dans les droits et devoirs des hommes, toutes ces notions furent élevées au rang d'impératifs juridiques, sur ce point cf. MAILA Joseph, « Les droits de l'homme sont-ils impensables dans le monde arabe ? », Esprit, Les cahiers de l'Orient, juin 1991, p. 337.

[975] Tels que le droit à l'éducation, droit à l'asile, droit à la protection de la vie privée.

[976] Voir JAHEL Selim, « Les droits fondamentaux en pays arabo-musulmans », *Revue internationale de droit comparé*, 2004, N°4, p. 787.

[977] Notamment CEDH 29 juin 2004 Leyla Sahyn c.Turquie req. 44774/98 sur le bien-fondé des lois interdisant le port du voile islamique ou CEDH 31 juillet 2001 Refah Partisi c. Turquie, dans lequel la cour fait « observer l'incompatibilité du régime démocratique avec les règles de la *charia* ». Pour

Ainsi, comme l'a très justement souligné le Professeur Jahel dans son article référence « Chari'a et contrats internationaux », « les parties à un contrat international peuvent désigner la *Shari'a* comme droit applicable au contrat, mais les juges ou arbitres occidentaux en ont souvent refusé l'application au motif qu'elle serait contraire à l'ordre public international, lacunaire ou inappropriée »[978].

En matière de droit bancaire islamique, il convient de distinguer les incompatibilités d'ordre technique, telles que par exemple les règles régissant en France le monopole bancaire ou la compétence juridictionnelle, des règles discriminatoires heurtant le modèle de société des pays occidentaux. Si une opération internationale de crédit islamique « venait à être qualifiée de crédit bail, et faite à titre habituel, les dispositions régissant le monopole bancaire auraient vocation à s'appliquer et la violation du monopole bancaire pourrait être invoquée pour refuser de reconnaître ou d'exécuter la sentence arbitrale ou le jugement étranger qui aurait validé l'*Ijara* ». De même, les enseignements *hanafites*, *malikites* et *shafi'ites* qui interdisent à un non croyant d'avoir juridiction sur un musulman ou les opinions imposant un magistrat de sexe masculin n'ont pas vocation à s'appliquer en France, elles ne s'imposent d'ailleurs plus aujourd'hui que dans peu d'Etats musulmans (Arabie Saoudite notamment)[979]. En tout état de cause, dans le cas d'un conflit entre une règle *Shar'i* et une loi de police ou d'ordre public, le tribunal arbitral écartera en pratique cette seule règle *Shar'i*, sans remettre en cause la soumission globale du contrat à la *Shari'a*, qui équivaudrait alors à en refuser la normativité et irait par conséquent à l'encontre du règlement Rome I précité.

Enfin, et nous y reviendrons, la perspective de la banque islamique s'oriente, vis-à-vis de l'Occident, sur sa capacité à enrichir la pratique bancaire de valeurs éthiques universelles, au bénéfice des musulmans comme des non-musulmans. S'il est permis d'envisager que dans certaines opérations, des clauses particulières puissent heurter l'ordre public international ou d'un Etat déterminé, d'une manière générale, le calque des pratiques conventionnelles que nous avons déjà souligné, le poids des acteurs conventionnels sur ce marché, et la volonté de développer le modèle islamique par le biais de la clientèle non-

---

une analyse détaillée de la jurisprudence de la CEDH en la matière se référer à l'important article de GARAY Alain, « L'Islam et l'ordre public européen vus par la cour européenne des droits de l'homme »*, Revue de Droit International et de Droit Comparé*, Bruxelles, 2005, p. 117-157.

[978] JAHEL Selim, « Chari'a et contrats internationaux », *Op. cit.*, p. 294 voir également ARKOUN Mohammed in Le monde du 15 mai 1989, cité par JAHEL Selim, « Les droits fondamentaux en pays arabo-musulmans », *Op.cit.*, p. 788, dans lequel l'auteur résume parfaitement l'opposition principielle entre les conceptions islamiques et occidentales : « la perception des droits de l'homme dans la pensée occidentale réduit au seul rationalisme positif renforce son malentendu avec l'Islam qui a pensé ces droits de l'homme dans le cadre plus large des droits de Dieu ».

[979] AFFAKI G., FADLALLAH I., HASCHER D., PEZARD A., *Op. cit.*, p. 24 et ss.

musulmane ne font pas craindre, après analyse, que la banque islamique représente directement un quelconque vecteur d'« islamisation » du droit.

### *2- Le rejet justifié par l'imprécision des conventions se recommandant de la Shari'a*

Pour permettre l'application des règles de la *Shari'a* dans un système de droit occidental, il est bien évidemment impératif que les parties décident clairement d'y soumettre leur convention. A défaut d'une telle mention conventionnelle les juges appliqueront la loi du for. La requalification éventuelle qui pourrait en résulter comportera le double risque de faire produire au contrat des effets non désirés par les parties, mais encore, et peut être même surtout, révèlera le fait que dans la pratique des banques islamiques, nombre de produits n'ont d'islamique que le nom. En constatant cela, et en requalifiant les crédits islamiques de financements traditionnels, les juges participeront de la décrédibilisation du droit bancaire islamique dont nous avons déjà constaté un certain nombre de faiblesses structurelles en tant que système prétendument innovant. La décision *Beximco* précitée du 01 août 2003 et la décision *Islamic investment company of the Gulf Ltd v Symphony Gems NV and others* rendue par la *Commercial court* de Londres le 13 février 2002 en sont deux exemples topiques. Dans les deux décisions, l'imprécision des clauses attribuant la compétence à la *Shari'a* dans l'interprétation conduisit les juges à refuser d'appliquer la *Shari'a*, arguant dans la décision *Symphony Gems*, de la similitude entre la *mourabaha* telle qu'elle était structurée en l'espèce avec les financements traditionnels de matières premières[980].

Pour éviter ce type de requalification, il est donc nécessaire de préciser clairement dans les conventions leur rattachement à la *Shari'a*. Dans le cas de la France, la commission sur la finance islamique a proposé, dans son rapport du groupe de travail sur le droit applicable et la gestion des différends, plusieurs modèles de clauses-types. Ainsi, la convention pourra comporter une clause d'attribution du droit applicable rédigée comme « ce contrat est régi par les principes de la *Chari'a* » ou « ce contrat est régi par les principes de la *Chari'a* tels que codifiés dans les standards édictés par *l'Accounting Organisation for Islamic Financial Institutions* (AAIOFI) dans sa version en vigueur à la date de signature du contrat »[981].

---

[980] Sur ce point cf. AFFAKI Georges, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif », *Op. cit.*, p. 163-166.

[981] AFFAKI G., FADLALLAH I., HASCHER D., PEZARD A., *Op. cit.*, p. 18.

La commission propose également des types de clauses mixtes[982] donnant compétence à la fois à la *Shari'a* et au droit français comme par exemple, « Ce contrat est régi par le droit français sous réserve des principes de la *Chari'a* applicable » ou « Ce contrat est régi par le droit français dans la mesure où il irait à l'encontre de la *Chari'a* qui, dans ce cas, prévaudra » et « Ce contrat est régi par les principes communs au droit français et à la *Chari'a* »[983]. Néanmoins, comme le révèlent les décisions anglaises précitées, ce type de clause ne supprime aucunement le risque de remise en cause de la religiosité des principes régissant le contrat. En pratique, le juge, détenteur du pouvoir souverain d'apprécier les faits qui lui sont soumis, s'appuiera pour rendre sa décision sur l'interprétation des termes du contrat et partant, déterminera les obligations réciproques qui en sont issues. En cas de divergence sur l'interprétation des règles de la *Shari'a*, qui nous l'avons vu s'amenuise à mesure que l'œuvre de standardisation des normes *Shar'i* par des organismes tels que l'AAOIFI prend de l'ampleur, le juge rendra sa décision sur les éléments de fait qui lui sont présentés. S'il ressort de cet examen que les parties ont entendu se lier sur un mécanisme contractuel synthétisant un crédit avec intérêt, il n'aura d'autre choix que de déclarer l'opération comme étant un prêt à intérêt nonobstant l'interdiction unanime du *riba*. Le refus du contractant de rembourser le crédit sur cette base ne pourra être admis car ne reflétant tout simplement pas la volonté contractuelle des parties, sauf à prouver un dol ce qui ne sera pas évident en pratique. En France, ce type de dol est très difficile à plaider dans les relations entre professionnels avertis. Pour les cas où le contrat mettrait aux prises un professionnel et un non-professionnel, les règles d'information du consommateur s'appliqueront au banquier contractant soumis à son devoir de conseil[984] ; si celui-ci les remplit, comment justifier le dol ?

Ainsi, après avoir démontré à l'aide d'exemples précis que le développement d'un droit bancaire islamique s'étend aux pratiques commerciales internationales, il nous reste à envisager comment le domaine bancaire islamique émergeant s'inscrit dans le système global de régulation des activités financières.

---

[982] A cet égard « le groupe de travail considère qu'une clause mixte ne doit pas être interprétée comme un tronc commun entre la loi choisie et la *Chari'a*, conception selon laquelle le juge ou l'arbitre n'appliquerait que les règles communes aux deux systèmes. Une clause mixte doit plutôt être interprétée comme manifestant la volonté des parties d'appliquer à leur contrat la loi nationale choisie dans toutes ses dispositions, à l'exception de celles qui contrediraient la *Chari'a* ». Cf. *Ibid.*, p. 25.

[983] *Ibid.*, p. 19.

[984] GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, *Op. cit.*, p. 240 et *Cass. Civ.*, 8 juin 2004, « Le client ne saurait reprocher au banquier préteur de lui avoir consenti un crédit ne correspondant pas à ses besoins ou à ses capacités que si l'erreur de choix est grossière et si la banque ne disposait pas des moyens d'appréciations appropriés » ce principe étant limité par le principe de non-ingérence du banquier dans les affaires de son client à qui il n'a pas à se substituer.

# ***Chapitre 2- La finance islamique dans le système financier international***

Le domaine bancaire islamique doit satisfaire aux exigences réglementaires s'imposant à l'ensemble des acteurs du monde financier (Section 1) pour asseoir sa crédibilité en tant que système alternatif (Section 2). Nous analyserons ici les implications légales de cette confrontation en illustrant nos développements avec des hypothèses déjà formulées précédemment. La création d'un droit bancaire islamique déconnecté des réalités économiques positives est illusoire. La légitimation des techniques financières musulmanes est majoritairement orientée vers la recherche de compromis qu'exige nécessairement la conjonction d'une lecture littéraliste de sources légales multiséculaires avec le souci de la plus grande modernité financière. En quête d'une cohérence juridique propre, le droit bancaire musulman reste finalement encore à inventer.

## Section 1- L'encadrement réglementaire international des banques islamiques

Dans cette section nous étudierons la problématique des dépôts bancaires tant son importance est primordiale dans le modèle bancaire islamique (§1), l'application des règles prudentielles aux institutions financières proposant des produits issus du droit musulman sera également envisagée (§2). Chemin faisant, nous verrons que les institutions financières se réclamant de l'Islam sont soumises aux mêmes contraintes que leurs équivalents conventionnels, mais que leur positionnement religieux leur impose des exigences supplémentaires. La structure économique de leurs marchés domestiques et la jeunesse de leur création sont des éléments supplémentaires expliquant leur fragilité.

### *§1- L'origine des dépôts*

La problématique des dépôts sera analysée en deux parties. Après avoir commencé par les aspects légaux (A) nous poursuivrons notre analyse à travers les problématiques économiques (B).

## A-Problématiques légales

Si par principe la légalité des dépôts bancaires islamiques doit s'envisager à l'aune de la *Shari'a* (1), le contexte géopolitique international a imposé aux banques le respect de règles, permettant de lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, qu'il convient de respecter (2).

### *1- Selon la Shari'a*

L'origine des dépôts n'est, du point de vue de la *Shari'a*, envisagée que de manière accessoire. Les banques islamiques ne s'attachent généralement pas à connaître l'origine des fonds apportés par leur clientèle[985]. En tout état de cause, dans les pays musulmans où les activités contraires à la *Shari'a* sont prohibées le problème ne se pose pas directement, de plus, nous l'avons vu, il est matériellement impossible de retracer l'origine des fonds et de déterminer la part d'impur dont ils sont issus. Le type de critère quantitatif que nous avons étudié dans le cadre des investissements islamiques ne semble pas pertinent ici. Toutefois, ce type de préoccupation est présent dans l'esprit de la clientèle, nous avons nous-même constaté au Maroc que pour de nombreux clients, le fait que leurs fonds soient réunis sur le plan comptable avec de l'argent provenant d'activités illicites faisait naître une suspicion à l'égard de la conformité des activités bancaires islamiques. La séparation comptable des activités islamiques et conventionnelles, dont nous avons déjà relevé qu'elle n'est encore que peu formalisée, constitue à cet égard un enjeu de prime importance.

### *2- Selon les règles de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme*

La relation entre la banque islamique et le financement du terrorisme est une idée reçue ne reposant sur aucun élément factuel. Dans la pratique, les

[985] Ce que nous soulignons ici n'est pas l'absence de vérification de la traçabilité des fonds, les banques s'attachent au contraire à s'assurer de la licéité des fonds dont elles sont dépositaires comme nous le verrons dans les développements subséquents (bien que la situation soit plus complexe dans les pays où l'économie informelle est importante). Il s'agit en l'espèce de l'impossibilité matérielle de déterminer l'origine impure de ces fonds selon la *Shari'a.* Une banque ne peut par exemple vérifier ce qui dans la recette d'un restaurateur, provient de la vente de nourriture (licite) ou de la vente d'alcool (illicite).

banques islamiques n'ont proportionnellement pas plus participé au financement des mouvements islamistes radicaux que les banques conventionnelles[986]. Dans les pays membres du Groupement d'Action Financière, créé en 1989[987], les banques islamiques sont soumises aux mêmes règles que les banques conventionnelles. Par ailleurs, les procédures dites « *Know your customer* » imposées aux Etats-Unis dans le *Patriot Act* de 2001 pour lutter contre le financement du terrorisme et le blanchiment d'argent sont applicables à toutes les banques américaines, ainsi que les banques étrangères ayant des activités aux USA. Ces procédures sont de plus en plus utilisées par les banques internationales craignant de voir leur réputation mise en cause par la révélation de liens, fussent-ils ignorés, avec des organisations terroristes ou mafieuses. Les banques islamiques sont pareillement impliquées dans ces procédures de vigilance[988], leur stigmatisation sur ce point ne pouvant dans le fond qu'être assimilée à une certaine forme de xénophobie latente.

*A contrario*, les banques islamiques ne peuvent pour autant pas s'ériger en modèle de vertu. L'utilisation des *trusts* les rend sujettes aux critiques soulevées par l'utilisation de cet instrument anglo-américain. Son rôle en matière d'évasion fiscale et son absence de transparence[989], notamment par le biais des paradis fiscaux qui se sont spécialisés dans l'accueil des *trusts* à des conditions fiscales avantageuses, n'est plus à démontrer. Nous avons vu que pour des raisons de frottements fiscaux, ces paradis fiscaux sont utilisés par les banques islamiques dans la structuration de certaines opérations de financement et que des banques islamiques y sont par ailleurs directement basées. Cet état de fait soulève des questions au regard de la finalité du système bancaire islamique et des valeurs qoraniques de transparence et d'honnêteté dans les transactions, sur lesquelles s'appuie son développement.

## B- Problématiques économiques

Nous aborderons dans un premier temps la problématique du coût des dépôts (1) avant, dans un deuxième temps d'orienter notre analyse vers le refinancement des banques islamiques (2).

---

[986] Sur ce point cf. JOUINI Elyès, PASTRE Olivier, *Op. cit.*, p. 6 et ROY Olivier, *L'Islam mondialisé*, *Op. cit.,* p. 181 et ss.

[987] Le Gafi regroupe 87 Etats dont tous les pays du Golfe et la plupart des membres de l'OCDE cf. http://www.fatf-gafi.org.

[988] Sur ce point cf. LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, « La finance islamique : une finance douteuse ? », *Les Cahiers de la finance islamique*, N°2, *Op.cit.*, p. 20.

[989] Sur l'utilisation du *trust* dans un but frauduleux cf. EMERICH Yaëll, *Op. cit.,* p. 50 et ss.

### *1- Le coût des dépôts*

Dans beaucoup de pays musulmans les règles prudentielles exigent un ratio élevé de fonds propres en raison de la fragilité de l'économie de ces pays émergents. Ceci implique une moindre rentabilité des banques islamiques sur ce point puisque ces fonds immobilisés ne peuvent participer à la création de richesse. Par ailleurs, si le développement des banques islamiques est souvent fondé sur la masse des dépôts non-rémunérés dont elles bénéficient et qui relativisent cette efficience moindre, nous avons vu que la compétitivité bancaire s'accroissant la clientèle exprime la volonté de voir ses dépôts, rémunérés. Si certains clients sont acquis aux banques islamiques pour des raisons idéologiques, quels que soient le coût et la compétitivité[990], ce n'est plus le cas aujourd'hui. Nous avons vu que pour l'Arabie Saoudite les banques évoluent progressivement et pour ne pas perdre la manne des dépôts non-rémunérés n'axent pas leur développement sur les produits d'épargne garantis qu'ils proposent néanmoins de manière croissante à une clientèle susceptible de les quitter pour aller vers des concurrents rémunérant mieux les dépôts. A cet égard le système bancaire islamique est à la croisée des chemins, son développement sur des bases similaires au modèle conventionnel pousse la clientèle à exiger toujours plus de rentabilité. Rentabilité dont la recherche passe nécessairement, nous l'avons vu, par un assouplissement des conditions posées par le droit musulman traditionnel et risque à terme de miner ouvertement la crédiblité de ce droit bancaire islamique.

### *2- Le refinancement des banques islamiques*

Une des raisons supplémentaires de la nécessité pour les banques islamiques de présenter une solvabilité importante ainsi qu'une liquidité élevée[991] est leur impossibilité théorique de recourir au crédit interbancaire et au réescompte[992]. Nous avons par ailleurs noté que sur ce point, des alternatives ont été mises en place, par l'intermédiaire des banques centrales le plus souvent

---

[990] Ce qui constitua pendant longtemps un frein à leur développement. Cf. FOUET Philippe, *Op. cit.,* p. 15.

[991] Sur les problèmes de liquidités des actifs islamiques cf. MUNAWAR Iqbal, AUSAF Ahmed, KHAN Tariqullah, *Défis au système bancaire islamiques*, Jeddah, IRTI, disponible sur www.irtipms.org, p. 49.

[992] Sur ce point cf. CHAPELLIERE Isabelle, *Op. cit.*, p. 243.

(c'est le cas en Arabie Saoudite[993] et en Malaisie par le biais de *moudharabah* dans lesquelles investissent les banques islamiques locales et où l'autorité centrale joue le rôle de *moudharib*). La nécessité de développer des solutions de refinancement des banques islamiques conformes à la *Shari'a* est patente dans le cas de la finance islamique[994].

Une banque, dans son activité d'intermédiaire de crédit assure en effet le rôle de transformateur des échéances des créances. Pour prêter à long terme, elle se doit de pouvoir compter sur des sources de refinancement à long terme ; pour une banque le risque de liquidité se définit comme la différence entre les sommes disponibles et les sommes exigibles[995]. Ainsi, une banque dont le bilan est majoritairement composé de dépôts à vue, ne peut prêter à long terme qu'en s'assurant des dépôts à long terme ou en empruntant elle-même à long terme. Schématiquement, dans l'octroi d'un crédit, sur vingt ans par exemple, une banque conventionnelle empruntera également sur vingt ans, sur le marché interbancaire, le marché monétaire ou auprès d'une caisse de refinancement[996] ; la différence entre les taux d'intérêts débiteurs et créditeurs représentant sa marge. Une banque islamique ne peut en théorie pratiquer de la sorte puisque son activité se doit d'être exempte de *riba*[997]. Le rôle des *sukuk* dans l'émergence d'un marché interbancaire islamique est à cet égard fondamental[998] puisque par cet instrument, les banques islamiques doivent pouvoir proposer des solutions d'épargne à long terme, leur permettant de prêter à long terme ou, inversement, de refinancer leurs crédits à long terme par l'acquisition de *sukuk*. Ici, c'est la différence de marge entre les crédits ou épargnes de la clientèle et le rendement des *sukuk* qui permettra à la banque de constituer un bénéfice.

---

[993] L'importance de l'épargne domestique limite, dans ce pays, ainsi que dans nombre de pays émergents, le recours au marché monétaire. Sur ce point cf. HASSOUN Anouar, « Principes de structuration des *sukuk* », *Les Cahiers de la Finance Islamique* N°1, *Op.cit*, p. 22.

[994] Cf. ALHABSHI Syed Othman, *Development of capital market under islamic principles, paper presented at the 1994 conference on managing & implementing Interest-free banking/Islamic financial system,* organized by Center for Management Technology. supported by Bank Islam Malaysia Berhad, Concorde Hotel, Kuala Lumpur, 25-26 janvier 1994, 8 p.

[995] Sur ce point cf. AHMED Habib, *Operational structure for islamic equity finance*, Jeddah, IRTI, 2005, disponible sur www.irtipms.org, p. 28-29.

[996] Précisons que sur le marché monétaire la durée des prêts n'excède pas deux ans et sur le marché interbancaire, un an. Pour les refinancements à long terme que nous avons choisis en exemple, les banques se tournent vers des caisses de refinancement dédiées (pour le refinancement des prêts immobiliers la Caisse de refinancement de l'habitat assure ce rôle en France et *Freddie Mac* aux USA) qui elles, de leur côté, émettent des titres tels que des obligations, et donc éventuellement des Sukuk.

[997] En pratique, les banques conventionnelles impliquées dans les activités islamiques usent des méthodes de refinancement conventionnelles dont elles font bénéficier leurs filiales en jouant en quelque sorte le rôle d'écran.

[998] FOUET Philippe, *Op. cit.,* p. 16 et ss.

Toutefois, nous l'avons vu, ce raisonnement se tient dans l'absolu, mais ne résiste que difficilement à l'analyse de la pratique. Si les produits de crédit ou d'épargne, de même que les *sukuk* d'ailleurs, sont structurés de manière à calquer les mécanismes de crédit conventionnels, quelle est la valeur ajoutée du droit bancaire islamique dont nombre d'auteurs ont mesuré le surcoût impliqué par la difficulté de faire coïncider juridiquement des principes revisités du droit musulman classique à la compétitivité financière moderne ? Comment expliquer que le refinancement islamique des banques islamiques puisse constituer la pierre angulaire de la cohérence globale du système bancaire islamique s'il ne fait qu'en refléter les ambigüités sous-jacentes ?

## *§2- Les règles prudentielles appliquées aux banques islamiques*

L'origine du mot risque vient de l'arabe *rizq* signifiant « provision » ou désignant la part de bien que Dieu attribue à chaque homme, il peut également servir à nommer « un fonds de subsistance pour les dépenses en vue des besoins à venir »[999]. Ce terme serait passé en Occident dès le Moyen Age via les contacts commerciaux méditerranéens et désigne aujourd'hui un danger probable ou plus précisément la probabilité que ce danger se manifeste[1000].

La mesure du risque est un élément essentiel des activités financières, l'instauration de règles prudentielles visant à en déterminer le coût participant de la fixation des prix des produits financiers et permettant également de limiter la survenance de crise[1001]. En tant que parties prenantes du système financier global, les banques islamiques, qui sont sujettes au risque par les choix d'allocation des ressources qu'elles effectuent, font également courir des risques à leurs contreparties et font à ce titre l'objet d'une pression croissante pour intégrer les règles globales du contrôle prudentiel[1002]. Leur crédibilité financière ne pouvant faire l'économie d'un respect des règles de contrôle qui s'imposent à tous les intervenants d'un marché. L'originalité supposée du modèle bancaire islamique

---

[999] RODINSON Maxime, *Op. cit.*, p. 197.

[1000] Sur ce point cf. PRADIER Pierre-Charles, *La notion de risque en économie*, Paris, La découverte, « Collection Repères Economie », 2006, p. 10-15.

[1001] Sur la difficulté contemporaine de faire coïncider des règles prudentielles globales dans un monde financier pourtant de plus en plus mondialisé, cf. LOUIS Jean-Victor, « Mondialisation, Marchés monétaires et institutions financières », *Revue internationale de droit économique*, 2002, numéro spécial « Mondialisation et droit économique », p. 528-557 où l'auteur note, p. 555 que « le contrôle prudentiel à l'échelle universelle » a « plutôt suivi que devancé l'évolution des marchés ».

[1002] CORNFORD Andrew, *Op. cit.,* p. 23.

nécessite que nous tentions d'expliciter les difficultés éventuelles qu'il peut y avoir dans l'application des méthodes modernes de mesure des risques à une activité fondée sur des produits issus des principes du droit musulman classique.

Enfin, il convient de noter, avec le Professeur El Gamal, qu'intrinsèquement, les prohibitions islamiques du *riba* et du *gharar* dans les transactions sont une forme de régulation prudentielle[1003]. Limitant l'iniquité et subordonnant le calcul du profit au risque impliqué, elles constituent des formes traditionnelles de gestion du risque. Nos développements subséquents proposeront d'analyser la gestion des risques dans les banques islamiques (A). Partant, nous envisagerons l'application du dispositif Bâle II dans ces établissements bancaires (B).

## A- La gestion des risques dans les banques islamiques

La finance conventionnelle et la finance islamique subissent un ensemble de risques communs (1), mais la particularité du modèle bancaire islamique fait supporter des risques propres aux établissements bancaires qui se réclament du droit musulman (2).

### *1- Risques communs avec la finance conventionnelle*

Le risque de crédit également appelé risque de contrepartie désigne le risque que l'emprunteur ne rembourse pas sa dette à l'échéance[1004]. Dans les banques islamiques, il se manifeste comme dans les banques conventionnelles[1005].

Dans le contrat de *mourabaha* le risque de crédit réside dans le non-paiement du prix par l'acheteur. Pour le *salam* et l'*istisna'* également. Dans le cas

---

[1003] EL-GAMAL Mahmoud A., *Islamic jurisprudence and finance : trends of the past and promises of the future*, Genève, Conférence du 22 juillet 2002, [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011), p. 3 et EL-GAMAL Mahmoud A., *An economic explication of the prohibition of Gharar in classical Islamic Jurisprudence*, 02 Mai 2001, 28 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011).

[1004] COUSSERGUES (de) Sylvie, *Op. cit.,* p. 157 et ss.

[1005] HIDEUR Nasser, *Quels types de risques crédit spécifiques à la finance islamique*, First conference in Islamic finance, Paris, Mardi 28 janvier 2010, Université de Paris dauphine, 34 p., [En ligne] www.financeislamiquefrance.fr/documents-et-rapports.php (consulté le 25 septembre 2011), p. 9-10.

de l'*ijara* le risque de contrepartie se trouve dans le non-paiement éventuel des loyers par le locataire. Enfin, dans les contrats de *mousharakah* et de *moudharabah* le risque de non-remboursement du capital investi par la banque et le non-paiement de la part de bénéfices de l'emprunteur constituent le risque de contrepartie.

Par ailleurs, l'interdiction du *riba* en Islam a conduit, nous l'avons déjà envisagé, à ce que les crédits octroyés à la clientèle soient indexés sur un taux d'intérêt sous-jacent présenté contractuellement sous la forme d'une marge fixe. Dans l'hypothèse d'une variation des taux de référence, la fixation définitive de la marge dans le contrat fait courir aux banques islamiques un risque de taux conventionnel. En effet, dans sa fonction d'intermédiaire financier la banque, au moment de l'octroi du crédit, doit chercher des ressources de maturité équivalentes à un coût inférieur, la différence représentant son profit. En pratique, si elle prête à taux fixe, elle emprunte le plus souvent à taux variable[1006], au taux de référence, généralement le Libor. Dans le cas où ce taux variable évolue défavorablement, la banque subira une perte sur sa marge à moins qu'elle ne décide de se couvrir sur les évolutions de taux par un recours à l'utilisation de *swap* (islamique ou non) dont nous avons montré précédemment la délicate légitimation en droit musulman. Il est également envisageable, et c'est le cas en pratique pour nombre de banques conventionnelles distribuant des produits islamiques, que la réalité des flux financiers soit purement conventionnelle. Ainsi, la banque cherchant à limiter son risque de taux procédera comme suit. Elle prêtera à Libor + 1% par exemple, et empruntera à Libor. Pour le client, le Libor étant de 3% au moment de l'octroi du prêt, s'il augmente à 3,5% la marge restera identique pour la banque (1%), mais il est difficile dans ce cas de comprendre le caractère islamique d'une telle opération. C'est ici que le rôle d'écran de l'établissement-mère aura toute son importance puisqu'en admettant que celle-ci puisse refinancer sa filiale de manière compatible avec l'Islam (marge basée sur une référence à un taux), les autorités religieuses acceptent implicitement que l'activité islamique ne peut se passer pour son développement d'un recours ultime aux instruments de taux. Il convient ici de nuancer ce propos en admettant que certaines banques islamiques peuvent distribuer des crédits pour un montant correspondant strictement aux dépôts de leur clientèle. Ce cas de figure ne permet par contre aucunement d'envisager le développement d'une industrie islamique compétitive et ne peut concerner que des cas ou des situations isolés[1007].

---

[1006] Il ne nous appartient pas ici d'entrer dans les détails techniques de la gestion ALM (*Asset Liabilities Management*) qui ne change *in fine* rien à notre argumentaire, le recours à des instruments de taux est nécessaire pour toute banque qu'elle soit islamique ou non.

[1007] Comme le fut par exemple la caisse d'épargne *Mit Ghamr* que nous avons déjà étudiée et qui ne distribuait des crédits aux paysans du delta du Nil qu'à hauteur de l'épargne que la communauté apportait.

Ce sont donc des risques de taux du point de vue classique, mais qui sont rattachés au risque de crédit en finance islamique « du fait que le contexte légal et réglementaire dans lequel évoluent la plupart des établissement islamiques qualifie les instruments de financement *chari'a* compatibles d'opérations de crédit »[1008]. On les nomme parfois pudiquement « risques de référence »[1009], mais il n'est pas difficile de conclure, en accord avec les autorités fiscales françaises et britanniques, que les profits des banques islamiques sont bien équivalents aux intérêts conventionnels[1010]. Ce rapprochement fait donc peser un risque supplémentaire de réputation aux établissements islamiques, risque qualifié de « religieux » sur lequel nous reviendrons ci-après.

### *2- Risques propres aux institutions financières islamiques*

Nous avons déjà noté que les risques associés aux crédits islamiques utilisant les mécanismes traditionnels de la banque sont globalement structurés pour correspondre à leurs équivalents conventionnels. Ainsi, il ne nous semble pas opportun de considérer que, dans la *mourabaha* ou dans le *salam* parallèle par exemple, la possibilité pour le client de ne pas tenir sa promesse d'achat soit constitutive d'un risque commercial, mais s'analyse plutôt comme un risque de crédit classique. En effet, la concomitance des opérations d'achat-revente a précisément pour but de réduire ce risque à néant. Le seul risque qui demeure étant celui de contrepartie et nous avons par ailleurs eu l'occasion de montrer en quoi cette réalité fait peser de graves présomptions sur la conformité à la *Shari'a* du mode de détermination du profit censé être essentiellement différent du loyer de l'argent prohibé. En outre ce risque de crédit est accru pour les banques islamiques puisque comme nous l'avons vu, l'impossibilité pour la banque

---

[1008] *Ibid.*, p. 12.

[1009] KHAN Tariqullah, AHMED Habib, *La gestion des risques, analyse de certains aspects, liés à l'industrie de la finance islamique*, Jeddah, IRTI, 2002, disponible sur www.irtipms.org., p. 59 dans lequel les auteurs précisent que « les banques islamiques [...] font face à des risques émanant des variations de taux d'intérêt.

[1010] Voir CHAPRA Umer, AHMED Habib, *Corporate governance in islamic financial institutions*, Jeddah, IRTI, 2002, disponible sur www.irtipms.org, p. 59-60 où les auteurs notent qu'en raison de la faible pratique des financements basés sur le partage des profits et des risques, les banques islamiques sont contraintes d'utiliser la référence à un taux d'intérêt conventionnel (Libor en l'espèce). Ce qui pose problème, ajoutent-ils, puisqu'au moment de la rédaction de leur ouvrage, les produits dérivés islamiques n'étaient pas encore légitimés. Nous savons aujourd'hui que les produits basés sur le partage des profits et des pertes n'ont pas plus de succès qu'alors mais que par contre les produits dérivés font désormais partie de l'arsenal juridique bancaire islamique.

d'intégrer les pénalités de retard de la contrepartie dans son profit peut potentiellement réduire le rendement de ce type d'opérations[1011].

Sur le plan des opérations fondées sur la participation en capital, le risque est ici encore accru pour les banques islamiques. Fondées sur des transactions réelles elles font porter aux banques les risques d'un investisseur en capital[1012]. La rentabilité moindre du projet affecte directement la banque prêteuse et en sus, la contrepartie n'étant tenue qu'à une obligation de moyen dans la conduite de son activité, elle ne peut voir sa responsabilité engagée par la banque qu'en cas d'abus ou de négligence manifeste et avérée. Ce qui fait peser sur la banque un risque additionnel. Ce risque peut néanmoins être relativisé en pratique par les sûretés dont bénéficie la banque en tant qu'actionnaire du projet, mais nous avons vu que dans le cas des financements de projets, les conventions intercréanciers limitent cet avantage pour les banques islamiques en lissant les différences de traitement[1013]. D'ailleurs, le principe de partage des profits et des pertes qui doit être de mise dans ce type d'opérations comporte également des risques accrus. Pour la banque, dans son rôle de fournisseur de crédit, nous avons vu qu'il est lié au risque de sélection adverse[1014]. *A contrario*, dans son rôle de mobilisateur de ressources, comme une partie des pertes est supportée par la clientèle, la banque peut être tentée de s'engager dans des opérations plus risquées en tant que *moudharib*[1015] afin d'offrir à sa clientèle épargnante un rendement supérieur à celui qu'elle pourrait trouver chez les banques concurrentes. Il convient malgré tout de ne pas noircir le trait, le principe de partage des profits et des pertes appliqué aux dépôts de la clientèle peut également s'analyser sous l'angle d'une plus grande résistance du modèle bancaire islamique. Les défauts de remboursement de la clientèle débitrice pourront être supportés en partie par la clientèle dépositaire et le recours aux fonds propres de la banque sera diminué d'autant. Rappelons quand même que cet aspect ne semble pas prévaloir dans l'esprit des gestionnaires des banques islamiques qui préfèrent à l'heure actuelle bénéficier de la manne des dépôts non-rémunérés (*qard al hassan*) plutôt que de profiter de cette garantie supplémentaire qui rognerait leur profitabilité à court-terme.

---

[1011] Sur ce point cf. HIDEUR Nasser, *Op. cit.*, p. 13.

[1012] FOUET Philippe, *Op. cit.,* p. 14.

[1013] A noter qu'en pratique, c'est par l'intermédiaire d'une clause dite « *pari passu* » que l'égalité entre les créanciers est assurée. Sur ce point cf. MATTOUT Jean-Pierre, *Op. cit.*, p. 181.

[1014] Cf. *supra* p. 110-111.

[1015] Sur ce point CHAPELLIERE Isabelle, *Op. cit.*, p. 239.

De plus, dans les banques islamiques, le risque de documentation est accru en raison de la complexité des opérations islamiques[1016] et entraîne conséquemment un surcoût pour la clientèle.

Enfin, le risque religieux correspondant à la probabilité de voir les opérations des banques islamiques être finalement considérées comme non-conformes leur fait courir un risque additionnel de réputation. La déontologie est encore plus essentielle dans une banque fondée sur des principes religieux et dont l'attrait repose avant tout sur la quiétude spirituelle offerte à la clientèle.

## B- L'adaptation des règles de Bâle II aux institutions financières islamiques

Nous avons déjà eu à plusieurs reprises l'opportunité de souligner la proximité technique des normes islamiques et conventionnelles en matière financière ; l'étude de l'adaptation des règles de Bâle II aux institutions financières islamiques (1) ainsi que les modalités de notation financière des émetteurs islamiques (2) viendront en soutien de cette assertion.

### *1- L'adaptation des exigences islamiques à Bâle II*

Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire est une institution créée en 1974 dont les missions sont le renforcement de la sécurité et de la fiabilité du système financier, l'établissement de standards en matière de contrôle prudentiel, la diffusion et la promotion des meilleures pratiques bancaires et de surveillance,la promotion de la coopération internationale en matière de contrôle prudentiel. Les normes dites de Bâle II sont un dispositif prudentiel destiné à mesurer les risques bancaires (principalement de crédit ou de contrepartie, le risque de contrepartie représentant la probabilité de défaillance future des contreparties de la banque) et à déterminer les exigences minimales en fonds propres des banques. Elles sont aujourd'hui appliquées dans plus d'une centaine de pays[1017]. Il ne nous appartiendra pas d'entrer en détail dans des considérations techniques que

[1016] Sur les nombreuses opérations d'achat-revente, la structuration financière soumise à la double exigence du respect des règles islamiques et des normes économiques contemporaines ou encore le formalisme supplémentaire que tout ceci implique, cf. notamment *supra* p. 305.

[1017] www.bis.org.

d'autres ont développées par ailleurs[1018], mais simplement de préciser que ces méthodes de mesure du risque sont basées sur un système de pondération fonction de la qualité de la contrepartie. Schématiquement, plus celle-ci comportera de faiblesses, plus élevé sera le coût de ses emprunts. L'IFSB, dont nous avons vu plus haut qu'elle est l'organisation chargée de développer des standards de contrôle prudentiel pour les banques islamiques calque ses méthodes sur celles de Bâle II, notamment en ce qui concerne la pondération du risque (*risk weights*)[1019]. Si le modèle essentiellement commercial des banques islamiques en théorie, et surtout, son utilisation de produits basés sur le partage des pertes et des profits justifient que les règles de Bâle II ne leur soient pas directement transposables, l'évolution de la pratique bancaire islamique dans le sens d'un calque des pratiques conventionnelles entraînera à n'en pas douter un rapprochement similaire sur le contrôle des risques ainsi que nous l'ont confié les responsables des risques que nous avons rencontrés dans diverses banques islamiques[1020].

### *2- Notation des émetteurs islamiques*

Les agences de notation financière sont des sociétés spécialisées dans l'évaluation du risque des émetteurs d'instruments financiers comme les sociétés, les Etats et bien entendu les établissements bancaires. Leurs analyses sont sanctionnées par une note informant les marchés de la qualité des opérations (sûres, risquées, très risquées par exemple). Pour le sujet qui nous intéresse, deux remarques s'imposent.

Tout d'abord, les agences de notation financière utilisent la même méthodologie de notation pour les banques islamiques que pour les banques conventionnelles. Si quelques adaptations sont rendues nécessaires par le fonctionnement spécifique de certaines activités islamiques, notamment celles dites de PPP (partage des pertes et profits), globalement, la similitude de fonctionnement des opérations islamiques et conventionnelles justifie pleinement que leur traitement s'effectue sur des bases communes[1021].

---

[1018] Voir BRADLEY Xavier, DESCAMPS Christian, *Monnaie Banque Financement*, Paris, Dalloz, 2005, p. 289 et ss.

[1019] HARZI Adel, *Op. cit.*, p. 7.

[1020] A ce propos voir également AL SADAH Anwar khalifah, *Challenge facing the islamic financial services industry*, welcome address at the 8th AAOIFI annual conference on Islamic Banking, Manama, Bahreïn, 2006.

[1021] Selon Standard&Poors et Moody's les deux principales agences de notation financière, cf. DAMAK Mohamed, *Évaluation et mesure du risque de crédit pour les banques et produits*

Par exemple, dans le cas des *sukuk* garantis par un tiers (*asset-based*) dont nous avons déjà étudié le manque de cohérence avec le principe de l'adossement au risque de la rémunération, les agences de notation déduisent très logiquement la notation du *sukuk* de celle du tiers garant. Ainsi, la structuration islamique ne se distingue en rien, sur ses attributs essentiels, d'une titrisation conventionnelle avec rehausseur de crédit[1022]. De même, la notation des *sukuk asset-backed* est calquée sur la titrisation classique. L'étude des revenus dégagés par l'actif sous-jacent et la structure de l'opération justifient la notation[1023]. Ces informations renforcent d'autant notre analyse sur la profonde identité de vue entre la finance conventionnelle et la finance islamique.

De plus, en dépit de la spécificité islamique en matière de sûretés dont nous avons déjà montré en quoi elle peut être relativisée, nous ne pensons pas que la finance islamique soit intrinsèquement plus résistante aux crises que la finance conventionnelle. Son recours à la titrisation, son implication indirecte dans les marchés de produits dérivés, l'exposition des produits de crédit aux mêmes risques que leurs équivalents conventionnels ainsi que la jeunesse de leur histoire sont autant d'éléments justifiant ce point de vue[1024]. En sus, le risque religieux associé à un rapprochement du droit bancaire islamique vers un mode de fonctionnement perçu comme un repoussoir par nombre de musulmans en constitue même une fragilité additionnelle. Enfin, quelle valeur peut-on aujourd'hui accorder à la notation des agences financières spécialisées ? Leur rôle dans la crise financière de 2008 est indéniable[1025] alors que leur responsabilité juridique n'est que très difficilement démontrable.

Ainsi, à notre sens, les clients des banques islamiques ne peuvent croire en une solidité supérieure au seul motif de l'islamité. Prenons le cas d'un *sukuk*

---

*islamiques*, Standard&Poors Financial Services, First conference on risk management in Islamic Finance, Université Paris dauphine, 28 janvier 2010, [En ligne] www.financeislamiquefrance.fr/documents-et-rapports.php (consulté le 25 septembre 2011), p. 27 et HOWLADAR Khalid, *The future of Sukuk : substance over form*, Moody's investor's service, 06 mai 2009, [En ligne] http://www.cpifinancial.net/v2/fa.aspx?v=0&aid=260&sec=Islamic%20Finance (consulté le 25 septembre 2011), p. 2 et ss.

[1022] Sur ce point cf. *Capital adequacy requirements for sukuk securitization and real estate investment*, Juin 2009, IFSB, [En ligne] www.ifsb.org/standard/ifsb7.pdf (consulté le 25 septembre 2011), p. 11.

[1023] Sur ces points cf. *Standard&Poors Approach to rating sukuk*, *Standard&Poors Ratingsdirect*, 17 septembre 2007, [En ligne] http://www2.standardandpoors.com/spf/pdf/media/sp_approach_to_sukuk_17-sep-2007.pdf (consulté le 25 septembre 2011), 11 p.

[1024] Voir AZIZ Zeti Akhtar, *The future prospect of the Islamic financial services industry*, speech at the IFSB, interactive session, Bali, 31 mars 2004, 4 p., [En ligne] www.bis.org/review/r040414d.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

[1025] Voir notamment « Les agences de notation dans la tourmente de la crise des subprimes », *La Tribune*, 10 janvier 2008.

garanti par l'Etat du Qatar, dont on sait la richesse. La garantie apportée par ce tiers remet en cause la conformité à l'Islam de l'opération comme l'affirme le *sheykh* de *Wall Street* Taqi Usmani que l'on ne peut qualifier de béotien en la matière, ce qui caractérise un important risque religieux. La garantie financière totale du Qatar justifie la notation peu risquée des titres émis, mais l'on sait cette partie du monde soumise aux aléas des changements de régime[1026], l'actuel dirigeant du Qatar ayant purement et simplement évincé son père du trône en 1995, pendant que celui-ci était en villégiature en Suisse[1027]. Si celui-ci venait à son tour à être destitué, ou si la dynastie *Sa'ud* était elle-même déchue de son pouvoir en Arabie, sur quelles bases peut-on croire que les nouveaux dirigeants continueraient d'assumer leurs engagements ? Sur des bases islamiques ou par le biais des pressions économiques du système financier international ? Nous n'avons bien évidemment pas de réponses à ces spéculations, mais nous pensons qu'elles prouvent suffisamment qu'elles se situeront sur le plan politique et non sur celui de l'Islam bancaire contemporain que nombre de musulmans s'évertuent à penser comme la réponse idoine aux maux minant le système financier mondial.

Entre résistance et compétitivité le modèle bancaire islamique devra selon nous choisir. Pour être aussi efficient économiquement que son pendant conventionnel il devra en incorporer les modes de fonctionnement et donc subir les mêmes risques. Affirmer que les banques islamiques peuvent être aussi performantes que les banques conventionnelles tout en étant plus résistantes ne résiste pas à l'analyse selon nous[1028], sauf à considérer que les garanties apportées en pétrodollars par ses promoteurs justifient sa solidité. Si tel est le cas alors l'islamité n'entre pas en compte, tout établissement ou véhicule d'investissement garanti par de tels sponsors offrira la même résistance. Une banque d'Etat saoudienne sera globalement jugée par les marchés comme étant plus résistante qu'une banque d'Etat pakistanaise, qu'elle soit islamique ou pas n'ayant à cet égard aucune incidence.

---

[1026] Instabilité politique qui est, précisons-le, retenue dans les modèles de notation financière des agences.

[1027] Voir notamment, BONIFACE Pascal, «Le Qatar se veut un modèle pour le Golfe », *Le Monde Diplomatique*, juin 2004, [En ligne] http://www.monde-diplomatique.fr/2004/06/BONIFACE/11252 (consulté le 25 septembre 2011).

[1028] A l'appui de cette assertion, WYMAN Oliver, *The next chapter in Islamic finance, higher rewards but Higher Risks,* Financial Services, 2009, 36 p.

## Section 2- La légitimation de la banque islamique en tant que modèle alternatif

La solidité supposément supérieure du modèle bancaire islamique ne résiste pas à l'analyse et nous avons vu que les choix juridiques ayant été opérés en sont largement responsables, alors même que les principes qui les sous-tendent pourraient permettre d'en nuancer les faiblesses. Dans cette dernière section nous postulerons, sous un angle prospectif, que la volonté du modèle bancaire islamique de s'imposer en tant que système global est vaine (§1). Nous proposerons en outre des hypothèses pouvant permettre au droit bancaire islamique de s'inscrire dans la démarche plus large de la responsabilisation de la finance (§2).

### *§1-La vaine quête d'un modèle global de droit bancaire islamique*

Si nous considérons que la volonté d'établir un modèle bancaire islamique est illusoire, c'est d'une part car l'attente d'un nouvel âge d'or de l'Islam par certains promoteurs du système bancaire islamique nous est apparue comme utopique eu égard aux enseignements de l'Histoire (A), et d'autre part car les éléments soulevés au cours de notre étude ont révélé que la création d'un droit bancaire islamique poursuit des intérêts antagonistes (B).

#### A- L'utopie d'un nouvel âge d'or de l'islam

L'uniformisation des normes islamiques (1) a historiquement concouru à leur affaiblissement. Il semble, au regard de nos développements précédents, que l'Histoire puisse se répéter. Le principe de réalité nous oblige en outre à constater que les obstacles à l'instauration d'un système financier islamique global sont irréductibles (2).

### *1- La problématique de l'uniformisation des normes*

Au cours de ce travail de thèse, nous avons montré que la perspective du droit bancaire islamique s'inscrit dans un double processus d'uniformisation. L'uniformisation au sein de la diversité de l'Islam traduisant à notre sens la volonté plus globale d'uniformisation avec les règles conventionnelles[1029]. Après avoir rappelé les enseignements historiques montrant le lien entre l'uniformisation du droit musulman et son appauvrissement nous avons dressé un parallèle établissant qu'*in fine* c'est au regard de la modernisation du droit musulman et de sa libéralisation que le droit bancaire islamique naissant doit être envisagé. Comme d'autres avant nous l'ont déjà prouvé, la « tendance hégémonique de l'économie dans les processus qui animent le monde contemporain » est évidente, un système dominant étant contraint d'utiliser les éléments des autres systèmes, il est de « l'intérêt du marché financier d'éviter la marginalisation d'une partie de l'humanité »[1030]. Il est évident que la conséquence implicite d'un droit bancaire islamique calqué sur les pratiques économiques modernes est précisément d'ancrer l'Islam dans une conception rénovée de ses règles[1031]. Le fait que l'Islam soit vécu comme un recours face à la puissance occidentale[1032] constitue en principe un obstacle à la pleine acceptation des principes financiers modernes par les musulmans. Or, l'économie ayant « désormais vocation en lieu et place des anciennes théologies, à définir la voie que l'humanité doit suivre, celle de la Croissance illimitée, c'est bien en réalité parce que, sous le masque de la nécessité, elle ne constitue elle-même rien d'autre qu'une idéologie invisible et une religion incarnée »[1033]. Nous pensons que par le biais d'une définition unifiée le droit bancaire islamique offre aux musulmans le moyen d'accepter cette religion incarnée en la parant des attributs de l'Islam. Si comme le note le Professeur Delmas-Marty, l'unification des règles est théoriquement impossible en Islam en « même temps des principes communs peuvent être dégagés pour

---

[1029] Sur l'uniformisation comme vecteur d'intégration dans le système financier mondial cf. HASSOUN Anouar, « Principes de structuration des *sukuk* », *Op.cit.,* p. 21.

[1030] Cf. FARJAT Gérard, *Op. cit.*, p. 154 à 161. Voir également in MICHEA Jean-Claude, *L'empire du moindre mal*, Paris, Flammarion, « Champs Essais », 2010, p. 83, la citation de Milton Friedman, chantre du libéralisme économique célébrant les vertus du Marché qui « permet d'unir des millions d'individus sans qu'ils aient besoin de s'aimer ni même de se parler ».

[1031] Nous pensons d'ailleurs à ce propos, avec monsieur Baily qu' « une dimension essentielle de la modernité tient à la conviction que l'on est moderne », cf. BAILY C.A, *La naissance du monde moderne, 1780-1914*, Paris, Editions de l'Atelier, 2006, p. 11. Ce qui est patent dans le cas du développement de la banque islamique moderne où la modernité n'est envisagée que par rapport à une conception importée des techniques financières occidentales.

[1032] Cf. RODINSON Maxime, *Op. cit.*, p. 279.

[1033] MICHEA Jean-Claude, *Op. cit.*, p. 56 et LEGENDRE Pierre, *Dominium mundi, L'Empire du management*, Mille et une nuits, 2007, 94 p.

l'harmonisation »[1034]. Mireille Delmas-Marty évoque une méthodologie comparatiste permettant d'établir des rapprochements entre des systèmes distincts, sans leur ôter leur spécificité, mais en trouvant des terrains de convergence dans les « marges » laissées par les latitudes d'interprétations nationales. En matière de droit bancaire islamique nous avons pu constater que, si l'uniformisation touche les principes des techniques bancaires, ces marges laissées par les latitudes d'interprétations nationales concernent essentiellement les processus de commercialisation et ne sont donc qu'accessoires au regard de la tendance générale, au point qu'il ne soit pas permis selon nous de parler en la matière, comme l'auteur l'envisage de façon prospective et générale, de droit commun pluraliste.

La création d'un droit bancaire islamique permet ainsi selon nous la poursuite de la libéralisation de la société que le Professeur Michéa a décrite comme « une agrégation d'individus abstraits qui, dès lors qu'ils en respectent globalement les lois sont supposés n'avoir rien d'autre en commun que leur désir de participer à la croissance »[1035]. Ce qui est pour le moins éloigné des principes classiques du droit musulman et ne doit pas, en tout état de cause, pouvoir permettre d'analyser le droit bancaire islamique comme un vecteur d'islamisation quelconque.

### *2- Les obstacles irréductibles à l'instauration d'un système financier islamique global*

Au plan du droit musulman classique nous avons déjà pu montrer que l'instauration d'un système financier islamique global est une chimère. Que ce soit à raison de la conception traditionnelle de la monnaie, de la conception classique de la dette ou sur le plan politique, de la chute du *Khalifah* et de la division du monde musulman.

Une telle perspective est néanmoins présente dans l'esprit de nombre de musulmans[1036] comme en atteste le processus évolutif du développement du droit

---

[1034] DELMAS-MARTY Mireille, IZORCHE Marie-Laure, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité d'un droit commun pluraliste », *Revue internationale de Droit Comparé*, 2000, volume 52, N°4, disponible sur www.persee.fr, p. 7.

[1035] MICHEA Jean-Claude, *Op. cit.*, p. 109.

[1036] Cf. notamment AZIZ Zeti Akhtar, *The international dimension of islamic finance*, keynote addressed at the 2007 INCEIF Global Forum « Leadership in Global finance-The emerging islamic horizon », Kuala Lumpur, Malaisie, 30 août 2007, 4 p., [En ligne] www.bis.org/review/r070903b.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

bancaire islamique qui sous-tend une volonté d'islamisation progressive[1037], ainsi que les appels à un retour général à un « Islam pur des origines », détourné de la connaissance historique propre aux mouvements néo-fondamentalistes contemporains[1038] et caractéristique de toute pensée extrémiste.

Comme le montre Olivier Roy[1039], le néo-fondamentaliste est dans le déni du culturel. Son approche de l'Islam se pose « comme un code du comportement fondé sur le licite et l'illicite […] adaptable à toute société donnée ». Cette approche ne pouvant s'imposer dans le multiculturalisme il est donc cohérent que son développement se fasse parallèlement à l'uniformisation culturelle actuelle. Nous avons d'ailleurs prouvé au cours de notre argumentation que, ce qui peut apparaître comme paradoxal aux yeux de l'opinion communément admise, le développement d'un droit bancaire islamique unifié est perçu par ces mouvements comme favorisant le retour à un Islam originel alors même que c'est tout l'inverse qui se produit selon nous dans les faits. Cette contradiction s'explique en grande partie par leur déni de l'histoire du monde musulman[1040], leur rejet des différentes écoles de pensées, mais également par l'intérêt commun que partagent sur ce plan les prosélytes fondamentalistes et les tenants de l'Islam financier, comme nous l'avons montré précédemment[1041].

Quoi qu'il en soit, un tel caractère progressif dans la stratégie de développement du droit bancaire islamique n'est pas viable à long terme[1042]. Ce retour à un nouvel âge d'or, tôt ou tard démenti par les faits, laissera place à la compréhension de la réalité profonde du système bancaire islamique, la Banque islamique est un produit marketing, un simple produit d'appel et non l'ébauche d'un nouvel ordre économique[1043]. Comme le note avec une pointe d'ironie le Professeur Martens, « Le *riba* était sorti par la porte ; il rentre par la fenêtre et

---

[1037] Cf. CHAPRA Umer, Vers un système monétaire juste, Jeddah, IRTI, 1997, disponible sur www.irtipms.org, p. 284 et ss.

[1038] A cet égard cf. ARKOUN Mohammed, *Op. cit.*, p. 8.

[1039] ROY Olivier, *L'Islam mondialisé*, *Op. cit.*, p. 157 et ss.

[1040] A titre d'exemple notons que Ibn Al Baz, un fondamentaliste Saoudien dont nous avons montré la proximité avec le pouvoir saoudien, « nie que l'histoire musulmane a connu la banque et l'intérêt », cf. BENMANSOUR Hacène, *Op. cit.,* p. 56.

[1041] Cf. *supra* p. 171.

[1042] Sur ce point voir l'article de CHARNAY Jean-Paul, « Stratégie et religion », *Archives des sciences sociales des religions*, 1970, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 4, dans lequel l'auteur montre qu'un processus de développement progressif fondé sur une référence utopique est indubitablement amené à être contredit par les faits et donc à s'interrompre.

[1043] Sur ce point, cf. ROY Olivier, *L'Islam mondialisé, Op. cit.*, p. 181.

celle-ci est grande ouverte »[1044], souhaitons simplement que la prise de conscience ne soit pas source d'une radicalité exacerbée[1045].

## B- La poursuite d'intérêts contradictoires

Que ce soit sur le plan des conceptions universalistes de l'Islam et du libéralisme économique (1), ou à raison du pragmatisme partagé par les praticiens et la clientèle des établissements financiers islamiques (2), les contradictions du droit bancaire islamique sont selon nous les causes majeures de sa fragilité.

### *1- Universalisme et développement de la finance islamique*

Le développement du droit bancaire islamique se heurte actuellement selon nous à plusieurs contradictions. Nous l'avons vu, la lutte contre le communautarisme islamique en Occident[1046] rend délicate la commercialisation de produits bancaires islamiques, c'est d'ailleurs particulièrement le cas en France. De plus, nous avons montré que ce modèle économique à vocation globale fondé sur un particularisme religieux est voué à l'échec, au plan économique ou au plan religieux. En effet, soit le droit bancaire islamique cherche à asseoir sa crédibilité religieuse, et ne peut prétendre concurrencer globalement le système financier contemporain, mais *a contrario* fait preuve de cohérence au regard de ses principes essentiels. Soit, et c'est le cas aujourd'hui, il cherche à contourner les blocages religieux classiques pour permettre sa crédibilisation financière[1047]. En

---

[1044] MARTENS.A, « La finance islamique : fondements, théorie et réalité, l'Actualité économique », *Revue d'Analyse économique*, Montréal, Vol. 77, N°4, Décembre 2001, p. 491.

[1045] Sur le modèle du rejet, par une large part de son auditoire, des positions plus consensuelles qu'Ibn Baz a été nécessairement conduit à adopter après avoir accédé aux conseils des *'ulama* en Arabie Saoudite. Cet auditoire déçu s'enfonçant d'autant plus dans une idéologie extrémiste « désinstitutionnalisée » et donc moins contrôlable.

[1046] ROY Olivier, *L'échec de l'Islam politique*, *Op. cit.,* p. 166. En réalité comme l'explique l'auteur, « l'incidence de l'Islamisme est très limitée sur l'évolution du monde musulman » alors même que l'islamophobie représente aujourd'hui la forme la plus courante de discrimination religieuse, selon le rapporteur spécial de l'ONU pour le racisme, en 2007 au conseil des droits de l'homme de l'ONU, cité par François Burgat in BURGAT François, *Op. cit.*, p. 21.

[1047] Sur ce point cf. AZIZ Zeti Akhtar, *The nature of risks involved in dealing with OTC financial derivatives*, keynote address at the 4th banking and financial law school seminar, Kuala Lumpur, 19 février 2004, 4 p., [En ligne] www.bis.org/review/r040225f.pdf (consulté le 25 septembre 2011), p. 3. L'auteur propose une véritable quadrature du cercle en déclarant que « la banque et la finance islamique ne doivent pas uniquement être conformes à la Shari'a [...] mais également être attractive pour tous les clients. »

cela le droit bancaire islamique s'inscrit directement dans la perspective du droit contemporain que Jacques Commaille a décrit comme passant d'un « modèle dogmatico-finaliste », traditionnel, à un modèle « pragmatico-gestionnaire »[1048]. Il n'est pas question ici de soutenir tel modèle plutôt qu'un autre, mais simplement de montrer la contradiction du droit bancaire islamique qui prétend être ce que l'analyse montre qu'il n'est pas. Cette contradiction intrinsèque est selon nous une preuve majeure de sa fragilité.

### *2- Pragmatisme et développement de la finance islamique*

Les paradoxes et les fragilités du modèle bancaire islamique que nous tentons d'exposer sont néanmoins à relativiser par ce que montrent les faits. Ainsi, il est indéniable que l'industrie bancaire islamique est en forte croissance, comme son attrait auprès de la clientèle musulmane. Offrant tout à la fois une quiétude spirituelle et les moyens de satisfaire des besoins économiques, son pragmatisme semble aujourd'hui satisfaire les populations ciblées. A l'aune de cette constatation nous sommes tentés de dire que les paradoxes véhiculés par le droit bancaire islamique sont tout simplement en adéquation avec les paradoxes d'une certaine partie de la population musulmane. Ecartelée entre une volonté de modernisation et l'attachement intériorisé à la tradition qui lui en refuserait le droit sur plusieurs points, dont le recours à l'industrie bancaire fondée sur l'intérêt, celle-ci semble toute disposée à recourir aux produits bancaires estampillés islamiques fussent-ils intrinsèquement identiques avec leurs pendants conventionnels. Le droit bancaire islamique serait-il donc une sorte de pis-aller permettant de confondre les moyens et les fins ? Permettrait-il au bout de l'analyse de concilier des moyens artificiellement compatibles avec une finalité idéalisée, mais globalement écartée dans les faits [1049] ? En d'autres termes, le développement d'une industrie bancaire islamique moderne peut s'analyser comme la victoire factuelle de la pensée économique libérale sur la pensée

---

[1048] COMMAILLE Jacques, *L'esprit sociologique des lois*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 246.

[1049] Le rejet majoritaire du recours à l'intérêt par des particuliers, aussi réduit et nécessaire soit-il, par la doctrine majoritaire en Islam se comprend difficilement au regard de son utilisation constante et acceptée dans le développement de l'industrie bancaire islamique comme nous l'avons montré en nous appuyant sur de nombreux avis. De plus, sous couvert d'une éthique propre sur laquelle nous reviendrons, il est flagrant que la finalité de l'industrie bancaire islamique est moins dictée par des considérations spirituelles que par des considérations matérialistes. Comme l'affirmait Raymond Aron, cité par DESROCHE HENRI, « Religion et développement ; Le thème de leurs rapports réciproques et ses variations », *Archives des sciences sociales des religions*, 1961, volume 12, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 2, « la quantité des biens disponibles pour chacun ne mesure pas la qualité de l'existence », si cette opinion pouvait illustrer la position originelle des banques islamiques, il est difficile d'admettre que ce soit encore le cas aujourd'hui.

traditionnelle musulmane dans l'esprit de nombre de musulmans, et ce, même si cet état de fait n'est le plus souvent qu'inconsciemment admis[1050]. Peut-être faut-il alors affirmer avec Christopher Lasch que « le désillusionnement représente le prix à payer pour le progrès »[1051] ?

## *§2- Quel modèle pour le droit bancaire islamique de demain ?*

Nous l'avons vu, la création d'un droit bancaire islamique est envisagée comme un processus progressif. A cet égard, l'avenir de ce droit en terme d'apports sociaux à l'adresse de la communauté musulmane (A), ainsi d'ailleurs que sa contribution potentielle à l'établissement d'une éthique financière renouvelée (B), sont deux points qui méritent d'être soulevés.

### A- Les apports sociaux de la banque islamique

La contribution de la banque islamique au développement humain (1) et une plus grande prise en compte de ses idéaux originels (2) sont deux axes sur lesquels le droit bancaire islamique pourra selon nous affirmer sa cohérence.

#### *1- Bancarisation et développement humain*

Dans sa perspective originelle, la fonction de la banque islamique est d'offrir à la communauté musulmane des instruments lui permettant de développer des moyens de production tout en respectant les préceptes classiques de l'Islam jugés incompatibles avec le système bancaire conventionnel qui excluait pour des raisons religieuses une part importante des populations. Cette perspective s'appuyait sur la mise en commun des ressources et le recours à des intermédiaires financiers apportant leur savoir-faire dans la conduite des projets. En outre, le coût des services bancaires devait en théorie être fonction de la prise de risque et du travail effectué, en vertu des préceptes du droit musulman

[1050] Ce qui est bien caractérisé par l'utilisation de « *swap* islamiques ». Il en va de même pour l'interdiction communément admise d'acquérir par un crédit conventionnel un bien nécessaire à la sauvegarde des *maqasid al Shari'a* alors que l'endettement pour des raisons matérialistes sera favorisé s'il est accompli à l'aide d'un produit bancaire islamique.

[1051] LASCH Christopher, *La révolte des élites*, Paris, rééd., Editions Flammarion, 2007, p. 244.

classique. La redistribution des richesses des composantes les plus fortunées de la société était également encouragée par le rôle traditionnel de la *zakat*, de la *sadaqa* et du *qard al hassan*. Enfin, la finalité du développement de techniques bancaires islamiques s'inscrivait dans le cadre du respect des buts de la Loi islamique que nous avons étudiés plus haut. Ainsi, le respect de la vie humaine, la préservation de la descendance justifiaient, entre autres principes, qu'un certain nombre d'activités soient exclues par les institutions financières islamiques. En cela, le droit bancaire islamique proposait une idéologie pouvant être rapprochée du développement durable. Dans l'optique de développement durable il s'agit ainsi « de produire plus, au service du plus grand nombre, de mieux répartir les richesses et de lutter contre la pauvreté, tout en préservant la nature […] on y retrouve de plus, dans chacune de ses dimensions, économique, sociale et environnementale, une exigence transversale de solidarité entre les générations »[1052].

Par ailleurs, ce type de développement « socialement responsable » permet aux entreprises qui s'y engagent de « s'assurer une forme de légitimité ». L'amélioration de la réputation de ces entreprises leur procure « un avantage économique sur le marché » dont elles chercheront, à plus long terme, à tirer davantage de « profitabilité et [de] viabilité »[1053]. Tel est effectivement le positionnement de la banque islamique. Le temps dira si derrière cet affichage vertueux, l'industrie bancaire islamique contribue réellement à faire sortir de la pauvreté les populations musulmanes défavorisées ou si, à l'exemple du Soudan, elle ne bénéficie qu'aux classes les plus favorisées[1054].

---

[1052] FORGET Elizabeth, « Le développement durable dans la finance éthique et la finance islamique », *Les Cahiers de la finance islamique*, *Op.cit.*, p. 1-4.

[1053] BRUNNEL Sylvie, *Le développement durable*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2007, p. 53-54.

[1054] Cela ne semble pas être le cas si on se fie à certaines études telles que celles de EL-GAMAL Mahmoud A., *Limits of Sharia arbitrage and unrealized potential of islamic finance*, Conference in Harvard, 9 mai 2004, 11 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html [En ligne] (consulté le 25 septembre 2011).et EL-GAMAL Mahmoud A., *A call for mutuality in Islamic finance*, Harvard IFP, 22 Avril 2006, 11 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011), dans lesquelles l'auteur montre que beaucoup de critiques se focalisent actuellement sur l'incapacité de la banque islamique à apporter un développement économique et social aux populations musulmanes. Voir par ailleurs une étude de l'impact positif des activités conventionnelles de microfinance sur le pourtour méditerranéen (Maroc, Jordanie et Palestine pour l'essentiel) : *Impact économique et social de la microfinance en Méditerranée : état des lieux et perspectives*, rapport final Femip, Avril 2008, Banque Européenne d'investissement, 81 p.

### *2- Retour aux idéaux de la banque islamique*

En entamant des recherches sur la création d'un droit bancaire islamique, la déconnection entre les principes affichés et la réalité pratique est ce qui à notre sens retient avant tout l'attention. Que de chemin parcouru entre les premières expériences comme *Mit Ghamr* et le modèle actuel ! Nos analyses ont montré que cette évolution s'est accomplie dans le sens d'un éloignement des principes originels. Les techniques de financement se sont axées sur la synthétisation des procédures conventionnelles, marginalisant le recours au partage des profits et des pertes, la transparence prônée ne se retrouvant par ailleurs que peu en pratique (l'absence de mention de l'indexation de la marge de la banque à un taux d'intérêt conventionnel étant une des matérialisations de cet état de fait, tout comme le recours aux paradis fiscaux). Le développement futur du droit bancaire islamique devra certainement opérer un retour à ses idéaux s'il souhaite gagner en cohérence. Par exemple, une utilisation croissante des produits fondés sur le partage des pertes et des profits implique que la forme d'intermédiation financière choisie par les institutions bancaires islamiques se rapproche du mutualisme. Il nous semble par ailleurs que le droit bancaire islamique devrait cesser de calquer la finance conventionnelle, mais se développer sur des bases propres, centrées sur des principes positifs plutôt que sur les principes négatifs dont la volonté de contourner les interdictions se traduit en pratique par un surcoût pour la clientèle[1055]. Pourquoi vouloir à tout prix développer un système bancaire islamique répliquant le conventionnel et qui marque sa différence à grand renfort marketing ? Il nous semblerait plus opportun et surtout plus cohérent d'envisager clairement la problématique sous l'angle d'un partage des valeurs, fussent-elles *a minima*, entre l'Occident et l'Islam sur le plan bancaire. Ainsi, sans prétendre être exhaustif, l'on peut imaginer des sociétés de financement islamiques opérant sur le modèle du capital-risque et participant au développement de projets économiques réels (artisanat, financement des petites et moyennes entreprises)[1056]. En outre, en France, un rapprochement des activités islamiques avec la Fédération Européenne de finance et Banques Ethiques et alternatives serait un signal fort envoyé aux consommateurs[1057]. il est également permis de croire que des instruments juridiques comme les SCIAPP peuvent être proposés à la clientèle musulmane sans pour autant les assortir d'un marquage islamique.

---

[1055] Sur ce point, voir l'étude prospective de BRAHIMI Abdelhamid, *Eradication de la pauvreté et développement dans une perspective islamique*, Jeddah, IRTI, 1995, disponible sur www.irtipms.org, 166 p.

[1056] Nous partageons sur ce point les conclusions de l'étude de MOHSIN Mohammed, *Economics of small business in Islam*, Jeddah, IRTI, 1995, disponible sur www.irtipms.org, 65 p.

[1057] Association internationale à but non lucratif dont le Crédit Coopératif est en France le membre le plus important. Cf. www.febea.org.

Enfin, ne serait-il pas souhaitable que le droit bancaire islamique assume sa moindre compétitivité puisqu'en vertu des principes de l'Islam, le profit ne se mesure pas simplement à l'aune d'un calcul économique, mais surtout au regard de la conformité à la *Shari'a*. Les avis légitimant le recours aux crédits avec intérêt pour des raisons de nécessité nous semblant sur ce point plus conséquents, puisqu'ils intègrent la modernité tout en reconnaissant que, au point de vue de l'Islam, cette intégration ne peut se faire qu'*a minima*, dans le cadre bancaire qui nous intéresse ici. Outre le fait qu'elle permet la déculpabilisation de la clientèle musulmane d'une façon dont il ne nous appartient pas de juger l'orthodoxie, même si nous la savons soutenue par des autorités religieuses dont l'orthodoxie n'est pas dénoncée, cette conception a le mérite de ne pas entraîner de surcoûts inutiles tout en laissant pour ainsi dire chacun dans sa sphère de compétence propre.

Ainsi, il nous semble que le modèle bancaire islamique pourrait appliquer l'analyse de Weber disant que « des formes d'organisations extérieurement identiques peuvent se concilier avec une éthique économique très différente et produisent alors des effets historiques très différents selon les particularités de cette éthique »[1058]. Mais la voie choisie semble plutôt être de différencier en surface une organisation substantiellement identique au modèle occidental dans l'optique de produire des effets similaires.

## B- Ethique et finance islamique

Il est indéniable qu'en essence les principes du droit musulman peuvent constituer les bases d'une moralisation des marchés (1). La finance islamique pourrait alors s'analyser comme un segment de la finance éthique qu'elle viendrait renforcer (2). Toutefois, il faudra pour cela que le noyau soit du même bois que l'écorce ce qui ne semble pas être le cas aujourd'hui.

### *1- Contribution à la moralisation des marchés*

Selon Jean Carbonnier, la morale est considérée comme « l'un des systèmes de transition » de la norme religieuse à la norme juridique[1059]. En Occident, si depuis le début du XIXe et encore plus au XXe siècle, le droit suit un processus de rationalisation qui l'émancipe de la morale, les survivances

[1058] GROSSEIN Jean-Pierre, WEBER Max, *Op. cit.*, p. 4.

[1059] CARBONNIER Jean, « La religion fondement du droit ? », *Archives de philosophie du Droit*, T.XXXVIII, 1994, p. 18.

évidentes de certaines notions du bien et du juste découlant de la sphère morale et religieuse empêchent pour l'heure que ce processus de déconstruction puisse être considéré comme abouti[1060]. En effet, dans la pensée libérale moderne, le droit est déconstructible parce que son fondement ultime, par définition, n'est pas fondé. De Jacques Derrida[1061] à Daniel Borillo[1062] en passant par les tenants de la doctrine du *Law and Economics*, le rejet des valeurs transcendantales constitue désormais la trame du développement d'un droit essentiellement utilitariste*. A contrario*, en Islam les droits de l'individu n'ont de raison d'être que dans la mesure où ils sont conçus comme un don de Dieu. Comment expliquer alors que le droit bancaire islamique reçoive un accueil aussi favorable en Occident puisque sa conception heurte frontalement la vision occidentale contemporaine du droit ?

Nous pensons pour notre part que c'est simplement parce que la moralisation de la finance prônée par le droit bancaire islamique[1063] est en pratique en convergence d'intérêts avec la tendance contemporaine. Il importe peu finalement, comme l'a noté René Seve, que le fondement d'une règle soit moral, religieux ou transcendantal, si la règle en elle-même favorise la poursuite d'intérêts utilitaristes. Il en va selon nous précisément ainsi dans le cas du droit bancaire islamique. Sa prétention à la moralisation des marchés sous un habillage religieux ne prête guère à la contradiction si, comme nous l'avons déjà noté dans l'exemple français, sa limitation principielle de l'endettement permet *a contrario* aux entreprises françaises de recevoir quelques dizaines de milliards de dollars « islamiques » pour financer la croissance de leur endettement. Ou encore, que sous couvert de règles prétendument archaïques car religieuses, il permette de développer la consommation à crédit sur des marchés émergents dans lesquels la religion constituait une barrière. Cette dualité, ou peut-être même cette duplicité, nous semble parfaitement cohérente avec l'appel à l'introduction d'une éthique de la finance sur laquelle il convient à présent de nous pencher.

---

[1060] Sur la rationalisation du droit depuis le XIXe cf. SAKRANI Raja*, Op. cit.,* p. 1697-1699 et SEVE René, les libertés et droits fondamentaux et la philosophie, in Libertés et Droits fondamentaux, Dalloz, 2003, p. 23 cité par JAHEL Selim, « Les droits fondamentaux en pays arabo-musulmans », *Op.cit.*, p. 795-796 où l'auteur note que « les droits de l'homme seraient donc justifiés parce qu'outre des raisons morales, ils présenteraient pour les sociétés qui les adoptent des avantages économiques et politiques démontrés directement et *a contrario* par la comparaison avec les sociétés inégalitaires, voire totalitaires. En d'autres termes, les sociétés fondées sur les droits de l'homme seraient plus justes, plus prospères et plus stables, au moins en général ».

[1061] « Le droit est essentiellement déconstructible » [...] mais la justice comme droit qui assure aussi la possibilité de la déconstruction n'est en elle-même pas déconstructible ». DERRIDA Jacques, *Forces de Loi*, Paris, Galilée, 1994, p. 19.

[1062] Daniel Borillo, un des représentants les plus éminents de la doctrine juridique libérale contemporaine, déclare ainsi dans *Philosophie magazine*, mars 2007, p. 50, que « les juges n'invoquent plus la référence religieuse mais nous ne sommes pas débarrassés des valeurs transcendantales. »

[1063] Quand il propose un modèle de moralisation des marchés financiers basé sur la définition de critères quantitatifs par exemple.

### *2- La finance islamique, un segment de la finance éthique*

L'opinion communément partagée à propos de la finance islamique est qu'elle peut s'envisager comme une illustration de la finance éthique. Sa crédibilité s'appuie d'ailleurs fortement sur la crise économique récente qui a révélé la nécessité de réintroduire de l'éthique dans le monde financier[1064]. Ainsi, la finance éthique, ou « socialement responsable »[1065], permet aux épargnants d'investir dans des grandes entreprises, en général cotées en bourse, ayant les meilleures pratiques sociétales et environnementales. Sous cet angle il est effectivement aisé de conclure que la finance islamique peut prétendre être une partie intégrante de la finance conventionnelle en conservant certains principes clefs de son idéologie (refus de l'investissement dans des secteurs particuliers ou du surendettement, prime au développement humain, écologique par exemple[1066]). D'ailleurs, la revendication d'une islamité qui lui serait exclusive ne paraît pas nécessaire à cet égard. Il est donc possible d'envisager un regroupement des activités financières éthiques et islamiques dans un même ensemble marchand. Car c'est avant tout de considérations marchandes dont dépend l'éthique financière. Les motivations des sociétés s'engageant dans cette démarche éthique sont avant tout d'ordre économique et financier et relèvent d'un « utilitarisme stratégique » destiné à favoriser leur compétitivité[1067]. Dans leur étude précitée sur la responsabilité sociale d'entreprise, les Professeurs Capron et Quairel-Lanoizelée notent que les

---

[1064] Voir à ce propos FARJAT Gérard, *Op. cit.,* p. 153 et ss. où l'auteur montre qu'en matière économique, l'éthique joue un rôle croissant « principalement lorsque les exigences sociales ne sont pas prises en compte ou mal prises en compte ». Selon lui cette éthique se développe en parallèle à l'affaiblissement des systèmes moraux, religieux, à la dérèglementation et à la baisse de l'influence de l'Etat. Voir également GLASMAN *Maurice, Abraham, Aristote and Alinsky : on the reconciliation of citizenship and faith*, Conference in London metropolitan University, 4 juin 2007, [En ligne] www.scripturalreasoning.org.uk/maurice_glasman_paper.pdf (consulté le 25 septembre 2011), p. 6 et ss. dans lequel l'auteur montre l'importance de réconcilier la foi et la citoyenneté face à la marchandisation des relations humaines, analyse à rapprocher selon nous du besoin d'éthique actuel face à la froideur des marchés financiers.

[1065] « L'histoire de la Responsabilité Sociale d'Entreprise (RSE) fait remonter à Bowen (1953) l'apparition de l'expression corporate social responsibility. Le fait que Bowen était un pasteur protestant répondait au souhait des églises évangéliques de se doter d'une doctrine sociale de même envergure que celle de l'Eglise catholique a marqué profondément la conception états-unienne. » CAPRON Michel, QUAIREL-LANOIZELEE Françoise, *La responsabilité sociale d'entreprise*, Paris, La découverte, « Collection Repères Gestion », 2007, p. 7. Cet élément renforce notre analyse sur le rapprochement idéologique entre le monde anglo-américain et le droit bancaire islamique.

[1066] Il est intéressant de noter qu'un nombre croissant de « fonds éthiques » (fonds créés dans les années 1920 aux Etats-Unis par des financiers protestants et qui excluent les activités non conformes à certaines conceptions morales) s'engagent à reverser tout ou partie de leurs bénéfices éventuels à des associations caritatives ou écologiques.

[1067] *Ibid.*, p. 18, les auteurs ajoutent que « Perrow, l'un des plus grands théoriciens contemporains en science des organisations identifie la RSE comme un mécanisme dont l'effet net, de manière ironique ou pas, est de positionner son organisation pour mieux exploiter son environnement ».

indicateurs sociaux et environnementaux permettant de suivre la mise en œuvre de stratégies de RSE sont secondaires et souvent mal renseignés. « Les pratiques restent très focalisées sur les indicateurs « faciles » à renseigner, plutôt monétaires ; les aspects plus qualitatifs sont mal pris en compte et les liens de causalité ne sont presque jamais analysés », ainsi concluent-ils que « la performance finale reste financière, le modèle s'inscrit totalement dans la logique économique » [1068]. La diffusion d'informations éthiques s'analyse ainsi surtout comme une opération de communication plutôt qu'un rapport sur les conséquences effectives des activités de l'entreprise. Ce sont d'ailleurs les services de communication des entreprises qui sont en général chargés de cette publication, ce qui traduit l'importance de la publication des rapports RSE dans l'objectif de légitimation des entreprises[1069].

Cette marchandisation de l'éthique peut réellement s'apparenter à de la fausse monnaie juridique, se présentant sous les atours attrayants de la lutte pour le bien commun alors qu'elle ne vise prioritairement que des intérêts particuliers.

Il nous semble que les mêmes conclusions doivent être tirées au sujet de l'éthique bancaire islamique. En tant qu' « éthique des affaires, elle est avant tout une éthique de compromis, une éthique utilitariste »[1070]. Sa filiation religieuse ne trouvant que peu d'applications pratiques. On pourrait d'ailleurs adresser à ceux qui prétendent en Occident que ses principes traditionnels sont une solution aux maux de la finance contemporaine, le mot de Rousseau dans l'Emile, « Défiez-vous de ces cosmopolites qui vont chercher au loin dans leurs livres des devoirs qu'ils dédaignent de remplir autour d'eux. Tel philosophe aime les Tartares pour être dispensé d'aimer ses voisins »[1071], mais nous préférons laisser le mot de la fin à l'éminent Professeur Philippe Le Tourneau, « l 'appel à l'éthique pour sympathique qu'il apparaisse à première vue, sent en réalité le soufre lorsque l'on gratte à la surface du discours. En effet, il a été lancé dans une fin utilitariste, comme un moyen pour les entreprises d'engranger davantage de profits. N'allez pas croire que c'est le triomphe de l'humanisme, comme s'il pouvait jaillir outre-Atlantique ! C'est tout l'inverse, son échec au moins potentiel »[1072].

---

[1068] *Ibid.*, p. 85-86.

[1069] *Ibid.*, p. 101 où les auteurs étayent intelligemment leurs propos en révélant que « si plus de 80% des très grandes entreprises appartenant aux secteurs dont les impacts et les risques sont les plus forts et les plus médiatisés (chimie, pétrole, automobile), d'autres plus cachées, notamment les PME et les sociétés non cotées, sont presque totalement absentes du champ étudié et ne publient rien. »

[1070] Cf. PUTMAN Emmanuel, *Op. cit.*, p. 1858-1860, sur le point différent de l'éthique de la *lex mercatoria*, mais que nous rapprochons ici de l'éthique bancaire islamique.

[1071] Cité par MICHEA Jean-Claude, *Op. cit.*, p. 83.

[1072] LE TOURNEAU Philippe, « Existe-t-il une morale des affaires ? », in *La Morale et le Droit des affaires*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 7.

# CONCLUSION GENERALE

La fonction première du Droit est de définir le Juste, la voie médiane autour de laquelle sont jugés les actes des hommes. La répression des normes enfreintes vise traditionnellement à restaurer l'harmonie brisée par ce déséquilibre introduit dans la vie sociale, spirituelle et même économique, de la communauté. Au-delà de l'organisation des rapports humains qu'il implique et que l'on peut nommer contrat social, Loi, pacte républicain mais aussi *Shari'a* ou *Talmud* sans que, au fond, le principe ne change, le Droit pose, symboliquement un idéal de justice, un modèle de société, dont l'actualisation constitue le fondement de toute civilisation.

A cet égard, la civilisation musulmane est assise sur un système de Droit, révélé et totalisant, à vocation universelle. Les dogmes que ce système a produits ont permis son expansion et son adaptation à des peuples et des coutumes divers, nous l'avons vu. Les faiblesses dont il a fait preuve au cours de son histoire ont néanmoins conduit des pans entiers de son champ d'application à être évincés, progressivement, par des normes répondant plus directement aux aspirations nouvelles de ses adeptes. Ainsi, en matière économique la force et l'efficience des pratiques occidentales ont remplacé les principes séculaires du droit musulman mais, par un étrange paradoxe, n'ont pas eu le même impact sur la pratique spirituelle des musulmans. En réalité, cette confrontation entre théorie économique et pratique spirituelle n'est pas propre à l'Islam. Le judaïsme fut lui-même, et l'est peut-être d'ailleurs encore, écartelé entre la prescription du *ribbit* attestée par ses textes fondateurs et une émancipation de ce commandement dans les rapports avec les communautés *goyim*[1073]. Cette émancipation s'étendra finalement à l'ensemble des transactions économiques au point qu'il ne reste pour ainsi dire plus de trace de cette prohibition ancienne du prêt à intérêt. De même, la conception catholique de la création de richesse a longtemps joué un rôle dans la pratique des transactions financières mais, par delà les règles du droit canon dont nous avons pu montrer les circonvolutions[1074], ce sont finalement deux de ses

[1073] Cf. EL-GAMAL Mahmoud A., *Incoherence of contract-based islamic financial jurisprudence in the age of financial engineering*, Mai 2007, [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011), p. 2.

[1074] ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami, *Le système bancaire en droit juif, chrétien et musulman*, Centre de droit arabe et musulman, [En ligne] http://www.sami-aldeeb.com/sections/view.php?id=18&action=publications (consulté le 25 septembre 2011), p. 7.

principes majeurs qui ont fini par l'emporter. César a repris ce qui lui appartenait et l'Eglise s'est définitivement tournée, tout au moins pour ce qui est du versant transcendantal des relations économiques, vers ce royaume qui n'est pas de ce monde. Ne subsistent plus aujourd'hui de son influence que quelques notions éparses tel qu'un certain type de mutualisme ou des options d'investissement chrétiennes pour lesquelles il est bien délicat de distinguer la différenciation et qui nous apparaissent plutôt comme un legs des idéaux humanistes dont l'héritage judéo-chrétien n'est certes plus à démontrer. Le protestantisme est finalement un cas à part, son parti pris originel expliquant pour beaucoup la cohérence de son approche spirituelle de l'économie. Il n'est pas besoin de revenir ici sur les analyses qui depuis Weber attestent du rôle joué par la morale protestante dans l'essor du capitalisme moderne.

Ce qui fonde la particularité du droit bancaire islamique naissant c'est qu'il s'emploie, par une approche moderne, à rééquilibrer l'Islam sur ses bases passées. Mais cette réunion de normes commandant les actes de dévotion et des transactions, si elle peut sembler pertinente au plan de la cohésion du système islamique dans son ensemble, véhicule finalement trop de paradoxes, d'intérêts et d'espoirs déçus pour constituer selon nous un Droit dans son acception plénière.

Ainsi, schématiquement, la conception du progrès, de l'évolution de la civilisation passe, dans les théories économiques libérales, par une maximisation du profit engendré par la rationalité des comportements des agents économiques libérés des entraves dirigeant l'affectation du capital. Conséquemment, la croissance économique produite entraîne un cercle vertueux au sein duquel la richesse créée contribue à l'élévation matérielle du niveau de vie, favorisant l'éducation, la recherche scientifique, tout ceci permettant une évolution technologique à l'origine de la perpétuation du cycle par les gains de productivité qui s'en dégagent. Nous avons observé au cours de ce travail que la doctrine économique islamique, loin de dénigrer l'enrichissement personnel et les activités commerciales, les encourage au contraire. Toutefois, et c'est ce qui la distingue de la vision calviniste, cette recherche du profit est, dans l'eschatologie musulmane un moyen et non une fin[1075]. La richesse n'est pas seulement la preuve des dons de Dieu à sa créature, mais encore un vecteur de propagation de l'Islam et de l'enracinement de l'homme dans sa foi[1076].

---

[1075] Chez Max Weber c'est l'incertitude permanente quant à son salut qui entraîne chez le croyant ce comportement économique favorable à la croissance : « le protestant crée ainsi, non pas son salut, mais la certitude de son salut », cf. CHAPELLIERE Isabelle, *Op. cit.*, p. 61.

[1076] « Pour le musulman, le progrès se mesurerait à l'intensité de l'effort des hommes pour répondre à leurs vocations et affermir leur lien primordial avec la divinité. Cette qualité d'effort est la piété ou *Taqwa* » C'est par la globalité et la cohérence des actions en vue de leur finalité divine que s'affirme la *Taqwa* dans son objectif ultime de réunification de la dualité créateur-créature, le *Tawhid* », JOBERT Michel, « L'islam et sa modernité », *Tiers monde*, N°93, 1982, p. 4.

La richesse essentielle de l'homme, selon cette conception, réside dans sa participation au plan fixé par Dieu. Partant, le respect des prohibitions imposées n'est pas vécu comme une perte de chance mais comme un gain, supérieur au profit sonnant et trébuchant que d'autres doctrines permettent d'assurer avec une plus grande efficacité.

Bien entendu, l'opposition principielle que nous avons voulu souligner est fortement nuancée dans la pratique. Les agents économiques musulmans ont depuis toujours cherché à maximiser leurs profits en usant de divers expédients juridiques, le libéralisme économique connaissant lui-même diverses moutures adaptées aux contingences de leur milieu de réception, au plan technique comme au plan des valeurs. De fait, la création d'un droit bancaire islamique dont nous nous sommes employé à expliciter les origines doctrinales n'a pu, et ne continue à se développer, qu'en s'adaptant aux contextes légaux et économiques dans lesquels évoluent les banques qui le pratiquent. Nous avons d'ailleurs montré à plusieurs reprises que derrière les principes religieux mis en avant, les mécanismes financiers effectivement utilisés sont issus, et participent des mêmes fins, que les équivalents conventionnels dont l'immoralité et les excès sont fortement dénoncés. Comment pourrait-il en être autrement en réalité ? Nous l'avons vu, les seuls exemples de déconnection du droit bancaire islamique avec le principe de réalité imposé par le système économique mondialisé se trouvent précisément dans les situations exclues du jeu économique global. Les microcrédits islamiques octroyés aux populations déshéritées du sous-continent Indien comme les caisses d'épargne rurales égyptiennes peuvent ainsi constituer des exemples d'un Islam bancaire cohérent si l'on omet de préciser que cet état de fait n'a pas vocation à constituer la trame d'un modèle de développement.

A ce propos, l'érection de la banque islamique comme recours possible au système financier mondial déstabilisé par la crise récente participe d'une même illusion. Il est exact d'affirmer que les principes de l'économie islamique classique rejettent l'endettement excessif, tout comme la vente de biens futurs ou la spéculation. L'exigence que la propriété du bien soit effective dans le cas du contrat de vente interdit pareillement, en théorie, la création de produits financiers dérivés. Doit-on en déduire que la crise économique de 2008, dont les causes avérées sont précisément issues des exemples choisis, ne se serait pas produite si les principes de l'Islam avaient été appliqués ? Bien évidemment, comme d'ailleurs la plupart des événements économiques du siècle écoulé. Les causes disparaissant, les conséquences s'évanouissent aussi et avec elles tous les bénéfices qui forment le monde dans lequel nous vivons. Venant de quelque groupuscule sectaire de telles assertions ne surprendraient pas outre mesure mais de la part des promoteurs d'une industrie estimée à mille milliards de dollars voilà qui est plus étonnant. En réalité le trait est ici grossi à dessein ; moralisation n'implique pas éradication et l'argument avancé véhicule surtout l'idée en vogue actuellement de l'introduction de valeurs éthiques dans la froide rationalité du

marché. A ce titre les principes du droit bancaire islamique peuvent légitimement être appelés à jouer un rôle. Pour autant, il semble que là aussi l'argument ne soit pas décisif. Nous l'avons dit, le marché bancaire islamique évolue, les mécanismes simples laissent place à des structures complexes répliquant les « travers » sensés être combattus, « travers » dont nous savons par ailleurs l'apport en terme d'efficience économique. Le droit bancaire islamique tel qu'il se construit propose à l'heure actuelle un modèle économique dont la résistance s'explique plutôt par un développement inabouti que par la doctrine qui le sous-tend. Sa résistance pourrait-on dire est la contrepartie de sa faible efficience, prouvée dans les faits par le recours obligatoire à des techniques étrangères à l'Islam pour sécuriser les montages complexes.

En fait, l'intérêt déterminant du processus de création de droit se révèle dans le rapport à la modernité que les juristes musulmans s'attellent à définir. La modernisation de techniques bancaires islamisées consiste finalement en une réappropriation identitaire de doctrines économiques importées. Le monde musulman, dans sa diversité, s'inscrit dans une modernité nourrie par les influences occidentales mais ne se départissant pas de l'attachement aux valeurs originelles véhiculées par un Islam intériorisé dont l'étendard ne semble plus porter politiquement. Les événements que l'on désigne déjà comme « le printemps des peuples arabes » viennent au soutien de cette analyse.

Les révoltes du Caire, de Tunis ou de Sanaa et dans une moindre ampleur d'Alger ou de Casablanca ont donné lieu à des appels à la démocratie, au pluralisme et à la juste redistribution des richesses mais l'on n'y a pas vu surgir de menaces islamistes et, de fait, les revendications réclamant l'instauration d'états islamiques étaient globalement absentes. Il ne s'agira pas d'en déduire que l'Islam, en tant que socle culturo-religieux, est absent des projets démocratiques mais plutôt qu'il n'en constitue pas la trame. Le parallèle avec le développement du droit bancaire islamique est évident. De la même manière que les mouvements politiques islamistes se sont au fil du temps décrédibilisés[1077], les mécanismes rigides et inadaptés de l'industrie bancaire islamique naissante ont été rejetés par la clientèle au profit de solutions moins littéralistes mais plus conformes à leurs situations positives. La coloration islamique de ces innovations suffisant à déverrouiller des blocages idéologiques solidement ancrés.

De plus, si les velléités panislamiques ne semblent plus constitutives de projets politiques réalistes, il est admis que l'appartenance commune à la *ummah* continue de diviser une partie des musulmans du monde contre un impérialisme

[1077] Cf. SCALBERT Augustin, *Olivier Roy :* « Comme solution politique, l'islamisme est fini », 20 février 2011, *Rue89*, [En ligne] http://www.rue89.com/entretien/2011/02/20/olivier-roy-comme-solution-politique-lislamisme-est-fini-191153 (consulté le 25 septembre 2011) : « Les islamistes sont dans une fuite vers la morale, les mœurs, la vertu. Ils ne sont plus du tout à même de récupérer un mécontentement social ».

occidental diabolisé. Les admirables éclaircissements du Professeur olivier Roy suffisent ici à démontrer que les causes de ce clivage sont largement fantasmées et s'effacent devant l'analyse rigoureuse des sources légitimes de frustration des populations de Jérusalem, Beyrouth ou Clichy-sous-Bois.

Il n'en demeure pas moins présent dans la structuration intellectuelle de ses partisans et mérite à ce titre d'être pris en compte. En fait, les récriminations sont liées à l'environnement immédiat et leurs réponses, nécessairement nationales. La création d'un Etat palestinien ne résoudra pas le problème de chômage et de ghettoïsation de citoyens français, fussent-ils musulmans. Les manifestations de 2007 au Caire, contre les caricatures danoises du prophète de l'Islam, n'ont pas plus permis, au nom de l'Islam, de mettre fin au régime du *raïs* Hosny Moubarak dont la corruption généralisée n'était guère plus orthodoxe. Si en l'espèce les références à l'Islam ont certainement contribué à la mobilisation des foules, elles n'ont en réalité pas constitué la base d'un projet politique cohérent. Au contraire le printemps des peuples arabes fut d'essence nationaliste. Sa propagation fut certainement facilitée par la mondialisation de l'information mais l'aspect régional du phénomène n'a jamais effacé les particularismes locaux[1078]. De la même manière, la variété des modèles de banques islamiques continuera à être pertinente. Les solutions importées ne trouvant pas plus d'écho qu'elles n'en trouvent en politique. L'unification du droit pourra en revanche se poursuivre sur un plan global, l'islamité proposée suffisant à fonder sa primauté face au système financier occidental vu comme un repoussoir. La doctrine du choc des civilisations[1079] trouve là un dernier écho à sa pertinence mise à mal par la libéralisation démocratique du monde Arabe dont nous percevons les premiers signes. La fin de l'histoire telle que théorisée par Fukuyama[1080] semble aujourd'hui refaire surface avec une acuité nouvelle. Sur la scène politique et même bancaire, le modèle libéral est en passe de s'imposer au monde musulman[1081]. Le droit

---

[1078] *Ibid.*, Olivier Roy souligne les différences dans les révoltes arabes : clivages ethniques (Irak), confessionnels (Bahreïn) ou tribaux (Yémen), malgré des similitudes tenant principalement à leur soumission à des régimes autoritaires.

[1079] Cf. HUNTINGTON Samuel P., *Le choc des civilisations*, Traduit par FIDEL Jean-Luc, Paris, Odile Jacob, 1997, 547 p.

[1080] Cf. FUKUYAMA Francis, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, traduit par CANAL Denis-Armand, Paris, Flammarion, « Collection Champs essais », 2008, rééd., 451 p. et JEANNENEY Jean-Noël, « La fin de l'histoire : faribole ou forfanterie ? » In *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*. N°69, janvier-mars 2001, disponible sur www.persee.fr, p. 97. Francis Fukuyama, cité par l'auteur, déclarant que : « La fin de l'histoire ne signifie pas la fin des événements mondiaux mais la fin de l'évolution de la pensée humaine à propos des principes fondamentaux qui gouvernent l'organisation politique et sociale ».

[1081] Voir à ce propos les développements d'Olivier Roy sur le projet américain du grand Moyen-Orient. Projet ayant pour but de démocratiser les Etats arabes sans user directement de la force pour renverser les régimes autoritaires mais en prônant l'ingérence sous différentes formes. ROY Olivier, *L'Islam mondialisé*, *Op. cit.*, p. 229.

bancaire islamique permettant à nos yeux, nous le répétons, de briser les verrous d'une idéologie qu'une majorité continuait de suivre sans en percevoir l'essence.

Nous nous garderons néanmoins d'être définitif dans l'analyse ; la matière est complexe et les formules lapidaires y ont la vie courte. Les théories d'Huntington et de Fukuyama ont certainement mis en lumière bon nombre des évolutions du monde depuis la fin de la guerre froide, mais le modèle sur lequel elles sont fondées n'est pas éternel. La perte du *leadership* occidental au profit de l'Asie pourrait par exemple rebattre les cartes. L'influence croissante de la Chine[1082] dans les pays musulmans exportateurs de pétrole ou de matières premières, dans le Golfe ou en Afrique, son rôle direct dans le développement de la Malaisie et de l'Indonésie, constitueront peut-être demain l'origine de clivages nouveaux. Le sort des Ouïgours retentira alors dans la rue arabe autant que ne le firent jusqu'à présent les atteintes supposément infligées à l'Islam, à Paris, Copenhague ou Berne.

Quoi qu'il advienne le Droit continuera de transcrire ces évolutions. Et, comme Camus écrivant que « si l'homme échoue à concilier la justice et la liberté, alors il échoue à tout », nous formons le vœu que, de ce printemps chaotique, émergera un ordre plus juste.

[1082] BURGAT François, *Op. cit.*, p. 43.

# SOURCES

## 1- Sources bibliographiques :


AAOIFI 2004-5a, *Standard on salam*.

AAOIFI, 2004-5A, *Standard on cards*.

AAOIFI, 2004-5a, *Standard on ijara*.

AAOIFI, 2004-5a, *Standard on Investment Certificates*.

AAOIFI, 2004-5a, *Standard on Investment sukuk*.

AAOIFI, 2004-5A, *Standard on istisna'*.

AL BOUKHARY, Le Sahih, traduit par ARKAT Ahmed, Beyrouth, Liban, Al makataba al-a'sriyyah, 2004.

ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami, *Le Coran, Texte arabe et traduction française par ordre chronologique selon l'Azhar*, Vevey, Suisse, Editions de l'Aire, 2008, 579 p.

Bulletin Officiel des impôts N° 78 du 28 août 2010.

CEDH 29 juin 2004 Leyla Sahyn c.Turquie req. 44774/98.

CEDH 31 juillet 2001 Refah Partisi c. Turquie.

Code civil français.

Code civil égyptien.

Code de la construction et de l'habitation français.

Code monétaire et financier français.

*Code des obligations et contrats,* éd. par Taïeb El FSSAYLI, Edition El Badii.

*Critères extra financiers de sélection de titres : cas des OPCVM se déclarant conformes à la Loi islamique*, Autorités de marchés financiers, 17 juillet 2007, disponible sur www.amf-france.org.

Décision Islamic investment company of the Gulf Ltd v Symphony Gems NV and others rendue par la Commercial Court de Londres le 13 février 2002.

Décision Musawi v RE International and others du 14 décembre 2007.

Décision Shamil Bank of Bahraïn EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others, rendue par la Commercial court le 01 août 2003 et confirmée par la court of appeal le 28 janvier 2004.

Instruction fiscale 4 FE/S2/10 du 24 août 2010.

*Le Coran*, Traduit et annoté par PENOT A., Paris, Editions Alif, 2005, 727 p.

*Publication de la position AMF concernant l'admission à la négociabilité des obligations islamiques (Sukuk) sur un marché réglementé français*. Communiqué de presse de l'Autorité des Marchés Financiers du 2 juillet 2008, Paris, disponible sur www.amf-france.org.

*Rapport d'information N°270 fait au nom de la commission des affaires étrangères de la défense et des forces armées, à la suite d'une mission effectuée du 17 au 27 mars 2005 en Arabie Saoudite*, Sénat session ordinaire de 2004-2005, 33 p.

*Rapport de l'Assemblée Nationale N°1901 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers du 10 septembre 2009,* 60 p.

## 2- Ressources internet :

- www.agefi.fr
- www.aidimm.com
- www.amf-france.org
- www.Aofood.org
- www.avisdexpert.efl.fr
- www.banquemondiale.org
- www.beta.undp.org
- www.bis.org
- www.bkam.ma
- www.cairn.info
- www.cgap.org
- www.em-strasbourg.eu
- www.fatf-gafi.org
- www.febea.org
- www.financeislamiqueenfrance.fr
- www.fnam.ma
- www.fsa.gov.uk
- www.guardian.co.uk
- www.ifop.fr
- www.ifsb.org
- www.iifm.net
- www.iirating.com
- www.institutfrancais.com
- www.irti.org

- www.irtipms.org
- www.islamic-banking.com
- www.islamica-me.com
- www.jacques-bouineau.fr
- www.lariba.com
- www.legifrance.gouv.fr
- www.lefigaro.fr
- www.lematin.ma
- www.lepoint.fr
- www.lesechos.fr
- www.lexpansion.lexpress.fr
- www.libération.fr
- www.lmcbahrain.com
- www.mastercardworldwide.com
- www.monde-diplomatique.fr
- www.moneyweek.fr
- www.muslimpolitics.com
- www.islamicfinancenews.com
- www.Islamophile.org
- www.l'expansion.com
- www.muslimworldleague.org
- www.nouvelobs.com
- www.oumma.com
- www.persee.fr
- www.praesidium.aeu
- www.rue89.com
- www.ruf.rice.edu
- www.sami-aldeeb.com
- www.saphirnews.com
- www.senat.fr
- www.senate.gov
- www.slate.com
- www.transparency.org
- www.un.org

# BIBLIOGRAPHIE

## 1- Ouvrages généraux :


ABDELHAMID Hassan, *Essais sur le langage juridique de l'Islam*, Le Caire, Editions Dar al-Nahda al-Arabia, 2005, 272 p.

IDEM, *La nature de la responsabilité en droit musulman classique*, Cours de master 2 recherche, Droit de la responsabilité, 23 p.

ADAIR Philippe, « La théorie de la justice de John Rawls, droit social versus utilitarisme », *Revue française de science politique*, 1991, N°1, p. 81-96.

AKTOUF Omar, *La Stratégie de l'Autruche*, Paris, Ecosociété, 2005, 368 p.

Al JUZAYRI Abderahman, *Le livre du fiqh sur les quatre rites,* Beyrouth, Liban, Dar al Koutoub al 'ilmiya.

AL-SUYUTI Jalâlu-Dîne, *Les quatre écoles sunnites*, Paris, édition de la Ruche, 2002, 80 p.

ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami, « Conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1997, N°4, p. 813-834.

IDEM, « Rôle de la religion dans l'harmonisation du droit des pays arabes », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2007, N°2, p. 258-283.

ALGHAZALI Mohammed, *ihya' ulum ad din*, Le Caire, 1352 de l'Hégire, T.II.

ARIBI Imed, « Regards sur « *al iqâla* » ou le *mutuus dissensus* », *Revue internationale de droit comparé*, 2004, N°1, p. 79-118.

AMGHAR Samir, « Acteurs internationaux et islam de France », *Politique étrangère*, n°1, 2005, p. 21 à 34.

ASHTOR Eliyahu, *East-West trade in the medieval mediterranean»,* London, Variorum Reprints, 1986, 344 p.

BADOR A.K., « Réformes islamiques et politiques en Malaisie : un cas historique », *Archives des sciences sociales des religions*, 1964, volume 17, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 68-84.

BADR Gamal Moursi, «La tendance objective en matière de représentation dans la common-law et le droit islamique », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1965, N°2, disponible sur www.persee.fr, p. 379-394.

BAILY C.A, *La naissance du monde moderne, 1780-1914*, Paris, Editions de l'Atelier, 2006, 608 p.

BAQER AL-SADR Mohammed, *Notre Economie*, Traduit et édité par Abbas AHMAD al-Bostani, Montréal, Québec, Canada, La Cité du Savoir, 272 p.

BARRIERE François, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Cahors, LexisNexis Litec, Fédération nationale pour le droit de l'entreprise, « Collection Bibliothèque du droit de l'entreprise », 2004, 604 p.

BARTHELEMY Martine, MICHELAT Guy, « Dimensions de la laïcité dans la France d'aujourd'hui », *Revue française de science politique*, Volume 77, 2007, p. 649- 698.

BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte, « Droit et religions en France », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1998, N°2, p. 337-367.

BASSET Jean-Claude, « Islam et protestantisme, convergences et divergences, Dossier de l'encyclopédie du protestantisme, Judaïsme et islam dans le face à face avec le protestantisme », *Encyclopédie du protestantisme*, Cerf - Labor et Fides, 1999, 96 p.

BENABENT Alain, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Domat Droit privé, Montchrestien, Paris, 2001, 5e édition, 648 p.

BENASSY-QUERE Agnès, BOONE Laurence, COUDERT Virginie, *Les taux d'intérêt*, Paris, La découverte, « Collection Repères Direction et Gestion », 2003, 2e édition, 123 p.

BENDJILALI Boualem, *La Zakat et le Waqf, aspects historiques juridiques institutionnels et économiques*, Séminaire tenu au Bénin du 25 au 31 mai 1997, IRTI, Jeddah, 1997, disponible sur www.irtipms.org, 387 p.

BENMANSOUR Hacène, *L'Islam et le riba, pour une nouvelle approche du taux d'intérêt*, Paris, Dialogues Editions, « Collection Islam », 1995, 182 p.

BENZINE Rachid, *Les nouveaux penseurs de l'islam*, Paris, Albin Michel, 2004, 291 p.,

BERNAND Marie, *L'accord unanime de la communauté comme fondement des statuts légaux de l'Islam d'après Abu l Husayn al Basri*, Paris, Librairie philosophique J.Vrin, « Collections études musulmanes », 1970, 144 p.

BOUACHBA Taoufik, « L'organisation de la conférence islamique », *Annuaire français de droit international*, Volume 28, 1982, p. 265-291.

BOUINEAU Jacques, *Les fondements romano-canoniques du droit de la responsabilité*, Cours d'histoire du droit du master II Droit de la responsabilité, Université de La Rochelle, année 2005-2006, 48 p.

IDEM, *Traité d'histoire européenne des institutions,* (*Tome II : XVIe-XXe siècle*), Paris, LexisNexis Litec, 2009, 971 p.

BOUINEAU Jacques, ROUX Jérôme, *200 ans de Code civil*, Paris, CulturesFrance, 2006, 212 p.

BRADLEY Xavier, DESCAMPS Christian, *Monnaie Banque Financement*, Paris, Dalloz, 2005, 363 p.

BRAHIMI Abdelhamid, *Eradication de la pauvreté et développement dans une perspective islamique*, Jeddah, IRTI, 1995, disponible sur www.irtipms.org, 166 p.

BRUNNEL Sylvie, *Le développement durable*, Presses Universitaires de France, Paris, « Que sais-je ? », 2007, 128 p.

BURGAT François, *L'islamisme en face*, Edition actualisée, Paris, La découverte, 2007, 285 p.

BURNAT Florian, CHARTIER Jessica, « Titrisation à la française et sécurisation à l'anglaise : étude du droit comparé après l'ordonnance du 13 juin 2008 », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2010, N°2, p. 143-158.

CAPRON Michel, QUAIREL-LANOIZELEE Françoise, *La responsabilité sociale d'entreprise*, Paris, La découverte, « Collection Repères Gestion », 2007, 122 p.

CAPRON Stéphane*, L'essentiel d'un marché Maroc*, sous la direction de BRUNIN Dominique, Paris, Editions ubifrance, 2007, 218 p.

CARBONNIER Jean, *Droit Civil*, *(t.4 : Les obligations)*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, 665 p.

CARBONNIER Jean, « La religion fondement du droit ? *», Archives de philosophie du Droit,* T.XXXVIII, 1994, 5 p.

CESARI Jocelyne, « L'islam à domicile », *Communication*, 65, 1997, disponible sur www.persee.fr, p. 77-89.

CHEHATA Chafik, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Paris, Bibliothèque Dalloz, 2005, 367 p.

CHARNAY Jean-Paul, « Stratégie et religion », *Archives des sciences sociales des religions*, 1970, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 59-69.

CHIH Rachida, *Le soufisme au quotidien*, *Confréries d'Égypte au XX^e^ siècle,* Sindbad, 2000, 359 p.

COMAIR-OBEID Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Paris, Editions Economica, « Collection Droit des affaires et de l'entreprise », 1995, 228 p.

COMMAILLE Jacques, *L'esprit sociologique des lois*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, 192 p.

COULSON, Noël J., *Histoire du droit islamique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, « Collection Islamiques », 234 p.

COURBIS Bernard, FROMENT Eric, SERVET Jean-Michel, «Enrichir l'économie politique de la monnaie par l'histoire », *Revue économique*, 1991, N°2, disponible sur www.persee.fr, p. 315-338.

COUSSERGUES (de) Sylvie, *Gestion de la banque*, Dunod, Paris, 2007, 5e édition, 262 p.

DALLE Ignace, Paris, *Maroc, Histoire, Société, Culture*, La découverte, 2007, 224 p.

DAVID Vincent, *Les intérêts de sommes d'argent*, Poitiers, L.G.D.J, Université de Poitiers, « Collection de la Faculté de Droit et des sciences sociales de Poitiers », 2005, 580 p.

DELMAS-MARTY Mireille, IZORCHE Marie-Laure, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité d'un droit commun pluraliste », *Revue internationale de Droit Comparé*, 2000, volume 52, N°4, disponible sur www.persee.fr, p. 753-780.

DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, t.1, Paris, 1923.

DERRIDA Jacques, *Force de Loi*, Paris, Galilée, 1994, 145 p.

DESROCHE HENRI, « Religion et développement ; Le thème de leurs rapports réciproques et ses variations », *Archives des sciences sociales des religions*, 1961, volume 12, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 3-34.

DIJON Xavier, « Itinéraire philosophique vers la source du droit commun », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2001, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 7-28.

DOISE Dominique, « Crédits documentaires et financements de certaines opérations d'achat et revente de marchandises », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, *2009,* N° *1*, p. 70-73.

DUBOCAGE Emmanuelle, RIVAUD-DANSET Dorothée, *Le capital-risque*, Paris, La découverte, « Collection Repères Gestion », 2006, 121 p.

EL SHAKANKIRI Mohammed, « Loi divine, Loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'Islam », *Revue internationale de Droit Comparé*, 1981, N°3, disponible sur www.persee.fr, p. 767-786.

EMERICH Yaëll, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la Common Law : entre droit des contrats et droit des biens », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2009, N°1, p. 49-71.

FRILET Marc, « Termes et conditions du contrat : l'approche du droit civil et la perspective du droit européen des contrats », *Revue de Droit des Affaires Internationales,* Paris, N°1, 2007, p. 57-68.

FUKUYAMA Francis, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, traduit par CANAL Denis-Armand, Paris, Flammarion, « Collection Champs essais », 2008, réed., 451 p.

GARAY Alain, « L'Islam et l'ordre public européen vus par la cour européenne des droits de l'homme »*, Revue de Droit International et de Droit Comparé*, Bruxelles, 2005, p. 117-157.

GAUDEMET Jean, *Droit privé romain*, Paris, Montchrestien, Domat droit privé, 2e édition, 2000, 429 p.

GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, *Droit bancaire*, Paris, LexisNexis Litec, « Collection Manuels », 2005, 6e édition, 554 p.

GHORRA-GOBIN Cynthia, « Avant-propos : Le multiculturalisme en quête d'universalité ? », *Quaderni,* N°47, Printemps 2002, p. 41-46.

GRANJON Marie-Christine, « Le regard en biais. Attitudes françaises et multiculturalisme américain (1990-1993) », *Vingtième Siècle, Revue d'histoire*, N°43, juillet-septembre 1994, p. 18-29.

GRAVESON R.H., « L'influence du droit comparé sur le rapprochement des peuples », *Revue internationale de Droit Comparé*, 1958, N°3, disponible sur www.persee.fr, p. 501-509.

GROSSEIN Jean-Pierre, WEBER Max, « Introduction à l'Ethique économique des religions universelles », *Archives des sciences sociales des religions*, 1992, volume 77, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 139-167.

GUEVEL Didier, *Droit du commerce et des affaires*, Paris, L.G.D.J, « Collection systèmes Droit », 2007, 3e édition, 294 p.

HASNAOUI Ahmed, « L'Islam, la conquête, le pouvoir », *Histoire des idéologies. Les mondes divins jusqu'au 8éme siècle de notre ère*, sous la direction de CHATELET F., Paris, Hachette, 1978, 389 p.

HASSAN Hussein Hamid, *Jurisprudence de la maslaha et ses applications contemporaines*, Jeddah, IRTI, 1995, disponible sur www.irtipms.org, 101 p.

HUNTINGTON Samuel P., *Le choc des civilisations*, Traduit par FIDEL Jean-Luc, Paris, Odile Jacob, 1997, 547 p.

IBN 'ABDUL BARR, *al-Intiqâ' fi Fadâ'il at-thalatha al-a'imma al fuqaha*, Le Caire, Maktab al-qudsî, 1931.

IBN AL-QAYYIM AL JAWZIAH, *I'lam al Muqi'in*, Beyrouth, Dar al Jil, vol. 2.

IBN QUDAMA, *Al Mughni*, Tome 5, maktabat arrid al Haditha, Riyad, 1981.

IBN MAJAH, *Sunan*, Tome 2, Le Caire, éd. al Baqi, 1953.

IBN RUSHD, *Bidaiyat al mujtahid, Le livre des échanges*, traduit par LAIMECHE A., édition Alger, 1940.

IBN TAYMIYA, *Epître sur le sens de l'analogie*, Beyrouth, Liban, Les éditions Al Bouraq, 1996, 216 p.

IBRAHIM Amr H., « La laïcité spécifique de l'Islam », *Autres Temps. Les cahiers du christianisme social*, N°10, 1986, p. 21-30.

IBRAHIM Mustafa, *Taqyim dhahirat tahawwul al-bunuq al-taqlidiyyah lil-masrafiyyah al-islamiyyah*, il Cairo,2006.

*Impact économique et social de la microfinance en Méditerranée : état des lieux et perspectives*, *Rapport final Femip*, Avril 2008, Banque Européenne d'investissement, 81 p.

JAHEL Selim, « Droit des affaires et religions », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2001, volume 53, N°4, disponible sur www.persee.fr, p. 879-910.

IDEM, « Introduction à l'étude du système constitutionnel du Royaume d'Arabie Saoudite » in Les constitutions des pays arabes, Bruxelles, Bruylant, 1999, 238 p.

IDEM, « La laïcité dans les pays musulmans », *Archives de philosophie du droit*, 2004, N°48, p. 143-157.

IDEM, « Les droits fondamentaux en pays arabo-musulmans », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2004, N°4, p. 787-795.

IDEM, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2003, N°1, p. 105-121.

JALUZOT Béatrice, « Méthodologie du droit comparé bilan et prospective », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2005, N°1, p. 29-48.

JEANNENEY Jean-Noël, « La fin de l'histoire » : faribole ou forfanterie ? », *Vingtième Siècle, Revue d'histoire*. N°69, janvier-mars 2001, p. 95-104, disponible sur www.persee.fr, p. 95-104.

JOBERT Michel, « L'islam et sa modernité », *Tiers monde*, N°93, 1982, p. 773-784.

KASTORYANO Riva, DIOP A. Moustapha, « Le mouvement associatif islamique en Ile de France », *Revue européenne de migration internationale*, volume 7, N°3, disponible sur www.persee.fr, p. 91-117.

KETTANI M'hammed, *Le système bancaire marocain et son environnement*, Edition Ecole marocaine de banque et de commerce international, Rabat, Maroc, 2008, 104 p.

KHALFOUNE Tahar, « Le Habous, le domaine public et le trust », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2005, N°2, p. 441-470.

KHARUFA ‘ala al Din, *La philosophie de la chari’a islamique et la portée de sa contribution à la science juridique contemporaine*, Jeddah, IRTI, 2000, disponible sur www.irtipms.org, 177 p.

KIRAT Thierry, « Economie et Droit, de l’analyse économique du droit à de nouvelles alliances ? », *Revue économique*, 1998, N°4, disponible sur www.persee.fr, p. 1057-1087.

*La crise financière*, édité par DE BROSSES Arnaud, Revue droit & affaires, 2009, 7ème édition, 216 p.

LADJILI-MOUCHETTE Jeanne, *Histoire juridique de la méditerranée, Droit Romain, Droit musulman*, Tunis, Publication scientifique tunisienne, série histoire du droit N°1, 1990, 836 p.

LASCH Christopher, *La révolte des élites*, Paris, réed., Editions Flammarion, 2007, 270 p.

LAMBERT Denis-Clair, « Les causes de la lenteur de la croissance économique dans le monde islamique », *Tiers monde*, 1992, N°129, disponible sur www.persee.fr, p. 153-180.

LAURENCE Jonathan, VAÏSSE Justin, *Intégrer l'islam : la France et ses musulmans, enjeux et réussites*, 2007, Paris, Odile Jacob, 388 p.

*Le nouvel âge d’or des fonds souverains*, Rapport d’information N°33(2007-2008), Commission des finances du Sénat, 61 p.

LE TOURNEAU Philippe, « Existe-t-il une morale des affaires ? », in *La Morale et le Droit des affaires*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 7 et s.

LEGENDRE Pierre, *Dominium mundi, L’Empire du management*, Mille et une nuits, 2007, 94 p.

LEROY Etienne, « Marchés de droits et marché du droit », *Tiers monde*, 2004, n°177, disponible sur www.persee.fr, p. 163-178.

« Les agences de notation dans la tourmente de la crise des subprimes », *La Tribune,* 10 janvier 2008.

*Les sciences de la Chari’a pour les économistes*, édité par BENDJILALI, Niamey, Nigger Islamic research and training institute, actes de séminaire, 1998, disponible sur www.irtipms.org, 580 p.

*Lessons in Islamic economics*, édité par KAHF Monzer Jeddah, Islamic research and training institute, 1998, disponible sur www.irtipms.org, 756 p.

LEWIS Bernard, *Islam*, Paris, Gallimard, « Collection Quarto », 2005, 1333 p.

LIGNIERES Paul, TOLEDO Anne-Marie, *Le financement de projet*, Paris, Joly éditions, 2002, 211 p.

LINANT DE BELLEFONDS Yvon, « Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Egypte », *Revue Internationale de Droit Comparé,* Paris, 1956, p. 5-34.

IDEM, « Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman », *Revue internationale de Droit Comparé,* 1958, N°3, disponible sur www.persee.fr, p. 510-521.

LINGS Martin, *Le Prophète Muhammad, Sa vie d'après les sources les plus anciennes*, Traduit par MICHON Jean-Louis, Paris, Editions du Seuil, 1986, 589 p.

LOUIS Jean-Victor, Mondialisation, « Marchés monétaires et institutions financières », *Revue internationale de droit économique*, 2002, numéro spécial « Mondialisation et droit économique », p. 528-557.

MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane, *Analyse économique du droit*, Paris, Les éditions thémis, Dalloz, 2008, 2e édition, 728 p.

MADIGNIER A.M., *Prêts participatifs et prêts subordonnés*, Feduci, 1983.

MAHMASSANI Sobhi, *The philosophy of jurisprudence in Islam*, Beyrouth, 1980, 292 p.

MAILA Joseph, « Les droits de l'homme sont-ils impensables dans le monde arabe ? », *Esprit, Les cahiers de l'Orient*, juin 1991, p. 322 et ss.

MALIK IBN ANAS, *Al Muwatta'*, traduit par DIAKHO Muhammad, Al Bouraq, Beyrouth, Liban, 2004, 837 p.

MATTOUT Jean-Pierre, *Droit bancaire international*, Paris, Revue Banque Edition, « Collection Droit Fiscalité », 2004, 3e édition, 512 p.

MICHEA Jean-Claude, *L'empire du moindre mal*, Paris, Flammarion, « Champs Essais », 2010, 207 p.

MILLIOT Louis, « L'idée de la Loi dans l'Islam », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1952, N°4, disponible sur www.persee.fr, p. 669-682.

IDEM, « La pensée juridique de l'Islam », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1954, N°3, disponible sur www.persee.fr, p. 441-454.

MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2001, 2e édition, 669 p.

MIRAN Marie, «Vers un nouveau prosélytisme islamique en Côte d'Ivoire : une révolution discrète», *Autrepart (IRD)*, octobre, N°16, 2000, p. 139-160.

MONTEIL Jean-François, « La Transmission d'Aristote par les Arabes à la chrétienté occidentale, in *Entre deux rives, trois continents*, éd. Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, 2004, 370 p.

MORIN Michel, *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Thémis, 2004, XXVI, 395 p.

MOULAYE Hassane, « La question de la laïcité en Islam », *Autres Temps. Les cahiers du christianisme social*, N°13, 1987, p. 70-76.

MOULEVRIER Pascale, « Le crédit mutuel », *Archives des sciences sociales des religions*, Année 2003, volume 146, N°1, p. 93-104.

MOUSSERON Jean-Marc, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », *Revue Internationale de Droit comparé*, 1968, volume 20, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 37-78.

MUIR WATT H., « Fonction subversive du droit comparé », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2000, N°3, p. 503-527.

MUSA Mohamad Yusuf, *at Tashri' al islami wa atharuh fil fiqh al gharbi*, Le Caire, Egypte, al Maktabat ath thaqafiya, 1960.

NESTOROVIC Cedomir, *Marketing en environnement islamique*, Paris, Dunod, 2009, 210 p.

OPPETIT Bruno, « Droit et économie », *Archive de Philosophie du Droit*, t.37, Paris, Sirey, 1992, 426 p.

OUBROU Tareq, « La Chari'a et/dans la laïcité », *Archives de philosophie du droit*, 2004, N°48, p. 157-167.

OWSIA P, « Formation of contact : a comparative study under English, French, Islamic and Iranian law », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1996, N°4, disponible sur www.persee.fr, p. 967-969.

PENA-RUIZ Henri, *Dieu et Marianne, philosophie de la laïcité*, Presses Universitaires de France, 1999, 384 p.

PHILIPS Bilal, *Le fiqh et son évolution*, Lyon, Tawhid, 1998, 201 p.

PONTHOREAU Marie-Claire, « Le droit comparé en questions entre pragmatisme et outil épistémologique », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2005, N°1, p. 7-27.

PRADIER Pierre-Charles, *La notion de risque en économie*, Paris, La découverte, « Collection Repères Economie », 2006, 121 p.

PUTMAN Emmanuel, « L'éthique de la lex mercatoria », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2008, N°4, p. 1856-1864.

RAGOT Xavier, « Monnaie de crédit et dettes privées », *Revue économique*, Année 2002, volume 53, N°3, p. 679-688.

RAILLON François, « Asie du Sud-est, l'Islam circonvient l'Etat-nation », *Revue du monde musulman et de la Méditerranée*, N°68-69, 1993, p. 171-187

RAYNER S.E., « The theory of contracts in islamic law », 5ème édition, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1993, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 308-310.

REDISSI Hamadi, *Le pacte du Nadjd ou comment l'Islam sectaire est devenu l'Islam*, Paris, Seuil, 2007, 348 p.

RICHEZ-BATTESTI, *Entre banalisation et reconquête de l'identité coopérative : le cas des banques coopératives en France*, colloque international du réseau RULESCOOP, les défis du secteur des organisations coopératives et mutualistes, Brest 22-24 mai 2006.

RODINSON Maxime, *Islam et capitalisme*, éditions Du Seuil, Paris, 1966, 304 p.

IDEM, *L'Islam politique et croyance*, Paris, Fayard, 1993, 330 p.

ROY Olivier, *L'échec de l'Islam politique*, Paris, éditions du Seuil, 1999, « Collection esprit », 251 p.

IDEM, *L'Islam mondialisé*, Paris, éditions du Seuil, « Collection Points », 2004, 2e édition, 237 p.

SAKRANI Raja, « Le jeu d'échanges internormatifs, droit, morale et religion dans les cultures de droit occidentales et musulmanes », *Revue de la recherche juridique*, Droit prospectif, 2009, N°4, p. 1695-1710.

SCHACHT Joseph, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve & Larose, « Collection Islam d'hier et d'aujourd'hui », 1992, 252 p.

SCHWOBTHALER Sophie, *Les incoterms*, Editions Foucher, Mémento, 2007, 47 p.

SCIALOM Laurence, *Economie Bancaire*, Paris, La découverte, « Collection Repères Economie », 2004, 3e édition, 121 p.

SEVE René, « Les libertés et droits fondamentaux et la philosophie », in CABRILLAC Rémy, *Libertés et Droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, 952 p.

SHALABI, *al Madkhal fil fiqh al islami*, Beyrouth, el dar al jamiyyat, 10e éd.

SIMON Michel, MICHELAT Guy, « Systèmes d'opinion, choix politiques, pratique religieuse et caractéristiques socio-démographiques », *Archives de science sociale des religions*, 1997, volume 37, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 87-115.

SINCLAIR Christophe, « Etat, religion et éducation en Angleterre », *Journal des anthropologues*, 2005, mis en ligne le 18 novembre 2010, disponible sur www.jda.revues.org.

STORA Benjamin, « Le Maroc après les élections législatives de septembre 2007 », *Cahiers de l'Orient*, mars 2008.

SZRAMKIEWICZ Romuald, *Histoire du droit des affaires*, Paris, Montchrestien, 1989, 343 p.

THOMAS Jean-Paul, « Faut-il renouveler la laïcité ? », *Connexions*, 2005, N°83, p. 13-32.

TONNEL-MARTINACHE Mariette, « Degré de développement des systèmes financiers et redéploiement géographique des banques », *Revue économique*, Année 1987, Volume 38, Numéro 1, disponible sur www.persee.fr, p. 117-148.

TURKI Abel Magid, *Polémiques entre Ibn Hazm et Bagi sur les principes de la loi musulmane*, Alger, Etudes et Documents, 1975, 545 p.

TUSSEAU G., « Jérémy Bentham et le droit constitutionnel : une approche de l'utilitarisme juridique », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2002, volume 54 N°3, disponible sur www.persee.fr, p. 902-905.

URVOY Dominique, *Averroès, Les ambitions d'un intellectuel musulman,* Paris, Flammarion, 1998, 253 p.

VESEY-FITZGERALD S.G., « Le droit Anglo-musulman », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1954, N°2, disponible sur www.persee.fr, p. 250-263.

VILLEY Michel, « Leçons d'histoire de la philosophie du droit », *Annales de la faculté du droit et des sciences politiques de Strasbourg*, Paris, Dalloz, 1957, 442 p., disponible sur www.persee.fr, p. 649-652.

VION M., « Le nouveau critère de l'usure », *Répertoire Defrénois*, Art. 34824, N°1.

VON GASTROW Jean-Philippe, « Turquie, pays musulmans et Islam », *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, N°50, 1988, p. 169-182.

VUYLSTEKE Charles, DEBBARH Youssef, HOUTI Jalal, *Facilité euro-méditerranéenne d'investissement et de partenariat, Rapport final Étude sur la promotion de l'épargne privée à long terme au Maroc*, Banque européenne d'Investissement, Mai 2007, 130 p.

WEBER Max, « La morale économique des grandes religions. Essais de sociologie religieuse comparée », *Archives des sciences sociales des religions*, 1960, volume 9, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 3-30.

WORTLEY B.A., « Le trust et ses applications modernes en droit anglais »*, Revue Internationale de Droit Comparé*, 1962, p. 669-710.

WYMAN Oliver, *The next chapter in Islamic finance, higher rewards but Higher Risks,* Financial Services, 2009, 36 p.

## 2- Ouvrages spécialisés :


ABDUL HALIM UMAR Mohammed, *Shari'a economic and accounting framework of bay' al salam in the light of contemporary application*, Jeddah, Arabie Saoudite, IRTI, Research Paper N°33, 1995, disponible sur www.irtipms.org, 126 p.

ABDUL RAHMAN Yahia, MAGUID ABDELAATY Mike, *Islamic home financing in the United states,* disponible sur www.lariba.com, 19 p.

ABI RIZK Georges, « La gouvernance des banques islamiques au Liban », *Revue de droit bancaire et financier*, 2008, N°1, p. 27-31.

AFFAKI G., FADLALLAH I., HASCHER D., PEZARD A., *Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques*, F-X Train, 21 septembre 2009, 29 p.

AHMAD Fou'ad 'abd al Mou'mim, *La politique légale islamique, ses rapports avec le développement économique et ses applications contemporaines*, Jeddah, IRTI, 2002, disponible sur www.irtipms.org, 127 p.

AHMED Einas, « Banques islamiques et sociétés islamiques d'investissement », *Politique africaine*, N°66, juin 1997, p. 39-48.

AHMED Habib, *Operational structure for islamic equity finance*, Jeddah, IRTI, 2005, disponible sur www.irtipms.org, 42 p.

Al AMIN Hassan, *La moudharabah et ses applications contemporaines*, Jeddah, Arabie Saoudite, BID, IIRF, 1994.

IDEM, *Statut légal des transactions avec intérêt*, Jeddah, IRTI, 2002, disponible sur www.irtipms.org, 56 p.

AL AMMEEN. AL-DHAREER Siddiq Mohammed, *Al-gharar in contracts and its effects on contemporary transactions*, Jeddah, Arabie Saoudite, IRTI, 1997, disponible sur www.irtipms.org, 78 p.

AL SADAH Anwar khalifah*, Challenge facing the islamic financial services industry, welcome address at the 8th AAOIFI annual conference on Islamic Banking*, Manama, Bahreïn, 2006, 2 p.

AL-SUWAILEM Sami, *Hedging in Islamic finance*, Jeddah, IRTI, 2006, disponible sur www.irtipms.org, 152 p.

AL-ZARKA Mustapha, *Al fiqh Al Islami fi thawbihi Al Jadid*, 7e éd Beyrouth, N° 560.

ALGABID Hamid, *Les banques islamiques*, Paris, Economica, 1990, 256 p.

ALHABSHI Syed Othman, *Development of capital market under islamic principles, paper presented at the 1994 conference on managing & implementing Interest-*

*free banking/Islamic financial system,* organized by Center for Management Technology. Supported by Bank Islam Malaysia Berhad, Concorde Hotel, Kuala Lumpur, 25-26 janvier 1994, 8 p.

ALI AL-JARHI Mabid, *The case for universal banking as a component of islamic banking*, Islamic Economic Studies, Février et Août 2005, Volume 12, N°2 et volume 13, N°1, 65 p.

ALI Salman Syed, *Islamic capital market : products developpement and challenges*, Jeddah, IRTI, 2005, disponible sur www.irtipms.org, 101 p.

ALI Salman Syed, AUSAF Ahmed, *Islamic banking and finance : fundamental and contemporary issues*, Brunei, IRTI and university Brunei Darussalam, Conférence in Brunei, 5-7 janvier 2004, disponible sur www.irtipms.org, 312 p.

AMIN Mohammed, *The new sukuk law in the UK*, volume 4, Issue 29, 20 juillet 2007, disponible sur www.islamicfinancenews.com, p. 17-18.

ARKOUN Mohammed, « Réflexions sur la notion de 'raison islamique' », Archives des sciences sociales des religions, 1987, N°1, disponible sur www.persee.fr, p. 125-132.

AUSAF Ahmed, *Instruments of regulation and control of Islamic banks by the central banks*, Jeddah, IRTI, 2000, disponible sur www.irtipms.org, 48 p.

AYUB Muhammad, *Understanding Islamic finance*, Southern Gate, Chichester, West Sussex, England, John Wiley &Sons Ltd, 2007, « Collection Wiley Finance », 516 p.

BADER Mohammed, SAMSHER Mohammed, ARIFF Mohammed, « Cost, revenue and profit efficiency of Islamic versus conventional banks », *Islamic economic studies*, Janvier 2008, volume 15, N°2, 54 p.

BENDJILALI Boualem, KHAN Tariqullah, *Economics of diminishing mousharakah*, Jeddah, IRTI, 1995, disponible sur www.irtipms.org, 97 p.

IDEM, *The ja'ala contract and its applicability to the mining sector*, IRTI, Jeddah, Arabie Saoudite, 1997, disponible sur www.irtipms.org, 57 p.

BOUAZIZ Hamza, « Les banques islamiques à l'assaut du Maghreb », *Banque Stratégie*, 2007, N°253, p. 24-26.

BOUDARHAM Mohamed, «Fatwa : Qaradawi remis à sa place », *Aujourd'hui le Maroc*, 26 Septembre 2006.

BOUREGHDA Maya, HAMRA KROUHA Mohamed, « Problématiques pratiques des financements de projets islamiques », *Banque stratégie*, 2007, N°253, p. 4-7.

CARDAHI Choucri, « Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique », *Revue*

*Internationale de Droit comparé*, année 1955, volume 7, N°3, disponible sur www.persee.fr, p. 499-541.

CAUSSE-BROQUET Geneviève, *La finance islamique*, Paris, Revue Banque Edition, 2009, « Collection Marchés Finance », 216 p.

CEKICI Ibrahim Zeyyid, « Développement de la finance islamique en France Les premiers pas de l'administration fiscale », *Revue Lamy, Droit des affaires*, N°35, Février 2009, p. 77-81.

IDEM, « Douter de la finance islamique : le cas du financement du terrorisme », *Les Cahiers de la finance islamique*, N°2, Ecole de management de Strasbourg, Université de Strasbourg, disponible sur www.em-strasbourg.eu, p. 21-24.

IDEM, « Du filtrage islamique », *Les Cahiers de la finance islamique*, N°2, Ecole de management de Strasbourg, Université de Strasbourg, disponible sur www.em-strasbourg.eu, juin 2009, p. 11-17.

IDEM, « Finance Islamique en France : Problème de forme ou de fond(s) », *Les Cahiers de la finance islamique*, N°2, Ecole de management de Strasbourg, Université de Strasbourg, disponible sur www.em-strasbourg.eu, p. 2-3.

CHAPELLIERE Isabelle, *Ethique et finance en Islam*, Paris, Koutoubia, 2009, 332 p.

CHAPRA Umer, *Vers un système monétaire juste*, Jeddah, IRTI, 1997, disponible sur www.irtipms.org, 362 p.

CHAPRA Umer, AHMED Habib, *Corporate governance in islamic financial institutions*, Jeddah, IRTI, 2002, disponible sur www.irtipms.org, 188 p.

CHAPRA Umer, KHAN Tariqullah, *Réglementation et contrôle des banques islamiques*, Jeddah, IRTI, disponible sur www.irtipms.org, 116 p.

CIZAKCA Murat, « Islamic Banks and Venture Capital : Origins, Evolution and Reform Proposals », *Système bancaire turc et réseaux financiers internationaux*, Paris, L'Harmattan, 1995, 384 p.

CLEMENT Sébastien, *Derivatives and Islamic Finance*, *Les Cahiers de la finance islamique*, N°1, Ecole de management de Strasbourg, Université de Strasbourg, disponible sur www.em-strasbourg.eu, juin 2009, p. 63-72.

CONTAMINE Thibaud, « Malaisie, un pays moteur mais qui ne relâche pas ses efforts », *Banque Stratégie*, 2007, N°253, p. 20-21.

COUFFIN Charles, « *Qatar*, Une politique incitative favorable aux industries et aux infrastructures », *Banque Stratégie*, 2007, N°253, p. 19.

DIAZ Xavier, ZAKHIA Thierry, « Un environnement porteur pour les indices 'charia compatibles' », *L'AGEFI Hebdo*, 11 au 17 juin 2009, p. 30.

DJARAOUANE Karim, SERHAL Chucri Joseph, « La désignation de la loi applicable dans les contrats de financement islamique », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2009, N°2, p. 115-123.

EL GHAZALI Abdelhamid, *Man is the basis of the Islamic strategy for economic développement*, Jeddah, IRTI, 1994, disponible sur www.irtipms.org, 64 p.

EL HATIMI Layla, *Les substituts du prêt à intérêt dans les banques islamiques*, Thèse : Droit : Perpignan : 2007, 352 p.

EL KHOURY Michèle, « Techniques de financement islamiques, une discipline peu connue en France », *Revue Banque et Droit*, 2007, N°92, p. 17-23.

EL-GAMAL Mahmoud A., *Islamic Finance Law Economics and Practice*, New-York, Cambridge University Press, 2006, 221 p.

EL AYADI Mohammed, RACHIK Hassan, TOZY Mohammed, « L'Islam au quotidien », *Religions et sociétés*, Casablanca, Maroc, Editions Prologues, 2007, 272 p.

FABRE Pierre, « Bahreïn, une place financière islamique de référence ? », *Banque Stratégie*, 2007, N°253, p. 17-18.

FARIBA Adelkah, « Un évergétisme islamique : les réseaux bancaires et financiers en Iran *», Revue du monde musulman et de la Méditerranée*, N°85-86, 1999, p. 63-79.

FARJAT Gérard, « Le droit économique et l'essentiel (pour un colloque sur l 'éthique) »*, Revue Internationale de Droit Economique*, numéro anniversaire, Bilan et perspectives du droit économique, 2002, p. 153-166.

*Finance islamique en France, quel marché et quelles opportunités pour les banques de détail ?*, Etude de marché réalisée par l'IFOP pour l'Islamic finance Advisory & assurance services et l'Association d'Innovation pour le Développement économique et immobilier, 2008 disponible sur www.aidimm.com, 58 p.

FLUEHR-LOBBAN Caroline, *Islamic Society in Practice*, University Press of Florida, 1994, 201 p.

FORGET Elizabeth, « Le développement durable dans la finance éthique et la finance islamique », *Les Cahiers de la finance islamique*, N°1, Ecole de management de Strasbourg, Université de Strasbourg, disponible sur www.em-strasbourg.eu, juin 2009, p. 1-4.

FOUET Philippe, « Le développement de la finance islamique vu du Moyen-Orient », *Banque Stratégie*, 2007, N°253, p. 14-16.

GAFOURI Abdul Hâdi, *Islam et économie*, Beyrouth, Liban, Les éditions Al Bouraq, 2000, 355 p.

GALLOUX Michel, *Finance islamique et pouvoir politique*, Paris, Presses Universitaires de France, « Collection Islamiques », 1997, 222 p.

GUERANGUER François, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique*, Paris, Dunod, « Collection Marchés Financiers », 2009, 262 p.

HAJJAJI Haykel, « Pactes d'actionnaires et financements islamiques », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2009, N°5, p.556-567.

HAQUANI Soraya, *Finance islamique, les ambitions françaises se renforcent*, L'AGEFI Hebdo, 11 au 17 juin 2009, p. 26-28.

HASSOUN Anouar, « Principes de structuration des sukuk », *Les Cahiers de la Finance Islamique,* N°1, Ecole de management de Strasbourg, Université de Strasbourg, disponible sur www.em-strasbourg.eu, juin 2009, p. 18-29.

*Introduction aux techniques islamiques de financement*, Jeddah, IRTI, Actes de séminaire N°97, 1996, disponible sur www.irtipms.org www.irtipms.org, 206 p.

*Islamic finance and global financial stability*, IRTI, Task force dirigée par ZETI AKHTAR Aziz, Jeddah, Arabie Saoudite, 2010, disponible sur www.irtipms.org, 77 p.

*Islamic financial services industry developpement*, *ten-year framework and strategies,* IRTI and IFSB, New policy dialogue paper N°1, Mai 2007, disponible sur www.irtipms.org, 80 p.

JOUINI Elyès, PASTRE Olivier, Rapport Jouini et Pastré remis le 13 novembre 2008, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Paris Europlace, 2008, 135 p.

KHAN Fahim, *Islamic futures and their market*, Jeddah, IRTI, 1997, disponible sur www.irtipms.org, 73 p.

KHAN Tariqullah, *Practices and performance of modaraba companies (a case study of Pakistan's experience)*, Jeddah, Islamic research and training institute, Research paper N°37, disponible sur www.irtipms.org, 147 p.

KHAN Tariqullah, AHMED Habib, *La gestion des risques, analyse de certains aspects, liés à l'industrie de la finance islamique*, Jeddah, IRTI, 2002, disponible sur www.irtipms.org, 201 p.

*La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, éd. par LARAMEE Jean-Paul, Secure Finance, Editions Bruno Leprince, 2008, 317 p.

LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, « La finance islamique : une finance douteuse ? », *Les Cahiers de la finance islamique*, N°2, Ecole de management de Strasbourg, Université de Strasbourg, disponible sur www.em-strasbourg.eu, p. 12-20.

LATRACHE Hakim, ODDOS Stéphane, « Le Tawarruq, un mal nécessaire ? », *Les Cahiers de la finance islamique*, N°2, Ecole de management de Strasbourg, Université de Strasbourg, disponible sur www.em-strasbourg.eu, p. 50-63.

LEMBO Guillaume, « La SCIAPP : nouvel instrument juridique français, 100% charia compatible », *Droit & Patrimoine*, 2010, N°188, p. 38-40.

*Livre blanc*, *Finance islamique et immobilier en France, Comprendre pour agir*, Norton Rose Cabinet d'avocats d'affaires international et DTZ Asset Management, Paris, 2010, disponible sur www.financeislamiqueimmo.com, 133 p.

MAHDI Mahmoud Ahmed, *Islamic banking modes for house building financing*, Jeddah, IRTI, 1995, disponible sur www.irtipms.org, 272 p.

MAHMOUD Mohammed Hassan, *Les contrats de la Shari'a dans les pratiques financières : la mourabaha, la moudaraba, étude comparée,* Université du Koweit, Koweit, 1997.

MAIGRE Marie Elisabeth, « Turquie : L'émergence d'une 'éthique musulmane' dans le monde des affaires : réflexions autour de l'évolution du Müsiad et des communautés religieuses », *Religioscope*, Etudes et analyses, N° 7, mai 2005.

MANNAN M.A., *Understanding islamic finance : a study of the securities market in an Islamic framework,* Jeddah, IRTI, 1993, disponible sur www.irtipms.org, 122 p.

MARTENS.A, « La finance islamique : fondements, théorie et réalité », *Actualité économique, Revue d'Analyse économique*, Montréal, Vol. 77, N°4, Décembre 2001, 30 p.

MEENAI S.A., *The islamic development bank*, London and New-York, Kegan Paul international, 1989, 256 p.

MELIANI Hakim AGHROUT Ahmed, « Développement de la microfinance islamique : Défis et perspectives », *Les Cahiers de la finance islamique*, N°2, Ecole de management de Strasbourg, Université de Strasbourg, disponible sur www.em-strasbourg.eu, p. 25-38.

MIRAKHOR Abbas, *A note on Islamic economics*, Jeddah, IRTI, 2007, disponible sur www.irtipms.org, 56 p.

MOHSIN Mohammed, *Economics of small business in Islam*, Jeddah, IRTI, 1995, disponible sur www.irtipms.org, 65 p.

MUNAWAR Iqbal, AUSAF Ahmed, KHAN Tariqullah, *Défis au système bancaire islamique*, Jeddah, IRTI, disponible sur www.irtipms.org, 99 p.

MUNAWAR Iqbal, SALMAN syed Ali, DADANG Muljawan, *Advances in islamic economics and finance*, Jeddah, Islamic Development Bank, IRTI, 2007, disponible sur www.irtipms.org, 545 p.

NAULLEAU Gérard, « Le contrôle bancaire et la politique des banques centrales : étude comparative », *Les Capitaux de l'Islam*, Presses CNRS, 1990, 14 p.

OBEIDI Zouheir, *La banque islamique, une nouvelle technique d'investissement*, Beyrouth-Liban, Dar al rashad al islamiya, 1988, 291 p.

OSMAN BABIKIR Ahmed, *Islamic financial instruments to manage short-term excess liquidity*, 2ème edition, Jeddah, IRTI 2001, disponible sur www.irtipms.org, 106 p.

PARIGI Stéphanie, *Des banques islamiques*, Paris, Ramsay, Documents, 1989, 216 p.

*Promotion et financement des micro-entreprises*, édité par MEMMI Tahar, IRTI, Actes de séminaire N°42, 1998, disponible sur www.irtipms.org, 193 p.

RANGE Matthias, *Islamic microfinance*, Thèse : économie, RWTH Aachen University, Research center of « International technical and economical cooperation », Faculty of business administration, 2004, 92 p.

ROUGE Jean-Charles, « Indonésie, une situation paradoxale pour le plus grand pays musulman du monde », *Banque Stratégie*, 2007, N°253, p. 22-23.

ROUSSILLON Alain, *Sociétés islamiques de placement de fonds et ouverture économique : les voies islamiques du néo-libéralisme en Egypte*, Le Caire, Dossiers du CEDEJ, N°3, 1988, 142 p.

RYCX Jean François, « L'enseignement du droit musulman », in FLORY Maurice, HENRY Jean-Robert, *Economie et ordre islamique*, CNRS, 1989. 367 p.

IDEM, *Islam et dérégulation financière*, Le Caire, Cedej, 1987, 267 p.

SAADALLAH Ridha*, Financing trade in an Islamic economy*, Jeddah, IRTI, 1999, disponible sur www.irtipms.org, 73 p.

SAÏDANE Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, Paris, revue Banque Edition, « Collection Les essentiels de la banque », 2009, 128 p.

SALTI Stéphanie, « La finance islamique ne connaît pas la crise au Royaume-Uni », *L'AGEFI Hebdo*, 11 au 17 juin 2009, p. 31.

SARAKHSSI Shams ed din, *Al Mabsut*, Tome 12, Beyrouth, Dar al Maarifa, 1989.

SELLAMI Mohamed-Moktar, *Le Qiyas et ses applications contemporaines*, Jeddah, IRTI, 1999, disponible sur www.irtipms.org, 143 p.

SERHAL Chucri Joseph, « L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique », *Revue Banque et Droit*, 2009, N°126, p. 11-15.

IDEM, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *Revue Banque et Droit*, 2006, N°106, p. 36-43.

IDEM, « Les prêts participatifs à l'heure de la finance islamique », *Bulletin Joly Société*, octobre 2005, p. 8-13.

SERHAL Chucri Joseph, SAINT MARC Gilles, *Titrisation islamique : comment accéder à une nouvelle base d'investisseurs*, Revue Banque et Droit, 2006, N°109, p. 29-34.

SIAGH Lachemi, *Le fonctionnement des organisations dans les milieux de culture intense, le cas des banques islamiques*, Thèse : administration, Université de Montréal, 2001, 368 p.

SQALLI Nouaim, « Finance Islamique, drôle de halalisation », *L'économiste*, 5 février 2009, disponible sur www.cerei.net.

WOHLERS-SCHARF Traute, *Les banques arabes et islamiques*, Paris, OCDE, Etudes du centre de développement, 1983, 184 p.

# BIBLIOGRAPHIE ELECTRONIQUE

## 1- Articles généraux :


« Dobson to battle over faith schools », *The Guardian*, 4 février 2002, [En ligne] http://wwrn.org/articles/14388/?&place=uk-ireland (consulté le 25 septembre 2011).

« La BRI prône un relèvement généralisé des taux directeurs », *Challenges.fr*, 27 juin 2011, En ligne] *http://www.challenges.fr/actualite/monde/20110627.CHA5783/la-bri-prone-un-relevement-generalise-des-taux-directeurs.html* (consulté le 25 septembre 2011).

« La face cachée de l'UOIF (entretien avec Fiammetta Venner) », L'EXPRESS.fr, 2 mai 2005, [En ligne] http://www.lexpress.fr/actualite/societe/religion/la-face-cachee-de-l-uoif_486103.html (consulté le 25 septembre 2011).

BERGEAUD F., BLACKLER K., *La consommation halal aujourd'hui en France*, Publication AO food, 2009, [En ligne] http://univ-aix.academia.edu/FlorenceBlackler/Papers/583145/La_consommation_halal_aujourdhui_en_France (consulté le 25 septembre 2011).

BONIFACE Pascal, «Le Qatar se veut un modèle pour le Golfe », *Le Monde Diplomatique*, juin 2004, [En ligne] http://www.monde-diplomatique.fr/2004/06/BONIFACE/11252 (consulté le 25 septembre 2011).

BOUAZZA Nadera, « Arabie saoudite : les femmes pourront voter…en 2015 », L'EXPRESS.fr, 26 septembre 2011, [En ligne] http://www.lexpress.fr/actualite/monde/proche-orient/arabie-saoudite-les-femmes-pourront-voter-en-2015_1034159.html (consulté le 25 septembre 2011).

BOUINEAU Jacques, *Rapport de synthèse du colloque de Bari*, à paraître dans le dixième volume de la collection Méditerranée aux éditions L'Harmattan sous le titre « La laïcité et la dualité des pouvoirs », 2012, 2 p., [En ligne] http://www.jacques-bouineau.fr/site/index.php/recherches/heritage-de-lantiquite.html (consulté le 25 septembre 2011).

BOUMAHDI Rachid*, La microfinance au Maroc impact et risque*, Institut marocain du management, 2005, [En ligne] http://www.fnam.ma/rubrique.php3?id_rubrique=3 (consulté le 17 septembre 2008).

*Enquête sur l'implantation et l'évolution de l'Islam en France de 1989 à 2009*, IFOP, août 2009, 21 p., [En ligne] http://www.ifop.com/?option=com_publication&type=publication&id=48 (consulté le 25 septembre 2011).

FREGOSI Franck, « L'islam en France : une religion minoritaire dans un espace sécularisé et laïc » in *Religions et modernité* Strasbourg, Actes de l'Université d'automne de Guebwiller, 27-30 octobre 2003, p. 143-163, [En ligne] www.ac-grenoble.fr/histoire/.../religionmodernite/religions_modernite.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

GABIZON Cécilia, « Enquête sur le financement des nouvelles mosquées », *Le Figaro*, 13 décembre 2008, [En ligne] http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2008/12/13/01016-20081213ARTFIG00745-enquete-sur-le-financement-des-nouvelles-mosquees-.php (consulté le 25 septembre 2011).

GHERIS Mohammed, *Le financement du logement au Maroc : des pratiques illégales mais efficaces, cas de la pseudo-hypothèque*, Communication présentée lors de la 11e assemblée du CODESRIA, Maputo, Mozambique, décembre 2005, [En ligne] www.codesria.org/IMG/pdf/gheris.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

GLASMAN *Maurice, Abraham, Aristote and Alinsky : on the reconciliation of citizenship and faith*, Conference in London metropolitan University, 4 juin 2007, [En ligne] www.scripturalreasoning.org.uk/maurice_glasman_paper.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

GOLLA Mathilde, « Possible retour à un système monétaire basé sur l'or », *Le Figaro*, 08 novembre 2010, [En ligne] http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2010/11/08/04016-20101108ARTFIG00356-retour-a-un-systeme-monetaire-base-sur-l-or.php (consulté le 25 septembre 2011).

GREENFELD Liah, *La réalité du multiculturalisme aux États-Unis – Le nationalisme américain à l'oeuvre*, 12 juillet 2001, disponible sur www.ledevoir.com, [En ligne] http://www.ledevoir.com/international/etats-unis/69123/la-realite-du-multiculturalisme-aux-etats-unis-le-nationalisme-americain-a-l-oeuvre (consulté le 25 septembre 2011).

ISERN Jennifer, PORTEOUS David, *Banques commerciales et microfinance : des exemples d'adaptation réussie*, juin 2005, Groupe Consultatif d'Assistance aux Pauvres, focus N°28, [En ligne] www.lamicrofinance.org/files/17914_file_FN28_fr.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

JOHNER Michel, « Travail richesse et propriété dans le protestantisme », *La revue réformée*, [En ligne] http://larevuereformee.net/articlerr/n218/travail-richesse-et-propriete-dans-le-protestantisme (consulté le 25 septembre 2011).

KANTAOUI Rajaa, « Daret, une « tontine » à la marocaine », *Le Matin*, 21 février, 2008, [En ligne] http://www.lematin.ma/Actualite/Journal/Article.asp?origine=jrn&idr=116&id=86095 (consulté le 25 septembre 2011).

KUENSSBERG Laure, « *State multiculturalism has failed, says David Cameron* », 5 février 2011, [En ligne] http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-12371994 (consulté le 25 septembre 2011).

LAVAL Christian, « L'utilitarisme comme représentation sociale du lien humain », *Revue du MAUSS permanente*, 6 juillet 2009, [En ligne] http://www.journaldumauss.net/spip.php?article529 (consulté le 25 septembre 2011).

LELLART M., *Le financement du secteur informel : Que nous apprennent les enquêtes ?*, Colloque sur l'économie informelle au Maroc, 17-18 Avril 2003, Université Hassan II, Casablanca, Maroc, [En ligne] *www.rdh50.ma/fr/pdf/contributions/GT3-7.pdf* (consulté le 25 septembre 2011).

*LORD TRIESMAN,* « Les musulmans en Angleterre : « Une part essentielle de notre société moderne est multiculturelle », *Common Ground News Service*, 09 juillet 2006, [En ligne] http://www.commongroundnews.org/article.php?id=2187&lan=fr&sp=0 (consulté le 25 septembre 2011).

Lorenzo Totaro, « Vatican Says Islamic Finance May Help Western Banks in Crisis », Bloomberg.com, 4 mars 2009, [En ligne] http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=aOsOLE8uiNOg (consulté le 25 septembre 2011).

NARDOT Corinne, « Le marketing ethnique, une stratégie pour répondre à une société pluriculturelle », Centre de Ressources Economie Gestion, 7 février 2004, [En ligne] http://www.creg.ac-versailles.fr/spip.php?article51 (consulté le 25 septembre 2011).

NIELSEN Jorgen, « L'islam en Grande-Bretagne », *Islam & laïcité*, 17 janvier 2003, [En ligne] http://www.islamlaicite.org/article22.html (consulté le 25 septembre 2011).

PAQUIN Marie-Ilse, « Londres, nouvelle reine des finances ? », Lapresseaffaires.cyberpresse.ca, 22 mars 2007, [En ligne] http://lapresseaffaires.cyberpresse.ca/economie/200901/06/01-674858-londres-nouvelle-reine-des-finances.php (consulté le 25 septembre 2011).

PAYE Jean-Claude, « Une régulation européenne au service de la City ? », *Lemonde.fr*, 22 novembre 2010, [En ligne] http://www.lemonde.fr/idees/article/2010/11/22/une-regulation-europeenne-au-service-de-la-city_1443285_3232.html (consulté le 25 septembre 2011).

« Quel avenir pour le Soudan ? », *Rapport GA 23*, Compte rendu de la visite au Soudan du Groupe Sénatorial France-Soudan du 6 au 12 juin 1998, [En ligne] www.senat.fr/ga/ga-023/ga-023.html (consulté le 25 septembre 2011).

*Rapport Mastercard 2008, Worldwide centers of commerce index*, disponible sur www.mastercardworldwide.com, 24 p., [En ligne] http://insights.mastercard.com/ (consulté le 25 septembre 2011).

SCALBERT Augustin, *Olivier Roy :* « Comme solution politique, l'islamisme est fini », 20 février 2011, *Rue89*, [En ligne] http://www.rue89.com/entretien/2011/02/20/olivier-roy-comme-solution-politique-lislamisme-est-fini-191153 (consulté le 25 septembre 2011).

STIGLITZ Joseph, *Conférence de presse du président de la commission d'experts sur la réforme du système monétaire et financier international*, Communiqué de presse, 26 mars 2009, Département de l'information, service des informations et des accréditations, New York, Organisation des Nations Unies, [En ligne] http://www.un.org/News/fr-press/docs/2009/Conf090326-STIGLITZ.doc.htm (consulté le 25 septembre 2011).

VERGARA Francisco, *Utilitarisme*, 7 p., [En ligne] www.franciscovergara.com/utilitarisme.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

WESTERHOFF Léa-Lisa, « Une nouvelle Constitution marocaine «en trompe-l'œil» », *Libération.fr*, 20 juin 2011, [En ligne] http://www.liberation.fr/monde/01012344293-une-nouvelle-constitution-marocaine-en-trompe-l-il (consulté le 25 septembre 2011).

## 2- Articles spécialisés :

« Interview - Finance Islamique : les praticiens espèrent des effets concrets des nouvelles mesures fiscales », 04 février 2011, [En ligne] http://avisexperts.efl.fr/Avis-d-experts/Fiscal/Interview-Finance-Islamique-les-praticiens-esperent-des-effets-concrets-des-nouvelles-mesures-fiscales (consulté le 25 septembre 2011).

« L'éthique des fonds Islamiques », *Valeurs vertes*, N°70, septembre-octobre 2004, [En ligne] http://www.valeursvertes.com (consulté le 25 septembre 2011).

« La BPCE et Qatar Islamic Bank signent un protocole d'accord sur la finance islamique »*, L'Agefi*, [En ligne] http://www.agefi.fr/articles/La-BPCE-Qatar-Islamic-Bank-signent-protocole-daccord-finance-islamique-1131097.html (consulté le 25 septembre 2011).

« La finance islamique à l'épreuve de la crise », *Le Monde*, 15 mai 2009, [En ligne] http://associationfinequity.hautetfort.com/archive/2009/05/15/la-finance-islamique-a-l-epreuve-de-la-crise.html (consulté le 25 septembre 2011).

« La finance islamique, comment ça marche ? »*, L'Expansion.com*, 18 novembre 2009, [En ligne] http://lexpansion.lexpress.fr/economie/la-finance-islamique-comment-ca-marche_207958.html (consulté le 25 septembre 2011).

« Les contrats à terme », *Wikipédia*, [En ligne] http://fr.wikipedia.org/wiki/Contrat_%C3%A0_terme (consulté le 25 septembre 2011).

« Premiers produits islamiques en France, interview de Jérôme Pignolet de Fresnes », *Financeislamiqueenfrance.fr*, [En ligne] http://www.financeislamiquefrance.fr/interview-de-jerome-pignolet-de-fresnes.php (consulté le 25 septembre 2011).

*« UK leads in sowing seeds for a sector », Financial Times report-Islamic finance*, 19 juin 2008, London, England, [En ligne] http://www.ft.com/intl/reports/islamicfinance2008 (consulté le 26 septembre 2008).

AINLEY Michael, MASHAYEKHI Ali, HICKS Robert, *Islamic finance in the UK, regulation and challenges*, Financial Service authority, London, Novembre 2007, 36 p., [En ligne] www.fsa.gov.uk/pubs/other/islamic_finance.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami, *Le système bancaire en droit juif, chrétien et musulman*, Centre de droit arabe et musulman, 18 p., [En ligne] http://www.sami-aldeeb.com/sections/view.php?id=18&action=publications (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM*, Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman*, Centre de droit arabe et musulman, 30 p., [En ligne] http://www.sami-aldeeb.com/sections/view.php?id=18&action=publications (consulté le 25 septembre 2011).

ALVI Ijaj Ahmed, *Introduction to ISDA/IIFM Tahawwut Master Agreement & its significance as a framework document*, IIFM Seminar on Hedging & Liquidity Management in islamic finance, Manama, Bahreïn, 22 novembre 2010, 12 p., [En ligne] http://www.iifm.net/default.asp?action=category&id=54 (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *Islamic Repo & Collateralization Possibilities,* IIFM Seminar on Hedging & Liquidity Management in islamic finance, Manama, Bahreïn, 22 novembre 2010, 14 p., [En ligne] http://www.iifm.net/default.asp?action=category&id=54 (consulté le 25 septembre 2011).

AKHTAR Shamshad, *Building an effective Islamic financial system*, Global Islamic financial Forum, Kuala Lumpur, Malaisie, 27 mars 2007, 7 p., [En ligne] www.bis.org/review/r071210d.pdf (consulté le 26 juillet 2011).

IDEM, *Islamic finance authenticity and innovation, a regulator's perspective, keynote adressed at Harvard Law School*, Cambridge, USA, 20 avril 2008, 7 p., [En ligne] www.bis.org/review/r080429e.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

AZIZ Zeti Akhtar, *Legal & Shariah issues in the islamic financial services industry*, Opening remarks on the Third IFSB Seminar on legal Issues : Survey on Legal and Sharia Issues in the Islamic financial services industry, Kuala Lumpur, Malaisie, 28 mars 2007, 3 p., [En ligne] www.bis.org/review/r070413c.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *The future prospect of the Islamic financial services industry*, speech at the IFSB, interactive session, Bali, 31 mars 2004, 4 p., [En ligne] www.bis.org/review/r040414d.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *The international dimension of islamic finance*, keynote addressed at the 2007 INCEIF Global Forum « Leadership in Global finance-The emerging islamic horizon », Kuala Lumpur, Malaisie, 30 août 2007, 4 p., [En ligne] www.bis.org/review/r070903b.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *The nature of risks involved in dealing with OTC financial derivatives*, keynote address at the 4th banking and financial law school seminar, Kuala Lumpur, 19 février 2004, 4 p., [En ligne] www.bis.org/review/r040225f.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

BA Ibrahim, DELATTE Bérangère, « PME et institutions financières islamiques », *Aide au développement autonome, ADA Dialogue*, Luxembourg, N°2, Avril 1996, 9 p., [En ligne] http://www.globenet.org/archives/web/2006/www.globenet.org/horizon-local/ada/2596pme.html (consulté le 25 septembre 2011).

BAUER John, KEIGHER Richard, *Islamic equity funds : Challenges and opportunities for fund manager,* Edition samba capital management international, Fourth Harvard university Forum on Islamic finance, 30 septembre et 1er octobre 2000, 8 p., [En ligne] www.philadelphia.edu.jo/courses/Markets/Files/Markets/70095.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

BECHADE Philippe, "La finance islamique suscite la curiosité et la convoitise de la France, 14 décembre 2009, [En ligne] http://www.moneyweek.fr/20091210076/conseils/actions/finance-islamique-france/ (consulté le 25 septembre 2011).

BHATTI Junaid, *Why Has Britain's Islamic Finance Industry Flopped ?*, 13 juin 2010, [En ligne] http://www.muslimpolitics.com/the-news/82-why-has-britains-islamic-finance-industry-flopped (consulté le 25 septembre 2011).

*Capital adequacy requirements for sukuk securitization and real estate investment*, Juin 2009, IFSB, 28 p., [En ligne] www.ifsb.org/standard/ifsb7.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

*Conference Islamic finance in secular market*, Dubaï, Emirats Arabes Unis, Mai 2008, 28 p., [En ligne] http://www.cgscenter.org/library/IslamicFinance/IslamicFinanceinSecularMarkets.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

CORNFORD Andrew, *Capital of alternative financial institutions and Basel II : credit cooperatives and islamic banks*, workshop on « Will Ethical Finance Survive Basel II ? », Third International meeting : ethics, finance & responsibility, 1-2 Octobre 2004, Genève, Suisse, [En ligne] www.microfinancegateway.org/gm/document-1.9.../30550_file_30550.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

DAMAK Mohamed, *Évaluation et mesure du risque de crédit pour les banques et produits islamiques*, Standard&Poors Financial Services, First conference on risk management in Islamic Finance, Université Paris dauphine, 28 janvier 2010, 31 p., [En ligne] www.financeislamiquefrance.fr/documents-et-rapports.php (consulté le 25 septembre 2011).

DELORENZO Yusuf Talal, *Shari'ah supervision of islamic mutual funds*, Fourth Harvard university Forum on Islamic finance, 30 Septembre et 1er Octobre 2000, 13 p., [En ligne] http://islamicfinanceaffairs.wordpress.com/2007/10/01/shariah-supervision-of-islamic-mutual-funds-sh-yusuf-talal-delorenzo/ (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *Total return swap and the « Shariah Conversion Technology Stratagem »*, 2007, 11 p., [En ligne] www.dinarstandard.com/finance/DeLorenzo.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

*Disclosures to promote transparency and market discipline for institutions offering* Islamic financial services, IFSB, Décembre 2007, 42 p., [En ligne] *www.ifsb.org/standard/ifsb4.pdf* (consulté le 25 septembre 2011).

EL DIWARY Tareq, *Islamic banking isn't Islamic*, Juin 2003, [En ligne] www.islamic-finance.com/item100_f.htm (consulté le 25 septembre 2011).

EL WALEED Ahmed, *Sukuk- a sharia advisory perspective*, volume 4, Issue 29, 20 juillet 2007, 4 p., [En ligne] www.failaka.com/downloads/Sukuk_Perspective.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

EL-GAMAL Mahmoud A., « The survival of Islamic banking : a micro evolutionary perspective », *Islamic economic studies*, Volume 5, N°1, December 1997, 19 p., [En ligne] www.globalwebpost.com/farooqm/study_res/i.../gamal_ib_survival.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *A basic guide to contemporary Islamic banking and finance*, Juin 2000, 49 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *A call for mutuality in Islamic finance*, Harvard IFP, 22 Avril 2006, 11 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *An economic explication of the prohibition of Gharar in classical Islamic Jurisprudence*, 02 Mai 2001, 28 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *An economic explication of the prohibition of Riba in classical Islamic Jurisprudence*, 2001, 20 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *Hedge funds Shari'a Regulatory issues*, 6 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *Incoherence of contract-based islamic financial jurisprudence in the age of financial engineering*, Mai 2007, 15 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011)

IDEM, *Interest and the paradox of contemporary islamic law and finance*, 33 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *Islamic financial engineering versus Architecture*, 2003, 31 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *Islamic Jurisprudence : « Updating our understanding of Sharia Rules »*, [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *Islamic jurisprudence : out of the books and out of the box*, Dubaï, IIFF, 19 novembre 2002, 11 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *Limits of Sharia arbitrage and unrealized potential of islamic finance*, Conference in Harvard, 9 mai 2004, 11 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html [En ligne] (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *Macro versus Micro-considerations in Islamic financial ijtihad*, IIFF, Istanbul, Septembre 2004, 11 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *Mutuality as an antidote to rent-seeking Shari'a arbitrage in Islamic Finance*, Avril 2005, 13 p., En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *Peddling religion*, IIFF, Istanbul, Septembre 2004, 12 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *Islamic jurisprudence and finance : trends of the past and promises of the future*, Genève, Conférence du 22 juillet 2002, 25 p., [En ligne] http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/islamic.html (consulté le 25 septembre 2011).

EL-HAWARY Dahlia, GRAIS Wafik, *La compatibilité des services financiers islamiques avec la microfinance*, [En ligne] http://www.uncdf.org/francais/microfinance/pubs/newsletter/pages/2005_07/news_compatibility.php (consulté le 25 septembre 2011).

*Finance islamique en France, quel marché et quelles opportunités pour les banques de détail ?*, Etude de marché réalisée par l'IFOP pour l'Islamic finance Advisory & assurance services et l' l'Association d'Innovation pour le Développement économique et immobilier, 2008, 58 p., [En ligne] http://www.aidimm.com/articles/finance-islamique-en-france-rapport-2011-exclusif_128.html (consulté le 25 septembre 2011).

GAFOOR Abdul A.L.M., *Interest-free Commercial Banking*, Groningen, the Netherlands : Apptec Publications, 1995. Revised edition, 2002. 98p., [En ligne] http://www.islamicbanking.nl/article3.html (consulté le 25 septembre 2011).

GASSNER Michael Saleh, *Revisiting Islamic Bonds*, are 85% of sukuk haram ?, avril 2008, [En ligne] www.failaka.com/downloads/Gassner_RevisitingIslamicBonds_Mar08.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

GRIFFITHS Katherine,« Sharia-compliant banking products a 'huge flop' in Britain », *The Times*, 21 juin 2010, [En ligne] http://www.theaustralian.com.au/business-old/industry-sectors/sharia-compliant-banking-products-a-huge-flop-in-britain/story-e6frg96f-1225882133009 (consulté le 25 septembre 2011).

*Guiding principles on gouvernance for Islamic collective instrument schemes*, IFSB, 2009, 27 p., [En ligne] www.ifsb.org/standard/ifsb6.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

HARZI Adel, « Les banques islamiques à l'heure des exigences réglementaires », First conference on risk management in Islamic Finance, Université Paris dauphine, 28 janvier 2010, 15 p., [En ligne] ] www.financeislamiquefrance.fr/documents-et-rapports.php (consulté le 25 septembre 2011).

HASSOUNE Anouar, *Quelle intégration de la finance islamique dans le système financier global ? Quels enjeux pour la France ?*, Moody's investors service, Table ronde finance islamique organisée par la commission des finances du Sénat, Paris, 14 mai 2008, 23 p., [En ligne] www.senat.fr/commission/fin/actualites/finance_islamique_hassoune.ppt (consulté le 25 septembre 2011).

HASSOUNE Anouar, DAMAK Mohamed, *Les habits neufs de la finance Islamique*, Paris, Conférence au Master Asset Management de l'Université Paris Dauphine, 16 mai 2007, 34 p., [En ligne] www.master222.com/fr/PresentationS_P(MrHassoune_MrDamak) (consulté le 25 septembre 2011).

HIDEUR Nasser, *Quels types de risques crédit spécifiques à la finance islamique*, First conference in Islamic finance, Paris, Mardi 28 janvier 2010, Université de Paris dauphine, 34 p., [En ligne] www.financeislamiquefrance.fr/documents-et-rapports.php (consulté le 25 septembre 2011).

HOWLADAR Khalid, *The future of Sukuk : substance over form*, Moody's investor's service, 06 mai 2009, [En ligne] http://www.cpifinancial.net/v2/fa.aspx?v=0&aid=260&sec=Islamic%20Finance (consulté le 25 septembre 2011).

*Le développement de la microfinance islamique*, cadre & stratégies, forum ifsd 2007, Forum sur le développement du secteur financier islamique dans le cadre de la rencontre annuelle du groupe BID, Dakar, Sénégal, 27 mai 2007, [En ligne] http://senegal.portailmicrofinance.org/portail_senegal/lesressources/actualites/archives-2007/forum-ifsd-2007/ (consulté le 4 novembre 2008).

MORAIS Richard C., « Don't call it interest », *Forbes*, New York, USA, Juillet 2007, [En ligne] http://www.forbes.com/forbes/2007/0723/122.html (consulté le 25 septembre 2011).

*Perspectives à court et moyen-terme pour le marché français*, *AIDIMM*, Novembre 2008, 18 p., [En ligne] www.aidimm.com/user-res/.../Nov08_Aidimm_Perspectives_FI_France.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

SAINT MARC Gilles, *Finance islamique et droit français*, Cabinet Gide Loirette Nouel, Table ronde finance islamique organisée par la commission des finances du Sénat, Paris, 14 mai 2008, 27 p., [En ligne] www.senat.fr/commission/fin/actualites/finance_islamique_saintmarc.ppt (consulté le 25 septembre 2011).

*Shari'a methodology rating*, International Islamic Rating Agency, mai 2006, disponible sur www.iirating.com, 7 p., [En ligne] http://www.iirating.com/method_sqr.asp (consulté le 25 septembre 2011).

SIDDIQI Mohammed Najatullah, *Shariah, economics and the progress of Islamic finance: the role of sharia experts*, Cambridge, Massachusetts, USA, 21 avril 2006, disponible sur http://siddiqi.com/mns/role-of_sharia_experts.html, [En ligne] (consulté le 25 septembre 2011).

*Standard&Poors Approach to rating sukuk*, *Standard&Poors Ratingsdirect*, 17 septembre 2007, [En ligne] http://www2.standardandpoors.com/spf/pdf/media/sp_approach_to_sukuk_17-sep-2007.pdf (consulté le 25 septembre 2011), 11 p.

STEHLY Ralph, *La niyya ou pureté de l'intention*, [En ligne] http://stehly.chez-alice.fr/niyya.htm (consulté le 25 septembre 2011).

*The text of the historic judgement on interest given by the supreme court of Pakistan*, 81 p., [En ligne] www.albalagh.net/Islamic_economics/riba_judgement.shtml (consulté le 25 septembre 2011).

TOXE Laurence, *L'expérience britannique : l'évolution de la législation fiscale britannique pour s'adapter aux produits islamiques*, Norton Rose LLP,Table ronde finance islamique organisée par la commission des finances du Sénat, 14 mai 2008, Paris, 16 p., [En ligne] www.senat.fr/commission/fin/actualites/finance_islamique_toxe.ppt (consulté le 25 septembre 2011).

UK TRADE & INVESTMENT, « The City, UK Excellence in Islamic finance », London, England, 2007, 28 p., [En ligne] http://www.londonstockexchange.com/specialist-issuers/islamic/downloads/ukti-uk-excellence-in-islamic-finance.pdf (consulté le 25 septembre 2011).

USMANI Taqi, *Islamic investment : Shari'ah principles behind them*, 16 septembre 2005, 14 p., [En ligne] http://qa.sunnipath.com/issue_view.asp?HD=1&ID=382&CATE=43(consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *Sukuk and their contemporary applications*, 15 p., [En ligne] *www.kantakji.com/fiqh/Files/Markets/f213.pdf* (consulté le 25 septembre 2011) (consulté le 25 septembre 2011).

VASSENAIX-PAXTON Anne-Sylvie, *L'expérience Britannique : une source d'inspiration pour le développement de la finance islamique en France ?*, Norton Rose LLP, Table ronde finance islamique organisée par la commission des finances du Sénat, Paris, 14 mai 2008, [En ligne] http://www.senat.fr/commission/fin/actualites/finance_islamique_vasseneix_paxton.ppt (consulté le 25 septembre 2011).

VIGNAUD Marc, « L'offensive de la finance islamique en France », *Le Point.fr*, 26 novembre 2009, [En ligne] http://www.lepoint.fr/archives/article.php/399311 (consulté le 25 septembre 2011).

WARDE Ibrahim, « Paradoxes de la finance islamique », *Le Monde diplomatique*, Septembre 2001, [En ligne] http://www.monde-diplomatique.fr/2001/09/WARDE/15584 (consulté le 25 septembre 2011).

WILSON Rodney, *Islamic Banking in the UK*, Islamic banking and finance lecture in Sarajevo, 8 Mai 2006, 8 p., [En ligne] www.philadelphia.edu.jo/courses/banking/Files/Banks/70026.ppt (consulté le 25 septembre 2011).

IDEM, *Islamic finance in Europe*, Robert Schuman for advanced studies, Policy papers N°2007/02, European University institute, 43 p., [En ligne] http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/7739/?sequence=1 (consulté le 25 septembre 2011).

# GLOSSAIRE DES TERMES ARABES

**‘aqd :** Contrat.

**‘ayn :** Désigne les choses réelles.

**‘ibadat :** Actes rituels d’adoration. Forme avec les *mu’amalat* (cf. infra) les deux versants du *fiqh*.

**‘illa :** Dans une décision rendue par *qiyas* c’est le motif, la raison de la règle.

‘**ulama** (sing.: **‘alim**) **:** Jurisconsultes musulmans, Littéralement homme de science, savant.

**Al ‘Arbun :** Avance de paiement versé à l’occasion d’une promesse d’achat. L’arbun sera déduit du prix de vente si le contrat est conclu. Dans le cas contraire, le vendeur aura la possibilité de le garder si l’acheteur n’accomplit pas sa promesse. En finance islamique l’*’arbun* est utilisé pour développer les options.

**Al ajr :** Commission, honoraire ou salaire perçu en l’échange d’un service ou d’un travail.

**Al ghunm bil ghurm et al Kharaj bil Daman :** Le gain avec le risque, le profit avec la responsabilité. Ces deux maximes fondent les principes participatifs de la finance islamique.

**Al kheyr :** Le bien.

**Al tawafuq :** La conformité.

**Amanah :** 1- Littéralement confiance, loyauté. Constitue une valeur importante dans les relations économiques et financières.

2-Dépôt fiduciaire.

**Amin :** Dépositaire d’une amanah. En cas de perte du dépôt, sa responsabilité ne peut être engagée que pour négligence fautive.

**Amir al mu’minin :** Commandeur des croyants.

**Bay’ :** Vente.

**Bay’ al ‘inah :** Double vente par laquelle une partie vend à l’autre une marchandise au comptant et la lui rachète avec paiement à terme d’un prix majoré. Le résultat de cette opération correspond à un prêt à intérêt déguisé. Cette opération est un

exemple de *hiyal* (cf. infra) et est de ce fait interdite par la majorité des écoles juridiques. Elle est par contre très utilisée par les banques islamiques de Malaisie.

**Bay' al dayn :** vente de dette ou d'instrument de dette, autorisée uniquement à la valeur nominale de la peine sous peine de nullité pour *riba*.

**Bay' al musawamah :** Vente classique, dans laquelle le prix est simplement négocié entre les parties.

**Bay' al salam :** Vente de biens déterminés contractuellement mais non existant au moment de la conclusion du contrat. Le prix et la date de livraison des biens doivent être stipulés dans le contrat.

**Dahir :** Texte de loi qui porte le sceau du roi au Maroc.

**Dar al harb :** Littéralement, la maison ou la terre de la guerre, représentant la partie non-musulmane du monde, par opposition à **Dar al Islam**, la maison de l'Islam, le monde musulman.

**Daret :** Forme de tontine marocaine.

**Darurah :** Principe de nécessité. Principe juridique permettant de légitimer certains actes en principe prohibés, en raison de la sauvegarde d'un intérêt supérieur. Ex : l' obligation de préserver la vie implique la nécessité de se nourrir de porc si c'est l'unique moyen de ne pas mourir.

**Dhimmi :** Terme signifiant protégé, allié, Le statut de *dhimmi* permettait aux gens du livre (juifs, chrétiens, zoroastriens etc.) de poursuivre la pratique de leur culte à la condition qu'ils s'acquittent d'une taxe spécifique, la ***jizaya***.

**Fasad el zaman :** Conception musulmane selon laquelle les conditions de l'époque sont toujours plus corrompues.

**Fatwa** (pl. : ***fatawa***)**:** Opinion, avis juridique dont la valeur dépend de l'autorité qui l'énonce.

**Fiqh :** Jurisprudence islamique. Interprétation que font les juristes islamiques de la *Shari'a***.**

**Gharar :** Littéralement tromperie. Généralement traduit par aléa, évoque une part d'imprévisibilité dans le contrat rendant celui-ci potentiellement injuste, acceptation dans certains cas d'une part d'imprévisibilité dans le cas des ventes à terme de matières premières par exemple.

**Habous :** Cf. infra *waqf*.

**Hadith** (pl. : ***ahadith***)**:** Traditions rapportées de la vie du prophète de l'Islam, décrivant ses actes, ses opinions ou celles des compagnons et qu'il a approuvées. Ils constituent avec le *Qor'an* une des sources primaires du droit musulman.

**Halal** : Se dit de tout ce qui est autorisé par la *Shari'a*.

**Haram :** Se dit de tout ce qui est interdit par la *Shari'a*. Ex : consommation et vente d'alcool, perception d'intérêts financiers etc.

**Hawalah :** Littéralement, transfert. Légalement la *hawalah* est l'équivalent d'un titre de créance.

**Hawl :** Durée de l'année lunaire.

**Hiyal :** Expédient juridique permettant de contourner une obligation légale. Ex: *tawarruq.*

**Ijara :** A l'origine le contrat d'*ijara* désigne la vente de l'usufruit d'un bien. Dans la pratique des banques islamiques il est assimilé au crédit-bail, au *leasing*. Dans la littérature juridique classique l'*ijara* est une vente dont la seule particularité tient en ce que le *mu'jir* (le crédit-bailleur) conserve la propriété du bien. Aujourd'hui, l'*ijara* est l'opération par laquelle une banque acquiert un bien, à la demande du client, en vue de le lui louer pendant une certaine période à l'issue de laquelle la propriété du bien lui sera transférée. A la différence du *leasing* conventionnel, le transfert de la propriété du bien ne doit pas être prévu contractuellement dès la formation du contrat.

**Ijma' :** Littéralement consensus. L'*ijma'* est une des sources principales de droit musulman qui dit qu'un avis faisant consensus acquiert force de loi. Fondé sur un *hadith* énonçant que la communauté musulmane ne s'accordera jamais sur une erreur**.**

**Ijtihad :** Désigne l'effort de réflexion que les juristes musulmans entreprennent pour interpréter les textes fondateurs de l'islam et les transcrire en termes de droit musulman ou pour rassembler les textes qoraniques et de la *sunn*a relatifs à une question précise. Le terme *Ijtihad* désignait à l'origine l'effort des plus illustres savants à atteindre les justes avis juridiques.

**Ikhtilaf:** Littéralement divergence, désaccord. L'i*khtilaf* entre juristes désigne plus spécialement la divergence d'opinion et souligne la capacité du droit musulman à accepter la variété des situations.

**Istisna' :** Littéralement, l'*istisna'* désigne la demande de fabrication. L'*istisna'* est généralement utilisé pour le financement d'infrastructures, de grands projets immobiliers, de projets industriels (usines, aéronefs, navires).Le support des pertes est par contre obligatoirement proportionnel à la part du capital investi par chaque associé. Ce contrat est une exception au principe islamique qui exige l'existence de la chose, objet du contrat, au moment de sa formation. Il est légitimé par l'intérêt général et la nécessité.

**Jahl :** Désigne l'ignorance d'un contractant. Peut être exorbitant, *jahl fahish*, et entraîner la nullité du contrat, ou bien toléré, *jahl yasir.*

**Ju'alah :** Désigne la fourniture d'un travail ou d'un service dont l'objectif est incertain. L'accomplissement de l'objectif entraînera le versement du salaire promis.

**Kawaïd kulliyat :** Littéralement normes globales. Les *kawaïd kulliyat* désignent les principes généraux qui sont définis par le *fiqh,* selon le Professeur Selim Jahel, comme « des règles à portée générale s'appliquant à toutes les questions partielles qui s'y rattachent ».

**Khalife :** Successeur du Prophète à la tête de l'Etat musulman classique, *khalifah*. Son pouvoir (**wilaya**) est exécutif et judiciaire, mais pas législatif. Il est par ailleurs *Amir al mu'minin*, commandeur des croyants.

**Khiyar :** Option permettant, sous certaines conditions d'annuler un contrat. Il existe plusieurs options en droit musulman (cf. infra).

**Khiyar al 'aib :** Option, permettant de retourner les biens, objets du contrat, présentant un défaut.

**Khiyar al Shart :** Droit conféré à l'une ou aux deux parties d'un contrat, leur permettant d'annuler ce contrat, sans raison particulière, pendant une période déterminée.

**Madhab** : Ecole juridique. Il existe dans le monde musulman *sunnite* quatre écoles juridiques adoptant chacune des positions différentes :

L'école *hanafite* (Pakistan, Inde, Turquie, Egypte)

L'école *hanbalite* (Péninsule arabique)

L'école *malikite* (principalement au *Maghreb*)

L'école *shafi'ite* (Egypte et Asie du sud-est)

**Makrûh :** Répréhensible.

**Mandûb :** Recommandé.

**Manfa'a :** Utilité intrinsèque d'un bien.

**Maqasid al Shari'a :** Buts essentiels assignés à l'Homme par la *Shari'a* parmi lesquels nous pouvons citer la protection de la vie, la sauvegarde de la raison, la continuité de la procréation, la protection des biens, la sauvegarde de l'intégrité du message religieux.

**Masalih mursala :** Chez Shatibi, c'est le principe de l'intérêt général.

**Maslaha :** Intérêt général. La *maslaha* est une méthode de création de normes par adaptation à la vie sociale permettant la sauvegarde du but de la Loi. La *maslaha* peut porter sur des nécessités (***darura**h*) ou sur de simples besoins (***hajiyah***) ou

pour parachever, compléter ou faciliter (***tahsinah***) l'application des règles relevant du domaine de la Loi.

**Mithli :** Biens fongibles.

**Moudharabah :** la *moudharabah* est un instrument financier participatif par lequel une partie confère à une autre le soin de faire fructifier l'argent qu'elle lui confie.

**Moudharib :** Dans la *moudharabah*, la partie chargée de faire fructifier les fonds qui lui sont confiés par le *rab al mal*.

**Mourabaha :** Vente au prix d'achat majoré d'une marge négociée. En pratique les banques islamiques utilisent la *mourabaha* comme une technique de financement. Elles achètent un bien, sur demande du client, en vue de le lui revendre à son prix d'achat majoré d'une marge préalablement convenue.

**Mousharakah :** La *mousharakah* est un partenariat, fondé sur le principe essentiel de partage des profits et des pertes entre les associés. La détermination des profits est librement négociable par les associés mais doit nécessairement être proportionnelle : interdiction d'une somme forfaitaire. **Mousharakah moutanakissa :** *Mousharakah* dégressive.

**Mu'amalat :** Tous types d'activités économiques liées à l'échange de bien et de services.

**Mubâh :** Licite.

**Mujtahid :** Qui pratique l'*ijtihad*. Le *mujtahid* est, selon Louis Milliot, celui qui, « sans perdre de vue la règle stricte de la Loi sacrée, sait au besoin, la diriger vers une voie nouvelle ». Ce pouvoir de créer la norme provient des prescriptions du *Qor'an* et de la *sunna* conférant au savant un rôle éminent dans la hiérarchie sociale du monde musulman.

**Mujtahid muqaiyad :** *Mujtahid* qui détient un pouvoir créateur limité.

**Mujtahid mutlaq :** *Mujtahid* qui dispose d'un pouvoir général de réforme et est habilité à interpréter les sources primaires de la *Shari'a*.

**Mu'jir :** Crédit-bailleur.

**Nass :** Texte explicite du *Qor'an* ou de la *sunna* exprimant clairement une règle de droit.

**Nissab :** Seuil d'imposition à la *zakat*. Il est fixé à 85 grammes d'or, soit environ 1200 euros aujourd'hui.

**Niya :** Intention. L'intention des parties à un contrat n'est pas prise en compte de la même manière suivant les écoles juridiques ce qui a des implications sur la légitimation de certaines opérations. Ex : *Bay' al 'inah, tawarruq*.

**Qadi** (pl. : qudat) **:** Le détenteur du pouvoir judiciaire. En tant qu'émanation du *khalife*, il assure également une fonction religieuse, dire le droit en application des textes sacrés.

**Qard al hassan :** Prêt vertueux, dans lequel seul le remboursement du capital prêté doit être remboursé. En droit musulman tous les prêts d'argent doivent être effectués à titre gracieux.

**Qimi :** Biens non fongibles.

**Qirad :** Autre nom de la *moudarabah*.

**Qiyas :** Littéralement analogie, le *qiyas* désigne un type de raisonnement analogique utilisé pour déterminer la solution d'un problème de droit non prévu par les textes du *Qor'an* et de la *sunna*. Cette méthode est considérée comme la quatrième source du droit musulman

**Rab el mal :** Désigne la personne qui investit le capital dans un contrat de *moudarabah* ou de *mousharakah***.**

**Rahn :** Littéralement garantie. Désigne en pratique l'hypothèque ou le nantissement d'un bien venant en garantie d'une dette.

**Riba :** Littéralement excès ou surplus. Ce terme est généralement traduit par « intérêt ». Désigne l'absence d'équivalence entre les prestations du créditeur et du débiteur dans une transaction ; Ex : remboursement supérieur au capital dans un prêt d'argent.

**Riba al Fadl :** Désigne le surplus, interdit, dans l'échange de marchandise de même qualité.

**Riba al Nassi'a :** Désigne la différence entre le capital emprunté et le capital remboursé à échéance. Correspond à la notion d'intérêt pratiquée par les banques commerciales.

**Ribh :** Profit, marge.

**Ridha :** Traduit généralement par consentement. Dans la formation du contrat le consentement n'est pas indispensable mais est une condition de validité.

**Sabab :** Cause du contrat, prévue par la loi et à laquelle se trouvent suspendus les effets prévus également par la loi.

**Sadaqa :** Aumône.

**Shari'a :** Littéralement**,** la voie. La *Shari'a* est un ensemble de règles de conduite applicable aux musulmans. Le terme utilisé en arabe dans le contexte religieux signifie : « chemin pour respecter la loi (de Dieu) ».

**Shi'ites:** Les *Shi'ites* de *shi'a*, fraction, partie, hérésie, ne reconnaissent qu"Ali, gendre du Prophète pour légitime successeur du prophète de l'Islam à l'exclusion des trois autres premiers *khalifes* (Abu bakr, 'Omar et 'Othman), et que les descendants d"Ali pour *imams* ou souverains pontifes. Ils représentent 10 à15 % des musulmans et sont surtout présents en Iran, Irak ainsi qu'au Liban.

**Shirkah :** Association

**Suftaja :** Lettre de crédit.

**Sukuk :** Les *sukuk* désignent des titres représentant une quote-part de la propriété d'un actif générateur de flux financiers (marchandise, société…). Ces titres offrent aux investisseurs un droit à rémunération sur les bénéfices dégagés par les actifs et les exposent aux pertes à hauteur de leur quote-part du capital.

**Sunna :** Littéralement cheminement ou pratique. C'est une des quatre sources de la théologie et du droit islamique avec le *Qor'an*, l'*ijma'* et le *qiyas* (cf. supra). Les sources de la *sunna* sont les *hawadith*.

**Sunnites :** Littéralement gens de la tradition, orthodoxes, ceux qui suivent la *sunna*. Les musulmans *sunnites* forment la majorité des musulmans dans le monde (85 à 90%). Ils acceptèren**t** dès l'origine les quatre premiers *khalifes*.

**Ta'lil :** Dans une décision rendue par *qiyas* c'est le cas d'origine à partir duquel la solution est induite.

**Tafsir :** Exégèse.

**Takhayyur :** Le *takhayyur* désigne la doctrine qui permet la sélection entre les différentes opinions juridiques des *mujtahidun* réglant un point spécifique. La sélection peut s'opérer entre les quatre écoles juridiques mais également au sein des différents courants d'une même école.

**Taklif :** Période de responsabilité de l'homme entamée lors du pacte primordial et s'achevant à la fin des temps.

**Talfiq :** Littéralement, rapiéçage. Désigne les règlements de droits bâtis à partir de combinaisons, d'opinions ou de fragments d'opinions issus des différentes écoles juridiques et destinés à légitimer une position juridique inconnue ou rejetée par les écoles classiques.

**Taqlid :** Imitation. A la suite de la fermeture de la porte de l'*ijtihad*, le droit musulman entra dans la période du *taqlid*, de l'imitation. L'on considéra alors que les écoles juridiques étaient réputées infaillibles.

**Taqwa :** Piété ou « crainte de Dieu ».

**Tariqa (pl. turuq) :** Littéralement « voie », les *turuq* sont les confréries soufies.

**Tawarruq :** Fait de monétiser le commerce de marchandise. Le mécanisme du *tawarruq* est le même que pour la *bay' al inah* (cf. supra) mais fait intervenir un tiers. C'est également un *hiyal* destiné à permettre le prêt d'argent avec un intérêt déguisé.

**Tawhid :** Objectif ultime de réunification de la dualité créateur-créature.

**Thaman :** Prix.

**Ujra :** Le loyer.

**Ummah :** Communauté des croyants.

**Wâjib :** Obligatoire.

**Waqf :** Le *waqf* désigne la rétention de la propriété d'un bien au bénéfice d'une oeuvre charitable ou humanitaire. C'est l'équivalent du *Habous* maghrébin. Un bien *waqf* ne peut être vendu, donné ou hérité.

**Zakat :** Troisième des cinq piliers de l'Islam (avec l'attestation de foi, la prière, le jeûne de ramadan, et le pèlerinage), la *zakat* est un impôt prélevé sur le patrimoine détenu par tout musulman sur une année pleine. Son taux diffère selon la nature du patrimoine : 10% pour les immeubles, 2,5% pour les liquidités. Il est notamment destiné à l'aide des nécessiteux et à la propagation de l'Islam, entendue dans le sens de l'enseignement.

# INDEX

## A


**Accords de Sykes-Picot** ..... 58
**Acculturation** ..... 120, 235, 238, 265
**Actor incumbit probatio**..... 52
**Ajir**.....89
**Ajr**.....88, 385
**Al 'arbun** ..... 85
**Al amanah** ..... 75, 146, 403
**Al darurah tubihou al mahzurah** ..... 192
**Al halalu bayyinun wa l haramu bayyinun** ..... 22, 204
**Al khiyar** ..... 85
**Al rahn** ..... 183
**Al umur bi maqasadiha**..... 23
**Anglo-muhammadan law**..... 61, 173
**Arbitrage** .. 135, 136, 177, 182, 183, 296, 306, 310, 313, 338, 380, 413
**Asset-backed Securities**..... 132, 329
**Asset-based Securities**..... 132, 135, 329
**Asymétrie d'information**..... 110, 279


## B


**Bancarisation**..... 166, 180, 225, 268, 269
**Bill of lading**..... 308
**Blanchiment d'argent**..... 127, 318, 319, 413


## C


**Caisse de refinancement**..... 321
**Call-option**..... 86
**Calvinisme** ..... 19, 247, 345
**Capital-risque** ..... 105, 110, 241, 339, 356
**Charitable trust**..... 251
**Ciblage marketing**..... 164, 227
**Commanda**..... 52, 112, 251
**Common law** 7, 14, 52, 61, 80, 127, 157, 216, 217, 236, 238, 243, 244, 249, 250, 251, 252, 253, 260, 263, 408, 409
**Communautarisme**.. 223, 227, 240, 243, 255, 256, 257, 335, 409
**Compétence juridictionnelle**.....314
**Compte d'investissement** .....147, 148, 310
**Compte épargne**.....147, 242
**Connaissement** .....308
**Contrat de Build, Operate and Transfer**..301
**Coopératives** .....182, 183, 362
**Crédit documentaire** .....307, 413
**Crédit-bail**.....234, 235, 236, 276, 387
**Crédits syndiqués** .....120, 401
**Custodia** .....146


## D


**Dahir** .....266, 386
**Dar al Harb** .....57
**Dar al Islam** .....31, 57, 386
**Daret** .....271, 374, 386
**Darurah**66, 101, 188, 189, 192, 193, 194, 195, 388, 405, 406
**Dayn**.....37, 38, 386
**Déconsolidation** .....91
**Déconstruction**.....341
**Déculturation** .....223, 227, 230, 238, 245, 277
**Défaisance** .....135
**Dépôts** .....25, 30, 33, 36, 46, 84, 98, 103, 146, 147, 166, 172, 173, 234, 236, 242, 260, 262, 291, 293, 294, 317, 318, 319, 320, 321, 324, 326, 385, 403, 413, 414
**Développement durable** .....338, 355, 367
**Développement humain** ..268, 270, 337, 342, 414
**Dhimmi** .....23, 57, 219, 386
**Doctrine de la fin de l'histoire**.....348, 357
**Doctrine du choc des civilisations** ..348, 357
**Dol**.....316
**Droit canonique**.....45, 92, 218, 221, 344
**Droit civil**.....16, 61, 238, 253, 267, 356, 410
**Droit comparé**...12, 16, 59, 76, 159, 210, 236, 248, 251, 253, 313, 353, 355, 357, 358, 361
**Droit romain**.....52, 146, 221, 236, 251, 361
**Due diligence**.....151

## E

**Economie informelle** 270, 271, 279, 318, 374, 410
**El ghunm bil ghurm** ..... 25
**Equitable ownership** ..... 237
**Ethique .** 11, 19, 23, 26, 63, 93, 107, 126, 138, 139, 142, 149, 152, 163, 167, 185, 199, 205, 207, 212, 213, 218, 220, 228, 238, 240, 246, 247, 248, 250, 257, 258, 262, 309, 336, 337, 338, 340, 341, 342, 343, 361, 367, 368, 369, 376
**Ethique financière** ..... 11, 337, 342

## F

**Faith schools** ..... 256, 372
**Fatwa** ..... 29, 30, 53, 66, 114, 202, 205, 250
**Fiducie** ..... 236, 237, 238, 252, 253, 354, 356
**Finance éthique** . 11, 309, 338, 340, 342, 367, 368, 414
**Finance socialement responsable** 222, 238, 338, 342
**Financement de projet** 37, 94, 102, 104, 108, 116, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 144, 151, 154, 179, 191, 253, 268, 277, 290, 295, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 326, 359, 365, 401
**Fiqh** . 15, 16, 19, 20, 23, 24, 28, 29, 30, 35, 36, 38, 41, 48, 49, 50, 53, 65, 72, 75, 78, 85, 86, 87, 101, 132, 164, 173, 180, 188, 208, 211, 213, 296, 311, 353, 361, 362, 364, 383, 385, 386, 388, 398
**Fiqh al ‘ibadat** ..... 16, 180
**Fiqh al mu’amalat** ..... 16, 65, 180
**Fonds éthiques** ..... 280, 342
**Futures** .. 32, 99, 123, 139, 140, 254, 368, 402

## G

**Gharar** . 25, 27, 31, 33, 41, 75, 86, 89, 96, 109, 126, 135, 137, 153, 162, 323, 379, 386

## H

**Habous** ..... 210, 251
**Hadith ...** 18, 19, 20, 21, 22, 25, 26, 27, 31, 38, 43, 44, 45, 49, 50, 75, 84, 85, 86, 87, 89, 96, 105, 121, 138, 177, 196, 204, 209, 251, 386, 387, 391
**Hajiyah** .....189, 194, 388
**Halal** .....32, 40, 82, 83, 84, 120, 143, 147, 152, 162, 163, 191, 212, 234, 240, 242, 243, 262, 296, 297, 298, 308, 387, 389, 392, 399
**Hanafisme** .....30, 41, 49, 50, 78, 81, 98, 101, 104, 113, 157, 159, 164, 173, 206, 256, 314, 388
**Hanbalisme** .....40, 49, 50, 51, 76, 78, 81, 86, 108, 113, 114, 115, 130, 157, 169, 170, 191, 197, 206, 296, 388
**Haram** .....21, 135, 381
**Hawala** .....38, 153, 257, 282
**Hawl** .....26
**Hiyal** .....49, 81, 82, 84, 99, 129, 158, 162, 194, 234, 293, 386, 392

## I

**Ijara** ....88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 98, 117, 118, 120, 121, 128, 131, 132, 135, 149, 162, 168, 186, 230, 233, 234, 236, 257, 262, 272, 274, 276, 304, 305, 314, 324, 350, 387, 399, 408, 410
**Ijaza** .....53
**Ijtihad** .....20, 24, 47, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 64, 65, 66, 156, 157, 164, 197, 199, 200, 296, 380, 387, 389, 391
**Ikhtilaf** .....157, 387
**Indice de développement humain** .....268
**Inflation** .....30, 36, 241
**Investissements directs étrangers** .....269

## J

**Jahiliya** .....28
**Jahl**. .....32, 33, 387
**Jizaya** .....219, 386
**Judaïsme** .....247, 344

## K

**Kawaïd kulliyat** .....24, 388
**Khalifah** .....28, 30, 55, 56, 57, 58, 59, 71, 194, 284, 328, 333, 364, 388, 398
**Khalife** 18, 43, 48, 55, 56, 57, 58, 66, 107, 126, 158, 194, 219, 220, 388, 390
**khiyar al ‘ayb** .....87
**Khiyar al shart** .....87

## L

**Laïcité** . 13, 29, 45, 57, 61, 166, 167, 169, 202, 217, 218, 219, 220, 222, 223, 224, 225, 245, 256, 282, 354, 358, 361, 363, 372, 373, 374, 404
**Law and economics** ..... 198
**Lease back** ..... 91
**Leasing** .. 90, 91, 108, 109, 121, 276, 387, 410
**Legal ownership** ..... 237
**Legs** ..... 345
**Lésion** ..... 232
**Lettre de crédit** ..... 153, 307, 403
**Lex mercatoria** ..... 213, 312, 343, 361
**Libéralisme** ..... 19, 66, 67, 68, 172, 174, 248, 249, 259, 263, 297, 298, 299, 332, 333, 335, 341, 346, 348, 398
**Loi de Pareto** ..... 163
**Loi du For** ..... 312, 315
**Lois de police** ..... 313
**London Interbank Offered Rate** ..... 143, 324, 325

## M

**Madhab** . 22, 50, 54, 55, 56, 86, 156, 158, 159, 161, 163, 164, 388, 403, 404
**Mafsada** ..... 189, 195
**Majallah** ..... 24, 41, 159, 188, 192
**Makrûh** ..... 21
**Malikisme** ... 35, 49, 50, 71, 76, 78, 81, 96, 97, 98, 106, 113, 157, 161, 164, 189, 314, 388
**Mandûb** ..... 21
**Manifeste de Rabat** ..... 210
**Maqasid al Shari'a** 23, 24, 189, 192, 337, 388
**Marchandisation** ..... 204, 213, 227, 342, 343
**Marché interbancaire** ..... 134, 214, 321
**Marché monétaire** ..... 321
**Marketing** 5, 87, 163, 164, 168, 178, 199, 202, 204, 206, 227, 247, 289, 334, 339, 374
**Maslaha** .... 23, 24, 62, 65, 188, 189, 190, 191, 192, 195, 357, 388, 405
**Microcrédit** ..... 154, 183, 184, 405
**Monnaie** 30, 31, 34, 35, 36, 37, 39, 42, 46, 89, 99, 102, 122, 152, 171, 267, 333, 343, 356, 397
**Monnaie fiduciaire** ..... 35, 36
**Monnaie Scripturale** ..... 35
**Moralisation de la finance** 11, 340, 341, 346, 414
**Moudharabah** 52, 75, 104, 105, 112, 113, 114, 115, 148, 153, 163, 166, 174, 176, 212, 242, 251, 294, 321, 324, 364, 389, 401
**Moudharib** .....113, 114, 115, 148, 321, 326
**Mourabaha** ..33, 40, 42, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 86, 88, 92, 94, 98, 111, 120, 131, 132, 143, 144, 147, 152, 161, 162, 163, 168, 174, 176, 186, 191, 212, 230, 233, 242, 245, 258, 260, 262, 272, 274, 275, 276, 277, 293, 294, 296, 305, 307, 311, 315, 323, 325, 369, 389, 399, 408, 410
**Mousharakah** ....104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 118, 119, 123, 129, 163, 174, 184, 186, 239, 240, 241, 257, 262, 272, 278, 279, 293, 324, 365, 389, 390, 400, 411
**Mousharakah moutanakissa** .....108
**Mubâh** .....21
**mujtahid** 20, 21, 24, 28, 50, 51, 55, 57, 76, 86, 197, 358, 389, 391
**Mujtahid muqaiyad** .....50, 389
**Mujtahid mutlaq** .....50, 51, 389
**Multiculturalisme** .....244, 245, 246, 255, 334, 357, 373, 374, 408
**Mutualisme** .....44, 170, 182, 339, 345

## N

**Nationalisme** .....60, 61, 62, 245, 373, 398
**Necessitas non habet legem** .....52
**Néo-ijtihad** .....56, 64, 66, 186, 398
**Nissab** .....389
**Niya** .....43, 81, 130, 156, 162, 296
**Noircissement d'argent** .....127
**Notation financière** .....327, 328, 330

## O

**Ordre public** .....40, 312, 313, 314, 357, 413
**Organized tawarruq** .....84
**Originateur** .....127

## P

**Pacte du Najd** .....171, 404
**Pacte du Quincy** .....171
**Panarabisme** .....58
**Partage des pertes et des profits** .....25, 106, 111, 126, 239, 310, 328, 339, 400
**Plan de Sanaa** .....210
**Pondération du risque** .....328

**Precedent** ..... 250
**Préteur romain** ..... 250, 316
**Produits alternatifs** ..... 272, 276, 280, 297
**Produits dérivés** 87, 135, 139, 141, 144, 253, 325, 329, 402
**Produits structurés** . 5, 84, 86, 121, 135, 139, 286, 402
**Protestantisme** 247, 248, 254, 342, 345, 354, 373
**Pseudo-hypothèque** ..... 270, 271, 373

## Q

**Qadi** ..... 49, 82, 158, 251, 390, 403
**Qard al hassan** ..... 44, 46, 146, 326, 338
**Qiyas** ..... 20, 21, 22, 24, 28, 49, 191, 370, 385, 390, 391, 397

## R

**Rab al mal** ..... 113, 115, 148, 389
**Race Relations Act** ..... 255, 256
**Refinancement** .. 30, 131, 194, 211, 319, 320, 321, 322, 414
**Règles et Usances Uniformes** ..... 307
**Règles prudentielles** ..... 317, 320, 322, 414
**Rehaussement de crédit** ..... 329
**Reserve account** ..... 306
**Responsabilité sociale d'entreprise** 342, 355
**Reversed tawarruq** ..... 84
**Riba.** 25, 27, 28, 29, 30, 31, 36, 38, 41, 42, 43, 44, 45, 66, 68, 91, 92, 97, 98, 99, 103, 121, 124, 126, 130, 135, 137, 141, 147, 158, 162, 174, 177, 185, 195, 201, 232, 241, 271, 296, 316, 321, 323, 324, 334, 354, 379, 383, 386, 390
**Riba al fad'l** ..... 28
**Riba al nassi'a** ..... 28
**Ribbit** ..... 344
**Risque de contrepartie** ..... 323, 324, 327
**Risque de crédit** .. 42, 94, 119, 235, 323, 325, 328, 378
**Risque de documentation** ..... 327
**Risque de taux** ..... 324
**Risque religieux** ..... 135, 327, 329, 330

## S

**Sadaqa** ..... 45, 338
**Salafisme** ..... 163, 164, 200
**Salam** .....35, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 111, 118, 119, 121, 129, 130, 131, 140, 162, 186, 194, 196, 202, 277, 279, 305, 307, 323, 325, 350, 364, 386, 400, 411
**Shahada** .....26
**Société Civile Immobilière d'Accession Civile à la Propriété** .....239, 339, 369, 408
**Soufisme** .....209, 210, 355
**Special purpose vehicle** .....127, 135
**Suftaja** .....153
**Sukuk**.125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 230, 235, 237, 238, 240, 251, 252, 253, 258, 259, 261, 277, 278, 279, 321, 322, 329, 332, 350, 365, 368, 378, 381, 382, 391, 401, 402, 411
**Summum jus summa injuria** .....52
**Sunna** ....15, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 38, 44, 49, 50, 56, 88, 95, 150, 189, 282, 311, 387, 389, 390, 391, 397
**Sunnisme** .....167, 206, 388
**Swap** ..139, 141, 142, 143, 253, 324, 337, 379, 402

## T

**Tafsir** .....17, 76
**Tahsinah** .....189, 190, 194, 389
**Takhayyur** .....55, 56, 159, 160, 391
**Taklif** .....15, 391
**Talfiq** .....56, 78, 104, 109, 235, 391
**Taqlid** .....53, 54, 55, 56, 61, 78, 159, 200, 391, 398
**Tariqa** .....210, 391
**Taux effectif global** .....78, 232, 234
**Tawarruq** .21, 32, 40, 45, 82, 83, 84, 120, 143, 147, 152, 162, 163, 191, 204, 227, 234, 240, 242, 243, 262, 296, 297, 298, 308, 372
**Théorie de l'agence** .....110
**Thésaurisation** .....26, 44
**Titrisation** .....94, 127, 132, 280, 302, 329
**Tontine** .....271, 374, 386
**Trust** ..127, 135, 236, 238, 251, 252, 253, 319, 354, 356, 358, 363

## U

**Uniformisation des normes**.51, 71, 155, 170, 181, 187, 188, 190, 191, 197, 198, 199,

200, 205, 210, 211, 213, 223, 304, 331, 332, 334, 405, 406, 414
**Universalisme**..... 51, 62
**Utilitarisme**..... 68, 79, 87, 160, 176, 247, 248, 249, 278, 286, 341, 343, 375, 409

## *V*

**Vente à terme**..... 95, 100, 140

## *W*

**Wahabisme** ...67, 84, 157, 163, 165, 168, 169, 170, 171, 172, 186, 207, 209, 281, 282, 283, 284, 286, 287, 296, 404
**Wâjib**.....21
**Waqf**.....26, 61, 251, 354, 386, 392

## *Z*

**Zakat**.....21, 25, 26, 27, 35, 338, 354, 389, 392

# TABLE DES MATIÈRES

**Remerciements** ..... 4

**Sommaire** ..... 7

**Introduction générale** ..... 10

**Partie préliminaire- L'émergence d'une doctrine bancaire islamique** ..... 15

**Titre I- Les origines doctrinales d'un droit musulman des affaires** ..... 15

Chapitre 1- Les sources du droit musulman des affaires ..... 17

**Section 1- Les sources primaires : *Qor'an* et *Sunna*** ..... 17

**§1- Les sources primaires** ..... 17

**§2- Les sources évolutives : Ijma' et Qiyas** ..... 20

**Section 2- Les principes généraux d'un droit musulman des affaires** ..... 22

**§1- Les principes positifs** ..... 22

**§2- Les principes négatifs** ..... 27

Chapitre 2- Les concepts bancaires à l'aune du droit musulman ... 33

**Section 1- La confrontation de l'Islam et de l'économie moderne** ..... 34

**§1- La notion de monnaie en Islam** ..... 34

**§2- La dette en Islam** ..... 37

**Section 2- Les transactions commerciales islamiques** ..... 40

**§1- Les ventes** ..... 40

**§2- Le prêt** ..... 44

**Titre II- Le développement d'une théorie bancaire islamique : fruit de l'histoire du droit musulman** ..... 47

Chapitre 1- Les opérations financières dans l'empire musulman ... 48

**Section 1- L'âge d'or du *fiqh* : émergence et structuration du droit** ..... 48

**§1- Le développement du fiqh** ..... 48

**§2- Les apports extérieurs** ..... 51

**Section 2- Le déclin du *fiqh*** ..... 53

**§1- Le taqlid** ..... 54

**§2- La chute du khalifah** ..... 56

Chapitre 2- La résurgence de la pensée musulmane au XXe siècle ..... 59

**Section 1- Fin du colonialisme et nationalisme arabe** ..... 60

**§1- La confrontation des droits occidentaux et musulmans** ..... 60

**§2- La réaction islamique** ..... 62

**Section 2- Droit musulman et modernité** ..... 64

**§1- Le néo-ijtihad** ..... 64

**§2- La finance islamique comme outil de libéralisation du monde musulman** ..... 66

**Partie I- La légitimation des techniques bancaires musulmanes** ..... 71

**Titre I- Les techniques bancaires islamiques** ..... 72

Chapitre 1- Les techniques islamiques de financements ..... 73

**Section 1- Les opérations de crédit conformes à la *Shari'a*** ..... 74

**§1- Les opérations de crédit fondées sur les mécanismes de la vente** ..... 74

*A- La mourabaha* ..... 74

**1- La mourabaha en droit musulman classique** ..... 74

***a- Légitimité du contrat de mourabaha*** .....75

***b- L'utilisation du contrat de mourabaha en droit classique*** .....76

**2- La pratique de la mourabaha dans les banques islamiques** .....77

***a- Nature des contrats bancaires de mourabaha*** .....77

***b- Les différents types de mourabaha***.....79

*B- Autres instruments de crédits fondés sur des mécanismes de vente* ..... 81

**1- La monétisation : cas des expédients juridiques** .....81

***a- Al 'inah*** .....82

***b- Al tawarruq*** .....83

**2- Les accessoires**.....85

***a- Al 'arbun***.....86

***b- Al khiyar***.....87

**§2- Une opération de crédit fondée sur la location : l'ijara**..... 88

*A- L'acception classique du contrat d'ijara* ..... 88

**1- Légitimité de l'ijara**.....88

***a- Justifications légales***.....88

***b- Nature du contrat d'ijara***.....89

**2- Règles régissant le contrat d'ijara classique** .....89

***a- La validité du contrat***.....89

***b- L'exécution du contrat et son dénouement***.....90

*B- L'ijara comme mode de financement* ..... 90

**1- Règles régissant l'ijara comme mode de financement** .....90

***a- L'opération financière induite par la pratique de l'ijara***.....90

***b- L'exécution du contrat***.....92

**2- Problématiques spécifiques à l'ijara moderne**.....93

***a- Quant à sa conformité à la Shari'a*** .....94

***b- Quant à son rôle dans le développement de la banque islamique*** ..... 94

**§3- Les opérations fondées sur des mécanismes de vente à tempérament** ..... 95

*A- Le salam* ..... 95

**1- Le salam en droit musulman classique** ..... 95

***a- Légitimité du contrat de salam*** ..... 95

***b- Conditions*** ..... 96

**2- La pratique du salam dans les banques islamiques** ..... 97

***a- Problématiques spécifiques liées à la pratique du salam par les banques islamiques*** ..... 97

***b- Utilisations du contrat de salam*** ..... 99

*B- L'Istisna'* ..... 100

**1- Nature du contrat d'istisna'** ..... 101

***a- Légitimité*** ..... 101

***b- Conditions*** ..... 102

**2- La pratique de l'istisna'** ..... 102

***a- L'Istisna' parallèle*** ..... 102

***b- Conformité à la Shari'a*** ..... 103

**Section 2- Les opérations de financement fondées sur l'apport en capital** ..... 104

**§1- Les mécanismes de prêts fondés sur l'association** ..... 104

*A- La mousharakah* ..... 105

**1- La mousharakah en droit musulman classique** ..... 106

***a- Association et personnalité morale*** ..... 106

***b- La règle essentielle de la mousharakah : le principe de partage des pertes et des profits*** ..... 106

**2- La mousharakah dans les banques islamiques** ..... 107

***a- Les différents types de mousharakah*** ..... 107

***b- Les contraintes de la mousharakah*** ..... 110

*B- La moudharabah* ..... 112

**1- Nature de la moudharabah** ..... 112

***a- Légitimité*** ..... 112

***b- Conditions de mise en oeuvre*** ..... 113

**2- La moudharabah dans les banques islamiques**..... 114

***a- L'évolution des règles de la moudharabah*** ..... 114

***b- Utilisation de la moudharabah dans les banques islamiques*** ..... 115

**§2- Le financement de projet** ..... 116

*A- Les structures des financements de projet islamique* ..... 117

**1- Les différents types de structures** ..... 117

***a- Les structures classiques*** ..... 117

***b- Islamisation des pratiques ?***..... 119

**2- Implications juridiques liées à la structuration**..... 120

***a- Cas des crédits syndiqués***..... 120

***b- Instruments de couverture***..... 121

*B- Les incidences des prescriptions de la Shari'a sur les parties au projet*..... 122

**1- Les rapports entre les parties durant la phase de structuration** ..... 122

**2- Durant la vie du projet** ..... 123

***a- Les modalités de paiement dans le cadre d'une structuration par istisna'***..... 123

***b- En cas de mauvaise exécution des obligations***..... 124

Chapitre 2- L'élargissement de l'offre de produits bancaires islamiques..... 125

**Section 1- Les produits islamiques d'investissement** ..... 125

**§1- Le sukuk**..... 125

*A- Le titre de capital islamique : sukuk* ..... 125

**1- La formation du sukuk** ..... 126

***a- Légitimité historique du sukuk*** ..... 126

***b- Les éléments fondamentaux du sukuk*** ..... 126

**2- Les modèles de sukuk** ..... 128

***a- Les structures consensuelles*** ..... 128

***b- Les structures controversées*** ..... 129

*B- Les problématiques légales liées aux sukuk* ..... 130

**1- Sukuk et sécurité juridique** ..... 131

***a- L'insécurité juridique liée à la finalité des titres : la négociabilité des titres*** ..... 131

***b- Insécurité dans la structure des titres*** ..... 132

**2- Le rôle du sukuk dans le développement d'un modèle de finance islamique** ..... 133

***a- La création d'un marché de titres islamiques*** ..... 134

***b- La supposée solidité du système financier islamique*** ..... 134

**§2- Les opérations de marché** ..... 136

*A- Les opérations sur titre* ..... 136

**1- Critères d'investissement** ..... 136

***a- Critères traditionnels*** ..... 136

***b- Critères modernes*** ..... 137

**2- Opportunisme économique et finalité de la Shari'a** ..... 138

*B- Les produits structurés* ..... 139

**1- Les futures** ..... 140

***a- Principes*** ..... 140

***b- Légitimation*** ..... 140

**2- Produits financiers divers** ..... 141

***a- Les swaps*** ..... 141

***b- Les produits dérivés*** ..... 144

**Section 2- Les services bancaires islamiques** ..... 145

**§1- les comptes bancaires** ..... 146

*A- Comptes non rémunérés* ..... 146

**1- Le dépôt : al amanah** ..... 146

**2- Les applications pratiques** ..... 146

*B- Comptes rémunérés* ..... 147

**1- Comptes épargne** ..... 147

**2-Comptes d'investissement** ..... 148

**§2- Les produits payés au forfait** ..... 149

*A- La fourniture de service : al ju'alah* ..... 149

**1- Conditions du contrat** ..... 149

***a- Formation*** ..... 149

***b- Exécution*** ..... 150

**2- Pratique de la ju'alah** ..... 150

*B- Produits divers* ..... 151

**1- Les cartes bancaires** ..... 151

***a- La carte bancaire de paiement*** ..... 152

***b- La carte bancaire de crédit*** ..... 152

**2- La lettre de crédit** ..... 153

**Titre II- Les différents modèles de banques islamiques** ..... 155

Chapitre 1- La diversité de la banque islamique ..... 155

**Section 1- La diversité des doctrines** ..... 155

**§1- Les différents madhaïb** ..... 156

*A- Les divergences* ..... 156

**1- Causes** ..... 156

**2- Conséquences** ..... 157

*B- Relativité des divergences* ..... 158

**1- Rôle des juridictions : fonction traditionnelle du qadi** ..... 158

**2- Interconnexion des madhaïb** ..... 159

**§2- Conséquences sur la diversité des modèles de banques islamiques** ..... 160

*A- Dans l'élaboration des normes* ..... 161

**1- La mise en compétition des madhaïb** ..... 161

***a- Les emprunts opportunistes*** ..... 161

***b- Efficience économique et finance islamique*** ..... 162

**2- La disparition induite des écoles juridiques** ..... 163

***a- En Orient*** ..... 164

***b- En Occident*** ..... 164

*B- La fonction politique de la banque islamique* ..... 165

**1- L'islam politique et la banque islamique** ..... 165

***a- Dans un régime islamique : cas de l'Iran*** ..... 166

***b- Dans un régime laïque : cas de la Turquie*** ..... 167

**2- Le prosélytisme wahabite** ..... 168

***a- Expansion du wahabisme et finance islamique*** ..... 168

***b- La finance islamique : le pacte du Najd renouvelé ?*** ..... 171

**Section 2- La diversité des modèles** ..... 172

**§1- Les banques islamiques à vocation commerciale** ..... 172

*A- Les banques strictement islamiques* ..... 173

**1- Dans un système intégralement islamique** ..... 173

***a- Le cas pakistanais*** ..... 173

***b- L'exemple soudanais*** ..... 174

**2- Dans un système mixte** ..... 175

***a- Le Bahreïn*** ..... 175

***b- Asie du sud-est*** ..... 176

*B- Les banques conventionnelles à fenêtre islamique* ..... 177

**1- Dans le monde musulman** ..... 177

***a- Banques commerciales*** ..... 177

***b- Banques de financement et d'investissement*** ..... 179

**2- Dans le monde occidental** ..... 179

***a- Banques commerciales*** ..... 179

***b- Banques de financement et d'investissement*** ..... 181

**§2- Les banques islamiques de développement** ..... 181

*A- Les banques islamiques à vocation sociale* ..... 181

**1- Les caisses mutualistes** ..... 181

**2- Les organismes de microcrédit** ..... 183

*B- Le cas de la Banque Islamique de Développement* ..... 184

**1- Fonctionnement de la BID** ..... 184

***a- Composition*** ..... 185

***b- Objectifs*** ..... 185

**2- Actions de la BID** ..... 186

***a- Financements*** ..... 186

***b- Formation*** ..... 186

Chapitre 2- La recherche d'unité ..... 187

**Section 1- Les principes juridiques musulmans vecteurs d'uniformisation** ..... 188

**§1- La maslaha** ..... 188

*A- Le principe de création de normes nouvelles par la recherche de l'intérêt général* ..... 188

**1- Les différentes acceptions de la notion de maslaha** ..... 189

**2- Conditions de la création de droit par la maslaha** ..... 189

*B- Les conséquences dans l'élaboration des normes bancaires islamiques* ..... 190

**1- Fonction traditionnelle : vivification du droit** ..... 190

**2- Uniformisation des normes** ..... 191

**§2- La darurah** ..... 192

*A- La préservation des objectifs fondamentaux de la Shari'a : l'exception par nécessité* ..... 192

**1- Conditions d'application du principe de nécessité** ..... 192

**2- La darurah : source de droits ou d'obligations nouvelles ?** ..... 193

*B- Les conséquences sur le développement des normes bancaires islamiques* ..... 193

**1- Facilitation de la création de droit, processus évolutif de la théorie bancaire islamique** ..... 194

**2- Le paradoxe : l'émancipation des règles islamiques** ..... 195

**§3- L'ijma'** ..... 196

*A- Acception moderne de l'ijma'* ..... 196

**1- Création du droit par la recherche d'un ijma' passé** ..... 196

**2-Création du droit par la recherche d'un ijma' actuel** ..... 197

*B- Les conséquences sur le développement d'une doctrine bancaire islamique unifiée* ..... 197

**1- Pression pour l'uniformisation** ..... 197

**2- Uniformisation du droit : entre vivification et affaiblissement, les enseignements de l'histoire** ..... 199

**Section 2- Les instances favorisant l'unité des normes** ..... 200

**§1- Les comités de certification** ..... 200

*A- Rôle* ..... 201

**1- Dans la gouvernance des banques** ..... 201

***a- Rôle du comité Shari'a*** ..... 201

***b- Composition d'un comité Shari'a*** ..... 201

**2- Certification des produits et opérations** ..... 202

***a- Processus*** ..... 202

***b- Impact*** ..... 203

*B- La relative diversité des comités* ..... 204

**1- De par leur composition** ..... 205

***a- Un cercle fermé*** ..... 205

***b- La filiation doctrinale*** ..... 206

**2- L'influence des théories bancaires conventionnelles** ..... 206

***a- L'indépendance relative des membres des comités*** ..... 206

***b- La formation des membres des comités*** ..... 207

**§2- Les autorités légales :** ..... 208

*A- Autorités traditionnelles* ..... 208

**1- Les autorités religieuses** ..... 208

***a- Al azhar et la Ligue Islamique Mondiale*** ..... 208

***b- Autorités spirituelles*** ..... 209

**2- Les autorités politico-économiques** ..... 210

***a- Les autorités politiques internationales*** ..... 210

***b- Les banques centrales*** ..... 211

*B- Les organismes de standardisation* ..... 212

**1- Organismes de standardisation comptable** ..... 212

**2- Organismes de standardisation financière.** ..... 213

**Partie II- Banque islamique, la confrontation des droits occidentaux et musulmans** ..... 216

**Titre I- La banque islamique en occident** ..... 217

Chapitre 1- Le cas de la France ..... 217

**Section 1- Shari'a et droit français** ..... 218

**§1- La confrontation de la shari'a et du système civiliste français** ..... 218

*A- Le socle commun* ..... 218

**1- Droit et religion en France** ..... 219

**2- Les sources communes** ..... 221

*B- Les différences fondamentales* ..... 222

**1- L'encadrement réglementaire de l'Islam en France** ..... 222

**2- Le financement du culte** ..... 224

**§2- Les ambitions françaises** ..... 224

*A- Attrait de la banque islamique* ..... 225

**1- Les musulmans de France : marché interne** ..... 225

**2- La captation des capitaux islamiques** ..... 228

*B- Islam et banque islamique en France* ..... 229

**1- Point de vue général** ..... 229

**2- Point de vue spécifique** ..... 230

**Section 2- Elaboration d'une offre bancaire islamique en France** ..... 232

**§1- Produits nécessitant des adaptations** ..... 232

*A- Offre de crédit islamique* ..... 232

**1- Mourabaha** ..... 233

**2- Ijara** ..... 234

*B- Produits de placement* ..... 235

**1- Sukuk** ..... 235

**2- Fonds islamiques de placement** ..... 238

**§2- Produits compatibles** ..... 239

*A- Produits bancaires* ..... 239

**1- Cas de la SCIAPP** ..... 239

**2- Crédits** ..... 240

*B- Services bancaires* ..... 242

**1- Comptes** ..... 242

**2- Moyens de paiement** ..... 242

Chapitre 2- La banque islamique dans les pays de Common law 243

**Section 1- L'apport de la Common law dans la création des normes bancaires islamiques** ..... 243

**§1- Une proximité idéologique** ..... 244

*A- Une histoire commune* ..... 244

**1- Common law et Shari'a : un passé commun** ..... 244

**2- Musulmans dans les pays anglo-américains : le multiculturalisme** ..... 245

*B- Un socle idéologique convergent* ..... 247

**1- Morale protestante, anglicanisme et finance islamique** ..... 247

**2- Utilitarisme et finance islamique** ..... 248

**§2- Une proximité technique** ..... 249

*A- Convergence de la Common law et de la Shari'a en matière de finance islamique* ..... 250

**1- Quant à la création de droit** ..... 250

**2- Quant aux outils juridiques** ..... 251

*B- La suprématie anglo-américaine dans la globalisation financière* ..... 252

**1- Influence de la Common law en droit des affaires internationales** ..... 253

**2- La formation des banquiers musulmans aux techniques bancaires** ..... 253

**Section 2- L'exemple anglais** ..... 255

**§1- Une politique volontariste** ..... 255

*A- L'Islam au Royaume-Uni* ..... 255

**1- L'acception anglaise du communautarisme islamique** ..... 255

**2- Les liens des musulmans anglais avec leurs pays d'origine** ... 256

*B- Des réformes fiscales ambitieuses* ..... 257

**1- Autorités financières et communautarisme** ..... 257

**2- Adaptation du cadre fiscal** ..... 258

**§2- Le développement d'un pôle mondial de la finance islamique** 259

*A- Londres, place financière islamique* ..... 259

**1- Compétences traditionnelles de la City au service des banques islamiques** ..... 259

**2- Le développement de compétences spécifiques** ..... 260

*B- Banques commerciales islamiques au Royaume-Uni* ..... 261

**1- Le développement de l'offre bancaire** ..... 261

**2- L'exportation en France de l'offre anglaise** ..... 262

**Titre II- La banque islamique en pays musulmans** ..... 264

Chapitre 1- Le cas marocain ..... 265

**Section 1- Le modèle marocain de banque islamique** ..... 265

**§1- Le contexte marocain** ..... 265

*A- L'Islam au Maroc : le particularisme marocain* ..... 265

**1- La monarchie marocaine : le roi, Commandeur des croyants** .. 266

**2- L'apport du droit civil au Maroc** ..... 267

*B- Enjeux du développement de la banque islamique au Maroc* .... 268

**1- Point de vue social** ..... 268

**2- Point de vue économique** ..... 269

**§2- La délicate élaboration du modèle** ..... 270

*A- Banque islamique et économie informelle* ..... 270

**1- La part de l'économie informelle au Maroc : un frein au développement de la Banque islamique** ..... 270

**2- L'existence de modes de financements hors cadre bancaire** .. 270

*B- La perspective alternative* ..... 271

**1- Le cadre** ..... 272

**2- Un équilibre instable** ..... 272

**Section 2- Le développement d'une offre bancaire alternative** 273

**§1- produits de crédit** ..... 274

*A- La mourabaha au Maroc* ..... 274

**1- Mécanisme** ..... 274

**2- Frottements fiscaux** ..... 274

*B- L'ijara au Maroc* ..... 276

**1- Mécanisme** ..... 276

**2- Le leasing au Maroc** ..... 276

**§2- Autres produits** ..... 276

*A- Financement de trésorerie* ..... 277

**1- Le salam** ..... 277

**2- L'istisna'** ..... 277

*B- Autres projets* ..... 278

**1- Mousharakah et sukuk** ..... 278

**2- Les dernières évolutions, la première banque islamique marocaine** ..... 280

Chapitre 2- La Finance islamique en Arabie saoudite ..... 281

**Section 1- Cadre général** ..... 281

**§1- Shari'a et activité bancaire en Arabie saoudite** ..... 281

*A- La Shari'a, source fondamentale du droit saoudien* ..... 281

**1- Doctrine islamique saoudienne et cadre légal** ..... 282

**2- Rôle traditionnel des banques** ..... 282

*B- La cohabitation de la Shari'a et du droit bancaire en Arabie* ..... 283

**1- Un système bancaire d'inspiration occidentale** ..... 283

**2- La confrontation des autorités bancaires et de droit commun** 284

**§2- Le développement du modèle saoudien** ..... 285

*A- Développement doctrinal* ..... 285

**1- Le centre doctrinal international de la finance islamique** ..... 286

**2- A l'attention du marché interne** ..... 287

*B- Considérations commerciales* ..... 288

**1- L'influence de la Shari'a sur la distribution des produits bancaires** ..... 288

**2- L'encadrement de la promotion des produits bancaires islamiques** ..... 289

**Section 2- L'offre de produits** ..... 289

**§1- Emergence d'une offre bancaire islamique** ..... 290

*A- Contexte* ..... 290

**1- Les acteurs** ..... 290

**2- La clientèle** ..... 290

*B- Développement de la gamme* ..... 292

**1- Crédits** ..... 293

**2- Gestion des liquidités** ..... 293

**§2- Perspectives de la banque islamique en Arabie** ..... 294

*A- Innovation bancaire* ..... 295

**1- Dans la banque de financement** ..... 295

**2- Dans la banque commerciale** ..... 297

*B- Avenir du modèle* ..... 297

**1- Modernisation économique et sociale de l'Arabie saoudite** ..... 297

**2- Vers une inéluctable crise de croissance ?** ..... 298

**Titre III- La finance islamique et son intégration au système financier global** ..... 300

Chapitre 1- Finance islamique et opérations internationales ..... 300

**Section 1- Financement de projets mixtes** ..... 300

**§1- Causes de la cohabitation des normes islamiques et conventionnelles** ..... 300

*A- L'absence de modèle islamique alternatif* ..... 301

**1- Project finance : un savoir-faire éprouvé** ..... 301

**2- L'absence de raisonnement islamique propre** ..... 301

*B- Une coopération rendue nécessaire par la nature des projets* ... 302

**1- Le filtrage des parties au projet** ..... 302

**2- Le filtrage quant à la finalité du projet** ..... 302

**§2- Les conséquences de la cohabitation des normes : cas des tranches islamiques** ..... 303

*A- L'aménagement des rapports entre les deux systèmes* ..... 303

**1- Structure par tranches** ..... 303

**2- Les rapports intercréanciers** ..... 304

*B- L'aménagement des règles* ..... 304

**1- L'externalisation des critères de conformité à la Shari'a controversés** ..... 304

**2- L'externalisation des points de blocage** ..... 305

**Section 2- Les échanges commerciaux internationaux** ..... 306

**§1- Opérations commerciales internationales** ..... 306

*A- Le crédit documentaire* ..... 307

**1- Les normes shari'a-compatibles** ..... 307

**2- Les règles nécessitant des aménagements** ..... 308

*B- Les opérations controversées : cas du non-respect des règles Shar'i dans les échanges* ..... 308

**1- Justifications du non-respect de la Shari'a** ..... 309

**2- Une position intenable** ..... 310

**§2- Arbitrage international et finance islamique** ..... 310

*A- La réception de la Shari'a dans un système de droit occidental* . 310

**1- La reconnaissance de la shari'a comme norme juridique** ..... 311

**2- La validité des conventions soumises à la Shari'a** ..... 312

*B- Le rejet de prescriptions Shar'i* ..... 313

**1- Le rejet justifié par l'application de règles d'ordre public** ..... 313

**2- Le rejet justifié par l'imprécision des conventions se recommandant de la Shari'a** ..... 315

Chapitre 2- La finance islamique dans le système financier international ..... 317

**Section 1- L'encadrement réglementaire international des banques islamiques** ..... 317

**§1- L'origine des dépôts** ..... 317

*A-Problématiques légales* ..... 318

**1- Selon la Shari'a** ..... 318

**2- Selon les règles de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme** ..... 318

*B- Problématiques économiques* ..... 319

**1- Le coût des dépôts** ..... 320

**2- Le refinancement des banques islamiques** ..... 320

**§2- Les règles prudentielles appliquées aux banques islamiques** 322

*A- La gestion des risques dans les banques islamiques* ..... 323

**1- Risques communs avec la finance conventionnelle** ..... 323

**2- Risques propres aux institutions financières islamiques** ..... 325

*B- L'adaptation des règles de Bâle II aux institutions financières islamiques* ..... 327

**1- L'adaptation des exigences islamiques à Bâle II** ..... 327

**2- Notation des émetteurs islamiques** ..... 328

**Section 2- La légitimation de la banque islamique en tant que modèle alternatif** ..... 331

**§1-La vaine quête d'un modèle global de droit bancaire islamique** ..... 331

*A- L'utopie d'un nouvel âge d'or de l'islam* ..... 331

**1- La problématique de l'uniformisation des normes** ..... 332

**2- Les obstacles irréductibles à l'instauration d'un système financier islamique global** ..... 333

*B- La poursuite d'intérêts contradictoires* ..... 335

**1- Universalisme et développement de la finance islamique** ..... 335

**2- Pragmatisme et développement de la finance islamique** ..... 336

**§2- Quel modèle pour le droit bancaire islamique de demain ?**.... 337

*A- Les apports sociaux de la banque islamique* ..... 337

**1- Bancarisation et développement humain** ..... 337

**2- Retour aux idéaux de la banque islamique** ..... 339

*B- Ethique et finance islamique* ..... 340

**1- Contribution à la moralisation des marchés** ..... 340

**2- La finance islamique, un segment de la finance éthique**..... 342

**Conclusion générale** ..... 344

**Sources** ..... 350

*1- Sources bibliographiques :* ..... 350

*2- Ressources internet :* ..... 351

**Bibliographie**..... 353

*1- Ouvrages généraux :*..... 353

*2- Ouvrages spécialisés :* ..... 364

**Bibliographie électronique** ..... 372

*1- Articles généraux :*..... 372

*2- Articles spécialisés :* ..... 376

**Glossaire des termes arabes** ..... 385

**Index** ..... 393

**Table des matières** ..... 398