



HAL
open science

Le rôle de la supervision des banques islamistes, approche islamo-juridique

Aasem Madkhali

► **To cite this version:**

Aasem Madkhali. Le rôle de la supervision des banques islamistes, approche islamo-juridique. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2016. Français. NNT : 2016NICE0010 . tel-01393237

HAL Id: tel-01393237

<https://theses.hal.science/tel-01393237v1>

Submitted on 7 Nov 2016

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.



Thèse de doctorat

Le rôle de la supervision des banques islamiques, approche
islamo-juridique

*Présentée en vue de l'obtention du
grade de docteur de l'Université Côte d'Azur*

École doctorale N° 513 : *ED-DESPEG*

Discipline : *Droit*

Soutenue le : 30 mai 2016

Par

Aasem MADKHALI

JURY

Rapporteurs : M. Omar BAKHASHAB, Professeur à l'Université de Bahreïn (Bahreïn),
M. Thierry RAMBAUD, Professeur à l'Université Paris-Descartes,

Directeur de thèse : M. Christian VALLAR, Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis,

Membres : M. ABSESSATAR Ati, Professeur à l'Université de Jazan (Arabie Saoudite),
M. Xavier LATOUR, Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis,

L'Université Nice Sophia Antipolis n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

SOMMAIRE

<i>INTRODUCTION GENERALE</i>	7
<i>CHAPITRE INTRODUCTIF</i>	14
I- Essence de la surveillance charaique et légale des banques islamiques.....	15
II- Les banques islamiques:.....	32
III- Cadre de la recherche	51
<i>PREMIERE PARTIE</i>	55
<i>LES ACTIVITES DES BANQUES ISLAMIQUES ET LA SURVEILLANCE CHARAIQUE DU POINT DE VUE DE LA CHARIA</i>	55
<i>Chapitre 1 : Les normes jurisprudentielles islamiques en matière de finance bancaire islamique et ses services</i>	59
Section 1 : Les normes jurisprudentielles générales en finance bancaire islamique.....	60
Section 2 : La qualification jurisprudentielle des services bancaires islamiques contemporains : La carte de crédit comme exemple	118
<i>Chapitre 2 : La qualification par la jurisprudence islamique de la création des organes de contrôle charaique et de leurs modes de travail dans les banques islamiques</i>	203
Section 1 : L'importance des organes de contrôle charaique et leur impact sur les banques islamiques et la qualification jurisprudentielle de leurs activités.....	205
Section 2 : Le mode de fonctionnement des organes de contrôle charaique dans les banques islamiques.....	260
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	304
<i>Partie 2</i>	309
<i>Contrôle charaique des activités des banques islamiques selon la loi</i>	309
<i>Chapitre Premier</i>	313
<i>Cadre juridique des organes de contrôle charaique et la validité de leurs décisions..</i>	313
Section 1 L'organisation administrative des organes de contrôle charaique	314
Section 2 Modèle de qualification juridique de la responsabilité contractuelle découlant de l'utilisation de la carte de crédit.....	358
<i>Chapitre 2 : La responsabilité naissant des infractions des instances de contrôle charaique et l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques</i>	405

Section 1 : La responsabilité civile et pénale née des infractions de l'organe de contrôle charaïque.....	407
Section 2 : L'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques	452
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	505
CONCLUSION GENERALE.....	509
ANNEXES	519
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>.....	531
<u>TABLE DES MATIERES</u>	545

Glossaire

Charia : loi islamique révélée au prophète Mahomet et inscrite dans le Coran et Sunnah. Un produit conforme à la Sharia répond aux exigences de la loi islamique

Charaique : conforme à la charia

Fikh : jurisprudence islamique. Science de la Charia. C'est une source importante de l'économie islamique.

Fatwa : décret religieux

Ijtihad : effort d'interprétation et d'enquête sur la base des textes et fondements de la charia. Le terme diligence pourrait notamment être valable

Riba : signifie l'usure. Une des trois interdictions fondamentales en finance islamique (avec le Gharar et le Maysir). Littéralement, augmentation ou ajout. Techniquement, toute augmentation ou tout avantage obtenu par le prêteur et constituant une condition du prêt. Tout taux de rendement sans risque ou « garanti » sur un prêt ou un investissement relève du riba.

Hadith : communication orale du prophète Mohammad et par extension un recueil qui comprend l'ensemble des traditions relatives aux actes et aux paroles de Mohammad et de ses compagnons, considérés comme des principes de gouvernance personnelle et collective pour les musulmans, désignés généralement sous l'appellation : « tradition du Prophète »

Sunnah : l'ensemble des traditions relatives aux actes et aux paroles de Mohammad

Maysir : jeu de hasard. L'une des trois interdictions fondamentales en finance islamique (avec la Riba et le Gharar). L'interdiction du Maysir sert souvent de fondement aux critiques des pratiques financières classiques telles que la spéculation, l'assurance traditionnelle et les produits dérivés

Gharar : incertitude. L'une des trois interdictions fondamentales en finance islamique (avec la Riba et le Maysir). Le Gharar est issue incertaine causée par des conditions ambiguës liées aux contrats à échange différés

Conseil de contrôle charaique : comité de spécialistes de l'islam fournissant des conseils à une institution financière islamique pour le développement de produits conformes à la Charia

Maqasid al charia : Finalités et objectifs que la charia cherche à atteindre

Ihtissab : incitation aux bonnes mœurs

Ijara : est l'équivalent du contrat de crédit-bail en finance islamique, sans les pénalités de retard, la banque achète les biens et les met à la disposition de l'usufruitier pour une certaine période, durant laquelle elle garde le titre de propriété¹

¹ Consulter : <http://fr.financialislam.com/glossaire.html>

INTRODUCTION GENERALE

La question de la naissance de la finance islamique ne date pas d'aujourd'hui. En effet, quand on évoque les transactions dans le cadre de la finance islamique, on parle de transactions apparues avec l'avènement de l'Islam, à travers le message mohammadien, venu compléter les messages divins antérieurs, afin de garantir à l'Homme une vie économique et financière en toute équité, sans porter préjudice, ni à l'individu ni à la société ou la communauté en général.

Cela étant, c'est le 5^e siècle de l'hégire qui a effectivement marqué le tournant dans le développement de la finance islamique. Les règles et les caractéristiques du système financier islamique devinrent plus claires, le but étant de raisonner en absence d'usure ou de prêts à intérêts (le riba)².

Le concept peut sembler vaste et difficile à délimiter a priori, mais en réalité, il sous-entend une approche de juste milieu loin à la fois de l'austérité et de l'exagération.

Trois formes d'institutions financières avaient accompagnées l'avènement de la finance islamique, reflétant la vraie image de cette dernière.

Premièrement, il y a les banques ; des institutions financières et bancaires qui reçoivent les dépôts selon des normes définies par la loi musulmane ou « charia » en vue de son exploitation dans le commerce et l'investissement en conformité avec les objectifs et les principes de la loi musulmane ou « charia ».

Deuxièmement, il y a les sociétés financières et d'investissement ; qui procèdent à des opérations d'investissement en conformité avec les règles en vigueur dans les

² Consulter <http://www.finance-muslim.com/2010/09/interdiction-riba-al-fadhl?print=pdf>

sociétés charitatives et appelées sociétés d'investissement islamiques, qui offrent entre autres produits, les caisses d'investissement islamique. Ces caisses constituent l'un des moyens les plus importants pour introduire les banques classiques –qui en ont recours- sur le marché des services bancaires sans avoir besoin de modifier la structure juridique et légale.

Troisièmement, les sociétés d'assurance coopérative, régie par le principe d'entraide des participants ou « Takaful ». C'est une solution alternative à l'assurance classique, non reconnue par le droit musulman, « charia ». Ce sont des sociétés de gestion de fonds et non d'assurance au sens conventionnel connu.

L'importance de la finance islamique est désormais évidente. Wadi Mzid note que « À la fin de l'année 2010, on comptait plus de 300 établissements financiers islamiques répartis sur plus de 75 pays à travers le monde. Les actifs gérés dépassaient un trillion de dollars. D'après une étude publiée par Ernst & Young, les banques au détail constituent le principal véhicule de l'industrie financière islamique puisqu'elles gèrent 74 % des actifs financiers islamiques, contre 10 % pour les émetteurs de sukuk, 10 % pour les banques d'investissement, 5 % pour les fonds d'investissement et 1 % à peine pour les compagnies de Takaful »³.

Cette étude couvre les institutions financières islamiques en général, avec une attention particulière accordée aux banques islamiques. L'intérêt est suscité par la relation directe avec notre sujet traitant de la surveillance de conformité avec la charia, réglementaire et légale, des banques islamiques. En effet, étant donné le développement des activités des banques islamiques et de leurs programmes bancaires et d'investissement, ainsi que l'apparition de plusieurs produits de financement inhérents aux nouvelles transactions financières, il est nécessaire que chaque banque islamique se dote d'une instance, d'un conseil ou d'un comité de

³ Wadi Mzid : « La finance islamique : principes fondamentaux et apports potentiels dans le financement de la croissance et du développement », Economic Agendas of Islamic Actors, PAPERSIEMed, pp-51-70

surveillance de conformité avec la charia, réglementaire et légale, appelée dans certaines banques islamiques ; instance d'audit de conformité avec la charia ou instance d'audit charaïque.

Le besoin se fait ressentir d'examiner cette surveillance charaïque et légale dans les banques islamiques en particulier et dans les institutions financières islamiques en général. En effet, nous savons que ces institutions financières et banques islamiques proposent divers produits de financement et développent plusieurs produits classiques en les adaptant aux principes de la finance islamique, dont l'absence de l'usure (interdiction du riba). De plus, nous savons que ces principes sont les piliers nécessaires pour la stabilisation et le développement de l'organisation financière islamique, conduisant à limiter pour elle, l'impact des crises financières internationales.

Par ailleurs, nous notons que d'une part, certaines institutions financières et banques islamiques commencent à détourner à leur avantage les principes et les règles de base qui ont justifié l'existence même de la finance islamique en tant que substitut à la banque classique, et que d'autre part, même quand lesdites institutions se dotent d'instance de surveillance, leurs prérogatives se limitent à conseiller sans intervention pour réparer les défaillances et sans que leurs décisions et recommandations n'aient de force obligatoire.

Ces constats nous amènent plus loin dans notre analyse, et nous poussent à nous interroger sur le fait d'assumer les implications de la responsabilité civile sous ses deux formes ; contractuelle et délictuelle ainsi que les implications de la responsabilité pénale pour les membres de ces instances.

Ensuite, nous nous interrogeons sur la réalité des législations et lois bancaires. Ont-elles suffisamment étudié et traité les questions inhérentes aux instances de surveillance de la charia, en insistant sur le principe d'indépendance et sur ses

missions, de même que sur ses relations avec la direction de la banque ou avec l'institution financière islamique ?

De plus, quels sont les critères à prendre en considération dans le recrutement des membres des instances de surveillance de la charia ? Et quelle est la nature de la relation légale et juridique liant les banques auxdites instances.

Peut-on admettre que les missions de ces instances soient limitées au conseil, aux recommandations et à la consultation ? Ou manque-t-il un élément essentiel au travail de ces instances à savoir l'élément légal ? Comment ces instances peuvent-elles opérer et décider sans qu'elles ne puissent obliger et forcer l'exécution de ses décisions ?

Le rôle de ces organes peut être plus effectif et plus efficace, comme nous le montrerons grâce à une approche réglementaire légale des activités et travaux des instances de surveillance de la charia.

Les lois et législations se sont intéressées au travail de l'auditeur financier dans n'importe quelle organisation bancaire, dans un cadre complet fixant les activités et missions, les droits et obligations, et la responsabilité et sanction en cas de manquement au devoir. Cela est louable vu que toute perte financière est pénible pour une banque.

Cependant, ces lois et législations –surtout dans les pays accordant de l'importance aux banques ou aux institutions financières islamiques- ont omis de s'intéresser aux origines réelles de sa création et naissance. Cela nous a poussé à reconsidérer les aspects qui méritent une étude juridique sérieuse, d'où l'intitulé de la thèse :(Le rôle de la supervision des banques islamiques approche islamo - juridique).

Nous aspirons aboutir à des résultats pertinents, dans le cadre de cette recherche, en dépit du nombre limité des études juridiques à ce sujet, et ce, paradoxalement, à

l'intérêt suscité par les activités bancaires et la finance islamique dans les domaines de la finance, de l'économie et de la jurisprudence (fikh) islamique.

De ce fait, le sujet de la thèse implique une comparaison et un parallélisme entre les activités bancaires islamiques et la surveillance réglementaire du point de vue de la loi islamique «chariaa», et la surveillance réglementaire des activités bancaires islamiques d'un point de vue légal. Pour ce faire, nous suivons un axe général de recherche, complété par des axes secondaires pour répondre à la problématique. Ainsi, la méthodologie de recherche prend-elle en considérations les faits suivants :

- Le raisonnement général de l'étude se base sur une méthodologie analytique de l'ensemble des aspects inhérents à la surveillance charaïque légale des banques islamiques en particulier, et des institutions financières en général. Nous avons, de plus, fait appel à une étude comparative entre la vision charaïque islamique et la loi, tout au long de son travail.
- Nous avons essayé de souligner que le champ du contrôle charaïque couvre également le juridique
- Il est ici question de définir les relations légales établies entre les organes de surveillance charaïque et les administrations des banques et celles des institutions financières islamiques
- Dans cette thèse, nous présentons la vision de la jurisprudence islamique (fikh) des activités de surveillance charaïque et des activités des banques islamiques
- L'un des objectifs assigné la tâche de recenser les cas d'infractions pénales commises par certains membres des instances de surveillance
- Nous avons tenté d'étayer nos opinions et nos positions tout en les justifiant, quand il s'est agi de traiter des points controversés
- Nous nous sommes employé de rassembler les actes de manquements révélés, commis par des membres des instances de surveillance ou par des

membres des administrations bancaires et des institutions financières islamiques.

CHAPITRE INTRODUCTIF

Après avoir détaillé le plan de la thèse et son contenu à travers lesquels nous espérons aboutir à des conclusions et recommandations susceptibles d'éclairer un tant soit peu le cadre réglementaire et juridique régissant les instances de surveillance de la conformité à la charia dans les banques islamiques, il y a lieu de noter que ce sujet est prometteur et pourrait faire l'objet de plusieurs études juridiques, réglementaires et économiques à la fois.

Ce sujet, dans ses différentes parties, mérite de susciter l'intérêt des hommes de droits, et des juristes islamiques, parce que l'avenir sera probablement porteur de transactions financières islamiques qui auraient besoin de l'adaptation aussi bien de la loi que de la jurisprudence islamique (fikh). D'autre part, les portées de la responsabilité civile et pénale peuvent déboucher sur d'autres études juridiques dans le domaine bancaire islamique. De plus, le rôle des instances de surveillance de la charia dans l'institution financière islamique, dans le règlement des différends entre le client et la direction de l'institution financière, mérite d'être exploré par les chercheurs et spécialistes concernés.

En traitant ce sujet de la surveillance de la charia dans les institutions financières islamiques, qui demeure vaste prometteur et récurrent, nous avons abordé la question des banques islamiques, qui sont une partie des institutions financières islamiques. D'autres aspects peuvent faire l'objet d'études analytiques et comparatives en vue d'aboutir à des résultats qui contribueraient à la stabilisation de la sphère financière islamique, et de reproduire son modèle, ses expériences et ses caractéristiques dans le monde entier, de sorte à consolider le système financier mondial. Cela conduirait à la stabilité, à la croissance, à la prospérité et au bien-être des peuples du monde, de même cela pourrait contenir les crises financières internationales et les amortir.

Cela ne veut aucunement dire que la finance islamique est à l'abri des crises, et cette question est laissée aux spécialistes de l'économie. Ce que nous voudrions souligner c'est que les fondements de la finance islamique lui confèrent des garanties solides, et c'est ce dont a besoin le système bancaire islamique, loin des initiatives de certains conseils de surveillance de la charia qui pourraient porter préjudice au fonctionnement bancaire islamique. Cela se produit quand les membres de ces conseils font prévaloir les intérêts de la direction des banques aux dépens des principes fondateurs de ces banques et institutions financières islamiques, à savoir, principalement, l'interdiction de l'usure (riba).

La thèse s'est voulue, une réelle contribution à ce sujet fertile qui constitue à notre humble avis une branche juridique à part entière.

I- Essence de la surveillance charaique et légale des banques islamiques

I-1 Définition de la surveillance charaique et légale

I-1-1- Définition étymologique

L'expression renferme trois termes : tout d'abord « surveillance », puis « charaique » et enfin « légal ». L'étude de la signification de chacun des termes séparément renvoie à des sens directs multiples pour chacun d'eux.

La surveillance

La surveillance ou contrôle renvoie au fait d'observer avec attention, suivre minutieusement, examiner, contrôler et désignerait par extension le fait de protéger⁴. Encore cela signifie monter la garde⁵ ou veiller avec autorité sur quelque chose. Dans son acception générale, le contrôle signifie : la surveillance et

⁴ Ibn Mandhour « Lisèn el arab » 1/425

⁵ Al Zubaydi, « Tej el arous », 1/273, 1/274

le suivi du travail administratif, son organisation, la détection des défaillances et la capacité à les pallier.

Nous pensons, que plusieurs définitions du contrôle dans son acception générale n'ont pas pu cerner sa signification exacte, alors que certaines définitions se sont limitées à décrire le contrôle globalement au sens de suivi, monitoring, planification ou supervision générale du rendement⁶.

Charaique :

Le deuxième terme « charaique » (adjectif qualifiant ce qui a trait à la charia) est utilisé pour signifier le droit chemin. Le mot est d'origine arabe et la racine « chara-a » signifie montrer le chemin.

Le terme charaique fait référence à la charia c'est-à-dire à la confession ou la religion⁷. Cela signifie encore le chemin vers la source⁸

Et ce terme « charaique » fut défini par l'un des chercheurs comme : « l'ensemble des règles que dieu a indiqué à l'Homme, que ce soit à travers le coran ou la tradition prophétique, sunnah de Mohammed, et qui concernent dires, actes et rapports »⁹.

Ces principes établis par Dieu furent appelés charia du fait de leurs validité éternelle quel que soit le cadre spatio-temporel. Charia fut aussi qualifiée de source d'eau, l'eau étant un élément indispensable pour l'homme. Au même titre

⁶ La surveillance ne concerne pas seulement la fonction administrative. Lorsqu'on fait attention à ce qu'on fait, on se surveille et lorsqu'on fait attention aux autres et à ce qu'ils font, c'est aussi de la surveillance. « Certes Allah vous observe parfaitement. » Sourate al nisa, verset 1. Et la surveillance dans son sens le plus général renvoie au suivi et à l'organisation et la détection des défaillances. Certains chercheurs avaient évoqué le sens de planification, de coordination de contrôle et de conseil. On ne peut, de ce fait, pas limiter la surveillance au simple contrôle direct

⁷ « Al mo'jam al wassit : matière: char' » (dictionnaire « al wassit », terme « char' »). Pp478-479

⁸ « Al Mokhtar min siha al lougha » (Recueil : langue exacte). P265

⁹ Abdel Karim Zayden : « introduction à l'étude de la charia islamique » pp 34-35. Librairie « al-Risala », Beyrouth

que l'eau fait vivre l'être humain, la charia fait vivre les cœurs, les corps et le mental des hommes¹⁰. Elle implique une dynamique créatrice permanente.

Cette appellation fait référence à l'ensemble des règles et normes relatives à la foi, au comportement et actions, aux valeurs morales et mœurs¹¹.

Légal :

Le dernier terme « légale », dérivé du mot « loi » et renvoie à tout ce qui est relatif à la loi, et cette dernière désigne l'ensemble des règles régissant toute chose. Et la loi fut définie de diverses manières. Elle fait référence à « l'ensemble des règles organisant les liens sociaux et auxquelles les individus sont obligés de se soumettre, par la force si nécessaire »¹².

Il s'agit ici, aussi de « règles abstraites et générales, gouvernant le comportement des individus dans une société et elles ont caractère de force obligatoire, et toute infraction est passible de sanction prescrite par le pouvoir public»¹³.

I-1-2- Définition de l'expression

Avant de passer à la définition de l'expression «contrôle charaique légal», je voudrais souligner que la surveillance dans sa signification générale, fut définie

¹⁰ Abdel Karim Zayden : « regards sur la charia islamique et le droit positif » p 60. Librairie « al-Risala », Beyrouth, 1435h

¹¹ Certains cherchent utilisent l'appellation « charia » islamique pour désigner la jurisprudence « fikh » islamique et inversement. Or, il y a une différence entre les deux appellations. La « charia » islamique désigne l'ensemble des prescriptions conformes à la charia, et ce en ce qui concerne : la foi, les valeurs morales, les rites et mœurs et le comportement. La jurisprudence ou le « fikh » islamique ne concerne que les prescriptions relatives aux rites et au comportement. La charia est dès lors plus vaste que le fikh, car elle englobe les prescriptions de toutes sortes. Le fikh quant à lui est plus spécifique et ne traite que l'aspect comportemental et rituel, loin de ce qui appelle à l'interprétation, à savoir l'obligation de faire la prière et de pratiquer le jeûne. Ce qui appelle à l'interprétation est particulier et spécifique et peut dès lors ne pas faire l'unanimité et peut être contredis ou non respecté, or ce qui n'est pas possible dans la charia

¹² Abdel Moneêm al badraoui, principes de droits, p 9.

¹³ Ayman Saâd Salim et al, « Introduction à l'étude des systèmes » p 12, Librairie Al Chikri, 1430H

par la loi comme étant : « un droit conférant à son détenteur le pouvoir de prendre les décisions nécessaires à la réussite des projets »¹⁴.

A notre sens, la définition de la surveillance d'un point de vue légal ne se limite pas au caractère de tutelle –comme le reflète la précédente définition- mais la surveillance implique en premier lieu la détection des défaillances et manquements et la vérification de l'application des décisions nécessaires. De ce fait, il est possible de dire que la surveillance légale est : un droit qui confère à son ou ses détenteur(s) le pouvoir de superviser l'application des décisions, de s'assurer de la sécurité des procédures et de corriger les dysfonctionnements résultant de mauvaises exécutions.

Ce droit de surveillance pourrait émaner d'une ou de plusieurs personnes, et signifie la supervision générale du déroulement des actions, de l'application des consignes, de la sécurité des procédures et du traitement des dysfonctionnements résultant de mauvaises exécutions.

On pourrait souligner à ce stade que la surveillance légale ou le travail du surveillant ou auditeur légal, n'implique pas forcément de corriger les dysfonctionnements résultant d'un vice de procédure. Cette correction suppose en effet d'être doté du pouvoir de décision indépendant du pouvoir de supervision du bon déroulement de l'application des décisions.

On pourrait dire à ce sujet que le pouvoir de supervision du bon déroulement de l'application des décisions et de la sécurité des processus est la raison d'être de ce que l'on voudrait faire par la suite c'est-à-dire corriger les dysfonctionnements. De ce fait, la surveillance légale dans toutes ses étapes mène obligatoirement à la réparation des manquements.

¹⁴ Awf Al Kafraoui « Monnaie et banques dans le régime islamique », Dar al Jamiaat, Caire, 1977, p227

Après avoir défini légalement le contrôle, nous allons passer à la définition complexe du contrôle charaique légal.

Il va sans dire qu'il existe plusieurs définitions du contrôle charaique, et l'on pourrait dire que la diversité des acceptions est naturelle du fait de la diversité des approches et visions de cette notion. Certains la définissent comme étant « régir l'ensemble des transactions des banques islamiques par les principes de la charia »¹⁵.

Nous estimons que cette définition se limite à l'aspect charaique, dans le sens de la conformité à la charia, sans définir la nature du travail de surveillance en tant que métier touchant des champs particuliers. D'autres définissent le contrôle charaique comme étant : «c'est l'un des organes de la banque islamique, créé pour l'aider à atteindre ses objectifs»¹⁶.

Cette définition est sans doute meilleure que la précédente, parce qu'elle explicite le rôle pilier du travail de contrôle charaique, mais ce qui manque est l'absence du caractère de force obligatoire de ce métier. Le simple fait d'aider ne signifie pas la capacité de changer la politique de la banque à l'égard d'une transaction bancaire en particulier. Et certains définissent le contrôle charaique selon le but visé par ce dernier, en stipulant que c'est : «l'ensemble des éléments et activités de surveillance utilisés pour vérifier la conformité des activités de la banque islamique à la charia »¹⁷.

¹⁵ Mohammed abu Shadi « rôle des banques islamiques dans la réalisation de la croissance économique ; étude analytique comparative », Université Al Azhar, Caire, 1990

¹⁶ Abd Al Hamid Mahmoud El Baali "Al Marhal de la jurisprudence des banques islamiques", p 153, Union Internationale des banques islamiques, Caire, 1983

¹⁷ Faris Abou Maamar, « Impact de la surveillance charaique et son indépendance sur les activités de la banque islamique », p4, Banque Jordanienne islamique, 1994.

La surveillance charaique et légale des activités et transactions bancaires représente la base effective de la vérification de l'application des décisions adéquates et de leur validité. Ce qui implique forcément un meilleur traitement des dysfonctionnements, et il va sans dire que de tels outils orientent la stratégie future et reflètent le degré du développement administratif et légal. Ce souci de développement devrait préoccuper et guider toute organisation ou institution aspirant à

La précédente définition s'est limitée à une partie des fonctions de l'audit charaique, sans évoquer la force obligatoire de ses décisions à l'égard de la banque.

D'autres encore définissent l'audit charaique comme étant : « la révision des activités bancaires des institutions financières islamiques, pour vérifier leur conformité aux principes fondateurs de la charia islamique, le suivi des opérations bancaires, la détection des infractions en cas d'occurrence, la proposition de solutions adéquates pour y remédier, la révision des contrats établis entre ces institutions et leurs clients et la rédaction des contrats adéquats conformément aux normes de la charia islamique»¹⁸.

Cette définition rassemble un ensemble de missions réalisées dans le cadre du contrôle charaique—et le mérite de l'avoir précisé revient à l'auteur - mais en dépit de cette énumération, l'auteur s'est attardé sur l'énumération des missions sans mention ceux qui ont la charge de ces missions.

Une autre définition proche de celle susmentionnée, stipule que : « c'est l'un des organes de la banque islamique qui la protège des infractions éventuelles et de la non-conformité avec la charia islamique en exerçant ses activités, et lui fournit des solutions charaique (conformes), ce qui lui confère le caractère charaique »¹⁹.

Là encore le caractère de force obligatoire est omis dans la définition du contrôle charaique. De plus, cette définition explicite la nature du travail des organes de contrôle charaique sans s'attarder sur la définition même du contrôle charaique.

développer son environnement de travail. Ce type de surveillance n'est pas, de ce fait, moins important que l'audit financier comptable dans les entreprises, banques et institutions en général.

¹⁸ Abdelmajid Slahin « les instances de fatwa et d'audit charaique et leurs rôles dans les banques islamiques », p 248, étude publiée, congrès des institutions financières islamiques, Maalim al wakii et afak al moustakbal, 1^{er} volume

¹⁹ Ahmad Mohamad Saad « Surveillance charaique et son impact sur les banques islamiques » étude publiée, Université Om Al Kora, Mecque, 3^e congrès international de l'économie islamique, 1425 de l'hégire

C'est pour cela que l'un des chercheurs l'a définie comme étant : « le suivi, l'examen et l'analyse des activités, travaux, comportements et transactions de l'institution pour s'assurer de leurs conformité avec les principes fondateurs de la charia, et ce en utilisant des méthodes et outils adaptés, tout en précisant les manquements et les erreurs, pour ensuite les corriger et proposer des alternatives acceptables, et présenter les rapports aux instances concernées en se prononçant sur la conformité, décisions, recommandations et directives à respecter dans le présent pour réaliser un profit permis « halal », mais aussi dans le futur pour permettre un meilleur développement »²⁰.

On remarque que cette définition, par rapport à celle qui précède, s'attarde dans le recensement des fonctions du contrôle charaique, tout en ayant le mérite de citer l'ensemble des missions assignées à l'organe de surveillance charaique dans les banques islamiques et en étayant le vrai sens de l'audit charaique.

Des définitions qui précèdent, et après observation et déduction, nous imputons la diversité des acceptions aux raisons suivantes :

Raison 1 : Considérer que le contrôle charaique dans les banques islamiques est indépendant des autres organes de surveillance ou d'audit.

Raison 2 : Faire prévaloir les caractères de coopération et de recommandations des avis émis par les auditeurs charaiques

Raison 3 : Exclure les côtés légal et économique dans la plupart des définitions du contrôle charaique

Raison 4 : Confusion entre la notion de décret religieux « fatwa » et le rôle de l'auditeur de la conformité

²⁰ Abdessatar Abou Ghodda, « les bases techniques de la surveillance charaique et sa relation avec l'audit de conformité dans les banques islamiques » Conseil général des banques et institutions financières islamiques. Voir aussi Ahmad Aliyet, op.cité, p 46.

Raison 5 : limiter les fonctions du contrôle charaique à la vérification de la conformité des activités des institutions financières au droit musulman, charia

Raison 6 : La diversité des appellations des commissions de contrôle charaique: instances, auditeurs ou encore consultants, ce qui a créé une confusion chez certains et a conduit à négliger le caractère de force obligatoire des travaux des instances de contrôle charaique²¹.

De ce fait, il est possible de définir le contrôle charaique dans les banques et les institutions financières, comme étant : un droit conféré, par le système à des spécialistes, leur permettant d'auditer les activités des institutions financières et bancaires, d'orienter leurs activités et de prendre les décisions et fatawa nécessaires, conformément aux normes de la charia et aux modèles dont elles sont inspirées²².

²¹ Il n'y a pas de consensus entre les chercheurs quant à une appellation unanime claire pour désigner l'organe de surveillance charaique. Certains l'appellent : instances de surveillance charaique, d'autres l'appellent : commissions de surveillance charaique, et d'autres utilisent l'expression : observateurs charaiques, ou consultants charaiques, alors d'autres l'appellent : commissions charaiques ou encore commissions religieuses.

²² Nous estimons que la définition de la surveillance charaique légale pour les banques islamiques doit contenir des éléments explicitant les étapes du travail de d'audit charaique, et ce comme suit :

Élément premier : caractère obligatoire :

Cela est reflété dans le droit conféré expressément par la loi, qui dote le travail de surveillance charaique ainsi que ses organes du caractère de force obligatoire pour ce qui est des décisions émanant de l'instance de surveillance

Deuxième élément: formation des experts :

Pour que la surveillance charaique remplisse bien son rôle par l'examen des activités de l'institution financière et la vérification de leur conformité aux normes et principes de la charia islamique, il est nécessaire de doter l'organe de surveillance dans l'institution financière de nouveaux éléments, en habilitant ses membres en matière de charia, de droit et d'économie à la fois.

Troisième élément: allier travail de surveillance et fatwa (avis juridique donné par un spécialiste de la charia sur une question particulière) :

Le travail de surveillance nécessite la vérification continue de la conformité des activités de l'institution islamique à la charia, et doit en même temps pouvoir se prononcer via fatawi sur les litiges et différends susceptibles de survenir dans le cadre du système financier moderne

I-2- Raisons d'être de la surveillance charaïque bancaire

Les transactions économiques²³ et plus particulièrement les transactions bancaires couvrent un champ très large et sont, de nos jours, en perpétuelle évolution. L'une de leurs principales caractéristiques est leur adaptation continue aux innovations financières de par le monde.

I-2-1- Raisons opérationnelles

Il fut dès lors impératif qu'un nouvel outil voie le jour afin de distinguer entre les transactions bancaires classiques et les transactions financières islamiques, tout en suivant l'évolution de toutes les activités bancaires pour aboutir à de nouvelles formules profitables adéquates et adaptées au contexte économique islamique qui fut par le passé qualifié de « rétrograde »²⁴ en dépit de ses ressources naturelles et humaines variées.

²³ Comprendre les bases des transactions économiques d'une manière générale, est un élément important pour les chercheurs et spécialistes en matière de charia, et ce pour pouvoir comparer et trancher entre les intérêts et les avantages d'une affaire par rapport à une autre d'une part et pour comprendre les vices et les dépassements d'autre part. Il va sans dire que la comparaison entre avantages et inconvénients nécessite des connaissances en fikh qui se consacre à l'étude des textes charaiques et des finalités, comme elle nécessite des connaissances en jurisprudence moderne faisant référence à la vie réelle dans tous ses détails et variables à comparer avec les cas à étudier et à juger. La question est tributaire d'une vision réaliste de l'économie suivie d'une analyse scientifique spécialisée pour aboutir au résultat escompté. En effet, plusieurs normes charaiques révéleraient après étude approfondie dans un contexte réel et tangible de questions diverses une conformité avec la charia et ses finalités. Par contre tout raisonnement selon des principes de la charia mais en déconnexion avec la réalité vécue sera a priori conforme du point de vue de la forme à la charia mais n'apportera les bénéfices escomptés selon les finalités de la charia.

²⁴ Le critère du retard des pays émergents par rapport aux pays développés est fondé sur des arguments économiques, et ce qui nous importe est de réaliser que l'idée de régression et de misère est contraire à l'islam et à ses enseignements. L'Etat islamique dès le départ fut fondé sur l'encouragement de la croissance et de la prospérité, comme le signale Dieu tout Grand « De la terre Il vous a créé, et Il vous l'a fait peupler (et exploiter) », sourat Houd, verset (61) et cela signifie que Dieu vous a fait peupler et habiter la terre, et cela implique de la construire et de bâtir et de planter, et cela n'est possible que si tous les domaines sont mis à profit dont notamment la croissance économique qui est une nécessité pour tout musulman.

« Ainsi les normes charaïques réglementant le travail bancaire islamique fixent sa nature et soulignent son universalité, de sorte à ce que les gens génèrent des profits selon la charia, leur permettant de satisfaire leurs besoins multiples et renouvelables à tout moment et n'importe où, de repousser l'austérité et la difficulté, d'attirer la prospérité et l'aisance et de conduire au bien-être collectif »²⁵.

De là sont apparues les instances ou commissions de contrôle charaïque pour s'acquitter de leur mission qui consiste à vérifier la conformité des activités des institutions financières et bancaires à la charia, orienter leurs activités et énoncer les décisions et fatouas nécessaires, dans le respect de la charia islamique.

Ces instances et commissions avaient joué un rôle essentiel, faisant d'elles la pierre angulaire assurant la complémentarité des activités bancaires et des institutions financières islamiques.

Ould Sass, (2009) définit le comité charaïque comme un « organe collégial composé de juristes engagés par une institution publique ou privée pour assurer la conformité des transactions aux principes juridico-éthiques de l'islam »²⁶.

Il est connu que l'un des principes essentiels des transactions et relations islamiques est la considération de l'intérêt général et sa primauté par rapport à l'intérêt individuelle, quand il y a opposition entre les deux. Ce sont ces mêmes

Voir : «Fath Al Bayan dans l'explication du coran », Hadith Khan, page 290-372, Imprimerie La Capitale, Caire.

Et « Les règles de croissance économique en droit international et fikh islamique », page 28, Maison de la Renaissance Arabe.

²⁵ Abdel Hamid Baali : « l'investissement et la surveillance charaïque dans les banques et institutions financières islamiques », page 4, Banque islamique Fayçal, République Turque de Kobros, Maison d'édition Al Tawfil Al Namoudhajiya, Al Azhar, 1411 de l'Hégire.

²⁶ Ould Sass « Les Comités de la Charia: historique, constitution et pouvoir », Ecole de Management de Strasbourg, p.12, disponible à http://www.acerfi.org/user-res/fichiers/Article_Mohamed_BAchir_Le_SB%5B2010%5D.pdf

principes qui auraient guidé les instances et commissions charaiques lors de leur création.

De ce fait, arriver à une décision charaique pour ce qui est des litiges actuels ayant trait aux aspects économiques et aux transactions financières modernes –comme les types de carte de crédit et les innovations bancaires électroniques largement répandues partout dans le monde- nécessite une évaluation attentive, précise, exhaustive et savante dans le cadre du droit musulman (fikh)²⁷.

De récentes études économiques ont expliqué que le nombre des institutions financières qui exercent leurs activités conformément à la charia islamique a atteint environ trois cent institutions. Le volume des fonds dans ces institutions fut évalué à plus de deux cents milliards de dollars, répartis sur plus de cinquante pays à travers le monde²⁸, surtout après les faillites enregistrées auprès des grandes institutions et entreprises suite à la crise financière²⁹. Cela a fait de la finance

²⁷ Mosfir Ben Ali Al Kahtani: “qualification du fikh des activités bancaires contemporaines ; signification, importance et conditions », page 45, recherche publiée, revue la Justice, n°28, année 7, 1426 de l’hégire.

²⁸ Abd el Hak Hamich “Activation du rôle des instances de fatwa et de surveillance charaique dans les institutions financières islamiques », page 96, recherche publiée, revue de l’université Al Chariqua des sciences charaiques et humaines, volume 4, n°1, 2007.

²⁹ Les effets de la crise financière internationale ont commencé à se faire sentir clairement lundi 08 juin de l’année 1430 de l’hégire, date à laquelle l’une des plus grandes entreprises des Etats Unis d’Amérique « General Motors » a déclaré sa faillite à New York. Cette entreprise de renommée mondiale jouit d’une notoriété de par le monde dont le Golfe. Elle fut fondée en 1908 et ses usines sont présentes dans 35 pays. Le volume des ventes atteint vers la fin de l’année 1429 de l’hégire, environ 9 millions de voitures. La faillite est la 3^{ème} dans le genre dans l’histoire américaine contemporaine, après celle tout d’abord de la banque « Lehman Brothers », considéré le 4^{ème} plus grande banque d’investissement aux Etats Unis, fondé par trois émigrés allemands travaillant dans le commerce du coton en 1850. La banque a déclaré tout d’abord une perte d’actifs de 5.6 milliards de dollar au troisième trimestre de l’année 2007, et une perte de 3.9 milliards de dollars au deuxième trimestre de l’année 2008, puis la crise s’est amplifiée jusqu’à la déclaration de la faillite le 15 septembre 2008.

La deuxième faillite dans l’histoire des entreprises américaines dans l’histoire contemporaine est celle du géant de télécommunication « Worldcom », où le nombre de salariés affecté avait atteint 60.000 salariés. Les activités de la société couvrent 65 pays et ses actifs atteignent 107 milliards de dollars alors que ses dettes étaient de l’ordre de 41 milliards de dollars.

Pour aller plus loin, voir : Youssef ben Ahmed Al Kacem « Protection du prêteur du débiteur à la lumière du fikh et de la justice », page 21, recherche publiée, revue de la Justice, n°46, 1431 de l’hégire

bancaire islamique un sujet qui suscite l'intérêt pour une étude détaillée de ses fondements bancaires, surtout si nous savons que beaucoup d'entreprises financières et banques islamiques ne furent pas affectées par la crise, en dépit de leur modeste expérience et existence comparées aux grandes entreprises et institutions financières surtout aux Etats Unis. La raison est à chercher dans un principe fondamental directeur des transactions financières islamiques et qui a rendu ces institutions plus sûres actuellement, de même qu'il leur a valu la confiance des experts en économie. Ce principe est celui de la considération de l'intérêt général et sa primauté par rapport à l'intérêt individuel en cas d'opposition entre les deux.

Par ailleurs, l'on pourrait s'interroger sur les raisons derrière la multitude des fatawas et la confusion qui règne quand des problématiques financières contemporaines sont abordées. Cette confusion ouvre-t-elle la voie à l'interprétation et à l'initiative de chercher le mieux et le plus juste, même en la présence du principe mentionné à savoir celui de la considération de l'intérêt général et sa primauté par rapport à l'intérêt individuel en cas d'opposition entre les deux ?

De notre point de vue, la réponse à une telle question est à puiser dans les éléments suivants :

Premièrement : Il se peut que les quelques avis marginaux donnés par des experts de la charia (fatawas) et les confusions qui en découlent soient dus à une erreur d'examen de la transaction financière et à un manque de solidité de la référence au fikh. Il vaudrait peut être mieux se représenter un schéma d'ensemble exhaustif de la transaction ou du litige en question et par la suite chercher dans les textes de la charia la fatwa appropriée à chaque question.

Dans ce contexte, l'Imam Ibn Al Kayim- paix à son âme- avait dit que : « il n'est possible pour un spécialiste de la loi islamique « mufti » ou pour un gouverneur de

se prononcer équitablement que d'après deux sortes de compréhensions : tout d'abord, la compréhension de la réalité et son assimilation et la reconstitution de ce qui s'est passé grâce aux indices jusqu'à ce que les faits soient cernés sans équivoque. Ensuite, comprendre ce qui doit être dans la réalité, ce qui est censé être, c'est la compréhension de ce que Dieu avait stipulé et indiqué aussi bien dans la loi divine dans le coran ou dans la tradition prophétique, concernant les faits considérés » A.H³⁰.

Si ces deux formes de compréhension dans le traitement des problématiques sont vérifiées, alors l'effort de réflexion (ijtihad) est consistant et fiable. Si des confusions et/ou erreurs persistent dans l'esprit de certains chercheurs ou spécialistes de la charia, le dysfonctionnement est à chercher dans le raisonnement et l'analyse conduite et non seulement dans le résultat obtenu. Ce qui permettrait de pallier la confusion.

1-2-2- Les raisons consensuelles

Le contrôle charaique légal des banques islamiques ressemble pour ce qui est de la forme, aux autres formes de surveillance bancaires, c'est dire que ces divers types de surveillance, y compris la surveillance charaique légale, effectue un travail administratif, sans lequel l'activité bancaire ne serait pas complète. Ainsi, on considère que la surveillance est de nature particulière dans les banques islamiques, parce qu'elle constitue l'une des principales fonctions de l'administration dans n'importe quelle entreprise, et le travail administratif ne peut se faire en son absence. Dans plusieurs pays à travers le monde, l'intérêt porté au travail d'audit est perçu à travers les législations spécifiques organisant les opérations de surveillance et de contrôle dans les banques afin de vérifier la sécurité et la cohérence des activités, décisions et travaux avec tout ce qui a été prévu pour les activités de ces banques.

³⁰ Ibn Al Kayim « Information des signataires », 1/69

Il a déjà été mentionné en définissant la surveillance charaique légale que c'est un droit conféré par le système aux experts leur permettant d'auditer les activités des institutions financières et bancaires, d'orienter leurs activités et de prendre les décisions et fatawa nécessaires, conformément aux normes de la charia et aux modèles dont elles sont inspirées.

De ce fait, nous considérons que le contrôle ou la surveillance charaique et celle légale vont de pair, du fait tout d'abord de l'exhaustivité de la charia, sa capacité à détecter où réside l'intérêt et comment repousser les préjudices, et sa valeur éternelle. D'un autre côté, on trouve que la surveillance légale des banques traditionnelles ne prend pas en considération les principes de la charia, pour les permissions et interdictions, mais considère la responsabilité découlant des infractions, comme étant de l'ordre.

Une approche charaique légale fournirait une idée claire sur les missions et fonctions de l'auditeur de la conformité charaique légale et qui se résumeraient, à notre sens, en ce qui suit :

- La mission de l'auditeur de la conformité charaique légale consiste en la surveillance³¹ de tous les travaux et activités de la banque islamique, et la

³¹ La surveillance charaique légale bénéficie à la finance bancaire islamique et lui assure un niveau de sécurité financière. De ce fait, la surveillance charaique légale est importante pour ces banques car :

- Elle oriente correctement les transactions financières reflétant l'identité de la banque islamique
- Elle habilite les travailleurs et salariés appartenant au secteur bancaire islamique par l'exercice et l'application continus face aux transactions qui se présentent, ce qui contribue à répandre la vraie image de la finance bancaire islamique et encourage son développement
- La surveillance légale charaique légale apporte des solutions charaiques légales à plusieurs questions relatives à des innovations de notre ère ; le commerce électronique et les principes des cartes de crédit et leur utilisation illicite soulignent la nécessité de trouver une instance spécialisée s'occupant des deux volets : charaique et légal pour traiter ces problématiques contemporaines
- La réalité temporelle changeante souligne l'importance de la création de banques islamiques de par le monde. Le développement important des minorités musulmanes dans les pays européens et en Amérique renvoie à la nécessité d'alternatives conformes aux

vérification de leur conformité aux prescriptions charaïques des experts du droit musulman (fatawas) et aux systèmes en place, de sorte à prévenir les infractions.

- L'audit financier et comptable :

Parmi les types de contrôles sur les banques en général et les banques islamiques notamment, il y a le contrôle financier et comptable. Ce type d'audit joue un rôle indéniable et a un impact sur le comportement des banques. Ces dernières sont tenues de présenter des rapports sur leurs budgets annuels et sur leurs comptes de résultats reflétant leurs pertes ou bénéfiques. Ces rapports doivent inclure l'avis du commissaire aux comptes quant à la conformité des comptes, la méthode comptable et le degré de satisfaction des explications fournies par le directeur de la banque ou des employés quand des clarifications sont demandées.

Il est à noter que dans certaines législations organisant le travail des banques il y a mention explicite des délais dans lesquels les rapports doivent être présentés. A titre d'exemple, selon l'article quatorze M/14 du code d'organisation du contrôle des banques en Arabie Saoudite³², « chaque banque doit désigner annuellement deux commissaires aux comptes parmi la liste enregistrée auprès du ministère du commerce et de l'industrie, et les commissaires aux comptes doivent présenter un rapport sur le budget annuel et le calcul des bénéfiques et pertes, et ce rapport doit inclure l'avis des commissaires aux comptes quant au degré d'adéquation de ce budget avec les activités du pôle financier de banque, ainsi que le degré de leur

principes de la charia et garantissant en même temps, les droits des parties traitant avec ces banques émergentes, et cela se fera grâce à la mise en œuvre de surveillance dans ces banques

- L'apparition d'institutions financières et banques traditionnelles transformées en banques islamiques et se proclamant conforme aux enseignements de la charia alors que la réalité est toute autre
- La surveillance charaïque légale reflète la confiance et la sécurité qu'ont les parties prenantes et les clients en ces banques
- La surveillance charaïque légale contribue efficacement à la croissance économique islamique en aidant à renforcer la transparence et la confiance à l'échelle, locale, régionale ou encore internationale

³² Le code d'organisation du contrôle des banques fut décidé par décret royal n°3/5 en date du 22/2/1386 de l'hégire, durant le règne du roi Fayçal Ibn Abdel Aziz Al Saoud –paix à son âme-

satisfaction des explications et des informations fournies par le directeur de la banque ou des employés quand des clarifications sont demandées.

Pour ce qui est des banques ayant la forme de société, il faut que ledit rapport soit accompagné du rapport annuel de la direction de la banque établi lors de la réunion des associés qui doit avoir lieu durant les six mois après la fin de l'année financière de la banque au plus tard, et la direction de la banque doit envoyer copie de ces deux rapports à la société. Le premier paragraphe de cet article est applicable aux banques étrangères et à leurs filiales au royaume, et elles doivent envoyer à la société copie du rapport des commissaires aux comptes ».

De même, l'article quinze 3/15 oblige les banques à envoyer un communiqué unique mensuel certifié par des commissaires aux comptes renseignant sur le centre financier de la banque. Le texte de l'article stipule : « chaque banque doit envoyer à la société un communiqué unique mensuel certifié renseignant sur son centre financier et ce à la fin du mois suivant et ce communiqué se doit d'être fiable et authentique et conforme aux exigences de la société, comme elle doit envoyer à la société dans un délai de six mois après la fin de l'année financière, copie de son budget annuel, de son compte de résultat certifiés par des commissaires aux comptes et ce selon les exigences de la société ».

De ce fait, l'audit financier et comptable ressemble de par la forme à l'audit charaique légal. Les deux types de supervision fondent la banque islamique. C'est le fond qui les différencie. En effet, l'audit comptable s'intéresse au centre financier de la banque, alors que la surveillance charaique légale vérifie la conformité des activités de la banque et de ses décisions aux principes de la charia islamique et aux modèles dont elles sont inspirées.

Le contrôle administratif

Il a déjà été souligné lors de la définition du terme surveillance, qu'il signifie : le suivi du travail administratif, son organisation, la détection des manquements et l'évaluation de la capacité à y remédier.

Ainsi, les composantes du contrôle administratif incluent-ils le contrôle administratif général de la banque, y compris l'administration exécutive, le suivi des affaires des employés, organisation du travail administratif et son développement, exécution des décisions du conseil d'administration et la communication avec les membres, invitations aux réunions administratives, publication des décisions administratives et généraliser leur application dans toutes les filiales de la banque, la réalisation des tâches de marketing et des études de rentabilité ainsi que la représentation de la banque dans les transactions et relations liées à la banque.

Il est à signaler que le contrôle administratif à tous niveaux, que ce soit au niveau supérieur comme le conseil d'administration et les hautes instances exécutives, est la base de tout travail bancaire d'une manière générale.

II- Les banques islamiques:

II-1- Banques islamiques acceptations et prolifération

II-1-1- Banques islamiques

La banque islamique fut définie comme étant : « une banque qui s'engage à appliquer les principes de la charia dans toutes ses transactions bancaires et d'investissement, et ce à travers l'application de la notion d'intermédiation financière établie sur le principe du partage des bénéfices ou des pertes, et dans le cadre d'agence, qu'elle soit privée ou publique »³³.

La banque islamique est aussi définie comme : « une entreprise monétaire financière qui a la tâche d'attirer les fonds monétaires des membres de la société et de les utiliser efficacement de sorte à garantir leur augmentation en conformité avec les règles reconnues de la charia islamique, et au service de la nation, et de sa croissance économique »³⁴.

Cette définition a fait mention des éléments essentiels que les banques islamiques sont tenues de respecter, à savoir ; le respect des normes reconnues de la charia islamique dans tous les travaux et transactions de ces banques, qu'il s'agisse d'activités de production, de distribution, de consommation ou d'épargne au sein d'un système économique entier.

Nous estimons, que cette définition, au même titre que celle qui la précède, ne fait pas mention des services fournis par les banques islamiques de manière à la distinguer des banques traditionnelles.

³³ Définition du Dr Mohamad Al-Baltaji. Source : site des banques islamiques. <http://www.bltagi.com>.

³⁴ Mohsen Ahmad Al-Khdhiri « Concept de banque islamique ». étude publiée, www.kantakji.com.

De ce fait, il est possible de définir la banque islamique comme étant : « une banque ayant des caractéristiques juridiques, qui offre des services et transactions diverses à ses clients, inspirées des principes de la charia islamique, qui œuvre à s'attirer les fonds monétaires des entreprises et des particuliers, veillant à les placer et à augmenter leurs rendements, de sorte à assurer une croissance économique³⁵, et ce sur des bases charaïques et de jurisprudence islamique (fikh) solides. De cette définition, ressortent les caractéristiques suivantes :

- Une banque habilitée à exercer une activité professionnelle, selon la réglementation en vigueur dans chaque pays, lui permettant d'exercer son activité à l'instar des autres banques traditionnelles
- La banque offre des services et a des relations bancaires avec ses clients, en conformité avec les normes de la charia islamique, et ce en évitant voire interdisant l'usure (riba), et permettant toutes les transactions conformes à la charia
- La banque islamique au même titre que la banque classique s'attire les fonds monétaires des entreprises et des particuliers, mais la différence réside en leur utilisation conforme aux stipulations de la charia et basée sur une jurisprudence islamique contemporaine, selon une vision stable
- La banque islamique au même titre que la banque classique aspire à la réalisation de la croissance économique. La première banque a une vision économique plus sûre que la seconde, et cela réside peut-être dans les risques limités découlant de son activité.

³⁵ Voir : Wadi Mzid : « La finance islamique : principes fondamentaux et apports potentiels dans le financement de la croissance et du développement », Economic Agendas of Islamic Actors, PAPERSIEMed, pp-51-70

II-1- 2- La prolifération

Les banques traditionnelles se basent sur le principe de l'endettement et la distribution de fonds sans s'impliquer dans l'activité à financer, ce qui entraîne l'apparition de transactions financières à taux d'intérêts, ce qui va à l'encontre du désir des sociétés islamiques d'aboutir à des de nouvelles formules bancaires loin de l'usure et sans recourir au taux d'intérêt (riba)³⁶.

Il est à signaler que la première initiative de création d'une banque à caractère islamique date de 1963, et des banques furent créées à ce moment là, sous l'appellation de *banques d'épargne locales*, sous la supervision de l'ex-président de l'Union Internationale des Banques Islamiques, Dr Ahmad Al-Najar. Après, il y a eu la création de la *Banque sociale Naser*, et son règlement stipulait le recours aux taux d'intérêts, aussi bien pour l'octroi que pour la collecte de fonds, et il va sans dire que la banque exerçait une activité sociale comme l'indique son appellation³⁷.

Ces premiers débuts avaient introduit l'apparition ultérieure des banques islamiques qui sont clairement apparues à l'issue du congrès des ministres des affaires étrangères des pays musulmans à la ville de Jeddah, au Royaume de l'Arabie Saoudite, en 1972. Les recommandations de ce congrès avaient souligné l'importance de la création d'une banque islamique internationale pour les pays musulmans.

Cette recommandation a donné suite à la préparation de l'accord de constitution de la banque islamique de développement et qui fut signé par les ministres des finances des pays musulmans en 1974. Cependant, cette banque, considérée

³⁶ Site des banques islamiques. Op.cit. Dr Mohamad Al-Baltaji

³⁷ Voir : El Mohandiz Abdessalam « le système bancaire islamique », 1999, www.europamaroc.com, 50 pages, disponible à <http://www.europemaroc.com/files/SYSTEME%20BANCAIRE%20ISLAMIQUE%20V1.pdf>

comme le noyau essentiel de la création des banques islamiques dans plusieurs pays du monde musulman, se limite aux transactions et relations bancaires entre les gouvernements des pays du monde musulman et ne concerne pas les services aux particuliers.

La banque islamique de Dubaï est la première banque à offrir ses services bancaires aux particuliers parmi ses clients, en conformité aux normes de la charia islamique. Il y a eu par la suite la création de banques islamiques de par le monde pour atteindre 267 banques, réparties sur 48 pays, avec un volume des transactions dépassant les 250 milliards de dollars selon les statistiques du conseil général des banques islamiques au niveau mondial³⁸.

A examiner la naissance des banques islamiques, nous considérons qu'elles sont nées suite à l'expression d'une opinion économique et sociale qui a tenté de trouver une formule pour les transactions bancaires, exemptée de taux d'intérêts (riba). Les partisans de cette opinion et de ces solutions sont devenus les défenseurs de cette théorie ayant fait l'objet de critiques et d'oppositions émanant de spécialistes du secteur bancaire classique et de certains chercheurs économistes. Ces critiques avaient avancé que la finance bancaire islamique diffère seulement par la forme de la finance bancaire traditionnelle, et que l'idée centrale était la même. Les différences résideraient seulement dans les appellations et qu'en réalité, il n'y a pas de dissemblances effectives entre les services bancaires classiques et le système bancaire islamique³⁹.

³⁸ Site des banques islamiques Op.cit. Dr Mohamad Al-Baltaji

³⁹ Journal électronique Masress, rapport publié sous le titre de : « les experts de l'activité bancaire répondent aux opposants des banques islamiques ». 23/3/2012. www.masress.com
Au-delà de cette description, l'un des chercheurs économistes contemporains a qualifié la finance bancaire islamique comme « *activité de ruses* ». Dans une interview télévisée sur la chaîne d'informations Al Arabiya en date du 11 décembre 2011, au cours de l'émission « *Eclairages* », qui a invité le chercheur Dr. Hamza Al Salem, professeur d'économie financière à l'Université de El Emir Soltan au Riyadh au Royaume de l'Arabie Saoudite, ce dernier, a déclaré que la finance bancaire islamique ne diffère de celle traditionnelle que par l'appellation et par l'escroquerie des clients afin de réaliser des gains importants, au lieu d'appliquer les principes de la charia comme

Nous trouvons que l'activité bancaire islamique a besoin d'un développement qualitatif, qui préserve ses principes islamiques et lui permette d'avoir sa place dans l'économie mondiale, et qui l'éloigne des soupçons susceptibles d'amener certains chercheurs économistes à la critiquer et à comparer ses activités à celles des banques traditionnelles. Une réalité est pourtant irréfutable dans le domaine économique, à savoir celle que l'activité bancaire islamique est dotée d'une structure reflétant une personnalité indépendante lors des multiples transactions financières loin de l'économie capitaliste usurière noyée dans la dette.

Dieu tout puissant avait explicitement décrit dans le coran les partisans de l'application des taux d'intérêts : « Cela, à cause de leur propos : Le commerce s'assimile à l'usure »⁴⁰. Le principe fondamental de la finance bancaire islamique est clair et réside en la considération de l'intérêt collectif et sa primauté par rapport à l'intérêt individuel en cas d'opposition des deux, et le choix du moindre mal quand des options s'offrent. Les crises économiques internationales avaient sans doute prouvé qu'il y a un dysfonctionnement évident, dû au surendettement générateur de difficultés⁴¹.

De là, sont venues les raisons du développement de l'activité bancaire islamique, dont les plus importantes :

- Application, par les banques islamiques, des principes de la charia dans toutes les opérations financières

le prétendent ces banques dans leurs activités. Dr. Hamza Al Salem a déclaré que la finance bancaire islamique est une ruse et une escroquerie et n'offre pas de solutions, et qu'ils n'ont aucune preuve de la légalité chariaïque de ces banques islamiques. Les déclarations de Dr. Hamza Al Salem ont suscité de grandes polémiques et des réactions de la part des partisans de la finance bancaire islamique et ont expliqué que ses accusations émanent de sa confusion lors de la lecture et analyse de certaines questions de fikh.

⁴⁰ Sourat Al-Baqara, verset 275.

⁴¹ Consulter : Alache Fisho-Oriededi : « the prohibition of *riba* under islamic law: what are the implications for international contracts? », University of Dundee

- Concrétisation du principe du partage ou de la participation au résultat (bénéfice/perte) dans les transactions, ce qui génère une confiance entre les deux parties impliquées ; la banque d'une part et l'individu participant d'autre part
- L'insistance sur les aspects d'investissements dans les transactions de ces banques
- Promotion de la morale islamique et des valeurs fondamentales dans le travail bancaire
- La considération des activités exceptionnelles de ces banques ; activité du « bon prêt », activité de «la caisse de complémentarité Zakataire⁴² » ainsi que les activités culturelles bancaires
- Rôle d'intermédiaire financier selon le principe participatif

Ces raisons avaient sans doute aidé de manière importante au développement et à la création des banques islamiques, ce qui leur a valu la confiance des investisseurs et des clients.

⁴² Par référence à la Zakat, qui est le 3^e pilier de l'islam et c'est un don fait au nom d'Allah sans que le donateur n'espère ni ne puisse en tirer profit

II-2 La distinction entre banques islamiques et banques traditionnelles

II-2-1- Spécificités structurelles organisationnelles

Il fut mentionné, en évoquant l'importance des banques islamiques et les raisons de leur développement qu'en dépit des oppositions et critiques manifestées à leur égard, la réalité a prouvé la réussite et l'augmentation notable dans le nombre des banques islamiques⁴³. Cela nous conduit à explorer les qualités qui distinguent ces banques par rapport aux banques traditionnelles et dont les principales pourraient être les suivantes :

Première qualité :

Les banques islamiques se distinguent par l'interdiction du riba (taux d'intérêts) :

Cette qualité est peut-être la plus importante, et elle représente pour les banques islamiques un principe non négociable⁴⁴. Le but est d'arriver à une transaction

⁴³ Les banques islamiques se sont répandues dans des pays islamiques et certains gouvernements de ces pays ont posé des lois et législations spéciales organisant le travail de ces banques islamiques. L'une de ces dernières lois, le nouveau projet de loi préparé par le gouvernement marocain, et intitulé « banques participatives et produits alternatifs ». Le gouvernement compte intégrer l'organisation de la finance bancaire islamique aux textes de la nouvelle loi régissant les banques marocaines, afin de combler les lacunes dans le secteur des banques islamiques, de sorte que la nouvelle loi réponde aux exigences des clients et partenaires et après avoir profité de l'expérience à l'échelle internationale dans le secteur bancaire islamique, à l'image de ce qui se passe en Turquie et autres. Cela en prenant en compte qu'aucune expérience précise ne sert de base. Ces banques islamiques seraient soumises à une instance charaïque qui a pour mission principale la supervision et le contrôle du degré de conformité des services financiers offerts par ces institutions financières à la charia islamique.

Pour aller plus loin voir : (information publiée, site Al Arabiya.net, dimanche 1/Shawal/1433, correspondant au 19 août 2012)

⁴⁴ Nous trouvons que la tentative de se servir des slogans religieux pour rassurer les gens, surtout de la part de quelques banques traditionnelles est inadmissible ni du point de vue de la forme ni du point de vue du contenu. Cela relève de la désinformation et de la falsification sous prétexte de générer davantage de gains, via la promotion de slogans religieux visant à gagner la confiance. Cela apparaît dans quelques campagnes de promotion des produits des banques traditionnelles. A titre d'exemple : quand certaines banques traditionnelles promeuvent l'offre qui stipule qu'en cas d'adhésion, des cartes de crédits islamiques seraient offertes. Le but est de s'attirer un maximum de clients. De telles problématiques seront discutées dans la première partie de ce travail et plus

financière exempte d'injustice comme dans le cas des transactions basées sur les taux d'intérêts. L'interdiction de l'usure par la loi divine est sans doute présente dans les messages divins antérieurs et l'islam est venu insister sur l'interdiction de cette exploitation immorale. Quelque soient les motivations et les obligations, cela ne justifie pas le recours à un acte unanimement interdit. L'usure conduit à la désintégration des sociétés et des régimes économiques et de là à des crises économiques indéniablement tangibles de par le monde⁴⁵.

Il fut dès lors essentiel pour les banques islamiques de se conformer aux valeurs de l'islam et à ses règles de conduite dans toutes leurs transactions et même dans tous ses domaines d'activités humaines auxquels elles sont appelées à participer. « La banque ne peut offrir ses services à des activités relevant de l'interdit, parce qu'elles représentent un réel danger pour la société comme l'industrie du vin, les jeux de hasard, la drogue, la prostitution, etc..., et s'éloigne de toute activité impliquant de l'usure, de la tricherie, de la falsification, de la monopolisation ou de l'exploitation des besoins des individus, ou encore de la désinformation, de la corruption, de la mauvaise influence, de la perversion des âmes, ou toute activité soupçonnée d'interdiction. De ce fait, toutes les prestations et transactions de la banque entrent dans le champ du permis « halal » et respectent minutieusement les

précisément dans le premier chapitre en traitant des normes jurisprudentielles réglementant l'activité bancaire et ses services

⁴⁵ Les crises mondiales ont gravement lésé des géants de l'économie mondiale à l'image de « Genral Motors », qui fut ainsi la 3^{ème} plus grande faillite dans l'histoire américaine contemporaine. Avant, on assista à la faillite de la banque « Lehmann » qui perdit 92% de sa valeur, en plus de la faillite de la société de télécommunication « WorldCom ». Ces grandes compagnies furent sans doute affectées par le cumul des dettes colossales entraînant leur faillite. Les effets des crises financières internationales se sont propagés pour toucher certaines entreprises locales comme le groupe « Al Ksibi » et « Al Sanaâ ». L'agence Reuters a déclaré, que l'Entreprise du Cash Arabe Saoudien « Sama » a gelé des comptes bancaires revenant au groupe « Al Ksibi » et des membres de la famille. Ces informations viennent après le gel des avoirs de l'homme d'affaires « Moôn al Sanaâ » et son groupe lié administrativement avec l'une des filiales de « l'entreprise Ksibi pour le change ». pour cette raison, des experts avaient exprimé la nécessité de trouver un système qui protégerait les entreprises civiles de la faillite à l'image de l'article 11 relatif à la protection des entreprises américaines contre la faillite. Pour aller plus loin voir : Youssef Al Kacem « Protection du prêteur du débiteur à la lumière du fikh et de la justice », op.cit, page 22

principes de la religion musulmane. Ainsi pas de salaires trop bas, pas d'injustice à l'égard des salariés, pas de confiscation de leurs revenus encore moins leur traitement en esclaves en contrepartie de leur nourriture et habillement ⁴⁶». L'on peut, cependant s'interroger sur l'intérêt des avis des jurisconsultes musulmans sur les questions bancaires, au lieu de les laisser aux spécialistes de l'économie.

La réponse à ce questionnement réside peut-être dans l'importance des connaissances en matière de jurisprudence relative aux différends et les nouveautés jurisprudentielles contemporaines, ce qui nous conduit à l'importance de la compréhension basée sur la représentation des faits et leur examen attentif de concert avec les spécialistes du domaine. Il est nécessaire d'assimiler leurs visions, leur vocabulaire et les significations des concepts utilisés et de s'ouvrir à leurs sciences. Si quelqu'un raisonnait tout seul par rapport à une question donnée, il serait possible qu'il se trompe et soit incapable de reconnaître ce que recommande la charia ⁴⁷.

Il est, en effet, impossible de se prononcer sur ce qui est permis et ce qui est interdit sans étude et connaissance profonde de la jurisprudence afin d'aboutir à une finance bancaire islamique conforme aussi bien sur le fond que sur la forme aux normes de la charia, sans dépassements et sans chercher à réaliser des gains supplémentaires aux dépens des clients et aux principes de l'islam.

Deuxième qualité :

La finance bancaire islamique se caractérise par son engagement dans la voie de l'honnêteté et de la transparence dans les transactions et relations. En se conformant à ces dits principes, les banques islamiques appliquent des critères immuables dans la charia islamique. Plusieurs citations prophétiques « ahadiths »

⁴⁶ Mohamad Mohsen Al-Khdhiri, « Concept de banque islamique ». op.cit.

⁴⁷ Pour aller plus loin, voir : Mohamad Al-Achkar : « moyens de bénéficier des différends et des décrets religieux 'fatwa' », étude publiée, 11^e session du groupement de jurisprudence, organisée le congrès islamique, Barharin, p 8.

viennent souligner l'importance de la transparence pour les parties prenantes de toute transaction, comme ce qu'a raconté l'Imam Muslim, d'après Abou Hourayra, que l'envoyé de Dieu a dit : « que celui qui achète de la nourriture, ne la vende qu'après l'avoir mesurée (ou pesée) »⁴⁸.

Hakim Ibn Hzem a raconté une histoire similaire: « j'ai dit : Oh ! Envoyé de Dieu, je vends ce dont je n'ai pas encore reçu le prix, qu'est ce qui est permis et qu'est ce qui est interdit dans l'opération ? Le prophète répondit : fils de mon frère, ne vends rien avant de l'avoir possédé⁴⁹ ».

C'est pour cela que la transaction entre un client donné et sa banque islamique doit être complètement transparente, tant que la transaction concerne ledit client et non d'autres clients, appliquant ainsi ce que recommande Dieu, le tout puissant : « Et ne mêlez pas le faux à la vérité. Ne cachez pas sciemment la vérité »⁵⁰, en même temps que trahir la confiance du client et ne pas respecter la confidentialité est une infraction passible de sanction.

Il est à signaler que la plupart des banques islamiques instaurent un système de contrôle charaïque interne, dont les membres sont des savants musulmans émérites, spécialistes en charia, des juristes et des économistes, et ce afin de suivre et de vérifier toutes les activités de la banque, ses services en matière d'investissement et ses campagnes marketing. Cette surveillance interne se doit d'être renforcée par un audit externe indépendant des autorités de la banque, et formant une instance supérieure de surveillance charaïque légale. L'idée est de renforcer le principe de transparence et d'équité ; raison d'être de la banque islamique.

Troisième qualité :

⁴⁸ Sahih Muslim, avec l'explication de Al-Nouri, volume 10, page 169

⁴⁹ Les petits « Sounan », volume 2, page 1918

⁵⁰ Sourat Al Baqara, verset 42

Toutes les banques islamiques sont tenues de verser « Al zakat » (l'aumône légale). La « zakat » est considérée comme un acte purifiant les biens détenus et contribuant à sa fructification. Dieu le tout puissant dit : « Prélève de leurs biens une aumône par laquelle tu les purifies et les bénis, et prie pour eux. Ta prière est une quiétude pour eux. Et Allah est Audient et Omniscient »⁵¹.

La « zakat » ou l'aumône légale est un droit obligatoire à l'argent d'une catégorie de personnes en particulier à un moment donné⁵². De ce fait, ces éléments de définition servent à dissiper la confusion sur le caractère charitable de la « zakat » qui est davantage un devoir et constitue une part d'argent dont le propriétaire doit donner obligatoirement à autrui. La définition des Hanafites étaye davantage le principe en avançant que c'est : « un transfert de propriété d'une partie précise d'un argent précis à une personne précise spécifiée par Dieu le tout puissant, sans contrepartie, par amour pour Allah le Très Haut »⁵³.

En accomplissant ce devoir charaique noble, la finance bancaire islamique a pu confirmer en s'y conformant qu'elle est capable de concilier les objectifs commerciaux d'investissement de la banque et les objectifs sociaux. En même temps, cela lui permet d'éviter d'impliquer ses fonds dans toute transaction louche. Les banques islamiques collectent et distribuent l'aumône légale « zakat » due sur ses fonds et ceux de sa clientèle ainsi que ceux de tout musulman désireux de confier cette tâche à la banque. Elle distribue cette aumône selon les prescriptions de Dieu tout Puissant : « Les aumônes sont destinées aux pauvres, aux nécessiteux, à ceux qui sont chargés de recueillir ces dons et de les répartir, à ceux dont les cœurs sont à gagner, au rachat des captifs, aux endettés insolubles,

⁵¹ Sourat Al-Tawba, verset 103

⁵² Abd Allah Ben Sliman Al Maniî « Recherche sur le principe de Zakat pour l'argent illicite », revue des recherches islamiques au Royaume de l'Arabie Saoudite, volume 42, page 248

⁵³ Ibn Abidin, « Hachiat Rad Al Mohtar » 2/256

à ceux qui se consacrent à la cause de Dieu et aux voyageurs démunis. C'est là un arrêté de Dieu, et Dieu est Omniscient et Sage »⁵⁴.

La finance bancaire islamique est, à notre sens, tenue de la collecte de la « zakat » auprès de ses clients et de son prélèvement sur ses propres fonds, ce qui renforcera la solidarité sociale, reflétant ainsi la qualité distinctive de la finance islamique⁵⁵.

Nous avons précédemment défini la banque islamique comme étant ; une banque ayant un statut juridique, qui offre des services et produits divers à ses clients, en se conformant aux principes de la charia, qui attire les capitaux des entreprises et des particuliers et œuvre à leur placement et leur fructification de sorte à assurer une croissance économique en conformité avec les fondements de la jurisprudence islamique et charaïque.

La banque islamique de par sa structure et la division de ses services administratif et comptable ressemble à cet égard aux banques traditionnelles, exception faite des organes de surveillance de la conformité à la charia qui distinguent les banques islamiques.

De ce fait, la présence de l'instance de contrôle charaïque au sein de la banque islamique est essentielle, en raison entre autres de l'évolution continue des opérations bancaires et économiques. Il est à noter par ailleurs, que cet organe de surveillance n'est pas soumis à la direction de la banque centrale, mais c'est cette dernière par contre qui se doit de lui rendre compte⁵⁶.

⁵⁴ Sourat Al-Tawba, verset 60

⁵⁵ Consulter : Mohamed Ali Chatti : « analyse comparative entre la finance islamique et le capital-risque » Etudes en économie islamique, Vol.4, No.1, Janvier 2010, disponible à <http://www.irti.org/English/Research/Documents/IES/French/fr024.pdf>

⁵⁶ Mohammad Amine Al-Katan « le contrôle charaïque dans les sociétés de création des services financiers islamiques », page 15, Maison de la renaissance arabe (Dar Al Nahdha Al Arabia), 2004

La multiplication des organes de surveillance au sein des banques islamiques présente un risque de complaisance par rapport aux conseils d'administration de ces mêmes banques. Il serait dès lors plus approprié que ces instances de contrôle charaïque soient indépendantes et s'organisent dans une instance supérieure étatique regroupant une élite de spécialistes en charia, en économie et en droit et qui a la charge de superviser et de réviser les activités de toutes les banques islamiques pour chaque pays.

Il est à souligner qu'il existe une instance supérieure pour les décrets religieux et la surveillance charaïque au sein de l'Union Internationale des Banques Islamiques. Sa mission est de guider et de conseiller toutes les instances de décrets religieux dans les banques islamiques membres de l'Union Internationale des Banques Islamiques. La présence d'une instance supérieure indépendante dans chaque pays, supervisant et contrôlant les activités et services des banques islamiques, et responsable des décisions prises et crédits émis par lesdites banques dans le pays⁵⁷ est un point positif contribuant à la stabilité de la situation

⁵⁷ La création d'une instance supérieure indépendante dans chaque pays, qui supervise et contrôle les activités des banques islamiques est, à notre sens, une nécessité. Cela permet en effet de réglementer les transactions financières qui apparaissent constamment et qui sont controversées du point de vue charaïque. Cependant, certaines commissions de surveillance charaïque restent passives dans leurs décisions sans bien décortiquer la transaction financière nouvelle. Le rôle dans les banques islamiques, de la plupart des commissions n'est pourtant pas à sous-estimer. Elles étudient sérieusement et scientifiquement les cas qui se présentent à elles pour aboutir à des déductions conformes à la charia. Cela dit, il reste important de couper la voie à tout effort incomplet ou à effets négatifs qui pourrait produire des réactions controversées à l'égard de la finance bancaire islamique en tant qu'une seule entité et qui découlent de ce qui se répand quant à la permission et l'accord accordé à des transactions censées être illicites. Un avis s'opposant à la création d'un organe unique de surveillance charaïque au sein de chaque pays, considère que la création d'un tel organe gênerait les activités des banques islamiques et engendrerait un impact négatif sur leur croissance en diminuant leur succès grandissant.

Une telle crainte est justifiée s'il s'agit de créer un organe unique à l'échelle des pays musulmans qui ont des caractéristiques hétérogènes, à sources de revenus et de productivité non similaires. Les pays agricoles recourent à des types particuliers de transactions financières jurisprudentielles entre individus et banques islamiques de sorte à garantir leur croissance. Le schéma n'est pas le même pour les pays non agricoles principalement. De plus les économies diffèrent d'un pays à l'autre dans le monde musulman.

De ce fait, l'idée de création d'une instance de surveillance charaïque supérieure a toute sa raison d'être au sein de chaque pays et a des avantages dont les plus intéressants sont :

économique des entreprises financières et d'investissement islamiques. Cela contribue à ériger ces banques en modèles faisant partie intégrante du paysage économique aussi bien local que mondial. C'est pour cette raison qu'au cours des dernières années, cette finance émergente fut réévaluée pour se voir gagner sans cesse du terrain, pour être prise en considération dans les politiques économiques, monétaires, bancaires et financières. Ce qui la rend profitable à condition de respecter les principes et les fondements de ses activités et de sa structure.

De là apparaît l'importance d'établir des règles communes organisant le système bancaire islamique uniformément dans les pays du monde musulman, comme par exemple la constitution de commissions charaïques dans chaque banque, leurs missions et responsabilités, leurs prérogatives, leur formation et leur limogeage.

D'autre part, ces règles étayeront les missions de l'instance supérieure charaïque et légale au sein des banques centrales ou entreprises monétaires dans les pays membres, la détermination de la nature de leurs activités, leur structure administrative, leurs responsabilités et leurs prérogatives⁵⁸.

L'uniformisation des règles organisant le système bancaire islamique dans les pays du monde musulman, tout en permettant à chaque pays d'établir ses lois organisant son activité bancaire islamique conformément aux règles communément décidées, ouvrirait, à notre regard, la voie à davantage de recherche

-
- La certitude de l'application des principes de la charia islamique à toutes des transactions financières des banques islamiques au sein de chaque pays
 - Couper la voie à tout dépassement autorisant des transactions financières illicites
 - Permettre aux pays de poser des lois qui demandent aux instances charaïques dans les banques de rendre compte de leurs erreurs et prendre les mesures nécessaires qui en découlent
 - Œuvrer à améliorer et développer la finance bancaire islamique et sensibiliser quant à son importance
 - Renforcer la confiance entre les investisseurs et les usagers dans le secteur bancaire islamique

⁵⁸ Consulter : Michael Moate : « La création d'un droit bancaire islamique ». Law. Université de La Rochelle, 2011, Thèse pour le doctorat en droit, disponible à <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00753035/document>

et d'intérêt parmi les banques traditionnelles. Les législations des pays musulmans en renfermant des textes obligeant les banques islamiques de désigner un consultant ou plus, spécialiste (s) en charia et s'occupant de l'examen des questions y efférentes, contribueraient à la stabilisation du système bancaire. Ces faits ont été observés dans l'un des pays musulmans économiquement développé à savoir la Malaisie où le gouvernement a établi un ensemble de règles organisant le système bancaire islamique dans ce pays. Une des règles est celle d'obliger les banques justement de désigner un individu ou plus en tant que consultant en charia pour émettre des décrets religieux et donner son avis charaique pour les questions relatives aux transactions financières islamiques⁵⁹.

De ce qui précède, on peut dire que la structure organisant la surveillance charaique ne fut pas standardisée, du fait de la dépendance de ces organes chacun à sa banque séparément, de l'absence de règles organisant le travail des banques islamiques à l'échelle des pays du monde musulman et de la différence entre les législations organisant l'activité bancaire entre ces pays.

C'est pour cette raison que les formes d'organisation administrative des organes de surveillance charaique diffèrent en fonction des appellations adoptées par les autorités compétentes auprès de qui les membres des instances de surveillance travaillent. Entre autres appellations, on trouve⁶⁰ :

- Observateur ou surveillant charaique : quand le travail de surveillance charaique est attribué à une personne en particulier
- Consultant charaique : traduit la sollicitation de la consultation d'un expert en matière de charia par l'entreprise financière

⁵⁹ Cela est venu dans le cadre du projet « Islamic Banking Scheme » IBS en 1993, quand il fut demandé aux banques du IBS de désigner un ou plusieurs consultants en charia. Abdulaadir,M, "central bank Role", p.68.

⁶⁰ Abdel Hak Hmich « activation du rôle des instances de décrets religieux et de surveillance charaique dans les institutions financières islamiques », op.cit., page 102.

- Instance de surveillance charaique : quand le travail se limite à la simple surveillance charaique des transactions et opérations de l'institution financière islamique
- Commission religieuse : désigne une commission qui exerce plusieurs tâches et missions non spécifiées
- Conseil charaique : regroupe un ensemble d'experts en matière de jurisprudence musulmane « fikh » chargés d'examiner des questions et opérations au sein de l'institution financière islamique
- Instance de délivrance des décrets religieux « fatwa » : cela signifie que la mission de l'instance se limite à répondre aux questions posées sans qu'il n'y ait force obligatoire, à l'image de la fatwa en général qui est la communication d'un avis par référence à la charia sans force obligatoire

Ces appellations nous conduisent à une meilleure formulation de l'appellation de ces organes de surveillance.

Certains savants contemporains, dont Zhili et Al Dharir⁶¹, appellent ces organes « instances charaiques » sans mention contraignante et limitative de surveillance, de fatwa ou encore de suivi ou de supervision. Ainsi, ils privilégient de raisonner dans cadre pluri tâches et pluri missions susceptibles d'être modifiées et augmentées pour plus de prérogatives en fonction de la réalité des affaires bancaires contemporaines, sans cesse en évolution.

Par ailleurs, un autre groupe de savants contemporains dont principalement, Abdel Hak Hamich, font mention explicite de la surveillance et de la fatwa, l'essentiel résidant dans la signification réelle des choses.

Nous estimons que l'appellation la plus appropriée est celle de « surveillance charaique légale » de par la nature des travaux et missions imposées par la réalité

⁶¹ Voir les recherches du premier congrès des instances charaiques, feuille de travail Dr Warba Zhili, page 5, feuille de travail Dr Al Dharir, page 28

bancaire islamique. En effet, la rédaction des contrats est une opération juridique, le contrôle des comptes et leur audit du point de vue de la charia est un travail charaïque, la surveillance et le suivi et la responsabilisation en conformité une loi obligatoire est travail juridique, la sensibilisation, la formation et l'éducation religieuse des employés dans la banque islamique est un travail charaïque, la définition d'un règlement interne en conformité avec la loi et la charia est un travail à la fois juridique et charaïque. De ce fait, l'appellation surveillance charaïque légale est la plus appropriée pour les prochaines étapes des travaux bancaires islamiques.

II-2-2- Spécificités des modalités de la surveillance

De nouvelles formes de transactions financières se sont développées dans notre ère moderne, particulièrement dans le secteur bancaire, ce qui a suscité l'intérêt d'étudier et d'expliquer ce qu'en dit la charia et la jurisprudence. Les principes de la charia furent pris en compte parmi les critères de finance et de comptabilité des institutions financières islamiques, où il est mentionné que « le contrôle charaïque vise à s'assurer que les activités de l'institution financière islamique est conforme aux principes et normes de la charia islamique »⁶².

Par ailleurs, on note que la réalité des affaires bancaires islamiques appelle à d'autres missions relatives à la surveillance charaïque, à l'instar de la rédaction de contrats, l'approbation de modèles pour de nouvelles transactions bancaires et la préparation de règlements internes organisant le travail de contrôle charaïque. De ce qui précède est né le besoin de créer un organe de contrôle charaïque légal en charge des questions susmentionnées, surtout dans le contexte actuel de

⁶² « Les critères de comptabilité et d'audit, et les normes pour les institutions financières islamiques », Instance de comptabilité et d'audit des institutions financières islamiques, page 16, paragraphe (4), Al Bahrain, 1424-1425 de l'hégire

développement du commerce électronique, et de l'apparition de diverses sortes de cartes de crédits offrant divers services en plus de l'existence de banques commercialisant des produits et services apparemment conformes à la charia, alors que l'écart par rapport aux fondements de la finance islamique est grand.

« Il est connu que l'identité de la banque et son caractère islamique ne sont accomplis que si elle se distingue des banques usurières, et il est du devoir des banques islamiques de confirmer cette distinction en se conformant à ce qui est permis et ce qui est interdit pour les transactions, de sorte à ce qu'il y ait cohérence entre l'appellation et l'activité »⁶³. Sinon, il n'y a aucun intérêt à créer et fonder le secteur bancaire islamique s'il n'y a pas de surveillance charaique légale qui fonde, supervise, suive et demande aux banques de rendre compte de leurs activités, programmes et produits permanents et variés.

L'importance de la surveillance charaique légale réside dans la réponse qu'elle apporte aux questions et problématiques pouvant concerner les opérations innovantes dans les banques islamiques. Cette surveillance répondra notamment aux interrogations des employés de ces banques qui, pour la plupart, ne maîtrisent pas les fondements de base des opérations islamiques, pour y faire face tous seuls⁶⁴. Il y a lieu de mentionner que cette importance se fait clairement ressentir dans le cadre de la diversité des opérations bancaires. Les projets financés par la banque requièrent de nouvelles conditions à inclure dans le contrat, surtout en

⁶³ Hamza Abdelkarim Hamad « la surveillance charaique dans les banques islamiques ». op.cit, page 1

⁶⁴ L'importance de la surveillance charaique apparaît au niveau des réponses apportées aux problématiques de la finance bancaire islamique, et posées constamment par toutes les nouveautés en matière de transactions bancaires. C'est l'une des principales missions du travail de surveillance charaique qui consiste à se prononcer par rapport au cas qui présentent. Cette mission associe le travail de surveillance générale qui permet de vérifier l'engagement des banques à appliquer les principes de base des transactions islamiques, et le travail de jugement charaique et d'évaluation argumentée des questions posées par la direction des banques mais aussi de celles que l'organe juge importantes lui-même. La surveillance charaique revêt un caractère particulier lui permettant de tisser le paysage et les caractéristiques de la finance bancaire islamique.

considérant l'innovation en matière de produits et offres des banques concurrentes. Si la banque désire proposer des services et produits similaires, elle doit étudier le fondement de toutes ces innovations afin de pouvoir se prononcer du point de vue de la charia.

La question est d'autant plus nécessaire que les systèmes social et économique de certaines banques se fixent le profit comme principe et objectif principal aux dépens de considérations d'ordre social, religieux ou moral. Cet état de faits offre un cadre propice à la création d'institutions financières et d'investissement qui tendent à ne pas respecter le règlement et la raison derrière leur création.

Ces dérives éventuelles appellent à la création d'un organe de surveillance charaique qui examine et audite les transactions islamiques et vérifie la cohérence entre l'appellation et la nature des activités, tout en émettant des décrets religieux à force obligatoire, même si de par leur nature, ces décrets « fatwa » implique un caractère non obligatoire. C'est dire que normalement la fatwa est un avis émis par les savants mais qui n'a pas obligatoirement à être appliqué. Il faut de ce fait dépasser cette première nature et c'est ce qu'il faut comprendre quand il s'agit des opérations financières islamiques modernes.

Il va sans dire que l'élément « obligation » pour les décisions prises par l'organe charaique légal est un élément central, qui se doit d'être stipulé dans le règlement fondamental de la banque⁶⁵.

⁶⁵ L'un des chercheurs a effectué une étude sur l'impact de la surveillance charaique et son indépendance et est arrivé à la conclusion que 68% de son échantillon montre une relation de coopération et de coordination entre l'instance de surveillance charaique et le conseil d'administration. Pour 25% de l'échantillon, l'instance de surveillance charaique avait un pouvoir supérieur à celui du conseil d'administration. Elle a, en effet, toutes les prérogatives pour limoger le président du conseil, changer la composition de tout le conseil ou intervenir dans les décisions émises.

L'étude montre que 6,3% de l'échantillon susmentionné confère aux conseils d'administration une position supérieure à celle des instances de surveillance charaique. Elle a encore montré que 97,6% des membres des instances de contrôle pensent avoir les prérogatives d'annuler ou de geler

De ce qui précède, il apparaît que l'organe de contrôle charaïque dans la banque islamique est de première nécessité, parce qu'il joue un rôle dans l'orientation des opérations, services et programmes de ces banques, selon les normes de la charia.

Cela prouve que les études juridiques et charaïques pour le secteur de la finance bancaire islamique en générale et pour les organes de surveillance charaïque en particulier méritent davantage d'approfondissement pour mieux cerner ce secteur caractérisé par la survenance en continu de problématiques nouvelles.

III- Cadre de la recherche

III-1- Méthodologie de l'étude comparative

L'étude comparative des questions jurisprudentielles nécessite davantage d'attention surtout quand il est question de transactions financières innovantes et modernes. Ces dernières présentent des particularités qui méritent une méthodologie particulière pour aboutir aux résultats escomptés. Nous adoptons dans notre démarche une méthodologie descriptive comparée afin de cerner les caractéristiques de l'ensemble des avis jurisprudentiels (par référence à la charia), bancaires et juridiques organisant la surveillance charaïque dans les banques islamiques.

Cette étude comparative exposera le traitement par la jurisprudence musulmane des questions d'actualité. Cela requiert un retour aux textes de la charia et un effort de qualification des problématiques relatives aux organes de surveillance

toute activité de la banque en cas de décisions ou actes non conformes aux principes de la charia islamique.

Pour aller plus loin, voir : Fares Abou Mâamar « Impact de la surveillance charaïque et son indépendance sur les transactions de la banque islamique », Banque Islamique Jordanienne, 1994, pages 7-18

charaïque et leur lien avec la finance bancaire islamique. Nous nous devons, en plus, de traiter la qualification juridique de ces mêmes problématiques.

De ce fait, la méthodologie d'étude se basera sur un questionnement sur les principales problématiques relatives aux organes de surveillance charaïque dans les banques islamiques : du point de vue de leur définition, leur champ de compétence, leur formation, leur qualification charaïque et juridique, leur structures organisationnels et la finalité derrière et la référence de leur décisions aux principes jurisprudentiels islamiques contemporains et la responsabilité relative aux travaux et décisions de l'organe de contrôle charaïque. Cela se fera en analysant les textes charaïques et juridiques qui permettraient l'assimilation et le traitement du sujet dans un premier pour aboutir à des déductions et recommandations par la suite.

III-2- problématique posée

Les développements supra avancés, nous a conduit à assigner à cette thèse une problématique pouvant synthétiser l'ensemble des réflexions et débats autour de la question de la supervision des banques islamiques. Aussi, nous sommes nous employés dans cette recherche à conduire une analyse comparative à même de délimiter les traits distinctifs et les principales divergences et convergences entre les activités bancaires islamiques et leurs surveillances par référence à la «chariaa», d'une part, et la supervisions réglementaire des activités bancaires islamiques sous une optique légale, de l'autre.

Une telle entreprise nous recommandé de disséquer notre problématique et la scinder en un ensemble d'axes de recherche traduit par les interrogations suivantes :

- Quelle est la qualification charaïque du contrôle charaïque des banques islamiques ?
- Quelle est la qualification légale du contrôle charaïque des banques islamiques,
- Existe-t-il une réglementation de la finance bancaire islamique et de ses services dans la jurisprudence islamique ? et quel lien cela a-t-il avec les organes de contrôle charaïque ?
- Quelle place occupent les activités bancaires islamiques dans les objectifs de la charia islamique ? et peut-on appliquer les bases de la finance bancaire islamique sur l'ensemble des activités des banques traditionnelles ?
- Y a-t-il une différence entre le rôle du contrôleur charaïque de la banque et l'auditeur -conseiller?
- Quel est le cadre légal des organes de surveillance charaïque dans les banques islamiques ?
- Quelle est la portée des décisions émanant des organes de surveillance charaïque ?
- Y a-t-il une organisation administrative prévue par la loi pour la surveillance charaïque ?
- Quelle est la spécificité de la fonction de l'organe de surveillance charaïque et quel est le degré de sa légitimité ?
- Dans quels cas la responsabilité civile résultant des infractions des organes de surveillance charaïque est-elle engagée ?
- Est-il possible de reconnaître une responsabilité pénale résultant des infractions des organes de surveillance charaïque ?
- Comment résoudre les litiges naissant entre les organes de surveillance charaïque et les banques islamiques ?

Toutes ces interrogations sont suscitées par la nature particulière des organes de surveillance qui est chargée à la fois de contrôler et de se prononcer par décret religieux sur les différends et litiges relatifs aux déroulement des opérations financières.

La réponse à ses interrogations nécessite un effort particulier de documentation et de synthèse, car la rareté des références ayant traité les aspects charaique et juridique de ces organes de surveillance constitue une entrave considérable à la recherche. Par contre, on trouve que les études économiques se sont davantage intéressées aux cas génériques et spécifiques liés à la finance bancaire islamique. Ce constat nous a recommandé d'approfondir la question des organes de surveillance charaique dans les banques islamiques au moyen d'une étude juridique légale comparative et cette modeste étude n'est qu'une tentative pour compléter les travaux des nombreux chercheurs et spécialistes du domaine.

PREMIERE PARTIE

LES ACTIVITES DES BANQUES ISLAMIQUES ET LA SURVEILLANCE CHARAIQUE DU POINT DE VUE DE LA CHARIA

Introduction et répartition

Cette partie traite dans le détail du contrôle charaique des activités des banques islamiques, du point de vue de la charia islamique. Dans la deuxième partie, on traitera du contrôle d'un point de vue juridique. Il est connu que les transactions économiques, et plus particulièrement les transactions bancaires, occupent de nos jours le devant de la scène. L'une de leurs caractéristiques essentielles est l'innovation et l'adaptation aux procédures financières nouvelles de par le monde.

Il a été, de ce fait, impératif qu'un nouvel instrument voie le jour et qu'il examine et maîtrise les transactions et les activités financières nouvelles dans le secteur bancaire, tout en essayant d'aboutir à de nouvelles formules et types au service de la réalité économique islamique, surtout que les textes charaiques invitent à l'examen minutieux et à la vérification de la conformité de ces transactions et affaires aux principes de la charia islamique, et de ne pas traiter les affaires urgentes sans connaissance de cause.

Ces affaires urgentes renvoient aux problématiques financières modernes dont certaines peuvent être confrontées aux principes de la charia islamique, quant à leur validité ou non, et ce surtout si l'on admet que la capacité de jugement de celui qui délibère –c'est-à-dire le membre de l'organe de contrôle charaique ou le mufti qui décide de la conformité ou de la non-conformité, des innovations financières modernes- est une qualité qui se confirme et compte à son actif, surtout au vu de la complexité et de la délicatesse des questions examinées et soumises à la fatwa. Ainsi, il ne suffit pas que la personne qui devra se prononcer connaisse les arguments charaiques et les fondamentaux du courant qu'il adopte et ses branches, tant qu'elle ne peut pas s'en inspirer convenablement, et en saisir le sens et les finalités.

C'est pour cela que la présente partie procède scientifiquement pour déterminer et mettre la lumière notamment sur les contrôles de la jurisprudence islamique (fikh) des activités bancaires islamiques et leurs services. Ces contrôles représentent sans doute, dans son ensemble, une définition des principaux principes et fondements du contrôle charaique efficace des activités de ces banques islamiques en particulier et des institutions financières islamiques en général.

Ainsi, cette partie sera traitée dans les deux chapitres suivants :

Chapitre 1 : Les normes jurisprudentielles islamiques en matière de finance bancaire islamique et ses services

Chapitre 2 : La qualification de la jurisprudence islamique de la création des organes de contrôle charaique et de leurs modes de travail dans les banques islamiques

Chapitre 1 : Les normes jurisprudentielles islamiques en matière de finance bancaire islamique et ses services

Introduction et répartition

La vision charaïque relative au droit commercial islamique ne diffère pas de la classification traditionnelle des branches de droit privé. En effet, les transactions stipulées dans le droit commercial islamique, même si elles sont de nature financière et se produisant entre individus, doivent être rapidement effectuées et sont de ce fait régies par des règles spécifiques en raison de la nature de ces opérations commerciales⁶⁶.

Cela s'applique aussi au droit commercial, considéré à la base comme une partie du droit civil car il traite de relations financières, mais qui s'en est séparé car la nature des activités commerciales diffère de la nature des activités civiles. Les activités commerciales nécessitent un traitement rapide et ne peuvent se soumettre à la lenteur des procédures civiles. Ainsi, ce besoin de rapidité a épargné les activités commerciales des contraintes de la justification rencontrées en droit civil.

Cette spécificité des transactions et des rapports commerciaux requiert l'établissement de normes pour la banque islamique de manière générale⁶⁷. La banque islamique doit se plier aux recommandations de la jurisprudence musulmane, fondées sur la quête du bien et du profit pour les gens et leur éloignement des vices dans la vie ainsi que leur salut dans l'au-delà. D'autre part,

⁶⁶ Abdel Karim Aidane « regards sur la charia islamique et le droit positif », page 166, Edition Al Risala, 1^{ère} édition ;1432 de l'hégire/ 2011

⁶⁷ Voir : Michael Moate : « La création d'un droit bancaire islamique ». Law. Université de La Rochelle, 2011, Thèse pour le doctorat en droit, disponible à <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00753035/document>

la banque a besoin de normes jurisprudentielles pour l'exercice de ses activités bancaires islamiques, comme les dépôts, le financement, l'investissement, les crédits et les virements.

Ce chapitre comportera donc deux sections :

Section 1 : Les normes jurisprudentielles générales en finance bancaire islamique

Section 2 : Les normes jurisprudentielles en matière de services bancaires islamiques

Section 1 : Les normes jurisprudentielles générales en finance bancaire islamique

Arriver à un jugement charaique (inspiré de la charia) est la finalité du juriconsulte, après tout un processus d'examen des arguments et indices dans la charia. Les jugements charaiques font foi parmi les savants et ces décrets servent les intérêts des gens et sous entendent une finalité derrière chaque jugement prononcé. Les décrets ainsi que les finalités sont généralement compréhensibles, à l'exception de certains décrets relatifs aux rituels purement religieux, tels que le nombre de prières ou le nombre de fois qu'il faut s'agenouiller pour chaque prière. Et les intérêts derrière tout principe sont répartis, selon l'impact produit sur le bien-être de la nation, en trois catégories : les nécessités, les besoins, les améliorations⁶⁸. Sans doute, les activités bancaires islamiques sont incluses dans l'une de ces catégories.

-I- Les objectifs de la chariâ islamique au sujet de l'activité bancaire islamique

⁶⁸ Abdel Hamid Mahmoud Al Baâli « l'investissement et la surveillance charaique » op.cit, page 12

Les objectifs ou les finalités de la charia islamique – avant de devenir indépendants- faisaient partie des sujets traités par la science de la jurisprudence musulmane qui est considérée comme la voie vers la compréhension des textes de la charia. De ce fait, l'étude des objectifs de la charia vise à expliquer l'intérêt, dans la vie et dans la religion, pour les gens.

Les savants ont étudié à la fois la forme et le fond de cette science. Dans ce contexte, l'Imam Al Ezz Ibn Abessalam : « la finalité de ce livre est de préciser l'intérêt pour les individus d'obéir à la charia et de chercher à adopter un comportement adéquat, de préciser les objectifs derrière les interdictions à éviter, de préciser l'intérêt des pratiques religieuses pour que les gens en soient conscients et de préciser la priorité de certains intérêts par rapport à d'autres et l'ordre des vices à éviter en premier »⁶⁹.

L'Imam Al Jouaini est aussi considéré parmi ceux qui ont défini les termes et le vocabulaire relatifs aux finalités et objectifs, à travers l'usage qu'il en a fait et qui souligne l'importance de cette idée de finalité. Son disciple, Imam Al Ghazali, a emprunté le même chemin, et a même traité le sujet de manière plus claire. Par ailleurs, Chihab Al Din Al Karafi a apporté de nouveaux détails dans ce contexte. De nombreux savants ont attiré l'attention sur l'importance de l'idée de finalités surtout pour ce qui a trait aux relations et comportements⁷⁰. Abou Bakr Ben Arabi a expliqué que les règles de conduite sont au nombre de quatre : le dire de Dieu Tout grand : « Et ne dévorez pas mutuellement et illicitement vos biens, et ne vous en servez pas pour corrompre des juges pour vous permettre de dévorer une partie

⁶⁹ Ezz Eddine Abdel Aziz ibn Abdessalam « les règles des jugements pour la correction des individus », page 14, Nezh Kamal Hadda, Othman Jemaâ Dhamiriya, éditions : Dar el Kalam, Damas, 2000

⁷⁰ Nous trouvons que les transactions financières contemporaines liées aux banques islamiques et à ses divers services soulignent l'importance de la finalité comme avaient prévenu de nombreux chercheurs. La non assimilation des objectifs des principes et décrets religieux et la logique derrière, conduit à des anomalies et à une incapacité de qualifier les faits traités

des biens des gens, injustement et sciemment.»⁷¹, et son dire : « Ceux qui mangent [pratiquent] de l'intérêt usuraire ne se tiennent (au jour du Jugement dernier) que comme se tient celui que le toucher de Satan a bouleversé. Cela, parce qu'ils disent : "Le commerce est tout à fait comme l'intérêt" Alors qu'Allah a rendu licite le commerce, et illicite l'intérêt. Celui, donc, qui cesse dès que lui est venue une exhortation de son Seigneur, peut conserver ce qu'il a acquis auparavant; et son affaire dépend d'Allah. Mais quiconque récidive... alors les voilà, les gens du Feu ! Ils y demeureront éternellement»⁷², les hadiths de gharar⁷³ et la considération des intérêts et finalités. Le livre « al mouafaquat » de l'imam Chatbi est devenu une référence en matière de finalités dans la charia et fut divisé en cinq parties, dont la deuxième consacrée aux finalités est la plus grande. Il a cependant abordé la notion de finalités dans les autres parties, ce qui a ouvert une nouvelle voie vers le traitement pratique des principes de la charia.

Le livre est devenu une référence et a eu un impact indéniable sur l'orientation des recherches sur le sujet des finalités.

Le mufti⁷⁴ tunisien, et président de l'université Al Zaytouna, le Cheikh Mohamad Taher Ben Achour, considéra à son tour la question et a même développé le sujet encore plus dans son livre « les objectifs de la charia islamique », où il a appelé à la séparation entre les finalités et fondements de la jurisprudence (fikh)⁷⁵.

⁷¹ Sourat al Baquara, verset 188

⁷² Sourat al Baquara, verset 275

⁷³ Incertitude. L'une des trois interdictions fondamentales en finance islamique (avec le Riba et le Maysir). Le Gharar est issue incertaine causée par des conditions ambiguës liées aux contrats à échange différés.

⁷⁴ Un religieux musulman sunnite qui est un interprète de la loi musulmane

⁷⁵ Ali Bardek Oughlou « les objectifs de la charia et leur utilisation pour la résolution des problèmes contemporains », recherche publiée, recherches et réalités du congrès, année 22, Turquie, pages 3-4

Le besoin se fait ressentir pour la maîtrise du sujet relatif aux objectifs, quand il s'agit de considérer les mœurs⁷⁶.

I-1 : L'importance de la compréhension des objectifs de la chariâ islamique et ses sections

I-1-1 L'importance de la compréhension des objectifs de la chariâ islamique

L'importance réside dans la capacité à faire des efforts d'interprétation, surtout si l'on sait qu'il faut respecter les objectifs exprimés dans les textes au moment de comprendre et d'expliquer le coran et la sunnah afin d'en déduire les principes, de pouvoir discerner parmi les arguments contradictoires et de proposer des interprétations pour les questions volontairement omises par le législateur.

Al Chatbi a fortement insisté sur cette idée, expliquant qu'il n'est pas possible d'interpréter sans comprendre les objectifs de la charia. Il a souligné que les erreurs parfois commises par les jurisconsultes sont le résultat d'une omission de la finalité poursuivie par le législateur dans la question étudiée. C'est pour cela qu'il est impossible de parfaitement assimiler la jurisprudence sans connaissance préalable des objectifs du législateur en posant et imposant les principes de la charia. De plus, la non maîtrise des objectifs poursuivis pourrait entraîner des analyses partielles incomplètes et des explications en contradiction avec les principes fondamentaux⁷⁷.

⁷⁶ Les mœurs renvoient à ce que la société a adopté et ce à quoi elle s'est habituée dans sa vie, aussi bien par les actes ou les paroles. L'un des jurisconsultes l'appelle l'habitude, car l'habitude est le renouvellement de la chose et sa répétition jusqu'à ce qu'elle fasse partie des individus qui l'acceptent et l'intègrent. Quand il est dit que tels dires sont approuvés par les mœurs et l'habitude, le terme habitude est utilisé pour insister et n'est pas différent des mœurs.

Les mœurs peuvent renvoyer à des paroles ou à des actes, peuvent être générales ou spécifiques et peuvent donc être sous toutes leurs formes bonnes ou mauvaises.

Pour aller plus loin : Abdel Karim Zidane « Aperçu sur les principes de la jurisprudence », Entreprise Al Risala, page 252

⁷⁷ Consulter : <https://queditislam.files.wordpress.com/2014/10/le-commerce-en-islam1.pdf>

Ou encore <https://www.islamweb.net/frh/print.php?id=144518&lang=F>

« En dépit du fait que le principe de la compréhension des objectifs de la charia ait été la base de tout effort d'interprétation du temps des compagnons du prophète et des disciples et tous ceux qui ont suivi, et du fait qu'il ait été communément admis parmi les différents courants jurisprudentiels, il n'en est pas moins que les juristes n'ont pas permis les jugements émis conformément aux objectifs du législateur sans respect des textes et arguments relatifs détails et aux questions partielles, de peur de pervertir les sens explicites des textes et créer ainsi des polémiques et une instabilité dans les jugements parce que les objectifs de la charia n'ont pas été établis et prouvés.

Al Chatbi, l'un des principaux défenseurs de l'idée « des objectifs » considère qu'avec la nécessité prouvée de conserver la foi, l'âme, la raison, la descendance et les biens en examinant toutes les preuves, il demeure insuffisant d'évaluer les questions dont on ignore les réponses, seulement au regard de cette idée. Il faut, de surcroît, examiner les preuves détaillées sinon il y a un risque de supprimer les sens apparents explicites des textes. La raison ne pourrait pas définir avec exactitude le contexte et les divers paramètres possibles pour conserver les intérêts essentiels. Même si la raison peut définir certains paramètres, sa portée reste limitée et soumise au cas-par-cas, et aux circonstances spatio-temporelles.

Le législateur a arrêté les détails des intérêts essentiels, ceux dont a besoin et ceux complémentaires. La raison ne peut à elle seule en prendre conscience sauf mention explicite dans les textes. De ce fait, les juristes se sont mis d'accord d'accepter les textes de du coran, de la sunnah prouvée authentique et de tout ce qui a été communément admis par les savants à partir des premiers siècles de l'islam comme critères fixant et délimitant l'orientation des efforts d'interprétation se basant sur le raisonnement selon les objectifs de la charia »⁷⁸.

⁷⁸ Ali Oughlou « les objectifs de la charia et leur utilisation pour la résolution des problèmes contemporains », op.cit, page 8

Le fait de s'arrêter sur ce que révèlent réellement la science étudiant les finalités de la charia garantit le choix de la meilleure alternative tout en étant conforme aux lois charaïques. Cela permettrait d'éviter toute confusion ou toute lecture superficielle des textes. La maîtrise de ce savoir est en outre un argument de taille devant toutes les thèses formulées d'une génération à une autre par les penseurs et intellectuels musulmans. Elle sert de référence en cas de déviation ou débordement. Elle constitue un critère précis pour évaluer le meilleur chemin à emprunter. De ce fait, le juriconsulte ne peut s'en passer pour la formulation de ses jugements⁷⁹.

L'importance de la compréhension des finalités de la charia islamique – Maqasid al charia- se voit à travers les définitions linguistique et terminologique qui suivent.

a) Définition linguistique de La science des finalités dans la chariâ- science des « Maqasids »

Le terme Maqasids est le pluriel de Maqsad, et renvoie en langue arabe à la destination et au lieu. Le mot 'qasd' a plusieurs significations, dont la droiture sur le chemin du bien. Dieu Tout Grand dit : «Il appartient à Allah [par Sa grâce, de montrer] le droit chemin »⁸⁰, c'est-à-dire montrer avec des preuves et indices explicites⁸¹.

Le mot renvoie aussi à la notion d'humilité, et Dieu Tout Grand dit, dans ce sens : «Sois modeste (ou humble) dans ta démarche»⁸².

Il signifie finalement de faire une chose en particulier⁸³ et c'est peut-être le sens le plus proche pour expliquer les Maqasids ou finalités.

⁷⁹ Hichem Krissa : « Importance des finalités dans l'interprétation », article publié, revue « Al Tassamoh », Ministère des affaires religieuses, Oman

⁸⁰ Sourat Les abeilles (al Nahl), verset 9

⁸¹ Lisèn al Arab (la langue des arabes) ; (353/3)

⁸² Sourat Loqmen, verset 19

a) Définition terminologique de La science des finalités dans la chariâ

Après lectures et recherches, nous n'avons pas trouvé de définitions avancées par les premiers savants de la discipline, même si les savants qui sont venus après, progressivement dans le temps lui ont accordé un intérêt particulier.

Parmi les meilleures définitions figure notamment celle avancée par Cheikh Ibn Achour –paix à son âme- qui considère la science des Finalités en charia comme une science à part entière. Il avance que « ce sont les sens et logiques attribuées au législateur dans tous les statuts de la législation sinon dans la plupart »⁸⁴. La science des finalités fut encore définie par Dr Mohamed Al Youbi comme étant « les sens, logiques et dérivés prises en compte par le législateur dans la législation aussi bien en général que dans les cas spécifiques, afin de servir les intérêts des gens »⁸⁵.

En s'attardant sur la définition de la science des Finalités en charia, il paraît évident que la maîtrise et la connaissance de ces sens et logiques relèvent de la compétence d'un juriconsulte et que le commun des gens n'est pas tenu d'être connaisseur en matière de science des finalités. Cette dernière requiert une persévérance, une capacité d'analyse et de créativité dans l'examen des sens et logiques derrière les simples textes. Cela dit, en ce qui concerne la valeur de cette science en tant que science honorable qui renforce chez le croyant sa conviction et sa compréhension du but de l'interdiction des vices ou de la permission de ce qui sert les intérêts des gens, il va sans dire que toute initiative individuelle pour apprendre et se renseigner sur les significations et leurs utilités est à encourager⁸⁶.

⁸³ Lisèn al Arab (la langue des arabes) ; (353/3)

⁸⁴ Mohamad Taher Ben Achour « Finalités de la charia islamique », page 52

⁸⁵ Mohamad Al Youbi « Finalités de la charia islamique et leur relation avec les arguments charaiques », page 32-33

⁸⁶ Youssef Al Badoui « Finalités de la charia chez Ibn Timiya », pages 100-104

L'idée que la maîtrise des significations et jugements entre dans le champ de compétence des juristes est relatée par plusieurs savants chercheurs. En effet, Imam Izz Ben Abd Essalem avance que « la charia islamique tourne totalement autour de l'intérêt recherché : éviter les vices et attirer les faveurs »⁸⁷.

Par ailleurs, cheikh Ibn Timiya assure que « la charia islamique avait apporté les enseignements permettant de rechercher les faveurs et de les compléter et de neutraliser les vices et les diminuer »⁸⁸.

La conscience et l'assimilation de ce qui pourrait attirer le profit ou éviter le mal n'est pas exigée de celui qui n'est pas juriste et connaisseur des arguments de la charia et des diverses finalités communément admises chez les savants de la nation⁸⁹.

I-1-2 : Les répartitions des finalités de la chariâ islamique

Les normes charaïques sont l'objectif que le législateur cherche à atteindre et à appliquer et ce en se conformant aux voies conduisant au bien des gens à la réalisation de leurs intérêts. Les finalités sont réparties en trois classes, énoncées par les chercheurs, et qui n'ont pas la même valeur quant à leurs impacts sur la vie des gens et son déroulement.

⁸⁷ Al Izz Ben Abdel Essalem « les règles de jugements », op.cit, volume1, page 9

⁸⁸ Cheik de l'Islam Ibn Timiya « le modèle de la sunnah du prophète », volume 1, page 142

⁸⁹ Certains chercheurs, avec à leur tête le savant Ibn Achour, ont considéré que la connaissance des finalités charaïques est un domaine particulier dotée de caractéristiques le distinguant des autres sciences. Il n'est accessible qu'à ceux qui ont déjà atteint un stade avancé de connaissances et aptes à discerner la finalité. Il n'est pas exigé au commun des individus en s'informant sur la charia de maîtriser la science des Maqasids ou des finalités.

Quelques chercheurs ne sont pas du même avis qu'Ibn Achour. Dr Youssef Al Badoui pense, en effet, que les Maqasids sont d'une importance extrême pour les non initiés et les profanes. Il argumente par le fait qu'elles renforcent sa foi en Dieu Tout Grand. Elles sont aussi importantes pour celui qui répand le message de Dieu qui doit être en mesure de capter les principes et les justifications derrière dans la législation islamique. Peut-être que le premier point de vue est le plus raisonnable car l'effort demandé n'est pas donné à tout le monde et l'assimilation erronée ou incomplète pourrait induire certains en erreur et diffuseraient ainsi des messages et affirmations incorrectes et infondées. Les profanes sont plus susceptibles de se tromper.

a) Les finalités charaiques obligatoires

Ce sont des objectifs fatals et essentiels pour servir les intérêts aussi bien de la vie que de la religion. La nation dans son ensemble mais aussi ses individus pris séparément ont besoin de d'atteindre ces objectifs, sinon les intérêts et affaires de la vie ne seraient pas sur la bonne voie mais emprunteraient des chemins corrompus, de ce fait la chance d'être épargné et comblé dans l'au-delà sera manquée⁹⁰.

C'est pour cette raison que l'Imam Al Chatbi avance que « la nécessité signifie qu'il est impératif de servir les intérêts de la religion et de la vie selon les finalités de la charia, sinon les affaires de la vie ne se feront pas dans l'intégrité et la droiture mais dans la corruption et l'au-delà sera porteur de sanctions et de perte certaine»⁹¹.

Un chercheur contemporain, Dr Mohamad Ayoubi, a défini les Maqasids comme étant « les intérêts qui permettent la conservation de l'un des cinq éléments suivants ; conservation de la religion, de soi-même (de l'âme), de la raison, de l'argent et de l'ascendance »⁹².

La religion et la vie sont basées sur ces éléments appelés les cinq nécessités, et leur conservation résulte en une vie saine. Aucune personne raisonnable ne peut avancer que la conservation de la raison est secondaire, dans le sens où un contrat pourrait de ce fait être conclu sans qu'il n'y ait une volonté d'accepter les termes. De même, nulle personne raisonnable ne peut prétendre que la conservation de soi-même n'est pas une nécessité. Sa préservation est obligation exprimée et partagée dans toutes les religions et diverses opinions.

⁹⁰ Abdel Hamid Mahmoud Al Baali « Investissement et surveillance charaisue » op.cit, page 12

⁹¹ Imam Al Chatbi « les Accords », page 8, paragraphe (2)

⁹² Mohamad Al Youbi « « Finalités de la charia islamique et leur relation avec les arguments charaiques », op.cit, page 182

Dans cet ordre d'idées, Imam Al Chatbi dit que « La nation, avec tous les courants et les catégories qui la composent, se sont mis d'accord sur la fait que la charia ait été posée pour préserver les cinq éléments précités ; à savoir la religion, l'âme, la raison, l'argent et l'ascendance. Cette idée est centrale et essentielle, même s'il n'y a ni indications ni preuves explicites le mentionnant. Cependant, l'importance de ces cinq éléments fut déduite implicitement d'après un ensemble d'arguments qui concernent plus d'un domaine »⁹³.

Il est à souligner que ces cinq nécessités sont classées selon un ordre d'importance, et il est possible de faire prévaloir l'une d'entre elles par rapport aux autres en cas de conflits. La religion vient en premier lieu, suivie de l'âme, puis de la raison et après vient l'âme. D'autres nécessités peuvent être considérées comme la nécessité de préserver l'honneur, même si certains savants considèrent que l'honneur fait partie de la préservation de la descendance. Certains savants adoptent un ordre de priorité différent ; « préservation de la religion, de l'âme, de la raison de la descendance et puis de l'argent ou des biens matériels ».

Il à noter que les deux classements précités sont admis.

a) Les finalités charaiques relatives aux besoins

Les besoins font référence à tout ce qui semble être important à l'homme dans sa vie et qui lui permet une existence plus aisée et lui épargne toute difficulté qui résulterait en problèmes, peine ou privation, et ce sans affecter l'ordre naturel de l'existence⁹⁴, comme c'est le cas pour les nécessités, et cette description des besoins s'applique à la majorité des choses de la vie.

⁹³ Imam Al Chatbi « les Accords », op.cit, page 38, paragraphe (1)

⁹⁴ On peut dire que la vision de la charia islamique de l'individu et de la société se base sur un ensemble de faits reconnus par la charia dans ses principes et dont les plus importants :
Premièrement : l'indépendance de l'individu : l'individu est un être doté d'une personnalité autonome

L'Imam Al Chatbi a défini les finalités relatives aux besoins en disant : « que les besoins reflètent un manque qui une fois comblé permettrait une aisance et une résolution des problèmes qui sont responsables de situations humiliantes et difficiles du fait du besoin non assouvi. La gêne engendrée n'implique pas des vices de même envergure que ceux observés quand il s'agit des intérêts collectifs »⁹⁵.

Dr Mohamad Al Youbi, l'un des chercheurs contemporains a défini ces finalités comme étant « ce qui manque à l'individu le privant d'aisance et le mettant dans une situation pénible entraînant humiliation et difficulté inhérentes à la privation de ce qui est voulu »⁹⁶.

Le besoin ici n'est pas pareil à la nécessité dont l'insatisfaction a des conséquences bien plus pénibles. De ce fait, les savants avaient expliqué que la finalité relative au besoin fait référence aux considérations pratiques de la vie et

Deuxièmement : l'être humain est partie intégrante de la société : la société est une nécessité pour l'homme qui ne peut exister sans société. De même, la société a besoin de l'homme, il n'y a pas de société sans hommes

Troisièmement : l'être humain est doté de personnalité sociale de par sa vie dans une société dont il est membre

Quatrièmement : la société est une entité indépendante de ses individus : c'est une entité homogène autonome

Cinquièmement : la nature du discours du législateur adressé à l'homme : l'individu est le récepteur de discours conformes à la charia et garantissant les intérêts de la société

Sixièmement : il n'y a pas de conflits entre les intérêts de l'individu et ceux de la société

Septièmement : le discours adressé par le législateur à la communauté : c'est ce dont la charia exige l'application et l'existence dans un groupe indépendamment de celui qui le fait. L'exigence est relative à une action ou une chose requise

Huitièmement : les intérêts des individus sont convergents et non divergents : ils sont inter liés et cohérents

Pour aller plus loin : Abdel Karim Zidane : « regards sur la charia islamique et droit positif », op.cit., pp 89-92

⁹⁵ Imam Al Chatbi « les accords » op.cit, page 10, paragraphe (2)

⁹⁶ Mohamad Al Youbi « Finalités de la charia islamique et leur relation avec les arguments charaiques », op.cit, 318

est représentée par la possibilité des transactions de ventes, les contrats de compensation dans les transactions et la souplesse dans le culte⁹⁷.

a) Finalités charaiques amélioratrices

Ce sont les finalités qui guident les individus dans leur vie qu'ils veulent constamment meilleure, et de sorte à ce que la nation soit idéalement organisée. Imam Chatbi définit les améliorations comme étant « le fait de suivre et adopter ce qu'il y a de mieux dans les habitudes de vie et de comportements et d'éviter les actions dégradantes rejetées par les personnes raisonnables, et cela inclut notamment les bonnes mœurs »⁹⁸.

Dr Mohamad Al Youbi, un chercheur contemporain les a définies en avançant « que ce sont les finalités adaptées aux bonnes mœurs et habitudes et dont la non application n'engendre généralement ni peine ni difficulté »⁹⁹.

Les finalités charaiques amélioratrices se divisent en deux parties :

Première partie : l'approche est intégrale et est la meilleure qui soit, et les gens se retrouvent dans les meilleures conditions possibles et cela reflète la perfection de la législation et son exhaustivité.

Deuxième partie : l'abandon des situations rejetées par le bon sens inné et la raison. Cette partie reflète la gravité et la perfection de la première partie des améliorations.

⁹⁷ Le chercheur évoque les intérêts et besoins basiques des individus à la lumière des Maqasids et qui font référence à ce qui est indispensable pour une bonne vie correcte et ce dans tous ses aspects ; foi religieuse, alimentation, habits, habitats, moyens de transport, santé et éducation, et donc tout ce que cela implique en termes de métiers et commerce pour générer des revenus nécessaires à la satisfaction de ces besoins

Pour aller plus loin ; Abdel Hamid Al Baali « Investissement et surveillance charaique », op.cit., p 13

⁹⁸ Imam Al Chatbi « les accords » op.cit, page 11, paragraphe (2)

⁹⁹ Mohamad Al Youbi, « Finalités de la charia islamique et leur relation avec les arguments charaiques », op.cit., p329

A travers ces deux idées ou parties il apparaît que les améliorations ne correspondent pas au luxe ou aux fioritures comme il est répandu. L'idée est évidente surtout quand cette idée de luxe relève de ce qui est en contradiction avec la perfection de la législation ou fait de l'homme un être incorrect ou déséquilibré non conforme à la modération tant prisée et défendue par la charia qui rejette les excès¹⁰⁰.

Les finalités charaiques amélioratrices sont relatives aux principes et règles de l'ablution, la décence vestimentaire et l'éthique du comportement à table.

I-2 : La réglementation des finalités charaiques dans les activités bancaires islamiques et les arguments charaiques en sa faveur

Les questions relatives aux transactions financières contemporaines sont de nature diverse, surtout en ce qui concerne les activités des banques islamiques, sujet de notre présent travail et ce qui en découle en termes de détails, de faits et nouveautés nécessitant un effort de qualification jurisprudentielle pour chaque question selon des normes et bases. Ces dernières constituent dans leur ensemble des éclairages susceptibles de guider le juriconsulte.

Ces normes et réglementations des finalités dans l'activité bancaire islamique requièrent des arguments charaiques valables, solides et fondées qui constituent un point de départ et une base solide pour chacune des normes que nous allons considérer :

I-2-1 La réglementation des finalités charaiques dans les activités bancaires islamiques

Le jugement charaique en matière de questions financières contemporaines diffère en fonction des règles et des bases qui fondent ces questions. L'examen et le traitement des problématiques financières contemporaines diffèrent des autres problématiques. Il est éventuellement possible qu'il y ait une différence dans le

¹⁰⁰ Abdel Hamid Mahmoud Al Baali « Investissement et surveillance charaisue » op.cit, page 13

traitement de la même problématique selon la qualification jurisprudentielle en question. Il paraît donc important d'examiner les fondements de base qui constituent le point de départ pour les chercheurs contemporains lorsqu'ils étudient des problématiques liées aux activités bancaires islamiques, y compris les innovations en la matière et qui méritent davantage d'attention.

La considération minutieuse du patrimoine islamique révèle que les efforts d'interprétation par le passé ont abouti à une jurisprudence musulmane assez hétérogène. Cela étant, le cadre général des efforts d'interprétation émanant des juristes a fait naître des courants ou écoles de pensées, à l'image de l'école du Hejaz ou celle de l'Irak. Ces deux écoles adoptent des démarches différentes pour l'examen des questions jurisprudentielles et donc adoptent des visions et des applications différentes des principes¹⁰¹.

Actuellement, la diversité des questions financières contemporaines à étudier et à approfondir implique la naissance d'une divergence dans les jugements chariaïques encore plus accentuée que celle observée chez les premiers savants –ci-dessus cités-. Cette diversité et, à notre sens, émane chez les prédécesseurs de leur appartenance à des écoles et courants différents. La diversité notée à notre époque

¹⁰¹ Malgré l'effort scientifique fourni par les compagnons du prophète p , dans la transmission du savoir du prophète, le passage des années et la grande surface de la nation islamique a fait éclore des savants qui ont eu le mérite de fournir des efforts d'interprétation et de diligence par rapport aux textes et le sens que chacun d'entre eux avait attribué au contenu. Les gens de la Médina suivaient pour la plupart les décrets religieux de Ibn Omar, alors que les gens de la Mecque ceux de Ibn Abbès. Les gens de la Koufa les décrets de Ibn Massoud. La nation (la *oumma*) s'en est inspirée pour sa méthodologie d'analyse et a fait perpétuer leurs méthodes et raisonnements formant des écoles jurisprudentielles. Deux écoles avaient émergé ; l'une en Irak et l'autre au Hijaz. Chacune adopta une méthodologie d'analyse et d'observation différente de l'autre quant à certaines règles et fondements. Cette différence a ouvert la voie à des différences nombreuses pour plusieurs questions jurisprudentielles créant une certaine discordance. C'est là que Ibn Al Mahdi Ben Hassan Al Anbari, un Imam et un juriste de taille, demanda à Imam Al Chafii d'écrire un ouvrage explorant la signification du coran et rassemblant les règles communes aux juristes. Al Chafii s'exécuta et écrivit ce qui compte comme le premier écrit fondamentaliste posant des normes au juriste afin de lui faciliter son travail d'interprétation et de délibération.

Pour aller plus loin ; Dr Mosfir Ben Ali Kahtan « Qualification jurisprudentielle des activités bancaires contemporaines », étude publiée, Revue de la Justice, n°28, pp.68-69

quant à la réglementation et normes jurisprudentielles est tributaire des personnes. Cet état de fait nécessite davantage la fixation de normes réglementant le cadre général des questions financières contemporaines et des activités bancaires. Surtout qu'actuellement, maintes transactions illicites non reconnues ou admises par la charia islamique tendent à se répandre, sans mentionner l'impact négatif de telles pratiques sur les bases et valeurs économiques.

De là émane l'importance des normes charaïques et réglementations organisant les affaires bancaires de sorte à mettre en évidence les principes de base de la finance bancaire islamique qui comporte des avantages indéniables dont principalement la satisfaction des besoins divers et sans cesse changeants des individus. La fixation de ces normes offre aux établissements financiers et bancaires islamiques la possibilité d'accompagner les exigences imposées en matière de facilités financières devenues une nécessité par notre temps.

Il est à mentionner que l'importance de la fixation de normes et limites aux activités bancaires participe efficacement à réduire les établissements et banques qui se sont servi de la charia islamique pour des fins de marketing et de promotion de leurs activités et services. Leurs statuts de constitution font mention explicite d'activités conformes aux principes de la charia islamiques alors que la réalité a montré que ces banques se trompent dans la qualification de ses activités parce que son instance de surveillance charaïque n'est pas prête et manque de cadres qualifiés ce qui la met dans des situations en contradiction évidente avec les principes qu'elles prônent, à savoir la conformité avec les fondements de la charia.

Cela souligne l'importance pour les banques islamiques d'améliorer leurs connaissances et compétences. C'est d'ailleurs un impératif qui compte parmi les finalités charaïques stipulées par la charia. Dans ce sens, Al Iz Ibn Abdessalam dit « Les intérêts recherchés dans la vie, leurs causes et leurs perversions sont

reconnues comme étant nécessaires, et se réalisent grâce à l'interaction et au raisonnement solide et aux efforts d'interprétations solides »¹⁰².

De plus, la religion musulmane incite les musulmans de manière générale à acquérir les qualifications supérieures requises et la compétence objective dans les différents domaines de la vie et dans l'ensemble des connaissances et sciences. Cela a un impact positif garantissant une vie décente aussi bien aux individus qu'aux sociétés selon des bases solides qui forment un environnement idéal pour la prospérité de la vie.

On peut dire que la mondialisation des activités bancaires surtout dans le contexte des mutations permanentes dont les crises financières et économiques, renvoie à la responsabilité qui incombe aux chercheurs contemporains appelés à établir des normes et limites réglementant les questions actuelles relatives à la finance bancaire islamique et dont les plus importantes sont¹⁰³ :

a) Examen des nouvelles questions bancaires selon les principes législatifs

Le jurisconsulte qui examine une nouvelle question bancaire pour donner son jugement après une recherche approfondie, doit la comparer aux cas les plus similaires possibles afin de pouvoir appliquer le principe de base. Ce dernier doit être valable du point de vue de la charia, respectant ses Maqasids (finalités) et ses principes généraux et cette question mérite une longue réflexion et recherche vu les implications d'un mauvais jugement qui rendrait licite des transactions financières illicites. Ce travail est rendu possible grâce aux références existantes tout en examinant les principes législatifs. Ces références renvoient aux règles de la jurisprudence musulmane. Les anciens jurisconsultes ont évoqué ces règles, à

¹⁰² Iz Ibn Abdessalam « Les règles de jugements des intérêts des individus », op.cit, volume 1, page 10

¹⁰³ L'un des chercheurs contemporains avait avancé des normes à respecter lors de la qualification jurisprudentielle.

Pour aller plus loin voir : Dr Mosfir Ali Kahtani « qualification jurisprudentielle des activités bancaires contemporaines » op.cit, pages 71-82

l'image de l'Imam Ibn Taymiya dans son ouvrage « *Les règles Nouraniya jurisprudentielles* » où il précise « ... dont le caractère de contrat, et les jurisconsultes adoptent trois positions :

La première : les contrats ne sont valables qu'à travers les formulations et expressions caractérisées par certains jurisconsultes sous l'appellation d'approbation et acceptation et ce qu'il s'agisse de : vente, crédit-bail, don, dotations, cessions et autres.

La deuxième : les contrats sont validés par les actes, l'exercice, comme pour les ventes, les dotations quand quelqu'un par exemple construit une mosquée et permet aux gens de prier dedans... Si ces contrats n'étaient pas validés du fait des actions qui la confirment, les gens auraient été lésés.

La troisième : les contrats sont validés grâce à tout acte ou parole qui en soulignent l'objectif et concernent ce que les gens considèrent comme vente ou crédit-bail. Les gens ne sont pas toujours d'accord sur la terminologie des appellations et des actes. Il n'y a pas de limite constante ni dans la législation ni dans la langue et la terminologie change en fonction des langues. Les termes inhérents à la vente et au crédit-bail chez les arabes ne sont pas les mêmes chez les perses, les romains, les turcs ou les berbères. Encore plus, les termes peuvent changer, pour une même langue.

Les gens ne doivent pas se limiter à des terminologies particulières dans leurs transactions. Il leur est permis de contracter dans une forme qui diffère de celle adoptée par les autres du moment que l'objet du contrat renvoie à leurs intentions. Certaines caractérisations sont cependant appréciées.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Taqui Al Din Abou Abbas Ahmad Ben Abdel Halim Ben Taymiya Al Harani (décédé 728 de l'hégire): « Règles nouraniya jurisprudentielles » pages 144-156, vérificateur : Mohamad Hamed Al Feki, 1^{ère} édition, Librairie de la Souannah Mohammadienne, Caire

On peut dire que le devoir du jurisconsulte à qui on expose une affaire bancaire nouvelle est de construire à partir de là un principe considéré dans la législation et ce qu'il soit un principe, une règle ou une question admise d'après la charia¹⁰⁵. Il doit par ailleurs, respecter les finalités charaiques en examinant longuement la problématique nouvelle posée et en la comparant aux principes généraux afin que son jugement soit conforme dans son application, aux normes charaiques. Si le savant chercheur ne respecte pas cette démarche pour formuler son opinion, ses jugements seraient altérés par sa vision subjective, ses interprétations non fondées ou ses doutes. Les relations bancaires de nos jours demandent une attention particulière en raison des problèmes auxquels font face le secteur bancaire islamique.

De ce fait, nous pensons que les efforts à fournir en matière d'analyse et d'interprétation dans ce domaine se basent sur une maîtrise des finalités charaiques, de la construction juridique de chaque question, et l'assimilation de la nature de la transaction économique, objet de l'étude.

Cela permet d'éviter que certaines transactions se basent sur des principes ou règles non solides rendant licite des transactions basées sur l'usure par exemple ou qui contredisent la solution admise comme principe de fond. « quand l'incertitude

¹⁰⁵ Les efforts d'interprétation revêtent plusieurs formes :

1-forme de comparaison, 2- forme d'appréciation, 3- l'intérêt derrière, 4- repousser les vices éventuels

Pour ce qui est de la comparaison et l'analogie selon les savants jurisconsultes, c'est le fait de délibérer sur une affaire dont on ignore le jugement (non décrite dans les textes) d'après une situation dont on connaît le jugement, et ce parce que les deux affaires sont similaires

Pour ce qui est de l'appréciation, elle fut définie de différentes manières dont : « c'est une comparaison (comme expliquée ci-dessus) mais en présentant des arguments plus solides que ceux déjà avancés ». L'idée est de délibérer par comparaison de cas mais en approfondissant les arguments et ne pas se limiter à ce qui a été avancé.

Pour ce qui est de l'intérêt derrière c'est « attirer le bien et repousser le mal ou le vice»

Quant au dernier point, notons que l'idée est celle d'œuvrer à éliminer et à repousser tout ce qui pourrait être source de vice, de mal, de corruption ou de perversion

Pour aller plus loin ; Imam Al Haramayn Al Jouwayni « Explication des feuilles en fondements », p197-198

Al Amdi « Les principes », volume 4, p209

Ibn Hazem Al Dhahri « AL Mahali'', volume 9, p384

ou l'aléa est minimale cela est pardonnable. Mais la fixation de ce qui est minimal ne doit pas dépasser ce qui a été communément admis parmi les gens du métier et de la spécialité. Pareil pour les produits de l'usure qui sont dans les caisses d'investissement de certaines banques si l'usure ne dépasse pas 20%. Pour certains savants concernant la question de participer à ces caisses selon des conditions qu'ils ont précisées dans certains de leurs décrets religieux (fatwa), leurs arguments se basaient sur la règle charique selon laquelle 'ce qui est modique est pardonnable', d'autant plus que le mal est répandu (l'usure). Il n'est de ce fait permis que s'il est infime, car au final l'usure qu'elle soit minimale ou maximale est interdite, et l'application de cette règle ne doit donc pas dépasser le seuil toléré »¹⁰⁶.

b) Comprendre clairement la transaction bancaire nouvelle

Juger quelque chose émane quelque part de l'idée que l'on porte sur elle et de la représentation qu'on en fait. Quand la perception de la transaction bancaire nouvelle est erronée, certains pourraient la juger licite ou illicite sur la base de leur propre vision factice, et ce serait contraire aux valeurs de l'islam¹⁰⁷ qui prônent la recherche continue de ce qui est bien pour les gens. Le principe basique est la permission. L'islam incite aussi à éviter tout ce qui pervertit la vie et les intérêts des gens.

¹⁰⁶ Ibn Taymiya "Règles Nouraniah", page 83. « L'exhaustif (Al Chamil) pour les transactions et opérations des banques islamiques », page 216, Décisions de l'instance charaïque de l'entreprise bancaire Al Rajihi, décision n°485. Mosfir Ben Ali Al Kahtani « Qualification jurisprudentielle des travaux bancaires contemporains », op.cit, 72-73

¹⁰⁷ La religion est une source officielle de droit si ses principes sont directement appliqués, c'est-à-dire sans que le pouvoir compétent n'en fasse des textes de lois diffusés et à force obligatoire, comme c'est le cas en Arabie Saoudite où les principes charaïques sont directement appliqués (directement puisés dans le coran). Si les fondements religieux sont intégrés dans des textes de lois émis par l'Etat, ils sont regardés comme une législation ayant primauté parmi les sources officielles de droit, et la religion est dans ce cas une source historique. La primauté est toujours accordée à la législation et la religion est considérée comme deuxième source officielle pour les questions où la législation ne s'est pas prononcée.

Pour aller plus loin ; Abel Karim Zidane « Regards sur la charia islamique et le droit positif », op.cit, page 199

La règle fondamentaliste: le jugement d'un fait dérive de sa perception selon les savants et chercheurs en science fondamentaliste. Sa définition terminologique – selon Al Jorjani- « la représentation ou la perception : image ou la conception de la chose par le mental, et la réalisation de sa nature sans jugement de négation ou de confirmation »¹⁰⁸.

C'est une règle de base essentielle pour le jurisconsulte ou tout individu faisant des efforts d'interprétation lors de son examen des questions bancaires nouvelles. En effet, les jugements se fondent sur ces règles et toutes les questions nouvelles dans le secteur bancaire islamique, que la nouveauté ait trait aux intervenants ou à la nature, devraient être perçues et assimilées avant toute chose. Si ces questions sont déterminées et clairement établies leurs implications s'appliquent aux textes charaiques et à leur fondement général.

Imam Ibn Al Jouzi avance « [qu']il faut examiner la nature de la chose avant de délibérer sur son caractère interdit, détestable ou autre »¹⁰⁹.

Encore plus claire, l'idée avancée par Abou Hamed Al Ghazali, stipulant « cinq missions incombent à chaque examinateur d'une question :

La première : cadrer la question et l'assimiler

La deuxième : chercher des possibilités et alternatives éventuelles et les investiguer

La troisième : trier ces alternatives et n'en garder que les plus pertinentes

La quatrième : poser des arguments à ces alternatives

La cinquième : pondérer ces arguments (faire prévaloir les plus pertinents) »¹¹⁰.

¹⁰⁸ Pour aller plus loin ; « Mokhtar assihah », page 180, explication de Al Kawkab Al Mounir, 17/1, définitions, page 83

¹⁰⁹ Ibn Al Jouzi : « Talbis Iblis », page 295

L'idée de la représentation de la question en vue de son assimilation est soutenue par les déclarations du Cheikh de l'islam affirmant que « Si les individus se représentaient convenablement ces questions, ils arriveraient à cerner la vérité. Les perceptions subjectives, les tiraillements et les différends s'en trouveraient atténués »¹¹¹. L'idée va au-delà de la simple représentation de la question et l'examineur scrutant le secteur bancaire doit comprendre la transaction nouvelle d'un point de vue charaique, pour saisir par la suite ses aspects juridiques et économiques de manière scientifique. Ainsi, il aboutira à un jugement défendable sur la question étudiée.

Il est à mentionner que cette tâche est ardue et nécessite une capacité mentale de perception et d'analyse permettant à l'individu chercheur de faire des déductions à partir des fondements et normes charaiques reconnues. Cela est encore confirmé par Ibn Khaldoun dans son introduction « L'habileté en science, l'ingéniosité et l'appropriation de la science découlent de la capacité de cerner l'ensemble de ses principes et règles, de s'arrêter sur les questions et de distinguer ses fondements de ses dérivés. Si cette capacité fait défaut, l'habileté n'est pas un acquis »¹¹².

Les efforts fournis par les membres des commissions et instances de surveillance charaique et légale dans les banques islamiques sont la voie vers des jugements jurisprudentielles sur les questions bancaires nouvelles, à condition de se conformer aux normes charaiques organisationnelles relatives aux conditions et qualifications des membres de l'instance. Il faut un minimum de trois membres à qui incombe l'examen des transactions financières nouvelles dans la banque. Il est, de plus, nécessaire de doter la commission ou l'instance des prérogatives lui permettant de mener à bien leur mission. Les instances charaiques et légales ne

¹¹⁰ « La vérité de deux dires dans l'orientation des délibérations de l'imam Chafiî sur des questions à deux issues possibles » pages 64-65

¹¹¹ Recueil des fatawas de Cheik al islam de Ibn Taymiya, pages 103/12

¹¹² Ibn Khaldoun « Introduction », pages 111-112/1

sont, en effet, pas moins importants que les autres directions de la banque. Les décisions émanant de ces commissions doivent, en outre, avoir une force obligatoire pour les banques.¹¹³

c) La capacité à rattacher la transaction nouvelle au fondement charaique reconnu

Pour que l'examineur puisse rattacher la transaction bancaire nouvelle à son fondement charaique reconnu, il doit avoir une connaissance exhaustive de la science du Coran et de la Sunnah. Il doit, en plus, assimiler la science des fondements de la jurisprudence (fikh), connaître Maqasids al charia (finalités de la charia) et être averti des positions des savants et chercheurs par rapport aux nouvelles questions. Guidage

Cependant, les questions contemporaines qui nécessitent une qualification jurisprudentielle, exigent que l'examineur ait des dons en matière de fikh lui permettant d'éliminer les confusions sur une question pour rattacher cette dernière aux fondements auxquels elle doit se plier.¹¹⁴

¹¹³ Il serait approprié de dire que les banques islamiques et les entreprises financières et d'investissement islamiques dotées de systèmes juridiques authentiques et sincères ont dépassé le stade d'expérimentation et sont devenues dotées de systèmes stables, et œuvrent de ce fait dans le cadre de la légalité charaique, législative et juridique. Ces entreprises font partie du paysage de l'activité économique internationale et local à une échelle partielle et générale dans l'économie. Leur poids est désormais à prendre en compte dans les politiques économiques, monétaires, bancaires et financières afin de tirer profit de ces structures et leur offrir l'environnement adéquat pour l'exercice de leurs activités.

Par ailleurs, les crises économiques importantes, la cherté de la vie, le chômage et ce qui en découle en matière de criminalité imposent aux banques islamiques ainsi à la banque islamique de développement, en tant que banque des Etats et gouvernements islamiques dans l'organisation du congrès islamique, d'assumer chacune leurs responsabilités historiques dans l'orientation et le pilotage de l'activité bancaire, économique et d'investissement islamique.

Pour aller plus loin ; Abel Hamid Mahmoud Al Baâli « Investissement et contrôle charaique dans les banques et entreprises financières islamiques », op.cit, p6-7

¹¹⁴ Mosfir Al Kahtani « Qualification jurisprudentielle des activités bancaires contemporaines », op.cit, page 76

Ce don fut défini par Ibn Al Najjar Al Foutouhi comme étant « le fait que le juriste dispose d'un caractère et d'une force tels qu'il arrive à agir par la collecte, la distinction, le tri, la correction et la détérioration »¹¹⁵.

L'Imam Ibn Al Quayim dit que « La pratique forge les dons, c'est dire que celui qui exerce quelque chose assidument et qui s'y habitue finit par l'intégrer et cela devient comme une seconde nature et un caractère »¹¹⁶.

Cette idée fut déclarée par Ibn Khaldoun -comme il a déjà été précisé- « L'habileté en science, l'ingéniosité et l'appropriation de la science découlent de la capacité de cerner l'ensemble de ses principes et règles, de s'arrêter sur les questions et de distinguer ses fondements de ses dérivés. Si cette capacité fait défaut, l'habileté n'est pas un acquis »¹¹⁷.

De ce fait la capacité du chercheur à rattacher la transaction bancaire nouvelle au fondement chariaque admis et reconnu se base sur deux choses :

Premièrement : La connaissance exhaustive des fondements de la charia et des normes générales.

Deuxièmement : La connaissance des transactions bancaires et de leur nature pour pouvoir la juger.

Les savants ont précisé que cette capacité nécessaire se réalise par l'une des choses suivantes :

La première : un don de Dieu dont il dote ceux qu'il veut et ne dépend pas de la volonté de l'individu. Plusieurs savants en jouissent du fait de leur bonne intention dans la recherche du savoir en plus de leur foi et fidélité à Dieu.

¹¹⁵ Explication de « Al Kawkab Al Mounir », page 394/2

¹¹⁶ « La provision du patient » (Ôdat al sabirin), Ibn Al Quayim, page 12

¹¹⁷ Ibn Khaldoun « Introduction », pages 111-112/2

Dans ce contexte, Ibn Al Quayim avance « le bon mufti (savant religieux) doit, s'il a à délibérer sur une question, faire preuve sincère de son désir d'instruction et de son besoin à celui qui inspire la vérité et enseigne le bien et oriente les cœurs (Dieu) afin qu'il lui inspire le verdict correct et le guide vers le bon chemin ...»¹¹⁸.

La deuxième : La pratique et l'exercice de la déduction et de l'ingéniosité via de multiples lectures. Imam Zarkachi affirme « [qu']il n'est pas suffisant de dire que le don implique de connaître une chose, mais il est essentiel de la pratiquer assidument. C'est ainsi que le jurisconsulte devient capable d'argumenter, déduire et commenter les synthèses et opinions des savants formulées dans leurs écrits »¹¹⁹.

L'habileté jurisprudentielle du jurisconsulte quant aux questions nouvelles est une qualité vitale qui est en son avantage et dont l'utilité se confirme lors de l'examen de questions controversées et problèmes implicites qui s'y rattachent, et c'est justement le cas de la plupart des fatawas sur les nouveautés contemporaines. De ce fait, il est insuffisant que le chercheur soit averti et connaisseur des arguments et des fondements du courant auquel il appartient ainsi que de ses branches s'il est incapable de se les rappeler ou s'il en ignore la finalité qui les fonde¹²⁰.

d) L'accord et le rapprochement entre le fondement de la transaction nouvelle et la finalité charaique du fondement

Il a déjà été précisé lors de la définition des finalités charaiques en tant que science à part entière que parmi ceux qui en avaient présenté une définition remarquable est le Cheikh Ibn Achour, qui avait avancé que c'est l'ensemble des « sens et

¹¹⁸ « Eêlam al Mouakiîn », 4/132

¹¹⁹ « Al Bahr Al Mouhit », 6/228

¹²⁰ Mosfir Al Kahtani « Qualification jurisprudentielle des activités bancaires contemporaines », op.cit, pages 78-79

principes reconnus par le législateur dans tous les cas de législation sinon dans la plupart »¹²¹.

Celui qui désire délibérer sur une question bancaire nouvelle quant à son fondement et ce qu'en dit la charia, doit être connaisseur des finalités de la charia. Cette idée est évoquée par Imam Chatbi qui affirme « la diligence est réalisée en présence de deux conditions : la compréhension des finalités de la charia et la capacité d'extrapolation sur la base de cette compréhension »¹²².

Toute erreur dans le rattachement de la transaction nouvelle au fondement charaique reconnu et le non respect des finalités de la charia est d'autant plus clair lorsque le juriconsulte permet une transaction qui engendre des impacts négatifs et des conséquences néfastes aussi bien à l'échelle de l'individu que de la société, ou interdit une transaction dont les avantages sont innombrables. A titre d'exemple, le fait de permettre à certaines banques d'offrir à ses clients des cartes de crédits leur permettant des retraits à découvert selon le contrat de Tawarruq.

Tawarruq est un produit financier des banques islamiques leur permettant de se procurer de la liquidité sans dépasser la ligne rouge de l'usure ou de l'application des intérêts. En effet, si le client porteur de la carte ne rembourse pas sa dette dans les délais la banque achète au nom du client et à terme de la marchandise qu'elle possède ensuite la banque, toujours au nom du client, la vend immédiatement à un prix inférieur.

Elle récupère de ce fait ce que lui doit le client et dégage un bénéfice, souvent important. Il apparaît clairement que le but de l'opération est de trouver une alternative charaique à l'usure interdite en islam et qui est appliquée par les banques en général. En observant de près l'opération on trouve que le contrat comporte des infractions aux principes charaiques, en associant prêt et vente

¹²¹ Mohamad Taher Ben Achour « Finalités de la charia islamique », op.cit, page 183

¹²² Al Chatbi « Les accords », 477/4

conclus entre le porteur de la carte et l'émetteur de cette dernière. La relation entre les deux parties est normalement une relation entre prêteur (émetteur de la carte) et emprunteur (détenteur de la carte). Si le client enregistre un retard dans le remboursement et l'échéance de la dette arrive alors la banque procède à une opération de Tawarruq¹²³ en agissant par procuration, convenue entre les parties dans le contrat. Cela est le mode opératoire de certaines banques alliant vente et prêt¹²⁴, alors le prophète a explicitement affirmé que « vente et prêt ne sont pas permis »¹²⁵.

Les finalités de la charia plaident en effet en la faveur de la facilitation de la vie des gens et de les débarrasser des contraintes pouvant peser sur eux. L'un de ses piliers est la préservation de l'intérêt. L'intérêt étant tout ce qui permet d'attirer tout ce qui est utile et éloigner tout ce qui est nuisible et les intérêts les plus importants concernent la préservation de la religion, de l'âme, de la raison, de l'argent et de la descendance.

En outre, parmi les piliers des finalités charaiques figure la considération des conséquences, qui fut avancée par Imam Chatbi en disant « la considération des conséquences des actes est un fait reconnu par la charia, et ce que ces actes lui soient conformes ou non. L'idée est que le jurisconsulte ou le chercheur ne doit porter de jugement sur un acte, en la faveur de son accomplissement ou évitement, qu'après l'examen des conséquences éventuelles de cet acte en tant que projet éventuel d'un bien à attirer ou d'un mal à éviter. Il est possible qu'un acte ait des conséquences qui sont en contradiction avec la finalité recherchée »¹²⁶.

¹²³ Voir : <http://lexicon.ft.com/Term?term=tawarruq>

¹²⁴ « Qualification jurisprudentielles des activités bancaires contemporaines », op.cit, pages 81-82

¹²⁵ Raconté par Termidhi dans l'ouvrage des Ventes, chapitre : sur ce qui est dit sur la non appréciation de vendre ce que l'on ne possède pas, n°1234, et il a dit que c'est un hadith reconnu et confirmé

¹²⁶ Al Chatbi « Les accords », op.cit, page 552/4

I-2-2 Arguments charaiques en faveur de la réglementation des finalités dans les activités bancaires islamiques

a) Arguments des finalités charaiques générales dans le développement des fonds et les moyens licites de leur acquisition

L'islam s'est intéressé de manière générale à la croissance des revenus et fonds monétaires, leur conservation voire son investissement. Cela apparaît clairement dans le discours religieux incitant les musulmans à travailler et à parcourir la terre à des fins de commerce et de peuplement et de construction, l'idée étant de mettre à profit les ressources qui s'offrent aux hommes. Dans ce sens, Dieu Tout Grand dit : « De la terre Il vous a créé, et Il vous l'a fait peupler (et exploiter) »¹²⁷. Encore plus, l'islam oblige tout homme capable de travailler à le faire et à être actif et honnête dans l'exercice de son activité et de constamment être à la quête au travail le plus convenable au salaire le plus approprié. Dieu Tout Grand dit : « Et dis : “Œuvrez, car Allah va voir votre œuvre, de même que Son messenger et les croyants, et vous serez ramenés vers Celui qui connaît bien l'invisible et le visible. Alors Il vous informera de ce que vous faisiez” »¹²⁸.

Le prophète ρ a aussi incité les musulmans à exercer une activité et ne pas mépriser la tâche quelle qu'en soit la nature. Al Boukhari avait raconté qu'il a entendu le prophète ρ dire : « Il vaut mieux que l'on aille chercher le bois sur son dos que de le demander à quelqu'un qui pourrait le lui donner ou le lui refuser »¹²⁹.

Anas τ, raconte qu'un homme était venu demander de l'aumône au prophète ρ qui lui a alors dit « n'as-tu rien chez toi ? », l'homme répond « des haillons, dont on porte quelques-uns et se couvre des autres et un récipient où on boit de l'eau », le

¹²⁷ Sourat Houd, verset 61

¹²⁸ Sourat Al Tawbah, verset 105

¹²⁹ Sahih Al Boukhari, Kitab Al Bouyout- chapitre relatif à la paresse et au travail de l'homme à mains nues- , Muslim –chapitre relatif à la non appréciation de la demander d'aumône- volume 7, page 131

prophète ρ lui dit « apporte les moi », et quand ce fut fait, le prophète ρ les saisit dans ses mains et dit « qui voudrait acheter ceci ? », un homme répondit « je les prends pour deux dirhams », le prophète ρ les lui tendit, prit l'argent et le donna à l'homme et lui dit « achète de la nourriture avec un dirham et amène le à ta maison et achète avec l'autre dirham une hache et apporte la moi ».

L'homme s'exécuta et le prophète ρ tint la hache et lui dit « vas couper du bois et vends le et que je ne te vois pas pendant quinze jours ». L'homme est alors allé couper du bois et vendre et accumula dix dirhams et put acheter un habit et de la nourriture. Le prophète ρ lui dit alors « c'est mieux pour toi que de mendier et que cet acte abominable vienne se dessiner comme une tache sur ton visage le jour du jugement dernier. Mendier n'est permis que pour trois : ceux dans une misère indescriptible, ceux infligés à une amende insoutenable et ceux physiquement inaptes à travailler »¹³⁰.

Il va sans dire que ces textes charaiques et les textes similaires soulignent la responsabilité qui incombe aux Etats et gouvernements de prendre les mesures nécessaires susceptibles de permettre à la main d'œuvre d'exercer une activité légale et de remédier aux contraintes empêchant l'exercice d'une activité. Par ailleurs, ces textes charaiques mettent en exergue l'importance de l'argent dans la société et accordent une attention particulière à la fructification du capital et son usage à des fins de consommation et d'investissement, ce qui implique une amélioration positive de la qualité de vie des individus et par là même de la société productrice¹³¹.

¹³⁰ Raconté par Abou Daoud, volume 2, pages 123-124

¹³¹ Voir : « Acquisition immobilière et finance islamique, analyse juridique » N° Spécial 2014-1 ; Les Cahiers de la Finance Islamique, disponible à http://sfc.unistra.fr/media/files/Les_Cahiers_FI_2014.pdf

Imam Chatbi dit « Dieu Tout Puissant avait créé l'humanité sans qu'elle ne soit consciente où réside son intérêt, ni dans cette vie ni dans l'au-delà. Ne vois-tu pas ce qu'il dit : “Et Allah vous a fait sortir des ventres de vos mères, dénués de tout savoir, et vous a donné l'ouïe, les yeux et les cœurs (l'intelligence), afin que vous soyez reconnaissants”¹³². Après il leur en donna conscience progressivement par l'éducation, par l'inspiration et par la déduction suite à l'observation.

C'était tantôt une inspiration agissant comme un réflexe, à l'image du bébé qui va directement téter sa maman, et tantôt un apprentissage. Et c'est pour cette raison qu'il est exigé des individus d'être constamment en quête de savoir et de répandre tous les enseignements susceptibles de conduire au bien et d'épargner du mal. Ils ne font ainsi que renforcer et éveiller leurs instincts naturels et leur nature vertueuse qui constituent une sorte de fonds propres pour aller à la quête de leurs intérêts que ce soit par les actes, les paroles, les sciences, les croyances, le comportement charaique ou non. En faisant attention à tout cela, l'individu renforce ce qu'il connaît de manière innée et ce que les enseignements lui inspirent sur les situations et les actes... c'est ainsi que les gens sont conditionnés selon leurs prédispositions et ce sur quoi ils avaient été habitués ou éduqués. L'un serait prédisposé à être un scientifique, un autre un leader, un autre un industriel, et un autre prédisposé aux problèmes, aux conflits ... »¹³³.

L'exigence d'un revenu licite se confirme à travers ce que dit Dieu Tout Puissant : « ô vous qui avez cru ! Quand on appelle à la Salat (prière) du jour du Vendredi, accourez à l'invocation d'Allah et laissez tout négoce. Cela est bien meilleur pour vous, si vous saviez ! Puis quand la Salat (prière) est achevée, dispersez-vous sur la terre, et recherchez [quelque effet] de la grâce d'Allah, et invoquez beaucoup Allah afin que vous réussissiez »¹³⁴.

¹³² Sourat al Nahl (les abeilles), verset 78

¹³³ Al Chatbi « Les accords », op.cit, volume 1, page 179

¹³⁴ Sourat Al Jumua (le Vendredi), versets 9-10

Le prophète ρ incitait ses compagnons au gain licite et leur en expliquait l'importance : « Nul repas n'est meilleur que celui qui provient du fruit du travail des mains, et le prophète Daoud mangeait le fruit du travail de ses mains »¹³⁵.

Eu égard l'importance de la quête du revenu licite, l'islam a ancré chez les musulmans l'idée de l'obligation stipulée par la charia du gain licite. Encore plus, l'islam en interdisant l'usure sous toutes ses formes a expliqué qu'entre autres raisons d'interdiction est le fait que ce soit une saisie de l'argent d'autrui à tort.

Entre autres finalités de la charia est la préservation, justement, du capital et sa protection contre le vol, la perte, et le gaspillage et ce en le conservant et en encourageant les causes de son accroissement. Dans ce contexte, Al Ghazali réaffirme que les finalités du créateur par rapport à ses créatures sont au nombre de cinq ; préserver leur religion (et foi), leurs âmes, leurs raisons, leurs descendances et leurs capitaux, et tout ce qui comporte la préservation de ces éléments de base est un intérêt, et inversement tout ce qui ne va pas dans ce sens est nuisible et doit d'être évité, et la préservation de ces éléments de base relève de l'obligation car ils sont en tête de liste des intérêts convoités¹³⁶.

Pour préserver le capital il faut déterminer comment il est dépensé de sorte à bénéficier aux individus et à la société et à ne pas s'en servir à des fins qui auraient des conséquences fâcheuses pour soi-même ou pour autrui. Il ne faut pas non plus mal s'en servir. Dans ce contexte, on raconta que Somra Ben Jondob avait des palmiers dans le mur de son voisin et il s'introduisait chez le voisin et lui portait préjudice lui et sa famille. Le voisin s'est plaint auprès du prophète ρ , qui dit à Somra « vends-les » et il refusé, il lui a dit « arrache les » et il a refusé, il lui a dit « offre les et tu en auras de semblables au paradis » et il a refusé, alors le

¹³⁵ Sahih Al Boukhari, Kitab Al Bouyou' – chapitre relative au travail de l'homme et son travail à la main-, n°2072

¹³⁶ Al Ghazali « Al Mostafa », volume 2, pages 923-927, Dar Al Ansar, Caire, 1400 de l'hégire

prophète ρ lui dit « tu commets une injustice » et il dit au propriétaire du champ « va arracher ses palmiers »¹³⁷.

Tout ce qui a été susmentionné représente des arguments des finalités charaïques générales en faveur de l'accroissement de l'argent et l'incitation à la recherche du gain licite qui conduit à l'intérêt général des individus comme il conduit à la capitalisation de l'argent et l'encouragement des moyens de son investissement.

b) Arguments charaïques relatifs à la vérification de la conformité des activités bancaires nouvelles

Il a déjà été mentionné dans l'introduction que les transactions économiques, et plus particulièrement les transactions bancaires, occupent le devant de la scène de nos jours. L'une de leur principale caractéristique est l'innovation et l'adoption de procédures financières nouvelles partout dans le monde. Il fut de ce fait inévitable qu'un nouvel outil apparaisse afin d'examiner et juger les transactions et activités financières nouvelles dans le secteur bancaire, tout en tentant d'aboutir à de nouveaux modèles et formes servant les intérêts et la réalité économique islamique, surtout que les textes charaïques invitent à l'étude approfondie et à la vérification du rattachement des questions nouvelles aux fondements charaïques reconnus.

Il ne faut pas, par ailleurs, aborder les questions urgentes sans connaissance ou compétence. Dieu Tout Grand dit « Dis : "Mon Seigneur n'a interdit que les turpitudes (les grands péchés), tant apparentes que secrètes, de même que le péché, l'agression sans droit et d'associer à Allah ce dont Il n'a fait descendre aucune preuve, et de dire sur Allah ce que vous ne savez pas »¹³⁸. Il dit encore « Et ne poursuis pas ce dont tu n'as aucune connaissance. L'ouïe, la vue et le cœur : sur

¹³⁷ Abi Yaâli « Ahkam Sultaniya », Edition Mustapha Halbi, 2e édition, pages 284-285

¹³⁸ Sourat Al Aâraf, verset 33

tout cela, en vérité, on sera interrogé »¹³⁹, ce qui signifie qu'il ne faut pas se prononcer sans savoir, car parmi les péchés commis par la langue (la parole) qui comptent parmi les plus grands, figure le fait de dire ce que l'on ne sait pas.

Dans la sunnah fut reporté l'histoire racontée par le compagnon du prophète ρ, Mouâadh Ben Jabal, quand le prophète ρ voulut l'envoyer au Yémén et lui dit « comment tu construiras ton jugement si on t'expose une question ? », il répondit « d'après ce que le livre de Dieu stipule », et le prophète ρ lui dit « et si tu ne trouves pas mention dans le Livre de Dieu ? », il répondit « d'après la sunnah », et le prophète ρ demanda encore « et si tu ne trouves ni dans le livre de Dieu ni dans la sunnah de son prophète ? » et son compagnon répondit « je ferai de mon mieux en respectant les enseignements de l'un de l'autre », alors le prophète ρ tout content dit « Je remercie Dieu qui guida le messenger du messenger de Dieu à ce qui satisfait le messenger de Dieu »¹⁴⁰.

Les compagnons du prophète ρ avaient adopté ce principe. En effet, Omar Ibn Al Khatab τ avait conseillé Abou Moussa Al Achâari τ dans son fameux discours lui disant : « la Justice est une obligation et une sunnah à suivre, il faut donc que tu comprennes ce qu'on t'expose comme affaires car il n'est point utile de parler sans comprendre » et il lui dit encore « il faut notamment comprendre ce dont tu ne trouves pas l'explication ni dans le coran ni dans la sunnah, et puis il fait raisonner par analogie, comparer les cas, connaître les exemples, et finalement se décider en choisissant ce qui serait le plus juste et le plus préférable à Dieu »¹⁴¹.

On en déduit qu'il est du devoir de l'homme de ne pas se prononcer sans connaissance et savoir, et qu'il est de son devoir aussi d'interroger les spécialistes sur ce qui lui pose problème. Dans ce contexte, Dieu Tout Grand dit « Demandez

¹³⁹ Al Isra, verset 36

¹⁴⁰ Raconté par Abou Daoud dans ses Sounan, livre des Aqdhiya, -chapitre de la diligence en matière juridique », page 544, n°3592

¹⁴¹ Al Bihqi « la grande sunnah, le livre de l'éthique en justice, chapitre : le jugement du juge et la fatwa de al mufti », 197/10, n°20347

donc aux érudits du Livre, si vous ne savez pas »¹⁴². Et Ibn Abd el Bar insiste que « ne peut être connaisseur du présent et ses composantes celui qui ignore le passé »¹⁴³.

En outre, la règle fondamentaliste (juger la chose dérive de sa perception) oriente les arguments relatifs à la vérification de la conformité des activités bancaires nouvelles, car il n'est possible de juger les transactions urgentes qu'après une connaissance exhaustive et approfondie des caractéristiques, de la nature et des différences de ces transactions par rapport aux transactions similaires. C'est une règle importante pour le jurisconsulte lors de son examen des transactions financières qu'il a à juger, parce que les jugements se basent sur ladite règle.

C'est pour cela que la représentation de ces questions et transactions nécessite une capacité mentale incitant le jurisconsulte à la déduction à partir des fondements charaiques reconnus afin de pouvoir rattacher la question examinée au dit fondement charaique après vérification. Si le rattachement est erroné, les conséquences s'annoncent graves pour ce qui a trait à la permission de ce qui aurait dû être interdit ou à l'interdiction de ce qui aurait dû être permis.

-II- Interdiction de l'usure : un pilier constant des piliers de la finance bancaire islamique

La définition du riba remonte bien loin dans le temps et les lois divines se sont accordées à l'interdire et à mettre en garde contre lui. Son interdiction et l'avertissement quant à ses conséquences économiques et sociales ne sont pas le propre de l'islam, voire que le coran avait évoqué en contant l'histoire des anciennes nations que l'usure était interdite « C'est à cause des iniquités des Juifs que Nous leur avons rendu illicites les bonnes nourritures qui leur étaient licites, et

¹⁴² Sourat al Anbiya (les prophètes), verset 7

¹⁴³ Ibn Abd AL Bar « la science et son mérite », 2/818

aussi à cause de ce qu'ils obstruent le sentier d'Allah, (à eux-mêmes et) à beaucoup de monde, et à cause de ce qu'ils prennent des intérêts usuraires - qui leur étaient pourtant interdits »¹⁴⁴. Les versets disent que Dieu a interdit l'usure aux juifs, déjà dans la Torah, mais ils ne se sont pas pliés, considérant que l'interdiction devaient s'appliquer entre juifs et non entre juifs et non juifs, selon eux.

Dans ce contexte, un des rabbins, qui s'appelle Rab, avance « quand un chrétien a besoin d'un dirham, le juif cherche à le lui prêter par tous les moyens, et use de l'usure qui s'accroît indéfiniment jusqu'à devenir très lourd pour l'emprunteur qui devient incapable de rembourser sa dette sauf s'il cède ses biens et le cas échéant, le juif s'acharnera à faire correspondre la dette à la valeur des biens du chrétien, et une fois que c'est le cas, la juif a recours à la justice pour s'emparer de ces biens »¹⁴⁵.

Par ailleurs, l'usure avec ses caractéristiques détestables fut connue à l'époque précédant l'islam. Si l'échéance venait à terme le prêteur demandait à l'emprunteur « tu payes ou on applique l'usure –c'est-à-dire doubler le montant en décalant l'échéance ». Plus encore, à cette époque l'usure fut considérée comme une source de gains réalisés par les détenteurs du capital sans considération des conséquences néfastes sur le tiers, lésé par cette pratique¹⁴⁶.

Dans ce sens, le juriste Ibn Rochd dit « les juristes se sont mis d'accord que l'usure se rencontre en deux choses : dans la vente et dans tout ce qui a été reconnu comme passif en matière de vente ou de prêt. Les savants s'accordent à distinguer deux types de riba pour les dettes : un type unanimement

¹⁴⁴ Sourat Al Nisa (les femmes), versets 160-161

¹⁴⁵ Saiid Ben Ali Ben Wahf « l'usure: ses méfaits et son impact à la lumière du coran et de la sunnah », recherche publiée, pp.2-3, 1405 de l'hégire

¹⁴⁶ Voir : M. Umer Chapra : « The Nature Of Riba In Islam », Published in The Journal of Islamic Economics and Finance (Bangladesh), Vol. 2, No. 1, January-June 2006, pp. 7-25, disponible à http://ierc.sbu.ac.ir/File/Article/THE%20NATURE%20OF%20RIBA%20IN%20ISLAM_94669.pdf

reconnu et qui correspond au riba qui datait de la période d'avant l'islam et qui est strictement interdit et qui consiste à augmenter le montant de la dette en contrepartie d'une échéance reportée. C'est cette usure dont le prophète ρ a parlé « l'usure d'avant l'islam n'est plus permise et la première usure que j'annule est celle de Abbès Ben Abd Al Mottalib ». Le deuxième type consiste au contraire à avancer l'échéance et de payer moins que la dette prévue au départ. Pour ce qui est de l'usure en matière de vente, les savants s'accordent à avancer qu'elle est de deux types : riba al-nasîah (à terme)¹⁴⁷ et riba al-fadl¹⁴⁸ »¹⁴⁹.

L'islam est venu confirmer l'interdiction du riba avec des textes explicites dans le coran et dans la sunnah. Dieu Tout Grand dit « Ceux qui mangent [pratiquent] de l'intérêt usuraire ne se tiennent (au jour du Jugement dernier) que comme se tient celui que le toucher de Satan a bouleversé. Cela, parce qu'ils disent : "Le commerce est tout à fait comme l'intérêt" Alors qu'Allah a rendu licite le commerce, et illicite l'intérêt. Celui, donc, qui cesse dès que lui est venue une exhortation de son Seigneur, peut conserver ce qu'il a acquis auparavant; et son affaire dépend d'Allah. Mais quiconque récidive... alors les voilà, les gens du Feu ! Ils y demeureront éternellement * Allah anéantit l'intérêt usuraire et fait fructifier les aumônes. Et Allah n'aime pas le mécréant pécheur »¹⁵⁰.

Le prophète ρ a lui aussi mis en garde contre le riba et Abou Hourayra rapporte les dires du prophète ρ qui ordonna « Évitez les sept vices, on lui demanda : quels sont ces vices ? il dit : le polythéisme, la sorcellerie, tuer injustement autrui,

¹⁴⁷ Une somme payée en contrepartie de l'usage des capitaux empruntés ou d'un rééchelonnement dans le paiement de la dette

¹⁴⁸ Vente ou échange d'un bien en contrepartie d'un autre bien de même nature mais avec un surplus

¹⁴⁹ Ibn Rochd « les débuts du jurisconsulte », volume 2, page 127, Edition Al Istiquama

¹⁵⁰ Sourat Al Baqara (la vache), versets 275-276

l'usure, s'emparer de l'argent de l'orphelin, fuir le combat, diffamation des femmes chastes croyantes »¹⁵¹.

En dépit de l'avertissement émis par les législations divines concernant toute transaction usuraire, l'humanité toutes religions, origines et ethnies confondues a commis dans ses systèmes économiques et sociaux des infractions en recourant ouvertement à l'usure. Un fait qui a engendré et continue d'engendrer des problèmes et dangers économiques et sociaux.

Nous estimons que la course effrénée des nations vers les profits croissants et rapides, en adoptant des moyens de financements et en privilégiant les intérêts personnels et ceux d'entreprise, constitue l'une des principales raisons qui a poussé les Etats et leurs institutions financières à ignorer la question de l'usure. Par ailleurs ces institutions financières se soucient peu des conséquences à long terme découlant des transactions usuraires. La réalité économique dominée par le riba, a donné naissance à des banques qui se soustraient à ce type de transactions et qui furent qualifiées de banques islamiques différentes des banques traditionnelles. Cependant, lesdites banques islamiques avaient elles même recouru à des transactions contraires aux principes pour lesquels elles furent fondées à la base.

II-1 Le ribâ et ses types

II-1-1 Définition du ribâ et les arguments en faveur de son interdiction

a) Définition linguistique et terminologique du riba

¹⁵¹ Sahih Al Boukhari (recueil reconnu des dires du prophète), le livre des commandements, chapitre de la parole de Dieu Tout Grand «Ceux qui mangent [disposent] injustement des biens des orphelins ... », volume 6, page 50

Le riba s'emploie pour exprimer plusieurs sens proches et dont l'origine renvoie à la hauteur et à l'augmentation. Dieu Tout Puissant précise « De même tu vois la terre desséchée : dès que Nous y faisons descendre de l'eau elle remue, se gonfle »¹⁵². Le mot en arabe « rabat » qui est le verbe dérivé de riba signifie que la terre augmenterait de volume et deviendrait plus haute, suite à l'effet de la pluie¹⁵³. Al Nawawi dit « le riba est limité et réservé et sa base est l'augmentation... on dit il y a riba si la chose augmente »¹⁵⁴.

La base du riba est l'augmentation que ce soit par rapport à la même chose comme a dit Dieu Tout Puissant « elle remue, se gonfle »¹⁵⁵, ou par rapport à la contrepartie, comme l'échange d'un dirham en contrepartie de deux dirhams. Certains disent que le sens est propre pour les deux exemples, alors certains considèrent que le premier sens est propre alors que le deuxième est figuré¹⁵⁶.

D'un point de vue terminologique, les juristes avaient défini le riba différemment. En dépit de ces différences, il y a une convergence pour le sens voulu. Les Ahnafs¹⁵⁷ le définissent comme suit : « le riba, dans l'usage est de deux types ; riba al-nasîhah (à terme) et riba al-fadl. Riba al-fadl consiste en une vente ou un échange d'un bien en contrepartie d'un autre bien de même nature mais avec un surplus prédéfini à l'avance. Riba al-nasîhah (à terme) consiste quant à lui, en une somme payée en contrepartie de l'usage des capitaux empruntés ou d'un rééchelonnement dans le paiement de la dette »¹⁵⁸. Ils le définissent encore comme

¹⁵² Sourat Al Hajj (le pèlerinage), verset 5

¹⁵³ Al Misbah Al Mounir, volume 1, page 233, Edition Mostapha al Babi al Halabi, Egypte

¹⁵⁴ Al Nawawi "Noms et langues" (Tahdhib al Asma wal loughat), volume 3, page 117, Edition Al Tibaâ al Mouniriya

¹⁵⁵ Sourat Al Hajj (le pèlerinage), verset 5

¹⁵⁶ Ibn Hajar « Fath al Bari », volume 4, page 313, Edition Matbaâ al Salafiya

¹⁵⁷ Partisans du courant de pensée islamique « Al Hanafiya »

¹⁵⁸ Al Kassani « Bada'ê al Sana'ê », volumen 5, page 183, première édition

« surplus ou un bonus réservé à l'un des contractants abstraction faite de la somme de départ »¹⁵⁹.

Les Chafîtes¹⁶⁰ ont donné une définition unique couvrant les deux types de riba - riba al-nasîah (à terme) et riba al-fadl-. La définition de Moghni Al Mohtaj stipule que « c'est un contrat faisant mention d'un bonus spécifique et disproportionné, pour ce qui est des critères de la charia (et de ce qui est permis), de l'état du contrat ou avec report de l'échéance des contreparties ou de l'une des contreparties »¹⁶¹.

Les Hanabla¹⁶², quant à eux, le définissent comme étant « une augmentation d'une chose spécifique »¹⁶³. D'après cette définition, le riba est défini d'après l'un des types susmentionnés et c'est une définition non exhaustive. C'est pour cela que Sahel al Maghni l'a défini comme étant « une augmentation dans des choses spécifiques, ou une augmentation de la contrepartie ou un report de l'échéance contre plus de paiement »¹⁶⁴, et cela englobe les deux genres de riba ; riba al-nasîah (à terme) et riba al-fadl.

On peut dire que les définitions des savants, en dépit de leurs différences, se sont accordées à définir le riba sous ses deux formes ; riba al-nasîah (à terme) et riba al-fadl. Un rapprochement est clairement perçu dans leurs définitions terminologiques du riba¹⁶⁵.

¹⁵⁹ « Al Hidayah », volume 3, page 61

¹⁶⁰ Les partisans d'un autre courant islamique (disciples de l'Imam Chafî) : al Chafîya

¹⁶¹ Moghni al Mohtaj, volume 2, page 21, Imprimerie Mostapha al Halabi

¹⁶² Les partisans d'un autre courant islamique (disciples de l'Imam Hanbal)

¹⁶³ Ibn Al Mofleh "al Mobdeê", explication de Al Mokanaâ, volumen 4, page 127, Al Maktab al Islami

¹⁶⁴ Ibn Kodema « Al Moghni », volume 6, page 51, Dar Hajr

¹⁶⁵ Voir : M. Umer Chapra : « The Nature Of Riba In Islam », Published in The Journal of Islamic Economics and Finance (Bangladesh), Vol. 2, No. 1, January-June 2006, pp. 7-25, disponible à http://ierc.sbu.ac.ir/File/Article/THE%20NATURE%20OF%20RIBA%20IN%20ISLAM_94669.pdf

b) Arguments en faveur de son interdiction

L'interdiction du riba est confirmée dans le coran et dans la sunnah de son prophète ainsi que l'unanimité des savants. Son interdiction dans le coran est manifeste à travers maints versets dont, la parole de Dieu Tout Grand « ô les croyants ! Ne pratiquez pas l'usure en multipliant démesurément votre capital. Et craignez Allah afin que vous réussissiez ! »¹⁶⁶.

Dans le verset, il y a mention explicite de l'usage répandu parmi les gens d'avant l'islam qui pratiquaient abusivement le riba dans leurs prêts. En effet, quand l'échéance arrive, la dette est doublée si l'emprunteur est incapable de rembourser sa dette.

Par ailleurs, le coran a évoqué le riba non interdit dans un autre verset où Dieu Tout Grand dit « Tout ce que vous donnerez à usure pour augmenter vos biens au dépens des biens d'autrui ne les accroît pas auprès d'Allah, mais ce que vous donnez comme Zakat, tout en cherchant la Face d'Allah (Sa satisfaction)... Ceux-là verront [leurs récompenses] multipliées »¹⁶⁷.

En fait, l'argent offert pour s'attirer les faveurs des gens ou par complaisance n'est pas durable en ce sens qu'il ne sert pas son donneur dans l'au-delà, et qu'il ne mérite pas par son acte une récompense, et ce que les savants appellent le riba licite, renvoie au fait d'offrir un présent avec l'attention de s'attirer les faveurs de Dieu par son acte et non celle des gens. Ibn Abbès explique le verset précédant en disant que « Tout ce que vous donnerez à usure » fut qualifié par Dieu de riba sans pour autant être interdit, mais sans que récompense ne s'en suive non plus. C'est pour cela que les savants précisent : le riba revêt deux formes ; une forme halal, que la jurisprudence qualifie de l'offrande de la récompense ou le cadeau de la récompense (puisque celui qui offre aspire à une récompense) et une forme haram

¹⁶⁶ Sourat Al-Imran, verset 130

¹⁶⁷ Sourat al-Roum, verset 39

(illicite). « Tout ce que vous donnerez à usure pour augmenter vos biens au dépens des biens d'autrui » signifie que peu importe combien vous donnez d'argent par désir que le vôtre augmente « ne les accroît pas auprès d'Allah », c'est-à-dire Dieu ne récompense pas cet acte et ne fait pas fructifier l'argent du moment que l'acte cherche les faveurs des gens et non celle de Dieu.

De ce fait, il est important de pouvoir faire la différence entre les deux formes pour qu'elles ne soient pas considérées toutes les deux illicites.

Davantage de versets affirment l'interdiction du riba, dont encore la parole de Dieu Tout Grand « Ceux qui mangent [pratiquent] de l'intérêt usuraire ne se tiennent (au jour du Jugement dernier) que comme se tient celui que le toucher de Satan a bouleversé. Cela, parce qu'ils disent : “Le commerce est tout à fait comme l'intérêt” Alors qu'Allah a rendu licite le commerce, et illicite l'intérêt. Celui, donc, qui cesse dès que lui est venue une exhortation de son Seigneur, peut conserver ce qu'il a acquis auparavant; et son affaire dépend d'Allah. Mais quiconque récidive... alors les voilà, les gens du Feu ! Ils y demeureront éternellement * Allah anéantit l'intérêt usuraire et fait fructifier les aumônes. Et Allah n'aime pas le mécréant pécheur »¹⁶⁸.

Cela signifie que celui qui a recours au riba et le considère permis tout en sachant son interdiction et ses conséquences fâcheuses, se verra punir sévèrement le jour du jugement pour son acte et se tiendra comme se tient celui que le toucher de Satan a bouleversé, traduisant l'état horrible dans lequel il sera. Ibn Abbès dit « le pratiquant de l'usure surgira le jour du jugement dernier fou étouffé ».

Et quand Dieu précise « Cela, parce qu'ils disent : “Le commerce est tout à fait comme l'intérêt” Alors qu'Allah a rendu licite le commerce, et illicite l'intérêt », l'idée est de dire que ces gens avaient défié Dieu violant ses principes et les déformant, mettant la vente et le riba dans la même catégorie à travers la

¹⁶⁸ Sourat Al Baqara (la vache), versets 275-276

comparaison avancée et qui compare la vente au riba, niant que le riba soit interdit du moment que la vente ne l'est pas. Dieu riposte en précisant «Alors qu'Allah a rendu licite le commerce, et illicite l'intérêt ». Ce que précise Dieu n'est pas sujet à discussion et relève de règles de conduite à appliquer (c'est la charia, la législation), et il dit «Celui, donc, qui cesse dès que lui est venue une exhortation de son Seigneur, peut conserver ce qu'il a acquis auparavant; et son affaire dépend d'Allah » c'est-à-dire que celui qui respecte le principe interdisant le riba garde ce qu'il a pu en gagner par le passé « Dieu pardonne ce qui a précédé »¹⁶⁹.

La description dans le coran de celui qui pratique le riba et ce qu'il encourt vise probablement à dissuader les gens quant à cette pratique que les gens légalisent et se permettent à tort, se pliant plus à leurs envies qu'à la volonté de Dieu. C'est une manière de les faire renoncer en amplifiant le côté sanction, surtout que la réalité est désolante. La crise économique mondiale qui touche les activités économiques à cause de l'usure et des intérêts exorbitants confirment cette idée.

En effet, quand les gens se sont mis à rechercher le profit et à le maximiser en usant de taux toujours plus élevés, leur état était pareil à celui qui perd l'orientation et va dans tous les sens avec seul but de préserver sa richesse, sans soucier du bien-être qu'il était censé chercher. La situation économique mondiale qui se dégrade constamment en est une illustration claire¹⁷⁰. Elle a en effet engendré de multiples problèmes économiques et sociaux, voire la révision par certaines économies internationales de leurs systèmes fondés sur l'usure et l'idée envisageable d'appliquer un système économique islamique¹⁷¹.

¹⁶⁹ Explication ed Ibn Kouthayr, explication de Sourat al Baquara (la vache), versets 275-276

¹⁷⁰ Voir : Christophe Hammond : « Ecole de Guerre Economique- Riba et Finance islamique : itinéraire d'un idéal utile », disponible à http://www.ege.fr/download/riba_et_finance_islamique.pdf

¹⁷¹ Article publié sur le site islamweb, intitulé « Comme ceux qui pratiquent le ribâ », 20/02/2012

Il y a dans la sunnah aussi une interdiction confirmée du riba. Abou Hourayra, cité aussi bien dans Sahih Muslim et Sahih Boukhari deux recueils reconnus des dires du prophète, avance que le prophète a dit «Évitez les sept vices, on lui demanda : quels sont ces vices ? Il dit : le polythéisme, la sorcellerie, tuer injustement autrui, l'usure, s'emparer de l'argent de l'orphelin, fuir le combat, diffamation des femmes chastes croyantes »¹⁷².

De plus, dans Sahih Muslim, on retrouve ce que raconta Jabeur précisant que « la prophète a maudit celui qui mange et fais manger le riba (profite des gains qui en découlent), celui qui écrit le contrat et ceux qui en sont témoins »¹⁷³.

Par ailleurs, les savants de la oumma (nation musulmane) depuis les premiers temps de l'islam à nos jours sont d'accord à l'unanimité sur l'interdiction du riba¹⁷⁴.

II -1-2 Types de ribâ

Certains omettent que la notion du riba ou de toute augmentation, fixe ou variable, obtenue par le prêteur et constituant une condition du prêt, est tributaire du capital et non du résultat d'investissement obtenu. Ce critère est sans doute primordial dans la justification de l'interdiction du riba¹⁷⁵. Reste la question des types de riba. Pour répondre à cette interrogation, nous tendons à différencier le riba selon ses types. La pluralité des définitions du riba peut se résumer dans la classification générale communément admise.

a- Premier type : riba al-fadl

¹⁷² Sahih Al Boukhari (recueil reconnu des dires du prophète), le livre des commandements, chapitre de la parole de Dieu Tout Grand «Ceux qui mangent [disposent] injustement des biens des orphelins ... », volume 6, page 50

¹⁷³ Sahih Muslim, chapitre « Malédiction de la pratique du ribâ », volume 11, page 26

¹⁷⁴ Mohamad Ben Ismail Al Sanâani « Voie de la paix », volume 3, page 842

¹⁷⁵ Abdel Hamid el Baali : « Investissement et la surveillance charaique... », op.cit, page 16

Riba al fadl consiste en « une vente de capitaux usuraires en contrepartie de capitaux mais avec un surplus »¹⁷⁶, sachant que chacune des contreparties est de l'argent usuraire, de même nature, mais avec une surévaluation prédéfinie de l'une des contreparties par rapport à l'autre. L'échange est de ce fait inégal.

Les jurisconsultes sont d'accord pour interdire l'échange inégal dans la vente des six éléments cités dans le hadith d'Abada Bin Samit, rapporté du prophète ﷺ qui dit : « l'or pour de l'or, l'argent pour l'argent, du blé pour du blé, de l'orge pour de l'orge, des dattes pour des dattes et du sel pour du sel, à part égale et de main en main, et si les termes de l'échange différaient (objets échangés), vendez comme bon vous semble, du moment que c'est de main en main »¹⁷⁷.

La question qui pourrait être posée dans ce contexte est la suivante : peut-on ajouter à cette liste d'autres éléments voisins et similaires à ceux cités dans le hadith d'Abada Bin Samit ?

Pour répondre à ce questionnement, par référence aux déclarations des jurisconsultes, nous trouvons que la plupart permet l'ajout d'autres éléments voisins et similaires aux six éléments précités. Ils argumentent leurs dires en citant le prophète ﷺ qui « a interdit la vente de nourriture en contrepartie de nourriture, sauf à part égale »¹⁷⁸, la nourriture renvoyant à tout ce qui est fait à base de blé et autre aussi bien dans la langue que dans la charia. De plus, le prophète ﷺ a évoqué tout ce qui est fait de blé et qui constitue la catégorie supérieure des aliments et a évoqué le sel, qui constitue l'aliment de catégorie inférieure.

Cela permet de dire que tout ce qui est entre les deux est aussi à inclure. L'idée de mentionner le plus pour aussi parler du moins fut adoptée par plusieurs jurisconsultes qui se sont aussi appuyés sur ce que Dieu Tout Grand a dit « Et

¹⁷⁶ Mohamed Aneur « le substitut chariaque aux sources de financement international modernes... », op.cit, page 252

¹⁷⁷ Sahih Moslim, explication Al Nawawi, chapitre « al ribâ », volume 11, page 14

¹⁷⁸ Rapporté par Moslim, explication Al Nawawi, chapitre « al ribâ », volume 11, page 20

parmi les gens du Livre, il y en a qui, si tu lui confies un quintal, te le rend »¹⁷⁹. Dans ce verset on voit la citation du quintal pour dire aussi que cela s'applique au minimum, et inversement¹⁸⁰ quand Dieu Tout Grand a dit « il y en a aussi qui, si tu lui confies un dinar, ne te le rendra que si tu l'y contrains sans relâche... »¹⁸¹. Les partisans du courant Dhahirite adoptent une position différente et ne sont pas d'accord pour ce raisonnement par analogie. Ils considèrent que l'usure n'est valable que pour ces six éléments. Ils avancent pour se justifier que Dieu a permis le commerce et a interdit le riba. De ce fait, tout ce, à quoi le prophète ρ a fait référence relève du riba et est interdit, et ce qu'il n'a pas mentionné est permis, sinon il y aurait contradiction¹⁸².

Ainsi, il est interdit de vendre de l'or pour de l'or à part égale, à terme, ni de l'argent pour de l'argent à part égale, à terme, ni vendre de l'or pour de l'argent à part égale ou inégale, à terme¹⁸³.

Riba al-fadl est appelé par les juristes « riba al bay' » (usure de la vente) et il figure en tête de liste des types de riba, et c'est pour cela que les juristes se sont attelés à détailler ses principes lors de la vente¹⁸⁴. Certains le qualifient de ce fait comme étant « de la vente à part inégale ». Parmi les types de riba figure riba du prêt ou l'usure sur les prêts qui génère pour le prêteur un gain en dehors de l'hypothèque.

L'usure sur le prêt est citée en parlant de riba al-fadl, même s'ils ne relèvent pas de la même catégorie revient au fait que le gain dont profite le prêteur est similaire à une vente du prêt à un prix supérieur au montant du prêt accordé¹⁸⁵. Ainsi, ce

¹⁷⁹ Sourat Al Imran, verset 75

¹⁸⁰ Mohamed Aneur « le substitut chariaque aux sources de financement international modernes... », op.cit, page 253

¹⁸¹ Sourat Al Imran, verset 75

¹⁸² Ibn Hazm « Al Mahali », volume 8, page 467

¹⁸³ Hachiyat al Dssouki : « sur la grande explication », volume 3, page 29

¹⁸⁴ Encyclopédie jurisprudentielle, volume 22

¹⁸⁵ « al tajrid li nafi' al abid' » Hachiyat al Bajrimi (ala al manhaj), volumen 2, page 190

type d'usure fut considéré par Al Moutawali qui énuméra les types de riba et précisa que l'usure sur le prêt conditionné comporte un bénéfice et peut être considérée comme riba al-fadl¹⁸⁶. L'idée est l'existence d'un déséquilibre dans les contreparties échangées, et la nation s'accorde pour interdire cet échange inégal si en plus, il y a report (nasiâ ou vente à terme). S'il n'y a pas report, la question est alors controversée. Ibn Abbès et Ibn Massoud l'avaient permis, de même qu'Ibn Omar, même si ce dernier se rétracta par la suite. L'acceptation fut aussi relevée chez Abd Allah Ibn Zoubair¹⁸⁷.

En résumé, riba al-fadl s'applique aux six éléments supra mentionnés dans le hadith d'Abada Ibn Al Samit-précité- et tout ce qui leur est similaire. En effet, « la spécification de ces éléments seulement revient au fait que les transactions ayant eu lieu par ces temps-là se faisaient moyennant ces entités »¹⁸⁸.

b- Deuxième type : riba al-nasâh

Il faut préciser que certains jurisconsultes désignent par ce type de riba la vente de choses, argent ou autres, de même nature ou de natures différentes à terme, ne serait-ce qu'après un instant¹⁸⁹. Un autre¹⁹⁰ l'avait défini comme étant toutes choses similaires ou différentes dont l'une n'est pas de l'argent liquide.

Cependant, la définition d'al-nasâh –au sens d'usure et non de dettes- est la suivante : « l'augmentation de la dette en contrepartie d'un délai accordé avant le paiement ou d'un rééchelonnement ». L'appellation « nasâh » dérive du verbe « ansââ », c'est-à-dire, retarder. Il y a donc un accroissement du montant en contrepartie du délai, et ce qu'il s'agisse de ventes ou de prêts¹⁹¹.

¹⁸⁶ « Asna al Matalib », volume 2, page 22

¹⁸⁷ « Al Majmou', Charh al Mouhadhab », volumen 10, page 26

¹⁸⁸ « Tabyin al Hakaik, charh Kanz al Dakaik », volumen 4, page 85

¹⁸⁹ « Ibn Hajr « al Zawajir an Iktiraf al Kabaîr », volumen 1, page 368

¹⁹⁰ Al Bahouti « Kichef al kinaâ an Matn al Iknaâ », volumen 3, page 264

¹⁹¹ Encyclopédie jurisprudentielle, volume 22, paragraphe 13, page 58

Il fut encore appelé le riba du coran ; parce qu'il fut interdit dans le coran, comme il fut appelé riba al jahiliya (riba d'avant l'Islam), car les gens de cette époque, d'avant l'islam, y recourraient dans toutes leurs transactions.

Le riba communément utilisé et connu par les arabes, couvrait le prêt de Dirhams et de Dinars à terme, en doublant le montant prêté d'un commun accord. Il fut encore appelé le riba évident.

Riba al-nasîah consiste donc à échanger de l'argent usuraire à terme. Ibn Omar raconte que le prophète ρ avait dit « du blé pour du blé, à part égale et de main en main, le surplus étant de l'usure, et de l'orge pour de l'orge, à part égale et de main en main, le surplus étant de l'usure, et des dattes pour des dattes, à part égale et de main en main, le surplus étant de l'usure »¹⁹².

Al Boukhari avait raconté à Abi Saïd Al Khodri que prophète ρ a dit « Ne vendez l'or qu'à contrepartie égale et ne surenchérissez pas, et ne vendez le papier contre du papier qu'à contrepartie égale et ne surenchérissez pas, et ne vendez ce qui n'est pas encore fait »¹⁹³.

Riba al-nasîah est la forme la plus répandue dans les transactions chez les arabes, à l'époque d'avant l'islam, « parce que les gens avaient coutume de donner leur argent à autrui pour une période donnée, à condition de prélever chaque mois un montant, le capital restant inchangé, et à l'échéance l'argent prêté est réclamé et si l'emprunteur ne peut pas rembourser, le délai est prolongé et le montant est augmenté »¹⁹⁴.

Il est à signaler que certains savants classent le riba en trois catégories : riba al-fadl, riba al-nasîah et riba sur les prêts. Le dernier type signifie de donner de l'argent à autrui sur une période, en récupérant chaque mois une partie, sans

¹⁹² Sahih Al Boukhari « Livre des ventes, chapitre de la vente des dattes pour des dattes », volume 5, page 117

¹⁹³ Sahih Al Boukhari « Chapitre de la vente de l'argent pour de l'or », volume 5, page 121

¹⁹⁴ « Ibn Hajr « al Zawajir an Iktiraf al Kabaîr », volumen 1, page 124

toucher au capital, et au moment du remboursement si l'emprunteur est dans l'incapacité de rembourser, aussi bien le montant que l'échéance sont augmentés.

« Les appellations du riba se sont multipliées ; riba al-fadl ou riba al-nasîah ou riba du coran ou riba de l'avant l'islam ou riba sur les prêts, ainsi que riba sur les ventes ou le riba explicite (al-nasîah) et le riba implicite. De même, les arguments l'interdisant se sont multipliés dont : surévaluation- la pesée ou le poids pour des choses de même nature- ou encore l'épargne pour des choses de même nature. Il faut tenir compte que l'augmentation, condition pilier dans les transactions usuraires, fixe ou variable est relative au capital, c'est-à-dire est calculée au regard du capital et non par rapport au rendement ou gain réalisé de l'opération d'investissement, et cette considération est fondamentale dans l'interdiction du riba »¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Abdel Hamid el Baali : « Investissement et la surveillance charaique... », op.cit, page 16

II-2 Les intérêts usuraires dans les banques et ses effets économiques

L'un des chercheurs avait souligné qu'il fallait distinguer entre les intérêts et le gain dans la théorie économique, vu que la plupart confondent souvent les deux termes. L'intérêt désigne le coût de l'argent emprunté, alors que le gain peut être défini comme le revenu de celui qui supporte les risques de l'opération de production dans sa totalité du début à la fin.

Il y a une différence entre les deux termes en théorie économique, puisque l'intérêt est un revenu sur, garanti et défini pour le détenteur du capital en contrepartie de la cession de ce capital à autrui afin de l'utiliser ou non pour une période de temps donnée. Le gain, quant à lui, est le revenu excédentaire dont bénéficie le porteur du projet, et il n'est pas garanti, car tributaire des risques de l'opération de production¹⁹⁶.

Les répercussions de la distinction entre les termes intérêt et gain en théorie économique, contribuera sans doute, à juger d'un point de vue charaique les intérêts usuraires dans les banques. De ce fait, il faut expliciter la signification de cet intérêt usuraire, et les arguments charaiques justifiant son interdiction, et dans quelle catégorie de *riba* peut-on classer les intérêts usuraires, tout en étayant les effets économiques et les dangers découlant de ces intérêts, si on sait d'ores et déjà, que le prêt avec intérêts affecte négativement les sources de financement disponibles, car ce type de prêt se base sur des garanties non accessibles pour tout le monde, et se limiterait aux fortunés.

¹⁹⁶ Abdel Rahman Yosri « l'intérêt et l'usure, réponse aux partisans des intérêts bancaires », Maison Universitaire, 1^{ère} édition, pages 19-28, Mohamad Mohamad Said Ameer « Substitut charaique aux source de financement... », op.cit. page 257

Ce type de financement, est centré en effet sur la garantie de l'intérêt et du capital, ce qui résulte en un manque de sérieux quant à la considération et la réalisation des projets économiques, ce qui affaiblit à son tour, la croissance économique¹⁹⁷.

II-2-1 Nature des intérêts usuraires dans les banques

a- Définition étymologique et terminologique des intérêts

L'intérêt, singulier d'intérêts, fait référence à tout ce dont un individu bénéficie de ce que Dieu a créé et qui lui apporte un gain¹⁹⁸.

D'un point de vue terminologique, l'intérêt est défini comme étant ; le prix payé par l'emprunteur en contrepartie de l'argent prêté. Ce prix est souvent défini comme le taux d'intérêt et est déboursé annuellement¹⁹⁹.

Tout ce que l'emprunteur paye au prêteur en plus du montant du prêt à terme est appelé intérêt, ou en économie, taux d'intérêt. De ce fait, il est à noter que la relation entre les intérêts en général et l'usure interdit par la charia, est à expliciter en vue de délimiter les champs d'application, parce que les systèmes économiques et financiers sont basés sur cette notion d'intérêt.

Ainsi, cette relation – entre les intérêts et l'usure- a des répercussions et affecte notamment les valeurs sociales et morales au sein de la société. Apparaît donc l'importance de la détermination de ce que signifie l'intérêt usuraire interdit, et sa distinction d'autres notions proches ou similaires. Surtout que l'économie est basée sur la réalisation de revenus à la fois stables et croissants. Une pareille

¹⁹⁷ Voir : Zeineb EL HATM : « LES BANQUES ISLAMIQUES FACE À L'INSTABILITÉ DE L'ÉCONOMIE DE CRÉDIT. CAS DE L'ARABIE SAOUDITE », CEMI, disponible à http://cemi.ehess.fr/docannexe/file/2890/el_hatmi2.pdf

¹⁹⁸ Ibn Mandhour : « La langue des arabes », op.cit, (341/3)

¹⁹⁹ Hassin Omar « Encyclopédie des termes économiques », page 174

entreprise nécessite une étude selon une méthodologie économique robuste, loin de tout extrémisme religieux ou matériel.

Il faut de plus, avoir la volonté de faire parler les textes charaiques et d'étudier leur adaptation à toutes les transactions financières contemporaines, de sorte à détecter tout manquement ou déviation dans les rapports économiques par rapport à ce qui est indiqué dans les textes et principes charaiques. Il faudra en plus, étayer les solutions pratiques et convenables et ce en conformité avec les bases transactionnelles islamiques. Cela permettrait de faire évoluer le système économique actuel, dont les traits caractéristiques négatifs et failles sont apparus suite aux diverses crises financières ayant frappé l'économie mondiale. Il serait, de ce fait et sans doute, dangereux de recourir à l'usure bannie par les différentes lois divines, à juste titre²⁰⁰.

Il faut attirer l'attention sur la distinction entre le riba (traduit à travers les intérêts usuraires) et l'usure dans le système économique occidental. L'idée de l'usure dans le système économique occidental fait référence aux coûts exorbitants imposés aux emprunteurs, et le riba selon cette vision constitue une opération

²⁰⁰ Parmi les différences entre l'intérêt et le gain en théorie économique : certains font des confusions par ignorance de la différence, le gain représente un revenu pour l'investisseur qui supporte les risques de l'opération de production du début à la fin. L'intérêt, quant à lui, représente le coût de l'argent emprunté ou la somme avancée pour retarder une échéance. Cette distinction permet de juger les opérations bancaires dans leurs relations avec le ribâ, surtout si on rappelle que le ribâ d'avant l'islam est une augmentation du montant de l'argent dû en contrepartie d'un rééchelonnement de la dette. En réalité, les lois en général, avaient cité deux sortes d'intérêts ; les intérêts légaux, qui relèvent des règles juridiques complémentaires et traduisent la volonté des contractants en cas de silence. Et à travers ces intérêts légaux apparaît cette idée de ribâ d'avant l'islam qui décrit ce qui se passait entre prêteur et emprunteur, à l'échéance, ou le prêteur demande le règlement à l'emprunteur, et en cas de remboursement, le prêteur récupère son argent, sinon il augmente la somme en retardant le paiement. Le deuxième type d'intérêts, comporte les intérêts par accord, c'est-à-dire que les intérêts sont fixés à l'avance. Ainsi, il apparaît qu'il n'y a pas de différence entre ce type et le ribâ d'avant l'islam où il y a similairement un accord quant à l'augmentation à l'échéance en cas de défaut de paiement. L'interdiction réside en effet, dans l'augmentation en contrepartie du rééchelonnement, que cette augmentation soit précisée dès l'octroi du prêt ou convenue à l'échéance. Pour aller plus loin ; Abdel Rahman Yosri : « Ribâ et intérêt », op.cit, pages 19-28. Voir notamment, Mohamed Aneur : « Le substitut charaique des surces de financement », op.cit, page 257

immorale et donc interdite, car relevant de l'abus et de l'exploitation des individus nécessiteux. Alors que la notion d'intérêt selon la vision occidentale traduit le revenu et le gain qui constituent l'un des facteurs de production²⁰¹.

Il y a lieu de se demander comment distinguer entre les intérêts usuraires illicites et les intérêts licites, surtout que l'intérêt dans le système économique constitue un pilier important. L'économie, en général, est en effet basée sur la réalisation de revenus et de gains. Le système économique islamique a, à notre regard, apporté un ensemble de critères permettant de différencier les intérêts usuraires et les intérêts licites. Pour détecter cette différence, il faut remonter aux origines de la théorie des intérêts et ses fondements.

b- Origines de la théorie des intérêts et la position du système économique islamique

Le développement économique européen a généré de nombreuses vertus permettant de fonder l'activité bancaire. Cependant, et du fait de la nature humaine et de ses réflexions qui n'ont pas toujours été bénéfiques, les intérêts sont apparus dans l'activité bancaire européenne en raison des pressions des facteurs économiques. Ces intérêts sont devenus licites, voire naturels, alors qu'à l'origine l'interdiction est de mise dans toutes les lois divines. La réalité des faits a poussé les législations à s'adapter, en empruntant la voie de la légitimation des intérêts.

L'une des phases les plus marquantes de l'apparition de l'idée des intérêts, fut probablement la première période qui débuta quand les associations de prêts avaient commencé à recevoir des indemnités négligeables pour compenser les frais administratifs. Ensuite, il y a eu la phase où le prêteur recevait des intérêts sous certaines conditions, sous prétexte d'assurer le risque de perte. Par la suite, l'indemnité a constitué une clause pénale en cas de retard de paiement. Et avec la

²⁰¹ Mohamed Ben Salah Hamdi « l'intérêt entre la charia islamique et l'économie positive », recherche publiée, Chabaka Maarifia, Juin, 2011

croissance des institutions financières, les juristes et les économistes avaient réclamé la codification des intérêts sur les prêts.

On assista de plus en plus à des détournements du *riba*, et dont la manifestation la plus importante fut la création de la société en commandite simple, où l'un des associés apporte sa force de travail, et l'autre associé apporte son capital, et ils se partagent les bénéfices, et où le détenteur du capital cède une partie de son bénéfice pour ne pas subir les pertes éventuelles. Par la suite, on passa à la vente par le détenteur du capital de son bénéfice éventuel contre une somme garantie.

Et après la révolution française, les intérêts furent reconnus juridiquement et on commença à les appliquer dans les transactions bancaires. Ils sont ainsi devenus partie intégrante du système financier. Des textes de loi sont venus organiser les procédures de travail dans les banques à travers les intérêts. Au regard de cette réalité, et malgré l'interdiction de l'intérêt usuraire par les lois divines et l'opposition de penseurs et de philosophes, à l'image de Platon et Aristote, à ces pratiques exploitant les individus dans le besoin, tout en expliquant le tort de les considérer comme des gains licites, le système économique mondial caractérisé par la prévalence des intérêts sur la morale, a défendu ces intérêts les considérant comme un droit qui revient aux prêteurs. Les défenseurs de ces pratiques avaient développé plusieurs théories légitimant les intérêts, dont principalement ce qu'on appelle la théorie du gain, qui présente l'intérêt comme une sorte de bénéfice où le prêteur cède une partie de ses bénéfices en contrepartie d'une rémunération garantie, au lieu d'attendre un gain éventuel.

On a répondu à cette théorie, en précisant que la considération de l'intérêt comme étant du gain doit apporter la preuve que le taux de gain est toujours supérieur au taux de l'intérêt. En effet, le gain peut être garanti, peut être important, négligeable ou inexistant. Aussi, il peut y avoir perte. Dans ce cas, si l'intérêt relevait du gain, il faudrait accepter les éventualités à la fois de gain ou de perte. Il n'est pas

plausible que l'intérêt soit confondu avec le résultat quand il s'agit d'un gain ou d'un dénouement positif et qu'une seule partie subisse les pertes dans le cas d'un dénouement négatif.

Par ailleurs, cette théorie du gain stipule que du temps que la rente est le rendement perçu sur l'exploitation de la terre, le capital est assimilé à la terre. Tous les deux sont des facteurs de production. On répliqua que la terre donne un produit naturel et elle ne peut diminuer ou disparaître au cours de l'opération de production, contrairement au capital qui est consommé par son utilisation, et n'a de valeur qu'en contrepartie de quelque chose. Il ne peut, de ce fait, pas générer une utilité de par son unique nature.

Il y a aussi la théorie des bénéfices, qui confère au prêteur le droit de réclamer la contrepartie de la jouissance du prêt. Le prêteur est en droit de bénéficier d'une partie des gains générés. On répondit à cette théorie en précisant que le problème réside en la spécification de ce bénéfice, surtout que pour les prêts à l'investissement, l'une des principales règles et principes de l'investissement est le caractère probable et non garanti du rendement, ce qui fait de l'association entre le capital et le travail l'unique solution.

Finalement, les partisans de la théorie des intérêts ont fait référence à la théorie des risques, pour justifier l'assurance contre les divers risques qu'encourt le prêteur en cas de faillite de l'emprunteur. La réponse à cette idée souligne l'intérêt accordé aux risques éventuels subis par le prêteur, alors que la logique devrait plus s'intéresser à ceux encourus par l'emprunteur et qui sont plus probables.

On peut avancer que la position du système économique islamique des intérêts d'une manière générale est celle de considérer ces intérêts comme relevant du riba illicite, du fait de ses inconvénients d'un point de vue religieux, moral, social et économique. La raison principale et l'argument derrière l'interdiction du riba en

islam est la recherche de l'équité économique et sociale globale, l'égalité entre les individus avec mention spéciale des nécessiteux.

Les ressources étant un don de Dieu à l'ensemble de l'humanité et un bien qui lui est confié en dépôt, il faut de ce fait s'en servir et les investir de sorte à faire bénéficier tout le monde dans un cadre équitable, et c'est justement le message véhiculé par les lois divines. Il ne faut pas qu'une partie aux dépens des autres s'accapare ces ressources. Il faut veiller à satisfaire les besoins des individus, et à la répartition équitable des ressources, ce qui se reflètera positivement sur la stabilité économique et le plein emploi qui préviennent la baisse de la croissance, génératrice de chômage²⁰². Les répercussions de ce dernier sont néfastes aux niveaux social, économique et politique. Ainsi, force est de passer à un système financier participatif²⁰³.

II-2-2 Effets économiques du développement des intérêts usuraires et les substituts adéquats

La réalité contemporaine montre que le système basé sur l'intérêt usuraire génère plusieurs vices, du fait de l'injustice et l'appropriation de l'argent d'autrui à tort qui en découlent. Dieu met en garde contre ces pratiques et ceux qui y ont recours : « Ceux qui mangent [pratiquent] de l'intérêt usuraire ne se tiennent (au jour du Jugement dernier) que comme se tient celui que le toucher de Satan a bouleversé. Cela, parce qu'ils disent : "Le commerce est tout à fait comme l'intérêt" Alors qu'Allah a rendu licite le commerce, et illicite l'intérêt. Celui, donc, qui cesse dès que lui est venue une exhortation de son Seigneur, peut conserver ce

²⁰² Voir : Hosni ZAOUALI : « le système bancaire islamique à l'ère de la mondialisation : Le cas du Maroc », Université LAVAL, Faculté des sciences de l'administration, disponible à <http://www.mis-info.org/national1.pdf>

²⁰³ Mohamed Saleh Hamdi « l'intérêt entre la charia islamique et l'économie positive », op.cit.

qu'il a acquis auparavant; et son affaire dépend d'Allah. Mais quiconque récidive... alors les voilà, les gens du Feu ! Ils y demeureront éternellement »²⁰⁴.

Parmi les effets économiques négatifs les plus marquants de l'usage répandu des intérêts usuraires, la mauvaise allocation des richesses. L'argent, objet d'échange des transactions recourant au riba, circulerait seulement entre les pratiquants du riba, qui prêtent constamment leur argent pour en gagner davantage, sans considération morale et sans considération du besoin dans lequel se trouvent les emprunteurs. Cet argent va, de plus, aux individus assez fortunés capables de présenter les garanties requises pour bénéficier du prêt. Cela fait que le capital dans un pays, finit par se concentrer aux mains d'une minorité.

Le système économique islamique a remédié à la mauvaise allocation des richesses, en reconnaissant le principe de la répartition de l'argent entre les individus et sa rotation entre eux. Ainsi, l'une des sources de l'argent en islam et qui fut le butin se devait d'être répartie parmi tous les individus et il fut strictement interdit qu'elle se concentre chez les fortunés. Il faut qu'il y ait rotation. Dieu Tout Grand dit « Le butin provenant [des biens] des habitants des cités, qu'Allah a accordé sans combat à Son Messenger, appartient à Allah, au Messenger, aux proches parents, aux orphelins, aux pauvres et au voyageur en détresse, afin que cela ne circule pas parmi les seuls riches d'entre vous. Prenez ce que le Messenger vous donne; et ce qu'il vous interdit, abstenez-vous en; et craignez Allah car Allah est dur en punition »²⁰⁵.

Parmi les effets négatifs du recours au riba, le gaspillage des ressources économiques, qui est noté quand l'argent prêté n'est pas canalisé vers des activités et projets utiles pour les individus. Cet argent pourrait être détourné à des fins et projets indésirables pour la société à l'image des casinos qui incitent à l'aventure, au pari et aux abus, ce qui entraîne le gaspillage des ressources économiques.

²⁰⁴ Sourat « Al Baqara » (la vache), verset 275

²⁰⁵ Sourat Al Hashr, verset 7

Le système économique islamique s'est opposé à ce gaspillage. En effet, dans le cadre de ce système, l'argent ne peut être prêté si sa destination n'est pas connue. Cela s'applique aussi aux banques islamiques. En effet, si ces banques participent à une opération d'importation, par exemple, il y a de l'argent concret qui est mis et non un crédit créé. La banque se doit de fournir au marché les marchandises, et quand elles sont vendues, la banque islamique récupère son argent avec un gain, de sorte que le résultat est supérieur à la mise du départ. C'est là que réside la différence entre le riba et le gain. L'augmentation dans la vente et le commerce implique une contrepartie, à savoir la fourniture de la marchandise, alors que l'augmentation dans le riba est la rémunération du fait du rééchelonnement.

De plus, l'augmentation dans la vente ou le commerce se fait suite à un échange tangible entre deux choses à destinations et utilités différentes. D'où, l'augmentation correspond à une utilité réelle. De l'autre côté, dans le prêt, il n'y a pas de contrepartie tangible réelle différente, et vu que la contrepartie est de même nature, il faut que le remboursement soit du même montant sans augmentation, ni diminution. Toute augmentation n'a pas de contrepartie qui lui corresponde.

Il est à signaler que parmi les différences entre le riba et le gain, est que le gain suite à la vente d'un objet est attribué ou reçu une seule fois, même si l'objet en soi reste consommable, utile pour une durée de temps. Par contre, dans le cas du riba, le prêt est consommé en une fois, alors que le riba continue dans cycle ininterrompu²⁰⁶.

De plus, l'un des impacts des transactions basées sur le riba est l'affaiblissement de la croissance économique. Les économistes affirment à juste titre que l'argent ne produit pas de l'argent, mais il faut investir cet argent dans l'ensemble des activités économiques légales, de sorte à générer au final, des biens et des services, qui interagissent avec d'autres facteurs pour réaliser la croissance et le

²⁰⁶ Abedl Majid Abdallah Diya « le ribâ et ses impacts économiques », article publié, pages 4-7, Université Al Zarqaa al Ahliya, Jordanie, 2010

développement. On trouve d'un autre côté, que le système économique islamique, est fondé sur une logique participative dans la croissance et sa réalisation, et le financement des projets productifs par un système d'association sur la base de la règle « celui qui bénéficie du gain, doit aussi subir la perte ». En effet, les formules islamiques citées dans le fikh islamique, comme Modaraba, Mousharaka, Istisna, Salam, ou encore Mourabaha, se distinguent en interagissant avec un actif sous-jacent, les marchandises, pour générer un ensemble d'activités économiques employant le plus grand nombre des facteurs de production, dont le facteur travail, aidant à la résolution du problème du chômage, de la pauvreté et assurant la sécurité économique. Ainsi, le riba et le gain n'ont ni la même appellation, ni la même signification, et encore moins le même résultat²⁰⁷.

Une autre conséquence négative du riba est l'inflation, c'est-à-dire que l'augmentation dans la quantité d'argent circulant entraîne une augmentation des prix. Ce phénomène se manifeste par la diminution du pouvoir d'achat de l'argent emprunté ou par l'augmentation des prix. De ce fait, une augmentation de l'offre de monnaie sur le marché est due à l'usage excessif du riba, ou du prêt avec intérêt, ce qui engendre une hausse des prix. Et l'une des raisons de l'inflation, l'augmentation du coût de l'intérêt qui entraîne à son tour l'augmentation des prix.

Il est indéniable que l'inflation est l'une des problématiques majeures auxquelles fait face l'économie, en plus du chômage, constituant une conséquence négative du recours au riba. Sont alors notés ; des taux de chômage croissants, ainsi qu'une inflation croissante. L'augmentation des prix sans une augmentation proportionnelle adéquate dans les salaires entraînerait une baisse de la demande, et donc une baisse de l'investissement et de la production, et conduisant ainsi à des taux de chômage davantage croissants²⁰⁸.

²⁰⁷ Mahmoud Al Sayed El Feki « Signification du gain en fikh islamique », page 42, Mémoire de Master, Université Al Azhar

²⁰⁸ Abedl Majid Abdallah Diya « le ribâ et ses impacts économiques », op.cit, pages 11-13

Cela confirme au final, que le système basé sur les intérêts usuraires a montré son incapacité à traiter les problèmes économiques que le système économique islamique est arrivé à traiter avec une méthodologie scientifique qui mérite qu'on lui accorde la plus grande attention.

Section 2 : La qualification jurisprudentielle des services bancaires islamiques contemporains : La carte de crédit comme exemple

Les chercheurs se sont intéressés à la question de la qualification charaïque de ces cartes quant à leur interdiction ou leur autorisation. L'idée est de permettre les transactions nouvelles tant qu'elles n'impliquent pas ou ne servent pas l'autorisation d'un interdit ou l'interdiction d'un permis. Les pratiques religieuses sont quant se doivent d'être respectées et appliquées, et on ne peut innover dans les questions qui émanent du législateur divin.

En se basant sur les conclusions de la jurisprudence islamique relatives aux transactions bancaires financières diverses, tout ce qui revêt la forme d'une rémunération est autorisé et ne relève pas du riba ou de l'usure, tant que sa valeur n'est pas excessive, car dans ce cas, il s'agit d'une forme implicite de riba.

D'où l'intérêt accordé par les chercheurs contemporains pour la connaissance de la position de la charia pour chacun des types de ces cartes de crédit, avec une analyse charaïque des revenus découlant de l'usage de ces cartes. Aussi, traiterons-nous dans cette section de la Définition de la carte de crédit et ses types (I) et de l'évolution charaïque des cartes de crédit et la qualification de la jurisprudence islamique contemporaine de ses services bancaires (II)

-I- Définition de la carte de crédit et ses types

I-1 : Définition des cartes de crédit

I-1-1 Définition linguistique, technique et économique de la carte de crédit

a- Définition de la carte de crédit dans la langue :

La décomposition de cette expression en deux termes « carte » et « crédit » afin d'en cerner la signification, par référence surtout à la langue arabe, nous conduit à la définition linguistique suivante :

- Le terme *carte* dans la langue :

La carte fait référence au petit billet sur lequel est indiquée la valeur d'une chose ou son poids²⁰⁹.

- Le terme *crédit* dans la langue :

L'équivalent du terme crédit en arabe est « al e'timan » et la signification première est celle de confiance. On dit en arabe : « e'tamana » quelqu'un c'est-à-dire, lui a fait confiance, « e'tamana » quelqu'un sur quelque chose, c'est-à-dire il en a fait le gardien, il lui a fait confiance pour la garder²¹⁰. Et on dit : « emina » c'est-à-dire il a fait confiance et « al emen » c'est-à-dire la confiance²¹¹.

Rattacher la confiance « al e'timan » à la carte pour désigner cette dernière est une appellation courante qui puise ses racines dans la langue arabe. L'idée est celle de désigner une chose par ce qui la qualifie ou la raison de sa qualification. Le terme

²⁰⁹ Voir Ibn Mandhour « Lisan el Arab (La langue des arabes) », matière « bataka (carte) », Maison Sadir, Beyrouth, Liban

²¹⁰ Dr Ibrahim Anis en collaboration avec le groupement de la langue arabe en Egypte « Le dictionnaire abrégé », édition 1991, volume 1, page 26

²¹¹ Ibn Mandhour « Lisan el Arab (La langue des arabes) », matière « emina »

« al e'timan » fut même cité dans le coran, où Dieu Tout Grand dit en évoquant le prêt : «que celui à qui on a confié quelque chose la restitue »²¹². Celui à qui on a confié quelque chose désigne sans doute l'emprunteur. Il fut désigné dans ces termes par pure allégorie, l'emprunteur étant par définition une personne digne de confiance. Al Razi ainsi que Al Zamakhchari, en faisant référence à ce verset, avaient dit qu'il fallait «inciter l'emprunteur à être à la hauteur de ce que pense le prêteur de lui et à la hauteur de sa confiance de sorte à ce qu'il rembourse ce qui lui a été confié »²¹³.

- Définition de l'expression « *carte de crédit* » :

De ce qui précède, nous pouvons dire que l'expression comporte le sens de confiance en langue arabe. Cela étant, ce terme n'est pas valable dans sa référence à la transaction financière. En effet, certains novateurs en jurisprudence islamique sont arrivés à montrer que les économistes banquiers, en présentant ces cartes, sous l'appellation « cartes de crédit » aussi bien dans les recherches scientifiques que dans les campagnes de promotion, induisent les gens en erreur. Les chercheurs se sont appuyés sur des arguments logiques dont les plus importants :

- par référence au dictionnaire « Oxford » pour la définition de la carte de crédit (credit cards) dans la langue anglaise, il ressort que « c'est la carte émise par une banque ou autre, permettant à son détenteur de satisfaire ses besoins à crédit (on-credit) ». Le gouvernement fédéral américain ainsi que le gouvernement anglais avaient expliqué ce que signifie le terme crédit (credit) dans les domaines ; économique et commercial. La loi britannique de 1979 avait souligné que le terme crédit est employé pour signifier paiement et ne renvoie pas à l'idée d'avance sur la valeur des achats, ce qui veut dire que ce terme dans le cadre économique et commercial signifie les transactions à crédit

²¹² Sourat Al Baqara (la vache), verset 283

²¹³ Dr. Nazih Kamal Hamed « Les cartes de crédit non couvertes », recherche présentée au groupement de jurisprudence islamique, 12^e session, page 2, 1999

- Le terme « al e'timan » reste une appellation non adéquate et ne reflétant pas une description fidèle de l'action, voire inexistante dans la charia et peu logique pour qualifier le contrat, vu que ce terme ne traduit pas les implications de la carte et est en discordance par rapport à sa signification d'origine en arabe avant traduction. La faute et la confusion persistent dans les travaux scientifiques et économiques qui désignent toutes sortes de cartes sous l'appellation « bitaqat e'timan » (cartes de crédit) alors qu'il apparaît clairement que le prêt ou le crédit n'est pas réalisé pour certaines cartes telles les cartes de retrait directement du compte (carte de retrait)²¹⁴.

- Le terme économique arabe « al e'timan » fut volontairement utilisé au lieu du terme « Quardh » (prêt) pourtant plus significatif quant à la vraie nature de la carte, et cela n'est pas justifié.

- Le terme se doit de refléter les sens et significations que la langue dans laquelle il est utilisé, lui confère. De ce fait l'usage du terme « Quardh » (prêt) est plus approprié pour expliciter la réalité de ces cartes clairement non conformes à la charia, au lieu de détourner les regards et les esprits des musulmans des implications des prêts et de leurs conséquences dans la charia ainsi que de leurs méfaits générés par les intérêts²¹⁵.

b- Définition technique de la carte de crédit

La définition linguistique du terme « carte » renverrait à une illustration acceptable de la carte que nous connaissons aujourd'hui ; la carte plastifiée fabriquée à partir de matériaux spéciaux non inflammables « polychlorure de vinyle et ses dimensions selon les normes internationales sont les suivantes : (8,6 cm ; 5,4 cm et

²¹⁴ Voir : Gnienlnaha Modeste OUATTARA : « Le banquier et la modernisation des systèmes de paiement, le cas de la carte bancaire », Université Catholique d'Afrique de L'Ouest/Unité Universitaire d'Abidjan (UCAO/UUA) - MASTER 1 Droit des affaires 2010, disponible à http://www.memoireonline.com/01/12/5049/m_Le-banquier-et-la-modernisation-des-systemes-de-paiement-le-cas-de-la-carte-bancaire5.html

²¹⁵ A.D.Abdul Wahab Abou Salman, op.cit, pp 21-24, D. Mandhour Al Azhari, op.cit, p 25

épaisseur de 0,8 cm) »²¹⁶. Cette carte a une forme rectangulaire distinctive et il est marqué sur l'une des faces (au recto de la carte) –avec des inscriptions en relief en général, mais il est possible qu'elles ne le soient pas- le numéro de la carte, la date d'expiration, le nom de son titulaire, celui de la compagnie internationale émettrice et son logo international ainsi que celui de la banque ou celui de l'institution financière émettrice.

Au verso, figurent un panneau d'informations électromagnétique noir avec en dessus la mention que la carte appartient à la banque ou à l'institution financière émettrice en précisant son adresse. Après ce panneau, il y a un panneau en papier de couleur blanche réservé à la signature du titulaire de la carte. La carte peut comporter la photo de son détenteur et sa signature s'il désire mettre sa photo sur le recto de la carte²¹⁷. La carte pourvue de « microprocesseur » contient probablement plusieurs informations confidentielles relatives à la carte et à son titulaire²¹⁸, et elle confère à ce dernier le retrait de sommes monétaires des distributeurs ou machines réservés à cette fin. Certaines machines peuvent même permettre des transactions de dépôts monétaires au moyen de ces cartes magnétiques. Elles peuvent encore être présentées en guise de cartes de fidélité aussi bien pour les biens que les services, et enfin elles peuvent être des cartes de crédits.

Il y a lieu de dire que la carte, pour ce qui relève de la description technique, couvre toutes sortes de cartes magnétiques, du fait que toutes partagent la majorité des caractéristiques techniques qui les définissent.

²¹⁶ D. Mandhour Al Azhari, op.cit, p 16

²¹⁷ D. Abdel Hamid Mahmoud Al Baali (Les cartes de crédit bancaires: « illustration technique et explication jurisprudentielle », étude analytique comparative), Librairie Wahba, le Caire, 2004, p 6)

²¹⁸ D. Mohammad Bilwali « Etude relative aux cartes bancaires », 2^{ème} session du conseil du groupe de jurisprudence islamique, 1999, page 2

Il est à signaler que certaines institutions émettrices accordent certains avantages à leurs clients. La société américaine « Dinersclub » par exemple offre à ses clients une assurance pour les voyages aériens d'un montant de cent mille dollars américains. De plus, le client profite de certaines offres spéciales « réduction » dans les grands espaces commerciaux, sachant que les frais d'adhésion et d'inscription pour ces cartes sont dérisoires. Les commerçants profitent des garanties de paiement assurées par les émetteurs de la carte, évitant ainsi les risques des chèques sans provisions²¹⁹.

c- Définition économique de la carte de crédit

La carte de crédit fut définie en économie de manière qui renvoie à l'idée d'emprunter de la banque avec une échéance accordée du prêteur à l'emprunteur pour rembourser sa dette à terme plus un intérêt. De ce fait, « al e'timan », terme en arabe traduit par « crédit » renvoie dans le sens économique aux intérêts usuraires. L'un des chercheurs l'avait ainsi défini en avançant que « la carte de crédit signifie l'octroi d'un prêt que le consommateur peut utiliser pour acheter ce dont il a besoin, et qui est remboursé ultérieurement. Si le consommateur ne désire pas rembourser la totalité du montant de ses achats en un mois, il lui est permis de remettre le paiement d'une partie ou de toute la somme au mois suivant, ce qui implique dans ce cas le paiement d'intérêts correspondant au prêt »²²⁰.

Un autre chercheur l'avait définie en ces termes : « une carte de paiement utilisée comme instrument de fidélité et de crédit. Elle permet à son détenteur de se procurer des biens et des services dès sa présentation, et de payer à terme la valeur de ces biens et services à la banque émettrice de la carte. Le titulaire de cette dernière peut payer la totalité du montant qui apparaît dans le relevé mensuel ou

²¹⁹ Nidhal Barham, op.cit, p 87

²²⁰ D. Khaled Al Rawi « Les opérations bancaires extérieures ». Dar el Manehej, la Jordanie, Oman, 1ère édition, 2000, p 30

payer une partie au terme de la période de grâce, et cela dépend de l'accord conclu entre la banque et le titulaire de la carte²²¹.

Un autre chercheur économiste a présenté la carte comme étant « un instrument bancaire pour honorer ses engagements, accepté à grande échelle locale et internationale par les particuliers, les commerçants et les banques, en substitut à l'argent liquide, en vue de payer la valeur des biens et services offerts au titulaire de la carte qui signe pour le commerçant, en contrepartie, un reçu de la valeur de son engagement né de l'achat du bien ou du service. Le commerçant récupère cette valeur auprès de la banque émettrice de la carte via la banque qui lui a permis d'accepter la carte comme moyen de paiement. L'opération de compensation entre les banques et les diverses parties est désignée par le « système de paiement électronique » qui est réalisé par l'organisation internationale sponsor des cartes²²²».

On peut dire que le système économique bancaire adopte l'idée de prêt qui a lieu entre la banque émettrice de la carte de crédit, le titulaire de cette dernière et le commerçant. C'est pour cette raison que « al e'timan » fut défini comme étant « l'échange d'une valeur présente contre une valeur future » à l'image du prêteur qui donne à l'emprunteur une somme d'argent. Ainsi, il procède à l'échange d'une valeur présente en espérant obtenir une valeur future au moment du remboursement du prêt à l'échéance future convenue²²³.

Cette définition générale de « al e'timan » concorde probablement avec les diverses formules d'investissement, notamment pour ce qui est de l'idée de *salam* telle que stipulée dans la jurisprudence islamique et selon laquelle il y a vente (et

²²¹ D. Houda Chokri, étude publiée : « Introduction aux opérations bancaires extérieures » étude présentée à l'institut bancaire, le Caire, 1999, p 30

²²² Attiya Salem, document de travail intitulé « Les cartes de paiement électroniques et leur importance à l'ère moderne », p 21, Institut des études bancaires, Egypte, le Caire, 1998

²²³ D. Abdel Moota Ridha Rachid et Mahfoudh Ahmad Jaouda : « La direction de « al e'timan » », p 31, Editions: Dar Wael, 1ère édition, Oman, 1999

donc paiement) avec livraison différée de la marchandise. Cela étant, cette définition renvoie au « e'timan » dans son sens général qui englobe la carte de crédit et autres.

Par ailleurs, certains chercheurs persistent à soutenir l'idée de la concomitance entre les intérêts et « al e'timan » dans son sens général (celui de crédit) à l'image de l'un des économistes qui définit « al e'timan » comme étant « l'échange d'une valeur présente en contrepartie de la promesse d'une valeur future qui lui est égale, et il se peut que cette valeur soit majorée d'une autre somme appelée intérêt et payée par celui qui promet la valeur future à celui qui lui a cédé la valeur présente. Cet intérêt est le prix de cession de la valeur présente ... c'est le fait que le prêteur ait consenti de différer le remboursement qui résulte au final en une opération de « e'timan », et « al e'timan » et la dette sont une même chose »²²⁴.

A notre sens, « al e'timan » dans sa définition générale ne relève pas du prêt usuraire et la vision islamique pourrait attribuer un caractère particulier à cette transaction qui a lieu entre la banque qui octroie « al e'timan » et le client. Ainsi, il y a lieu de dire que : la carte de « e'timan »²²⁵ ou de crédit pourrait à son tour être perçue comme la marque de confiance accordée par la banque ou par l'institution financière à son titulaire, et de ce fait l'appellation devient acceptable –comme il sera explicité ultérieurement-. Un autre chercheur appuie cette idée en définissant « al e'timan » comme étant : « la confiance accordée par la banque islamique à son

²²⁴ D. Abdallah Al Saïdi « Monnaie et banques », volume 1, Editions Al Bayan Al Tijariya, Emirats Arabes Unis, Dubai, 1^{ère} édition, 1994, p 99

²²⁵ Rappelons à ce stade que le terme « al e'timan » dans sa langue d'origine renvoie à l'idée de confiance et non de crédit, d'où la confusion susceptible de naître du fait de la différence entre l'appellation et la pratique qui implique l'application d'intérêt suite à l'octroi de crédit

partenaire, en lui accordant un montant donné à des conditions données en contrepartie d'un revenu monétaire convenu entre les deux parties »²²⁶.

I-1-2 La définition juridique et jurisprudentielle islamique de la carte de crédit

a- Définition juridique de la carte de crédit

La jurisprudence a étayé les contours de cette transaction financière nouvelle, et étant donné la nouveauté de cette transaction, plusieurs positions et opinions furent avancées et convergent au final vers des interprétations proches des caractéristiques principales de cette transaction et de sa nature. Selon les définitions des chercheurs, la carte de crédit est « un document émis par une institution financière qui s'engage ainsi à payer la valeur des achats de son titulaire selon les termes convenus au préalable avec ce dernier. Ensuite, l'émetteur se réfère à cette même carte pour prélever le montant dans les délais impartis au client, le cas échéant la banque prélève des intérêts précisés si le client dépasse les délais de paiement »²²⁷.

Il est à noter que cette définition est relativement longue mais a toutefois le mérite de ne pas mélanger entre les cartes de crédits et les autres types de cartes électromagnétiques.

D'autres chercheurs l'avaient définie comme étant : « une carte offrant sur la base d'un contrat spécifique entre l'une des instances financières facilitant le crédit et une autre personne, et d'après ce contrat l'instance donne lieu à la naissance d'une créance d'un montant précisé d'argent. Si le titulaire de la carte veut acheter des marchandises ou s'offrir un service auprès de prestataires approuvés par l'instance émettrice, il présente sa carte automatique et son émetteur se charge de régulariser

²²⁶ D. Abdel Fattah Mohammad Farah « « al e'timan » dans le système bancaire », recherche présentée au congrès « Rôle des institutions bancaires islamiques dans l'investissement et la croissance » Université des Emirats, Faculté de la Charia et des études islamiques, 2002, p 1

²²⁷ D. Mohammad Tawfik Saoudi « Les cartes de crédit et les fondements juridiques des rapports générés par leur utilisation », p 21, Editions ; Dar Amine. 2001

l'opération en récupérant ultérieurement la somme auprès du détenteur de la carte, selon les conditions de l'accord de créance »²²⁸.

Il est encore à noter que cette définition est relativement longue et n'explicite pas les parties prenant part à l'opération au moyen de cartes de crédit, et sans différencier ces dernières des autres cartes magnétiques.

D'autres l'ont encore définie comme étant : « une carte rectangulaire en plastique, portant le nom de la société émettrice et son logo, la signature de son détenteur, le numéro de la carte, le nom de son titulaire et le numéro de son compte ainsi que la date d'expiration de la carte. Le porteur de la carte peut retirer de l'argent des distributeurs automatiques bancaires, comme il peut disposer de biens et de services sans avoir à les payer immédiatement »²²⁹. Cette définition ne différencie pas les cartes de crédit des autres cartes similaires.

Encore, la carte de crédit fut-elle définie comme « des cartes de forme rectangulaire en plastique, portant le nom de la société émettrice et son logo, la signature de son détenteur de manière explicite sur le recto de la carte, le numéro de la carte, le nom de son titulaire et le numéro de son compte ainsi que la date d'expiration de la carte. Le porteur de la carte peut retirer de l'argent des distributeurs automatiques destinés à cette fin, comme il peut présenter la carte comme moyen de paiement des biens et des services ou encore s'en servir en tant qu'instrument de crédit »²³⁰.

Il ressort de ce qui précède une définition globale des cartes magnétiques sans spécification des cartes de crédit. De plus, cette définition s'attarde sur une caractérisation technique desdites cartes.

²²⁸ D. Omar Salem « La protection pénale des cartes de fidélité » p 12, Dar Al Nahdha Al Arabiya, 1^{ère} édition, 1995

²²⁹ D. Jamil Abd Al Baki Al Saghir: "La protection pénale et civile des cartes de crédit magnétiques ; étude appliquée dans la jurisprudence française et égyptienne », p 10, Dar Al Nahdha Al Arabiya, Egypte, le Caire, 2003

²³⁰ Nidhal Barham, op.cit, p 86

D'autres l'ont encore présentée comme étant : « Une exécution du contrat selon lequel l'émetteur de la carte s'engage à accorder un crédit d'un montant donné au profit de la personne titulaire de la carte, et qui lui permet de payer ses achats auprès des commerces liés eux-mêmes avec l'émetteur par un contrat les engageant à accepter les cartes présentées et à approvisionner les détenteurs de la carte provenant de l'émetteur en question, et ce à condition que les régularisations finales aient lieu à la fin de chaque période »²³¹.

Cette définition ne fait pas la distinction entre les cartes de crédit et les autres types de cartes similaires à l'image des cartes de fidélité, d'autant plus que les régularisations finales ne sont pas une obligation pour qu'elles aient lieu à la fin de chaque période. Elles peuvent se faire après chaque opération effectuée par le titulaire de la carte.

C'est pour cette raison, que d'autres l'avaient encore présentée comme « une carte en plastique ou en papier fabriquée en une matière difficile à déformer ou détruire, émise par une instance (banque ou société d'investissement), portant le nom du client qui en bénéficie et son numéro de compte. Le titulaire de la carte la présente au commerçant en guise de paiement de ses achats. Le commerçant récupère le montant des achats auprès de l'émetteur et qui à son tour récupère le montant de chez le bénéficiaire »²³².

Cette définition serait celle qui présente le mieux la carte de crédit, mais sa longueur lui fait perdre l'avantage d'avoir distingué la carte de crédit des autres cartes similaires.

D'autres l'ont encore définie comme étant « un bon nominatif permettant à son bénéficiaire de se procurer les biens et les services auprès de certaines sociétés en

²³¹ D. Fayez Naïm Radhouan « les cartes de fidélité », p.8, Dar Al Nahdha Al Arabiya, le Caire, Egypte, 1992

²³² D. Ali Jamel Aouadh « Les opérations bancaires d'un point de vue juridique », p. 663, Librairie Hommes de Droits, Egypte, 1989

particulier, définies par la banque qui s'engage à rembourser à condition de pouvoir elle-même récupérer le montant qu'elle paye auprès du détenteur du bon, selon des conditions convenues dans le contrat liant les deux parties »²³³.

Cette définition néglige le rôle du commerçant lors de la réalisation de l'opération financière effectuée par le titulaire de la carte auprès de lui.

Proche de cette définition, notons une autre définition qui indique que la carte de crédit est « comme un compte courant qui octroie des crédits à son titulaire et lui permet de s'en servir pour l'achat de biens et de services, en les payant ultérieurement. Si le client ne désirait pas rembourser la totalité de son crédit auprès de la banque, cette dernière lui permet de reporter tout ou partie de la somme due au mois suivant, et ainsi de suite »²³⁴.

Cette définition, comme celle qui précède, manque de préciser la partie centrale dans cette relation, à savoir le commerçant. De plus, cette définition, ne distingue pas la carte de crédit des autres cartes similaires.

D'autres l'avaient encore décrite comme « un instrument nouveau et moderne de paiement et de retrait, utilisé dans un environnement électronique, et qui a pour fonction la rotation de la monnaie usuelle entre les comptes des parties qui s'en servent et ce à travers les réseaux d'ordinateurs, en offrant à ces parties maints avantages, selon la nature de la carte, sa valeur et la durée de validité, selon le contrat conclu »²³⁵.

Il est à remarquer que cette définition considère que la carte est une innovation, un moyen nouveau et non un substitut à la monnaie usuelle. Cependant, en réalité, c'est en effet un substitut à la monnaie usuelle. C'est pour cette raison que certains

²³³ D. Mokhtar Ahmad Brihi « Responsabilité de la banque lors de la demande d'octroi de crédit », Dar Al Fikr Al Arabi, le Caire, 1986, p.469

²³⁴ Imed Ali Al Khalil « Protection pénale des cartes de fidélité », Dar Wael, Jordanie, Oman, p.9

²³⁵ D.Iheb Faouzi Al Saka « Protection pénale et sécuritaire des cartes de crédit », p.9, Maison de la Nouvelle Université, Alexandrie, 2007

chercheurs l'avaient dès lors présentée comme étant « un engagement de la part des banques commerciales de payer un montant donné de la monnaie en vigueur qui traduit la pouvoir et la volonté du pays et qui peut être utilisée pour honorer les engagements, comme elle oblige le prêteur à l'accepter en remboursement de sa créance et acquitte l'emprunteur dès qu'il en fait paiement. Cet engagement naît suite à un dépôt réel de monnaie légale »²³⁶.

Il est à souligner que cette définition restreint l'usage de la carte aux banques émettrices, ce qui n'est pas une condition toujours vraie. Il est possible, en effet, que l'émetteur soit une société d'investissement, d'autant plus que la carte de crédit en particulier est à caractère international et n'est pas censée traduire ou refléter le pouvoir et la volonté du pays dans lequel se trouvent les banques ou institutions financières émettrices.

A ce stade, et après avoir exposé les diverses positions quant à la détermination d'une définition juridique de la carte de crédit, il y a lieu de dire que cette dernière est « une carte aux normes internationales émise par un organisme financier lié à la fois au commerçant et au titulaire de la carte, à qui elle permet le paiement de ses achats et le retrait de son argent selon des conditions convenues ».

b- Définition de la carte de crédit dans la jurisprudence islamique moderne :

L'effort d'interprétation continu est la règle principale permettant d'être en phase avec l'évolution effrénée de la technologie et de l'information. Sans effort d'adaptation et d'interprétation méthodologique et solide, l'idée que la charia et ses enseignements soient atemporels et valables en tout lieu et temps perd son sens. C'est dans cette logique qu'il fut nécessaire de considérer de près les transactions financières nouvelles. Le travail lors de sessions scientifiques spécialisées avait permis de présenter la définition et la réalité de ces cartes de

²³⁶ D. Mostafa Rochdi Chiha : « Monnaie, banque et assurance ». p.52, Dar Al Jamiâa lil Nachr, Alexandrie, 1999.

crédit²³⁷. La plupart des travaux présentés lors des congrès avaient traité cette réalité selon deux courants :

Premier courant : il n'y a pas de distinction entre la carte de crédit et les autres cartes magnétiques homologues, et en même temps, c'est le terme « etiman » en arabe qui fut mis en cause. L'usage de ce terme en arabe, faisant référence à la notion de confiance qui ne traduit pas l'idée de 'crédit', induit en erreur et la carte ne devrait pas ainsi avoir cette appellation²³⁸.

Deuxième courant : il n'y a pas de mal d'adopter cette appellation, et les différences entre les expressions utilisées ne posent pas de problème. En même temps, ce courant ne montre pas clairement les différences fondamentales distinguant la carte de crédit des cartes similaires.

Les partisans du premier courant ont de ce fait défini la carte de crédit comme étant « un instrument émis par une banque, un commerce ou une société permettant à son détenteur de se procurer de la liquidité, des marchandises, des services dont la valeur est prélevée de son compte, et c'est ce qu'on appelle (debit card) qui est un retrait direct du compte ; ou un prêt payé par la source de la carte, garantissant aux ayant droits le remboursement du par le titulaire de la carte. Ce dernier s'engage d'effectuer ce remboursement dans un délai donné et ce sans intérêt usuraire sur le prêt, ou alors avec intérêt s'il choisit de payer sur des tranches, et c'est ce qu'on appelle carte de crédit (« etiman » pour le terme arabe),

²³⁷ Gnienlnaha Modeste OUATTARA : « Le banquier et la modernisation des systèmes de paiement, le cas de la carte bancaire », Université Catholique d'Afrique de L'Ouest/Unité Universitaire d'Abidjan (UCAO/UUA) - MASTER 1 Droit des affaires 2010, disponible à http://www.memoireonline.com/01/12/5049/m_Le-banquier-et-la-modernisation-des-systemes-de-paiement-le-cas-de-la-carte-bancaire5.html

²³⁸ L'idée selon certains chercheurs contemporains en jurisprudence islamique, que le vice réside clairement dans cette appellation qui détourne les regards de la nation musulmane des règles de prêt et ses implications en termes d'intérêts usuraires. Il y a une volonté de taire la vraie signification et sens de cette transaction financière innovante. Voir A.D.Abdelwahab Abu Soulayman, op.cit. p.24

et ce tout en prélevant au commerçant une commission sur la valeur des ventes réalisées par la carte »²³⁹.

Cette définition est longue et non claire. En effet, la carte de crédit ne couvre pas le type cité par l'auteur et appelé « debit card » en anglais ou ce qui est appelé « carte de compte courant » qui renvoie sans doute à la transaction effectuée entre le titulaire de la carte –qui a déjà ouvert un compte bancaire courant- et le commerçant qui prélève la valeur de ce qu'il a vendu sur le compte de l'acheteur – titulaire de la carte- et ce par virement. Cette transaction entre ces deux agents (le détenteur de la carte et le commerçant) se base sur un virement d'argent du compte du titulaire de la carte au compte de la société du commerçant. De ce fait, il ne s'agit pas d'une opération de crédit où la banque émettrice joue le rôle essentiel de garant. Ce type de carte magnétique est dès un type à part entière.

D'autres l'avaient encore défini comme étant « un document émis par un organisme de crédit ou un organisme similaire, permettant à son détenteur l'achat de biens et de services auprès de ceux qui acceptent ce mode de paiement différé garanti par l'émetteur de la carte, comme elle permet de retirer de l'argent »²⁴⁰.

Cette définition limite les émetteurs de la carte de crédit aux sociétés offrant leurs services en guise de prêt. Il aurait mieux valu présenter ces sociétés selon la nature

²³⁹ D. Mandhour al Azhari, op.cit, p.23, d'après D. Abdelwahab abou Slimane, recherche publiée, « cartes de crédit financières », revue de la jurisprudence islamique, p.10, n°10, volume 3, Djeddah, 19974

Par référence au livre intitulé « cartes de crédit bancaires et retrait direct du compte, étude jurisprudentielle juridique économique analytique » du D. Abdelwahab abou Slimane, op.cit, page 67, on trouve que l'auteur aboutit à une autre définition de la carte de crédit qui serait « un accord entre un prêteur et un emprunteur, qui permet à son détenteur d'acquérir les marchandises et services qu'il désire dans la limite d'une somme convenue et même s'il ne l'a pas entre les mains », et l'auteur par cette définition explicite la finalité de la carte de crédit (ou carte de prêt) de manière assez claire et révélatrice de sa nature. Alors que la première définition, élaborée par D. Mandhour al Azhari dans son livre « la position de la charia islamique des cartes bancaires, étude économique, juridique charaïque », op.cit, p.23, d'après une définition du D. Abdelwahab abou Slimane, indique que l'auteur ne fait pas la distinction entre les cartes de crédit et les autres cartes dans sa définition, et la preuve est que le type de carte appelée « carte de débit » n'entre pas dans le champ des cartes de crédit.

²⁴⁰ D. Mohamed Belwali, op.cit, p.3

de la relation existant entre l'instance émettrice et les parties impliquées. Le commerçant n'est pas mis en avant. Or, il est sans doute un élément central dans le déroulement d'une telle transaction financière.

Par ailleurs, cette définition a fait du retrait d'argent l'une des principales fonctions de la carte de crédit. Cette opération peut, en effet, avoir lieu mais elle est déterminée par un plafond convenu à l'avance et non sans limite. C'est pour cette raison que certaines banques et institutions financières émettrices de ce type de carte de crédit délimitent les possibilités de profiter de la carte en fixant des points d'achat pour un montant donné du solde total disponible, et permettant de plus, le retrait de ce qui reste du solde total mis à disposition par l'instance émettrice.

En parallèle, le deuxième courant tend aussi à définir la carte de crédit comme étant « une sorte de contrat signé entre la source de la carte et son porteur où la source s'engage à payer le prix des achats du porteur ou les prestations de services dues et le titulaire de la carte s'engage pour sa part à rembourser la somme soit du même montant payé par la source soit d'un montant supérieur réglé en une seule fois ou sur des tranches »²⁴¹.

Cette définition fait apparaître certaines problématiques soulevées par la carte de crédit, comme le coût qui incombe au titulaire de la carte au profit de la banque émettrice. Il serait donc plus approprié de mieux préciser la définition afin qu'elle reflète la réalité de la carte de crédit et ses caractéristiques propres.

Par ailleurs, d'autres l'ont encore présentée comme étant : « l'un des instruments d'échange et de compensation dont le détenteur se sert pour se procurer de

²⁴¹ Cheikh Ali Andalib, Cheikh Mohamed Ali Taskhiri, recherché intitulée « Carte de crédit non couverte », recherche présentée au Groupement de Jurisprudence Islamique, 12^e Session, Jaddah, p.1, 1999

l'argent, de la marchandise ou des services selon un montant précisé dans le contrat conclu »²⁴².

Cette présentation ne distingue pas la carte de crédit des cartes magnétiques similaires. Il y a, en effet, d'autres types de cartes qui sont sujettes à ce même type de contrat. Les parties contractantes restent les piliers auxquels il faut faire référence dans toute définition de la carte de crédit.

Ainsi, d'autres avaient avancé que c'est « une sorte de document émis par une institution financière et qui l'engage à payer la valeur des achats du titulaire de la carte aux commerçants qui acceptent ce moyen de paiement d'après un accord préalable avec eux, et de revenir par la suite à son détenteur pour se faire rembourser la somme payée »²⁴³.

Il est à signaler que cette définition est probablement l'une des plus proches ayant clairement présenté les implications de la carte de crédit et l'ayant distinguée des cartes semblables, même si un manque subsiste quant à certains aspects. Le document en question émis par l'institution financière n'est pas étayé. De plus, il n'est pas fait mention que le titulaire de la carte peut également s'en servir pour le retrait d'argent des distributeurs destinés à cette fin.

De ce fait, le groupement de la jurisprudence islamique a abouti à la définition suivante : « la carte de crédit est un document remis par son émetteur à une personne physique ou morale, selon un contrat conclu entre eux, lui permettant l'achat de biens et de services auprès de ceux qui acceptent ce document, sans paiement immédiat. La source émettrice s'engage au paiement. Ce document peut, sous certaines formes, permettre le retrait d'argent des banques »²⁴⁴.

²⁴² Abdallah Ben Sliman Al Menif « La jurisprudence de la carte de crédit », communication au congrès Majamaa Alfikh Alislmi, Bahrain, 1998.

²⁴³ R. Mohamad Abdel Halim Omar « Les aspects charaiques, bancaires et comptables des cartes de crédit ». p.14, Editions : Itrak pour la publication et la distribution. 1997

²⁴⁴ Revue de jurisprudence islamique, p717. N° 7, Volume 1, 1992.

Cette définition, en dépit du choix méticuleux des termes, omet la caractérisation du document fourni par l'émetteur, de même qu'elle a omis l'un des acteurs essentiels de la transaction financière en question, à savoir le commerçant qui entretient des relations indépendantes aussi bien avec la source de la carte (banque ou institution financière) et la personne titulaire de la carte de crédit.

Au final, et après avoir exposé les diverses opinions et perceptions quant à la définition de la carte de crédit dans la jurisprudence islamique moderne, il y a lieu de dire que la carte de crédit est « un document spécifique tripartite, à contrats indépendants, permettant à son détenteur l'achat de biens – et le retrait d'argent – avec un engagement de la source émettrice de rembourser le commerçant selon des conditions convenues »

Il est à signaler que ce document émis par l'instance financière doit être distingué des autres instruments financiers, le cas échéant à quoi sert l'appellation de carte ! De plus, les parties prenantes à cette transaction financière doivent être précisées, afin que l'on puisse comprendre et distinguer la carte de crédit des cartes qui lui sont très similaires.

Nous souscrivons à la position quant à l'appellation de « carte de crédit ». Cependant, il faut faire la distinction entre la carte de crédit et les autres cartes qui peuvent prêter à confusion ; toute carte magnétique n'est pas une carte de crédit. Des différences fondamentales existent comme il a été mentionné. Ces différences seront traitées ultérieurement à part, au vu de leur importance.

Par ailleurs, les raisons qui nous ont poussé à opter et à admettre l'appellation « carte de crédit » se résument comme suit :

- La signification linguistique du terme « etiman » et qui implique son usage dans le sens de la confiance et de l'assurance. Dans ce sens Allah tout Grand dit « que

celui à qui on a confié quelque chose la restitue »²⁴⁵. C'est une métonymie qui permet de désigner la cause par son générateur. Al Zamakhchari avance dans son *Al-Kashshaaf*, exégèse du Coran, qu'il faut « inciter l'emprunteur à être à la hauteur de la confiance que lui accorde le prêteur, en lui rendant son dû qu'il a consenti à déposer chez lui sans exigence d'hypothèque »²⁴⁶.

- Le sens de confiance ou « etiman » dans la langue anglaise est reflété dans le terme « credit » venant du latin « Credo » et qui est composé de :

- « Card » qui signifie dans la langue Sanskrit, « la confiance »,

- « Do » qui signifie en latin « Mettre »,

D'où le sens « mettre sa confiance »²⁴⁷.

D'autres dictionnaires de langue ont expliqué que le mot « credit » signifie « la confiance qui rassurent les gens que telle personne est crédible ». L'auteur du dictionnaire ajoute que « c'est un engagement consenti par une banque envers quiconque qui lui demande l'octroi d'un montant donné d'argent et ce vu la confiance que la banque a en cette personne »²⁴⁸.

Des chercheurs contemporains en jurisprudence islamique pensent que le prêt est la forme la plus proche de ces cartes émises par les institutions financières²⁴⁹. De ce fait, le prêt ne va pas dans la même lignée des contrats de crédit au sens de confiance « etiman » et qui sont définis en *fikh* comme étant une déclaration de confiance du demandeur de la vente ou de l'achat dans les intentions de l'autre partie, et une demande de vente ou d'achat selon des termes et conditions d'usage.

²⁴⁵ Sourat Al Baqara, verset 283

²⁴⁶ Al Zamakhchari Abi Kacem Jar Allah Mahmoud Ben Omar Ben Mohamad "Explication du *Al-Kashshaaf* -exégèse du Coran-", vérification de Mohamad Abdessalam Chahin, volume 1/324, Maison des Livres Scientifiques, Beyrouth, Liban, 1^{ère} édition, 1995

²⁴⁷ D. Abdel Moti Rachid- Mahfoudh Jawdat, op.cit, p.31

²⁴⁸ D. Mohamad Ali El Kari « Cartes de crédit non couvertes », p.2, recherche présentée au Groupement de Jurisprudence Islamique, Session 12, Jaddah, 2000

²⁴⁹ A.D. Abdel Wahab Abou Soulayman, op.cit. p.25

Ce type de contrat en jurisprudence islamique ou fikh, a servi de base argumentaire à plusieurs chercheurs réfutant l'appellation de «carte de crédit ». Il pourrait cependant, être l'un des arguments de la validité de cette appellation pour ce qui est de l'aspect de la confiance accordée. La carte de crédit illustre, en effet, la confiance accordée par la banque émettrice ou l'institution financière émettrice de la carte au détenteur de cette dernière et qui lui permet l'achat de biens ou de services dont il aurait besoin auprès de commerçants, dans une limite précise, pouvant être illégalement dépassée. Même dans ce cas, la source émettrice est contrainte de préserver les droits du commerçant. De ce fait, les parties contractantes se servent de cet instrument dans une logique de confiance, qui certes, pourrait ne pas être respectée par l'un des acteurs.

Certains chercheurs avancent que l'appellation de carte de crédit (etiman) génère un vice évident illustré dans « le détournement des regards de la ouma des principes, fondements et implications du prêt et ses effets charaiques ainsi que ses inconvénients sociaux et économiques, du fait des majorations et commissions usuraires illicites, pour le moins qualifié comme « se substituant à une appellation explicite et admise de la charia dans le but de détourner les regards de la vraie implication et ce en usant d'appellations qui ne reflètent pas la réalité des faits »²⁵⁰.

Cela dit, il y a lieu de s'interroger où réside le vice dans l'utilisation de termes qui insisteraient sur le principe de base des relations financières à savoir la confiance accordée par la banque ou par l'institution financière émettrice de la carte de crédit à l'un de ses clients afin qu'il puisse acheter ce qu'il veut grâce à une garantie assurée par la banque émettrice au commerçant. En outre, aboutir à une forme conforme et convenable de contrat dépourvu d'intérêts usuraires n'empêche pas l'utilisation de l'appellation ; carte de crédit.

²⁵⁰ A.D. Abdelwahab abu Soulayman, op.cit., p.24

I-2 : les types de cartes magnétiques

Les cartes électroniques magnétiques représentent des séquences de données liées à des ordinateurs et renfermant une valeur monétaire. Elles peuvent être utilisées pour un paiement via internet et autres réseaux, comme elles peuvent être, utilisées pour le paiement dans les points de vente traditionnels (Point of sale-pos)²⁵¹, et on peut diviser ces cartes électroniques magnétiques en quatre types principaux :

I-2-1 Carte de retrait automatique et carte de débit

a- Carte de retrait automatique (ATM Bank Card) :

La carte de retrait automatique est la carte la plus populaire et la plus répandue dans le secteur bancaire et ce pour faciliter la vie aux clients de la banque ou de l'institution financière émettrice de la carte en mettant à leur disposition les sommes dont ils ont besoin à tout moment. En réalité, ce genre de carte a fait ses preuves à travers les services offerts par le secteur bancaire à ses clients via l'extension de réseaux permettant aux clients l'utilisation de tous les appareils de distribution automatique répandus dans le pays où le client réside.

²⁵¹ Plusieurs appellations renvoient à ces cartes électroniques dont les plus importantes : cartes bancaires, carte de change, carte de paiement électronique, monnaie électronique, etc. parmi les caractéristiques les plus marquantes, on note ce qui suit :

- ❖ Le virement de monnaie électronique (Electronic cash) via internet ou via les autres réseaux est moins onéreux que le recours aux systèmes bancaires traditionnels
- ❖ Il est possible de transférer de l'argent de et vers n'importe quelle région du monde, à n'importe quel moment, et ce grâce au recours à un outil rapide à savoir « internet » qui ne connaît pas de limites géographiques
- ❖ La monnaie électronique facilite amplement toutes les transactions bancaires en offrant de la flexibilité, et en épargnant de remplir les formulaires et de satisfaire les exigences imposées pour certaines procédures bancaires via le téléphone bancaire
- ❖ L'échange d'informations de coordination relatives à la carte en temps réel sans besoin d'intervention, ce qui accélère l'opération contrairement au cas où l'opération est conduite selon les procédures traditionnelles
- ❖ La monnaie électronique se distingue par sa grande sécurité du fait des appareils utilisés par les banques

Tout comme au Royaume d'Arabie Saoudite, ce genre de cartes bénéficie d'un succès non négligeable parmi les membres et les entreprises de la société. Plus encore, les efforts vont dans le sens de la généralisation de ce service parmi les étudiants des universités et des collèges qui reçoivent des bourses ainsi que parmi les bénéficiaires de la sécurité sociale et des œuvres caritatives dans les villes, circonscriptions et village du Royaume de l'Arabie Saoudite. Il est indéniable que ce type de carte facilite énormément les transactions financières qui posaient jusqu'à il n'y a pas longtemps, beaucoup de problèmes à plusieurs individus et entreprises dans le pays.

A travers ce genre de carte, le titulaire a le droit de retirer des sommes d'argent préfixées par la banque émettrice et cette opération s'effectue grâce à l'utilisation des distributeurs automatiques (retrait automatique). Cette carte est considérée comme un moyen sûr pour ses utilisateurs, et elle ne permet d'effectuer aucune opération qu'après identification de l'utilisateur qui doit fournir un code confidentiel qui lui est propre (personal identification) et qui représente sa signature²⁵². Dans une étape ultérieure, le client peut notamment effectuer des opérations qui vont au-delà du simple retrait d'argent, comme le paiement des contraventions et amendes, le paiement des factures (eau, électricité et téléphone), paiement des frais d'inscription aux examens relevant d'institutions étatiques.

Il ressort que cette carte est bien loin des cartes de crédit qui exigent une relation entre trois parties contractantes, alors que cette carte se base sur une seule relation contractuelle. De plus, la carte de retrait est émise pour tous types de comptes (compte courant, compte d'épargne et les comptes sous demande). Cela n'est pas possible dans le cadre de la carte de crédit, parce qu'elle ne peut être émise que dans le cas de compte courant. La carte de retrait se distingue par son utilisation pour le dépôt d'argent via les distributeurs automatiques réservés à cette fin.

²⁵² D Fayadh Al Koudhat : « La responsabilité de la banque découlant de l'usage de l'ordinateur comme instrument de fidélité » recherche présentée au congrès Le droit et l'ordinateur. Université des Emirats. 2000. Page 4

Avec le développement technologique des instruments bancaires, le distributeur automatique fut relié aux comptes des clients sur une ligne directe (online) afin de savoir la valeur des montants dans leurs comptes. Par ailleurs, l'une des caractéristiques de la carte de retrait automatique est qu'elle peut être utilisée 24h/24h²⁵³.

Une autre particularité avantageuse de ce type de carte est qu'elle fait le travail du trésorier et certaines tâches des fonctionnaires bancaires, ce qui contribue à alléger la saturation quotidienne aux guichets. En effet, le détenteur de la carte peut retirer de l'argent autant de fois qu'il le désire sans avoir à passer par les guichets. Il peut notamment, procéder à des virements de son compte à un autre compte lié à sa banque ou à l'institution émettrice de la carte de retrait²⁵⁴.

b- Carte « wafa » ou Carte de débit

La carte wafa est considérée comme étant le substitut principal au chèque. L'origine remonte au début de ce siècle aux Etats Unis. L'idée de ce type de carte magnétique se développa à tel point que sa valeur n'est plus à discuter entre autres

²⁵³ D. Ihab Saka, op.cit. p.24

²⁵⁴ « L'histoire des ATMS est née d'une rencontre entre le directeur de la compagnie londonienne Delarue et le directeur de la banque Barclays en 1965, où il a été convenu d'installer des ATM pour déboursier un montant de 10 livres sterling en un jour férié. La banque a demandé à la compagnie 75 appareils ou machines et la première machine fut installée dans l'une des agences de la banque Barclays à Enfield, près de Londres. Peu après, une autre fut installée en Suisse à la banque Union, ensuite la banque britannique West Fester a installé sa propre machine et qui fonctionnait grâce à une carte magnétique. En 1969, les Etats Unis ont adopté le système de transfert électronique d'argent –EFT- et le premier système fut la VISA suivi de Master Card et ce fut ultérieurement adopté par les banques. Ce système présente deux avantages attractifs pour les banques :

- Un service innovant pour les clients, leur permettant de s'approvisionner à des horaires non administratifs, le soir et pendant les jours fériés

- les machines ATM furent un substitut adéquat aux chèques et à moindre coût. Visa et Master Card sont dotés des plus grands réseaux de distributeurs agréés. City Bank disposait de 400 machines en 1990 via lesquelles 60 millions de transactions furent effectuées. Le nombre de cartes magnétiques était de 2 millions de cartes utilisées dans 80 milles machines, dont le nombre a augmenté pour atteindre en 1998 1.87.000 aux Etats Unis et dans le monde » D. Mandhour al Azhari, op.cit. p.56

moyens de paiements²⁵⁵. L'émission de cette carte fut effrénée jusqu'à ce que les banques aient émis une carte dont l'appellation s'arrêta à Master Card en remplacement de l'appellation ancienne « National Credit Card »²⁵⁶. Ainsi, la carte de débit est définie comme étant « un contrat selon lequel l'émetteur de la carte s'engage à ouvrir un dépôt d'une somme donnée au profit du détenteur de la carte et qui lui permet de payer ses achats auprès des commerces en relation avec la source émettrice via un contrat qui engage cette dernière à accepter d'honorer le montant des achats du titulaire de la carte, à condition qu'une régularisation finale ait lieu selon les termes précisés dans le contrat »²⁵⁷.

D'autres la définissent comme étant : « une carte qui permet à son détenteur le paiement du prix des marchandises et des services acquis auprès de certains commerces qui en acceptent l'usage, grâce à un contrat conclu avec l'institution financière émettrice. Et cette opération a lieu en transférant le montant des achats du compte du titulaire de la carte au compte de la boutique selon deux modes, le premier est appelé mode direct et le second mode indirect »²⁵⁸.

Certaines instances émettent ce type de cartes et se chargent du virement, du crédit des marchandises et des services acquis par le titulaire de la carte, de son compte auprès de l'instance financière au compte de la boutique et ce via deux sortes d'opérations bancaires :

Dans la première opération, le paiement est différé en ce sens que la boutique avec laquelle le titulaire de la carte traite, émet un reçu en papier comportant des données sur la marchandise et des données relatives à la carte du client et qui inclut son nom, sa signature, le numéro de la carte et sa date d'expiration.

²⁵⁵ D. Omar Salem, op.cit, p.10

²⁵⁶ D. Mohamed Kilani « les cartes de crédits », Revue des Banques, Jordanie, N°1, 2002, p.38

²⁵⁷ Nidhal Barham, op.cit., pp.91-92

²⁵⁸ D. Adnane ben Ibrahim Sarhan « la fidélité et le paiement électronique », étude présentée dans le cadre du congrès « Les affaires bancaires et électroniques entre la charia et la loi », Emirats, 2003, p.267

Le reçu est fait en plusieurs exemplaires ; le premier est signé par le détenteur de la carte et une copie est envoyée à l'instance financière émettrice pour qu'elle procède au règlement par prélèvement sur le compte du titulaire de la carte. Le montant à payer est en effet débité au compte du client et ce si l'émetteur est une banque. Ensuite, le commerçant récupère une copie qu'il garde, de même que le détenteur de la carte qui récupère une copie par précaution, à toute fin utile, et qui lui servirait en cas de problème²⁵⁹.

Dans la deuxième opération, qualifiée de directe, le détenteur de la carte présente sa carte à la personne en charge des règlements dans la boutique (caissier, guichetier) qui la fait passer dans un appareil afin d'en vérifier la validité et s'assurer qu'il y a le solde nécessaire pour effectuer la transaction. Cela est possible après que le client entre son numéro confidentiel dans l'appareil, ce qui implique qu'il permet ainsi à la banque de procéder au virement de son compte au compte du commerçant et le virement a directement lieu entre eux dans leurs banques respectives.

Cette carte représente une garantie suffisante pour les commerçants leur permettant de préserver leur droit et ce pour les deux types d'opérations susmentionnées²⁶⁰.

Certains chercheurs pensent que ce type de cartes magnétiques fait partie des cartes de crédit parce que son titulaire obtient un crédit durant la période où il y aura le virement de la banque au commerçant auprès de qui le client a effectué ses achats au moyen de la carte. Ce genre de carte suppose tout d'abord sur l'existence d'un solde suffisant au compte bancaire du détenteur de la carte avant d'accepter toute transaction dans ce genre.

²⁵⁹ D. Jamil Abdelbeki, op.cit., p.113

²⁶⁰ D. Abdel Fatah Hijazi « La lutte contre les crimes informatiques et sur internet en droit arabe pilote » p.560, Dar Al Fikr Al Jamiî, Alexandrie, 1^{ère} édition, 2006. Voir aussi, « Fayadh al Kudhat », op.cit, p4 et pages suivantes

La carte est considérée seulement comme étant une carte de débit (ou de paiement) et exige pour son émission que le client dispose d'un compte courant auprès de la banque émettrice où il dépose un montant au moins égal au maximum autorisé pour utiliser la carte. Lors des transactions, les montants sont prélevés du compte du titulaire de la carte et ce dernier peut dépasser le maximum permis et dans ce cas, une autorisation du service de crédit de la banque émettrice est requise, et une fois accordée le reste du montant est inscrit sur le système de la carte de crédit²⁶¹.

Nous pensons que ce type de cartes magnétiques est similaire aux autres cartes de crédit, parce que son titulaire obtient un crédit pour la période où il y aura le virement de la banque émettrice au commerçant auprès de qui le client a effectué ses achats au moyen de la carte. Cependant, la carte de débit se distingue des cartes de crédit par l'exigence de la banque émettrice quant à un compte courant auprès de la banque émettrice où il dépose un montant au moins égal au maximum autorisé pour utiliser la carte.

²⁶¹ D. Ihab Saka, op.cit, p.23-24, d'après Peter E. Sayet, credit card and the law on introduction, format publishing, Britain, first published, 1988. p.g.

I-2-2 Carte de garantie de chèque et carte de crédit

a- Carte de garantie de chèque

Les chèques sont considérés parmi les moyens de paiements les plus sujets à escroquerie et ce pour la facilité de falsification surtout de nos jours²⁶².

C'est pour cette raison que l'instance émettrice de ce type de cartes magnétiques s'engage en délivrant la carte à garantir le paiement des chèques émis par le titulaire.

Cette carte se distingue par le rôle qu'elle joue en rassurant les utilisateurs du chèque en tant que moyen de paiement au lieu de céder à la panique et à la réticence excessive du fait des dépassements qui tendent à devenir de plus en plus répandus. De ce fait, ces cartes représentent une source sûre pour les commerçants grâce à la garantie de remboursement des chèques émis, assurée par la banque. Les

²⁶² Les chèques ont, de nos jours, beaucoup évolué au point que certaines banques avaient lancé un type de chèques appelé « chèque électronique » et il est à signaler que « le chèque électronique est l'équivalent électronique des chèques traditionnels en papier et dont a l'habitude de se servir. Le chèque électronique est un message électronique documenté et sécurisé envoyé par l'émetteur du chèque à son récepteur (porteur) afin qu'il le présente à la banque qui travaille via internet. La banque procède dans un premier temps au transfert de la valeur monétaire du chèque au compte du porteur pour ensuite annuler le chèque et le rendre à son porteur (par voie électronique) en guise de preuve d'encaissement effectif. Le porteur du chèque peut s'en assurer par voie électronique ». Voir Mounir et Mamdouh Al Jinbihi « La signature électronique et sa valeur de preuve » Dar Al Fikr al Jamiî, Alexandrie, 2004, pp.13-21.

Par ailleurs, en plus de ces chèques électroniques, il y a un autre type appelé « bons électroniques » et qui sont « l'équivalent électronique des bons traditionnels en papier, habituellement utilisés, et le bon électronique est un message électronique documentée et sécurisée- Nous pensons que le terme 'sûre' est plus approprié- envoyé par la source du bon à son porteur afin qu'il le présente à la banque qui travaille via internet. La banque procède dans un premier temps au transfert de la valeur monétaire du bon au compte du porteur pour ensuite annuler le bon et le rendre à son porteur (par voie électronique) en guise de preuve d'encaissement effectif. Le porteur du bon peut s'en assurer par voie électronique ». Voir Mounir et Mamdouh Al Jinbihi « La signature électronique et sa valeur de preuve » Dar Al Fikr al Jamiî, Alexandrie, 2004, p12

commerçants se retrouvent souvent avec des chèques sans solde suffisant voire même sans solde dans les comptes de leurs clients ayant payé par chèque²⁶³.

Cette carte comporte le nom du titulaire de la carte, sa signature, son numéro de compte et le montant maximum qu'il s'engage à honorer. Lors de l'opération de paiement, le client présente sa carte au bénéficiaire et signe le chèque devant lui, et le bénéficiaire note le numéro de la carte sur le dos du chèque tout en s'assurant de la validité de la carte. Ainsi, la banque est dans l'obligation de payer le montant du chèque au bénéficiaire indépendamment de l'existence d'un solde suffisant couvrant la somme ou non. La banque ne peut, de ce fait, en aucun cas s'excuser auprès du bénéficiaire sous prétexte de solde insuffisant ou de défaillance du client.

A notre regard que la différence entre la carte de garantie de chèque et la carte de crédit réside dans ce qui suit :

- Disposer d'une carte de garantie de chèque permet au titulaire d'émettre des chèques à quiconque et ce contrairement à la carte de crédit qu'il ne peut utiliser qu'auprès des commerçants liés contractuellement avec la source émettrice de la carte
- En refusant le paiement sous prétexte que la somme dépasse le maximum autorisé et qu'il n'y a pas de solde suffisant, la banque encourt les mêmes risques que pour une émission de chèque sans solde. Cependant, pour la carte de crédit,

²⁶³ D Samiha Kaliyoubi « Les moyens de paiement modernes, les cartes plastiques », recherche présentée lors du congrès « L'actualité dans les opérations bancaires des points de vues légal et économique », volume 1 « L'actualité dans les techniques bancaires », Faculté de droit, Université de Beyrouth, 2003, p.68. D. Bilel Badoui « Banques électroniques ; nature, transactions et problèmes soulevés », recherche présentée lors du congrès « Opérations bancaires et électroniques entre la charia et la loi » Emirats, vol.5, pp.1957-1958. D. Abdel Fatah Hijazi, op.cit. p 558

l'émetteur procède au règlement de la somme dans la limite des montants autorisés et prélève tout supplément du compte du titulaire²⁶⁴.

Il est à souligner que les trois catégories précitées représentent les trois types principaux des cartes magnétiques²⁶⁵. Il y a cependant de multiples dérivés que certains chercheurs qualifient par habitude de carte de crédit, sans qu'elles n'aient de lien réel avec la carte de crédit.

Le chercheur pense qu'il est nécessaire de garder l'appellation « carte de crédit », appellation unanimement reconnue par les banquiers sans chercher d'autres appellations qui prêtent à confusion étant donné la diversité des types de cartes qui n'entrent pas forcément dans le champ de la carte de crédit, voire même qui s'y opposent.

Après avoir traité les genres similaires aux cartes de crédit, et être parvenu à l'idée que la carte de crédit est considérée comme un type à part de cartes magnétiques doté de caractéristiques et spécificités propres, que nous exposons dans ce qui suit avec plus de détail, afin que les contours définitifs de la carte de crédit soient arrêtés.

²⁶⁴ Nidhal Barham, op.cit. p90

²⁶⁵ Certains chercheurs –en jurisprudence islamique contemporaine et en droit positif- se sont étalés à proposer des définitions et des classifications des cartes, qui n'englobent pas forcément la carte de crédit. Les appellations octroyées aux cartes de crédit sont au nombre de trois :

1) Carte de bancaire mensuelle, 2) Carte de prélèvement mensuel, 3) carte de déduction mensuelle

Cette classification est faite selon l'usage, alors que la problématique ici est réside dans la distinction, il faut classer les cartes bancaires en :

1) carte de crédit, 2) carte de retrait automatique 3) carte de garantie de chèque, 4) carte wafa (de débit), et non l'inverse, en divisant les cartes de crédit en carte bancaire, etc...

De plus, certains ajustent l'appellation de certaines cartes qui ne relèvent pas des cartes de crédit à l'image des cartes de débit encore appelée carte de compte courant, et cette appellation « débit » fait référence à la partie gauche du compte courant. Voir D. Mandhour al Azhari, op.cit. p.51

Par ailleurs, nous estimons que l'appellation « carte de fidélité » au lieu de carte de débit est plus convenable partant du fait que la fidélité renvoie à l'engagement de rembourser la dette. Voir Al Sanhoury « L'intermédiaire dans l'explication du droit civil », vol3, Théorie de l'engagement, Dar Ihya Al Tourath Al Arabi, 1958, p.1637

b- La carte de crédit

Nous avons dans un premier temps défini de manière relativement détaillée, la carte de crédit, et il reste à signaler les catégories de cartes de crédit. Il est à noter qu'une pareille classification se fait par référence à deux considérations :

b-1 Première considération : Les organisations sponsors

- Organisation internationale (Visa) :

L'organisation s'occupe de l'émission de la carte de crédit au profit des instances financières accréditées à émettre la carte et ce selon des normes et conditions convenues dès le départ et dont principalement ²⁶⁶: l'engagement de l'instance financière émettrice à mettre le nom et le logo de l'organisation sur la carte et de faire des posters publicitaires et promotionnels à coller sur les distributeurs dans les boutiques commerciales. L'organisation s'occupe de l'émission de plusieurs sortes de carte en général, dont : la carte visa sous toutes ses formes (l'argent, la gold et la classique, l'électron, la commerciale, la visa plus, la visa cash, la carte de fidélité, la carte avenir).

Les qualités de ces types : si on observe les qualités de ces diverses formes de la carte, on trouve :

- La Visa Argent est la carte ordinaire pour le commun des gens qui disposent de modestes capacités financières. C'est une carte de crédit temporaire ou de paiement mensuel comme (Charge Card)
- La Visa « Classique, Commerciale et Plus » sont des catégories spéciales à destination des gens à capacité financière relativement importante. Il y a, par ailleurs, les cartes de retrait, à l'image de la carte Visa Cash et Visa Electron et la Visa Debit Card, et cette catégorie exige que le client dispose

²⁶⁶ Site web : Choosing and using credit cards.
<http://www.Qov/bcplconine/pubs/credit/choose.htm>.

en permanence d'un solde suffisant à la banque émettrice de la carte, et dont il se sert selon la limite de crédit qui lui est fixée

- La Visa Gold est pour sa part, la carte de l'élite et des clients distingués à fortes capacités financières, et qui sont en mesure de supporter les frais onéreux d'émission de cette carte. Elle est considérée comme un signe de statut social distingué, entre autres qualités... »²⁶⁷.

- Organisation internationale (Master Card)²⁶⁸ :

L'organisation Master Card est considérée comme étant la plus répandue après l'organisation Visa, du point de vue de la reconnaissance mondiale de sa portée et de sa place, et ce à travers les cartes de crédits qu'elle émet et qui sont de 3 natures :

- Carte Business Master Card et elle est émise au profit des hommes d'affaires
- La carte Gold
- La carte argent ou comme certains l'appellent la carte ordinaire

Il est à signaler que ces types émis par Master Card sont dotés des mêmes qualités que l'on retrouve dans les cartes émises par l'organisation internationale Visa

- L'Organisation (American Express Card):

L'organisation American Express Card s'est fait connaître suite à sa proposition du service direct (on-line) et indirect (off-line). Grâce à ce service, l'organisation assure un mode sécurisé protégeant ses clients de l'escroquerie que les cartes (platinum) encourent. Par platinum, sont désignées les cartes qui s'adressent aux hommes d'affaires parmi ses clients.

²⁶⁷ Centre international de Visa (Qulf Marketing Review, March, 1996 P.29.3), d'après D. Mandhour Al Azhari, op.cit, p.47

²⁶⁸ D. Mandhour Al Azhari, op.cit, p.49

Cette organisation contrôle l'une des plus grandes banques internationales « American Express » et elle est considérée comme la source des cartes de crédit internationales (Amex). « cette société bancaire supervise directement l'opération d'émission des cartes, sans donner de licences à aucune autre banque ou institution bancaire. Elle s'occupe également de la régularisation des situations en garantissant les droits des commerçants et des sociétés qui acceptent la carte et ce directement et au nom du détenteur de la carte. Elle n'oblige pas ce dernier à disposer d'un compte bancaire chez elle ou à l'une de ses agences. Elle se contente de connaître la capacité financière de ses clients, pour procéder à l'émission d'une carte de crédits selon des critères qui conviennent notamment à sa politique au profit de ceux jugés éligibles à ce service... »²⁶⁹.

L'organisation American Express se distingue en offrant à ses clients 3 sortes de cartes de crédit, avec en tête de liste la carte Gold, puis la carte Platine et la carte Verte connue pour son faible crédit²⁷⁰.

²⁶⁹ D. Abdel Wahab Abou Soulayman, op.cit.p.33

²⁷⁰ Le site officielle des cartes (American Express) expose les différentes qualités de ce type de cartes émises par l'organisation <http://www.Amex.com>, et parmi lesquelles (surtout en considérant les cartes Gold et Platine) :

- Offrir des facilités financières et des cadeaux promotionnels – ticket de voyage et de séjour dans de grands hôtels internationaux- et ce pour les abonnements à certains types de cartes American Express-comme offres d'encouragements- en plus des chèques touristiques couvrant les pays du monde
- Offrir diverses assurances pour plusieurs types de cartes comme dans le cas d'assurance contre les dangers et accidents de voyage, à raison de centaines de milliers de dollars
- La large couverture promotionnelle à travers les divers centres dans les capitales du monde et leurs villes commerciales
- Offrir des consultations juridiques et médicales aux clients abonnés en guise de service spécial et que l'organisation a pris l'habitude de dispenser à ses clients dans la plupart des pays du monde et ce à tout moment
- L'équilibre qu'offre l'organisation à ses clients en leur permettant de payer leurs dépenses en fonction de leur consommation partielle du crédit mis à leur disposition
- Epargner aux clients les frais d'émission et d'abonnement annuel aux cartes privilégiées (Platine) réservées aux hommes d'affaires et aux individus financièrement aisés
- Organiser des voyages touristiques dans de nombreux bureaux existant de par le monde

Il est à signaler que les Etats Unis d'Amérique disposent des plus grandes institutions financières pionnières dans le domaine de l'émission des cartes de crédit et l'organisation (American Express) effectue les études d'évaluation des banques que l'organisation autorise à offrir et à émettre les cartes sous toutes leurs formes précitées.

Ces études évaluatives s'occupe du développement des systèmes relatifs à chaque type de carte, et l'organisation joue un rôle de suivi de contrôle des banques émettrices dans les différents pays du monde, tout en veillant à ce que ces banques appliquent les programmes de développement consentis, ainsi que les engagements et accords conclus avec l'organisation. Cette dernière exige entre autres, qu'il n'y ait aucune mention d'aucune autre banque sur les cartes qui portent le logo de l'organisation afin de préserver sa notoriété de par le monde.

Les banques s'engagent notamment à payer des commissions et ces dernières proviennent de la banque émettrice de la carte et de la banque avec laquelle le commerçant traite. Ces commissions sont remises à l'organisation selon un échéancier planifié et convenu au préalable et ce, en tenant compte des facilités offertes par l'organisation qui joue le rôle d'intermédiaire entre les deux parties au niveau des messages échangés et des frais de communication et de la compensation entre les banques, ainsi qu'en permettant aux membres d'utiliser les chèques émis par l'organisation²⁷¹.

Il y a lieu de dire que le rôle des organisations ne se limite pas à monopoliser ces enseignes commerciales et les logos à forte valeur monétaire équivalant les budgets de dizaines de pays en voie de développement. Le rôle essentiel joué par les organisations, à travers les accords conclus avec les différentes institutions financières et banques pionnières en matière d'affaires bancaires et

²⁷¹ D. Al Sadik Mohamed Amine Dhir « La carte de crédit », recherche présentée au Groupement de Jurisprudence Islamique, p.17, 12^e session de l'organisation du congrès islamique (Groupement de Jurisprudence Islamique), Djeddah, 1999

d'investissement, réside dans les études stratégiques réalisées et qui reflètent des planifications et stratégies futures prometteuses pour l'avenir des transactions financières qui se posent pour ce type de cartes de crédit.

En outre, les sessions d'initiation et de découverte des avantages des cartes magnétiques- en général-²⁷² et des cartes de crédit –en particulier- ont un impact non négligeable dans le développement du concept de ce type de moyens de paiement alternatifs à la monnaie usuelle. Cela apparaît à travers les centres internationaux de ces grandes organisations. En effet, et à titre d'exemple, le centre de Visa International à Dubai joue un rôle primordial et pionnier via la diffusion de publications et documents présentant l'organisation, la diffusion d'accords et de législations internationales concernées par les cartes de crédit, la planification stratégique future du développement et du financement des cartes de crédit ainsi que le rôle de supervision et de contrôle de toutes les opérations financières effectuées via les cartes de crédit.

²⁷² L'objectif principal de l'encouragement de l'usage de la monnaie électronique au niveau des banques et des organisations sponsors, se reflète à travers la connaissance d'un système important dans les cartes magnétiques en général et qui est le système de valeur sous-jacente bloquée dans ce système. De ce fait, la valeur financière déjà existante et mise à disposition (bloquée) dans ces cartes permet aux détenteurs des cartes d'acheter des marchandises ou des services offerts par les instances financières émettrices (par exemple, plusieurs librairies dans les universités européennes disposent de photocopiers pour assurer le confort des étudiants et enseignants et satisfaire leurs besoins de photocopies. Ces machines fonctionnent en insérant une carte plastique comportant une bande magnétique, et à chaque fois que l'étudiant ou l'enseignant photocopie une feuille, la machine déduit le coût de l'opération automatiquement. Si la somme contenue dans la carte est prête d'expirer, l'étudiant peut l'insérer dans une autre machine pour la charger en monnaie (pièces ou billets) pour augmenter le solde de la carte. La carte stocke la valeur monétaire. Certaines cartes à valeur stockée sont jetables, en ce sens que son utilisateur s'en débarrasse une fois que le solde est épuisé, mais actuellement certaines banques et émetteurs produisent des cartes réutilisables plus d'une fois et sont qualifiées de système de valeur stockée ouverte. Dans ces systèmes, il y a plus d'une instance émettrice et consommatrice. Il y a par ailleurs un autre type de carte utilisé dans les systèmes ouverts et qui sont les cartes de retrait (Debit card), et qui sont des cartes plastiques permettant à son détenteur le transfert d'une somme donnée d'argent de son compte au compte du vendeur en fournissant une pièce d'identité, et si on suppose que la banque émet cette carte à un consommateur et le titulaire de la carte peut l'utiliser pour le transfert de monnaie et d'argent de son compte personnel à la banque vers le compte du vendeur lors de l'achat.

Le centre propose notamment des avantages et des offres promotionnelles et publicitaires qui visent à accroître le nombre de clients producteurs de ce type de carte de crédit internationale, ce qui génère des gains et intérêts pour l'ensemble des parties impliquées dans l'émission de ces cartes.

Il est vrai que les organisations sponsorisant les cartes de crédits se sont concentrées aux Etats Unis d'Amérique qui ont vu l'émergence et les débuts de la carte de crédit. Elles se sont par la suite étendues en l'Europe –qui a plus récemment intégré la carte de crédit- où elles ont fait l'objet de deux recommandations émanant de la commission européenne. La première recommandation, en 1987, a inclus divers principes importants relatifs à la protection effective des consommateurs et à la protection de la concurrence, et à la sécurisation la plus optimale possible de ces cartes. La deuxième recommandation, datant de 1988, avait incité à la préparation de normes explicitant la relation entre le porteur de la carte de crédit et son émetteur²⁷³.

Par ailleurs, on trouve que le Royaume d'Arabie Saoudite a très récemment commencé l'utilisation des cartes de crédit émises par les banques locales et certains journaux locaux avaient réalisé un sondage sur trois cent personnes titulaires de carte et il en est ressorti que 2% la considèrent comme étant un cadeau, 36% comme étant un dépôt et 62% avaient présenté la signification correcte de la carte²⁷⁴.

L'utilisation des cartes de crédit en Arabie Saoudite remonte approximativement à 1981, où il n'était pas juste question d'accepter les cartes internationales seulement, mais certaines grandes banques locales se sont dotées de leurs propres

²⁷³ Pierre Emile Tobia : « La carte de crédit et les relations contractuelles qui en découlent : étude analytique comparative ». p14-15. Publications Al Halabi Al Houkoukiya, Beyrouth, Liban, 2000.

²⁷⁴ Journal Saoudien « Oukadh », n°10 960, 38^e année, Jeudi, en août 1996, colonne 5, p.4, d'après D. Abdel Wahab Abu Solayman, op.cit, p.26

cartes. Le Royaume d'Arabie Saoudite est considéré parmi les premiers pays sur le plan mondial avec son réseau national unique de change et de virement électronique, appelé « Saudi net », et qui a émis une carte du même nom. C'est une chose positive à l'actif de la société de change saoudien qui a mis au point des stratégies globales pour la coordination entre banques locales et ce depuis 1985, environ²⁷⁵.

Le mouvement bancaire enregistre actuellement un développement non négligeable en encourageant la création de nouvelles banques locales à l'image de : « Banque du Pays », et la procédure en cours pour la déclaration de la « banque de développement », et tout cela aide au développement positif des secteurs bancaires grâce à l'atmosphère de concurrence qui rend service à la fois au citoyen et à l'investisseur.

Nous attirons l'attention sur les multiples crimes qui ont tendance à se répandre dernièrement et qui ont souvent pour objet des escroqueries relatives à l'utilisation des cartes de crédit en particulier et des cartes magnétiques électroniques en général. Il fut même question de falsification de ces cartes, ce qui pose un réel danger étant donné la supposée sécurisation et immunisation dont ces cartes bénéficient contre les opérations de falsification²⁷⁶.

C'est ainsi que le législateur saoudien s'est rendu compte de l'ampleur de ces dépassements et a de ce fait agi pour éviter qu'ils ne se répandent, en réalisant un projet de code de lutte contre les crimes informatique, où l'article 4 stipule (a/4) : « Une sanction de prison pour une période ne dépassant pas 3 années, et une

²⁷⁵ Ons Al Olbi « Le système juridique des cartes de crédit », p.39. Publications Al Halabi Al Houkoukiya, Beyrouth, Liban, 1^{ère} édition, 2005

²⁷⁶ Nous avons auparavant attiré l'attention sur divers crimes dangereux –publiés dans des numéros épars du Journal « Al Oukadh »- découlant de l'utilisation illégale des cartes magnétiques en général et de crédit en particulier

amende ne dépassant pas deux millions de Riyal, ou l'une des deux, sont infligées à toute personne commettant l'un des crimes informatique suivant :

1. Le détournement pour son propre compte ou pour le compte d'autrui d'argent ou de document, la signature de ce document et ce par escroquerie ou fausse identité ou vol d'identité
2. La consultation –illégalement- de données bancaires, d'assurances ou données relatives à la propriété de documents financiers afin d'obtenir des données ou informations ou argent ou autres services découlant de la consultation

Le législateur saoudien a souligné des crimes de falsification de cartes magnétiques à travers le code de lutte contre la falsification, modifié et publié par décret royal n°(16), en date du 13 aout 2005, et dont l'article 13 stipule : « celui qui falsifie une carte de fidélité (de débit), ou de retrait émises par les banques ou les institutions financières agréées, est passible de prison pour une durée ne dépassant pas 10 ans ou d'une amende ne dépassant pas 50 000 Riyal, ou est passible des deux à la fois ». Cet article ne couvre pas, à notre sens, les crimes de falsification des cartes de crédit, parce que la carte de fidélité et la carte de retrait sont deux types à part entière de cartes magnétiques. Le législateur aurait dû s'en rendre compte et le chercheur traitera ce point quand il abordera les législations différentes relatives aux cartes de crédit, dans plusieurs pays.

Le législateur saoudien ne s'est pas contenté de traiter les aspects inhérents à la carte magnétique d'un point de vue pénal seulement, mais l'aspect civil fut notamment considéré, et ce via la diffusion d'un code de transactions électroniques publié par décret royal (18) en date du 26 mars 2007, et qui vise la réglementation des transactions, des signatures électroniques, leur organisation et la fourniture d'un cadre réglementaire permettant de faciliter le recours à ces transactions ainsi qu'aux signatures électroniques à la fois à l'échelle locale et

internationale, pour pouvoir en profiter dans tous les domaines ; médical, éducatif, commercial, et le domaine du paiement électronique.

b-2 Deuxième considération : L'usage fonctionnel

Les cartes de crédit se divisent en deux groupes, en fonction de l'usage fonctionnel²⁷⁷ :

- la carte de crédit successif : (credit card) encore appelée (carte de dette renouvelable), (carte de prêt), (carte de crédit réel), et c'est ainsi que les cartes de crédit sont devenues très célèbres et ont envahi l'ensemble des pays du monde. C'est notamment ainsi que les appellations se sont multipliées pour désigner une seule chose, à savoir que la dette qui naît du crédit via ce type de carte est renouvelable ou circulaire, et c'est pour cette raison que ce type de carte fut défini comme étant le plus important des cartes de débit ou de paiement électronique. Il est désigné en anglais par l'expression (Revolving credit card) qui signifie : carte de crédit renouvelable ou circulaire. L'utilisation de fonctionnelle de ce type de carte de crédit se résume dans la possibilité offerte à son titulaire d'obtenir des prêts renouvelables grâce aux facilités de crédit lui permettant de payer ses achats. Cette opération se poursuit de la part de l'instance financière émettrice et le titulaire de la carte n'est pas obligé de payer immédiatement le montant du.

Il peut, au contraire, payer un pourcentage convenu au préalable et reporter le reste sur des échéances successives, permettant à l'émetteur de la carte de bénéficier des intérêts en découlant. Les exemples les plus connus et les plus illustratifs de ce type de carte sont : carte Visa, carte Master Card, sous toutes ses formes ; ordinaire, Gold et Platine et avec toutes ses caractéristiques discutées ci-dessus.

Ce type de carte de crédit n'oblige pas son détenteur de bloquer des sommes d'argent dans son compte dès que la carte est utilisée. L'instance financière

²⁷⁷ P196, note 254

émettrice de la carte garantit les transactions du client, procède au paiement à sa place, pour ensuite récupérer les montants ultérieurement. Ce type de carte de crédit est le plus répandu en Amériques et en Occident, et la période de grâce pour remboursement des dettes accumulées pour ce type de cartes peut aller jusqu'à deux mois.

Cet avantage de remboursement différé est encore connu sous l'appellation (accréditation renouvelée ou accréditation circulaire), parce que la dette naît d'un crédit sans cesse renouvelable. Et cela engendre des bénéfices énormes pour l'instance financière émettrice, abstraction faite des commissions et prélèvements imposés au titulaire dès le départ²⁷⁸.

Il se peut que ce qui caractérise le plus ce type de carte de crédit²⁷⁹, est que son titulaire peut demander qu'on lui octroie des cartes supplémentaires pour les membres de sa famille. De plus, certains types de carte sont émis sans frais ou abonnement annuel et ce type est plutôt réservé aux hommes d'affaires et similaires. Plus encore, ce type n'exige pas non plus l'existence d'un solde suffisant dans le compte du titulaire. Ce type de carte constitue un vrai moyen pour obtenir des crédits. Le titulaire de la carte peut payer ses achats et a même le droit d'obtenir de l'argent de l'instance émettrice et ce aussi bien à l'échelle locale qu'internationale, et ce selon l'accord préalable conclu. Le détenteur de la carte peut également effectuer des retraits d'argent des distributeurs automatiques (ATM's) dans la limite d'un plafond également convenu au préalable. Des intérêts sont ainsi supportés par le titulaire de la carte dès l'opération de retrait et couvrent la période allant de ce premier jour de retrait jusqu'au remboursement intégral. Ces intérêts incluent des pénalités de retard, plus l'échéance est reportée et plus les intérêts augmentent, et ces intérêts composés sont imposés au titulaire de la carte à partir du moment qu'il opte pour le remboursement par tranches.

²⁷⁸ Ons el Olbi, op.cit, p54

²⁷⁹ D. Mandhour al Azhari, op.cit, p.39

Cette transaction comporte sans doute des intérêts usuraires. En effet, la carte de crédit renouvelable ou circulaire prend la forme effective des intérêts usuraires et le chercheur note que certaines banques dans le Royaume de l'Arabie Saoudite adoptèrent une nouvelle méthode qui se résume à écarter l'idée de revenu sur le prêt, sachant que les prêts ne doivent pas être rémunérés.

La nouvelle méthode annule les frais d'abonnements pour ce type de cartes et qualifie le montant prélevé sur chaque opération de retrait via les ATM's et qui varie entre 35 et 75 Riyal, comme étant des frais de service ou d'usage de ces distributeurs dont le coût est conséquent. Ces banques imposent ou appliquent, par ailleurs, des pénalités de retard mais elles les offrent aux associations caritatives dans le Royaume, conférant ainsi à ce type de carte leur caractère charaique. Plus encore, ces banques avaient lancé de larges campagnes promotionnelles dans les médias, incitant à adopter la « carte de crédit islamique ».

A ce stade, nous nous demandons si cette Sadaqa obligatoire imposée par les banques à leurs clients serait une sorte de sanction financière ou sert plus à s'assurer de l'engagement du client à payer la sadaqa (à laquelle la charia incite) en cas de retard de paiement ? Autrement qu'est-ce qui pousse les instances législatives à permettre ce genre d'amendes au lieu de demander à instaurer un nouveau mécanisme de sanctions à imposer à ceux qui ne paient pas dans les délais ?

Nous considérons que la carte de crédit renouvelable permet à son détenteur d'acquérir les biens et services dont il a besoin, et de l'argent notamment, et ce sans paiement liquide immédiat, parce que la source émettrice de la carte procède au règlement et l'enregistre en tant que crédit au nom du titulaire de la carte, qu'elle récupère de lui sur des tranches, en obtenant des intérêts en plus, qui constituent son gain tiré de l'opération. Cette transaction traduit des intérêts usuraires interdits par la charia et qui méritent un examen et une analyse

approfondis par les juristes de la charia et de droit, afin de proposer d'autres alternatives.

Certains chercheurs contemporains en jurisprudence islamique avaient proposé un substitut à ces cartes de crédit et qui réside en une carte appelée (carte de vente par facilité) : « la banque islamique, ou les banques islamiques groupées lancent des boutiques et commerces qui vendent par facilité, qui sont leurs propriétés, ou en copropriété avec une entreprise ou un commerçant qui vend au titulaire de la carte ce dont il a besoin. Le gain licite qui en découle est la différence entre le prix de la marchandise au comptant et son prix à terme. Cette augmentation est licite pour l'ensemble des juristes car une vente peut faire l'objet d'une augmentation de prix et non le crédit. Cette alternative serait complète et à considérer si les banques islamiques avaient créé leur propre organisation appelée (organisation islamique des transactions bancaires), et ce au lieu de traiter avec l'organisation Visa ou autres. Et cette organisation aurait ses principes et règlement, elle fédère autour d'elle toutes les banques islamiques et émet des cartes qui lui sont propres »²⁸⁰.

Cette proposition, de même que d'autres propositions d'ordre charaïque et juridique mérite d'être examinée, même si la question est problématique du fait de la place centrale qu'occupe les organisations mondiales depuis longtemps déjà à l'image de (Visa, Master Card, American Express et Diners Club). Cependant, la meilleure solution est celle de créer une union islamique des banques et des institutions financières, qui formerait un lobby bancaire et sociétal négociant et traitant avec les organisations ci-dessus mentionnées, et essayer de montrer que les revenus ainsi décrits constituent des infractions à la charia de certains pays. L'idée est celle de cogiter sur une alternative adéquate au lieu de détourner l'existant en essayant de le justifier.

²⁸⁰ D. Al Seddik Al Dhrir, op.cit, p.20

- Carte de crédit fixe (Charge Card) :

Encore appelée « carte de crédit temporaire », « carte de crédit non renouvelable », « carte dur le compte », « carte de débit différé » ou encore « carte de paiement mensuel »²⁸¹.

La diversité de traductions revient au développement et à la popularité de cette carte de crédit, à l'échelle arabe en particulier et mondiale, en général, et ce du fait de l'absence des intérêts. Le schéma de fonctionnement de cette carte implique que le détenteur procède à ses achats de biens et de services, et aux opérations de retrait d'argent. La différence fondamentale entre la carte de crédit renouvelable et la carte de crédit fixe est que : pour le premier type de carte, la banque avance un vrai crédit ou prêt générant des intérêts, et le titulaire de la carte a le droit de choisir le mode de paiement, mais pour la carte de crédit fixe, le titulaire de la carte doit payer l'intégralité de la somme à la fin du mois, sans intérêt et le cas échéant sa carte est annulée. Le détenteur de la carte procède donc au paiement mensuel de son dû, à la fin du mois et il recevra le relevé de compte de la banque.

Il se doit d'avoir le solde suffisant au moment de l'envoi du relevé par la banque, mais il n'est pas obligé de l'avoir au moment où il se sert de la carte. Si le bénéficiaire de la carte ne procède pas au paiement à l'échéance convenue, la banque lui accorde un délai et si le paiement n'a toujours pas lieu il y a des pénalités de retard, qui ne sont pas forcément appliquées ou exigées par les banques islamiques qui se contentent de retirer la carte et d'annuler l'abonnement. La naissance de ce type de carte de crédit remonte à 1951 et fut connu sous l'appellation « Diners Club ». La finalité était de faciliter le paiement et la fidélité dans les restaurants et les commerces. Ensuite, la fameuse carte « American Express » apparut en 1963, et fut d'abord connue sous l'appellation de « carte touristique » et était utilisée en tant qu'instrument de fidélité et de crédit à la fois,

²⁸¹ D. Nazih Kamel, op.cit, p.2

même si la période de grâce n'excédait pas un mois. C'est pour cela que la dette générée par le crédit est limitée. En outre, l'une des particularités de cette carte est qu'elle est dotée des caractéristiques du chèque²⁸².

Nous exposerons ces opinions avec plus de détail dans le deuxième chapitre de cette partie, en évoquant la position de la jurisprudence islamique quant à l'usage de la carte de crédit.

²⁸² D. Ihab Saka, op.cit, p.23

-II- Evolution charaique des cartes de crédit et la qualification de la jurisprudence islamique contemporaine de ses services bancaires

II-1 : Evolution charaique des cartes de crédit

Les moyens de paiements se sont développés à tel point qu'actuellement avec l'essor technologique et ses divers exploits électroniques innovants, une nouvelle panoplie de moyens de paiement a encore vu le jour, et porte l'appellation de « carte de crédit ». La notion est d'une importance telle que nous étions amené à procéder dans les deux paragraphes précédents, tout d'abord à la définition de la « carte de crédit » afin d'étayer ses différents types, pour ensuite présenter le contexte de la naissance de ce type de carte, afin d'en donner un aperçu exhaustif et permettre ainsi au lecteur de saisir les étapes de l'évolution de ladite carte, ce qui facilitera par la suite la réflexion sur une qualification jurisprudentielle des services offerts via cet instrument technologique moderne.

II-1-1 La naissance de la carte de crédit

L'idée de la carte de crédit a pris forme il y a plus de 3000 ans. Les Assyriens et les Babéliens et les anciens de l'Egypte ont déjà connu l'idée de paiement différé, jusqu'à ce que la civilisation musulmane apporte des instruments financiers similaires aux cartes de crédit, appelées « Riqââ ». Les individus et commerçants du marché de la Bassorah allaient au banquier ou trésorier de l'époque, lui donnaient leur argent en contrepartie de « Riqââ » qu'ils vont utiliser pour satisfaire leurs besoins d'achat sur le marché, et ces « Riqââ » constituent un moyen de paiement auprès des commerçants au lieu de l'argent liquide²⁸³.

Certains chercheurs avancent que l'apparition des premières cartes de crédit remonte à 1914 aux Etats Unis d'Amérique, quand la compagnie (Creneral-

²⁸³ Nassir Khasrou, « voyage de Nema », op.cit, p.96
Voir aussi D. Abdel Hamid Al Baali, op.cit, p.1

Petroleum-corporation) avait émis une carte de crédit pour ses employés, ainsi qu'à quelques-uns de ses partenaires spéciaux. La société leur accordait un crédit à court terme pour s'approvisionner dans les produits de la société, à condition que le paiement s'effectue à la fin du mois. L'idée fut transmise et adoptée par certaines boutiques commerciales qui avaient alors émis des cartes appelées « Shoppers plat's » pour ses clients privilégiés. Ces cartes n'avaient pas été une réussite durable du fait du déclenchement de la première guerre mondiale, mais elles avaient refait surface grâce à deux hommes d'affaires qui avaient fondé une société du nom de « Diners Club »²⁸⁴.

D'après d'autres auteurs, la première apparition des cartes de crédit date de 1730, quand un commerçant britannique nommé « Christopher Thompthon » avait exposé des meubles à la vente en contrepartie de paiements hebdomadaires. L'idée avait ainsi continué à être transmise depuis le XVIII^e siècle et jusqu'au début des années vingt du XX^e siècle, où les commerçants vendaient les vêtements par facilité, enregistraient les achats des clients et leurs quantités sur un coté sur une ardoise en bois, et enregistraient les paiements et leurs dates sur un autre côté.

Cela étant, l'apparition des cartes de crédit remonte aux années vingt du siècle dernier où, à l'époque, le système « achète maintenant et paie plus tard » est apparu, et où les boutiques commerciales avaient par la suite adopté un système désigné par « La lire d'accréditation ». Cette lire métallique comporte une inscription du nom du commerçant, sa boutique, et des numéros renvoyant au porteur de la lire et à son compte. La motivation première pour l'apparition de ce

²⁸⁴ « Cette histoire remonte à 1949, quand les deux hommes dinaient dans l'un des restaurants de Manhattan aux Etats Unis et avaient découvert qu'ils n'avaient pas de liquide pour payer le diner. Ils avaient alors penser à constituer une société nommée « Diners Club » et qui serait un intermédiaire entre les hommes d'affaires et les restaurants de la ville ...»

D. Kilani Abdel Radhi Mahmoud « Le règlement juridique des cartes de fidélité et de garantie » Dar Al Nahdha Al Arabiya, Egypte, Le Caire, 1998

D. Mohamed Abedl Halim, op.cit, p.36

D. Ihab Saka, op.cit, p.31

type de lire d'accréditation fut le désir de s'attirer la confiance des partenaires et d'encourager les clients spéciaux.

En 1950, la société « Diners Club » annonça l'émission de sa première carte qui porta le nom de la compagnie émettrice²⁸⁵.

Et en 1958, la fameuse banque « Bank of America » émit sa première carte de crédit du même nom de la banque. La carte fut diffusée dans toutes les agences de la banque mère sur la côte ouest de l'Amérique. Ensuite, la deuxième plus grande banque américaine (Chase Manhattan) lança à son tour sa carte qui portait aussi son nom.

En 1966, la baisse de l'inflation avait conduit 3310 banques en Amérique à adopter ce système de carte de crédit et à fusionner financièrement avec d'autres institutions financières.

Ensuite, une année après, une union s'était formée et s'appela « Inter bank card association », et regroupa huit banques américaines qui avaient émis la carte « Master Charge ». L'appellation changea pour devenir « Master Card » en 1982. Après la formation de l'union, l'organisation « Visa » vit le jour en 1970, et qui fut formée via la carte « America Card » vendue à une association bancaire affiliée à la Banque d'Amérique. Par la suite, la carte « Discovery » apparut en 1986, et fut introduite et diffusée à l'intérieur des Etats Unis d'Amérique par la société « Siners »²⁸⁶.

La fièvre des cartes de crédit fut ensuite transmise en Europe, et le point de départ fut la grande Bretagne où deux cartes principales ont vu le jour :

- Access Card émise par la société de la carte de crédit unie et qui est formée par trois banques

²⁸⁵ Ons Al Olbi, op.cité, pp.33-35

²⁸⁶ D. Ihab Saka, op.cit, p.34

- Barclays Card.

Cependant, ces deux cartes sont à l'origine émises en association avec les organisations internationales ; Visa et Master Card.

En France, les cinq banques d'épargne avaient émis des cartes similaires, et on assista à la célèbre carte bleue qui assure les rôles de fidélité et de crédit à la fois. Ensuite, la carte fut diffusée en France par le biais de ses banques à l'image de ; la banque de Paris, banques de crédit agricole qui avaient émis la carte verte. Les normes réglementaires sont par a suite venues souligner et garantir les atouts technologiques innovants des nouveaux modes de transactions financières²⁸⁷.

En 1987, la carte de crédit, qui avait fait l'objet de recommandation de la part de la commission européenne, était devenue une loi en France et dans quelques pays européens. Le texte de loi européen comporta divers principes traitant pour la plupart de la protection des consommateurs et de la protection de la concurrence ainsi que la sécurisation du nouveau système de transaction.

En 1988, la commission européenne avait publié une deuxième recommandation qui s'était intéressée à l'organisation de la relation entre le titulaire de la carte et la source émettrice.

Ultérieurement et à la fin des années quatre-vingt-dix, ces cartes furent vulgarisées auprès des membres de la société française avec toutes ses classes et appartenances. Plus encore, ces cartes étaient devenues une partie intégrante de la culture économique, occidentale en particulier, et internationale en général, où on assista à la diffusion des cartes de crédits et leur utilisation de par le monde entier²⁸⁸.

²⁸⁷ D. Saïd Saïed Kandil : « La signature électronique, sa nature, ses formes, sa force de preuve entre l'utilisation et l'adaptation », p.13, Dar Al Jamiâ al Jadida, Alexandrie, 2^e édition, 2006

²⁸⁸ Pierre Emile Tobia, op.cit. p 13-14

Les cartes de crédit avaient aidé à la conclusion de maintes affaires commerciales d'une manière générale et à l'obtention d'argent n'importe où dans le monde, et ce grâce à l'offre des organisations internationales aux banques émettrices. Ces dernières offrent à ses clients des cartes à numéros confidentiels que seul le titulaire de la carte connaît, lui permettant ainsi de retirer son argent et de payer ses achats de manière sécurisée et fluide.

Cependant, certains s'opposèrent à la conclusion d'affaires au moyen de cartes magnétiques d'une manière générale, afin de ne pas courir de risque d'escroquerie et de manipulation surtout si le numéro confidentiel est dévoilé. On répondit à cette réticence en expliquant que les normes de sécurité reflétées par la bande magnétique de la carte ne sont pas faciles à enfreindre. Il n'est pas aisé de décoder et obtenir ce numéro confidentiel que seul le propriétaire de la carte connaît. Ces numéros sont d'ailleurs envoyés officiellement via une lettre recommandée délivrée en main propre au titulaire de la carte. Ainsi, personne d'autre n'est censé en être avisé, sachant que ce type de cartes peut être perdu ou volé ou trouvé. Pour pallier à ces possibilités, les instances compétentes procèdent au retrait de carte dont l'utilisateur se trompe trois fois de suite en entrant le code confidentiel.

Par ailleurs, il est possible 24h/24h de déclarer la perte ou le vol de la carte, ce qui permet à l'employé de la banque de la bloquer, garantissant ainsi la sécurité de la signature électronique²⁸⁹ en cas de tentative de fraude et de piratage du système qui fut conçu pour assurer un maximum de fiabilité et de sécurité. La carte comporte une bande magnétique avec toutes les données de son propriétaire. L'ordinateur joue un rôle essentiel dans l'identification du nom et du code du titulaire de la carte et du montant maximal à retirer ainsi que de la date de validité de la carte ou d'autres codes relatifs aux transactions commerciales, et l'intérieur de la bande on trouve trois champs, le premier est relatif à la lecture et comporte le

²⁸⁹ D. Said Saied Kandil, op.cit, p 69

nom du titulaire de la carte et les deux champs restant comportent toutes les données relatives à la transaction effectuée ainsi que les dates de retrait et de débit.

Ces champs diffèrent selon le type de la carte et le système auquel elle est liée, l'utilisation de cette carte connectée à une ligne directe (line on), la transaction est enregistrée directement sur le compte du titulaire de la carte et l'opération de prélèvement et de régularisation a ainsi lieu. Dans le cas d'un système indirecte (line-off), la carte nécessite l'utilisation des deux champs restant afin que les dernières transactions effectuée via la carte soient enregistrées au même titre que le solde restant à la fin de chaque opération.²⁹⁰

Etant donné la révolution offerte par les cartes de crédits en particulier et les cartes magnétiques en général dans les systèmes d'informations basés sur l'ordinateur, les juristes avaient des opinions différentes quant à la possibilité de faire de ces cartes un substitut à la monnaie traditionnelle du fait de leur capacité de change et leurs acceptabilité par plusieurs utilisateurs, ce qui constitue un argument pour les partisans de la première position qui affirment que les cartes électroniques un substitut pour la monnaie traditionnelle²⁹¹.

Les partisans de la deuxième position ne considèrent pas que ces cartes se substituent à l'argent parce qu'elles ne sont pas dotées de toutes les caractéristiques de la monnaie²⁹². De ce fait les cartes électroniques peuvent remplacer l'argent sans en être un substitut parfait. Cette deuxième position est plus plausible car il n'est pas possible que les fonctions de l'argent s'appliquent

²⁹⁰ D. Ihab Saka, op.cit.p.58

²⁹¹ Voir : « Services bancaires et finance islamiques en Afrique du Nord ; Évolution et perspectives d'avenir », Banque africaine de développement 2011, disponible à http://www.fgda.org/dati/ContentManager/files/Documenti_microfinanza/Service%20bancaires%20et%20finance%20islamique%20en%20Afrique%20du%20Nord.pdf

²⁹² D. Mohamed Hamed Al Rahouen « Monnaie et banques », p.43, Entreprise commerciale Al Bayan, Emirats Arabes Unis, Dubai, 1^{ère} édition, 1988

dans le cas des cartes magnétiques considérés comme un nouvel instrument de paiement de fidélité et de change – selon les juristes²⁹³ - et dont la propriété, contrairement à la monnaie traditionnelle, ne peut être ni transférée ni cédée à d'autres personnes.

De ce fait, la carte revêt un caractère monétaire faisant d'elle un nouvel instrument de paiement et de fidélité. Le tout se fait à travers un système complémentaire de préparation technique des cartes qui implique « l'utilisation de deux codes différents : Un code pour l'accès et un code pour le fonctionnement ».²⁹⁴ Cela confirme que ces nouvelles techniques en dépit de leur complexité ne peuvent être acceptées en tant que substitut à la monnaie traditionnelle.

Le développement à échelle internationale de ces cartes de crédits a fait que les pays arabes forment un marché pour les organisations qui les sponsorisent. En effet, en 1981, les banques arabes – dans le monde arabe – se sont trouvés face à un nouveau moyen de paiement et de fidélité ce qui a augmenté la concurrence de ces banques pour conclure des accords avec les organisations internationales afin de pouvoir offrir ces cartes de crédits à leurs clients, et s'en servir pour réaliser des gains, abstraction faite des intérêts usuraires qui en découlent. Les banques arabes ont de ce fait cherché à se lier aux réseaux internationaux à l'image de : Réseau Visa, Master Card, comme c'est le cas au : Liban, Royaume de l'Arabie Saoudite, la Syrie, l'Egypte et le reste des pays du conseil de coopération du golfe.

Progressivement, les banques émettrices avaient pris conscience de l'importance économique de ces cartes et ont veillé à émettre des cartes portant leurs noms et leur permettant une expansion à l'échelle internationale. La première diffusion de

²⁹³ D. Samiha al Kalyoubi « Bases juridiques des opérations bancaires », p.11, Dar Al Nahdha Al Arabiya, Egypte, 1^{ère} édition, 1988

²⁹⁴ D. Saâd Salam « Signature électronique : étude comparative », p.26-27, Dar Al Nahdha Al Arabiya, Egypte, 2004

carte de crédit au Royaume de l'Arabie Saoudite, eut lieu au début des années 80, d'autres cartes suivirent pour être utilisés dans le réseau national constituant l'un des plus important réseaux mondiaux : Net Saudi, par ailleurs la société de change saoudien œuvre à la réalisation de stratégie future pour ces banques émettrices et à la coordination entre elles afin de permettre un développement du secteur bancaire au Royaume de l'Arabie Saoudite²⁹⁵.

Au début de ce siècle, les cartes de crédits ont connu un grand essor au niveau des banques émettrices du fait de l'introduction par le secteur bancaire de comité charaique traduisant la politique de ces banques se basant sur des transactions islamiques. Le travail de ces comités bancaires charaiques s'est étendu aux banques usuraires qui avaient commencé à développer leurs transactions financières en lançant quelques offres promotionnelles pour le financement conformes aux principes de la Charia islamique.

La plupart des banques avaient ainsi apporté des modifications conférant un caractère charaique à leurs transactions financières, ce qui compte à l'actif de ces banques et ces institutions bancaires. Cependant il faut noter la nécessité de prendre des mesures adéquates lors du travail de ces comités charaiques bancaires sans ouvrir la voie à des offres de financement revêtant dans l'ensemble un caractère charaique alors qu'elles incitent à des intérêts usuraires illicites.

Nous estimons trouve qu'il est temps que le gouvernement intervienne pour la création d'une instance bancaire permanente œuvrant sous l'égide de la société de change arabe et supervisant toutes les offres des banques et des institutions bancaires surtout celles se développant ces derniers temps et qui incitent à se doter de cartes de crédits islamiques, sans expliciter la vérité de cette transaction financière et la nature du crédit accordé au titulaire de la carte.

²⁹⁵ Ons Al Olbi, op.cit, p.39

Les législations organisant les parties contractuelles et les responsabilités en découlant ainsi que les crimes pouvant naître de l'utilisation illégale des cartes de crédits sont le seul moyen susceptible de résoudre les problématiques générées par le développement de l'utilisation des cartes de crédit au Royaume de l'Arabie Saoudite²⁹⁶.

II-1-2 Le développement charaique de la carte de crédits dans différents pays

a- Les législations à l'étranger

La carte de crédit fut considérée comme un moyen efficace de paiement. Elle a fourni au commerçant une garantie de paiement ainsi qu'une protection contre le vol d'argent. Elle leur a aussi permis d'augmenter le volume de leurs affaires ce qui lui a valu une importance considérable à l'échelle internationale²⁹⁷, dans un monde qui vit une évolution technologique accélérée constituant non seulement une nouvelle révolution industrielle mais représentant une culture sociale.

Les états unis d'Amérique et l'Europe sont désormais connus pour la culture de la carte électronique. En 1998, l'utilisation des cartes électroniques a connu un succès considérable auprès des citoyens américains à raison de 95% se dotant d'une carte de crédit. De même en Europe, les statistiques françaises ont montré que la somme de 471 milliard de franc français²⁹⁸ fût payée à travers les réseaux de cartes de crédits en 1992. Les études économiques canadiennes montrent qu'il y a près de 50 millions de cartes détenues, à la fin de 1994, par les deux tiers des

²⁹⁶ Zeineb EL HATM: « LES BANQUES ISLAMIQUES FACE À L'INSTABILITÉ DE L'ÉCONOMIE DE CRÉDIT. CAS DE L'ARABIE SAOUDITE », CEMI, disponible à http://cemi.ehess.fr/docannexe/file/2890/el_hatmi2.pdf

²⁹⁷ Fida al Hamoud "Système juridique des cartes de crédit », p.15, Dar Al Thakafa pour la publication et la distribution, Oman, 1^{ère} édition, 1999

²⁹⁸ Pierre Emile Tobia, op.cit. p.75

adultes canadiens des deux sexes, et à travers les cartes de crédits, la population canadienne pompe 40 millions de dollars²⁹⁹.

Il est indéniable que le progrès électronique réalisé par les Etats Unis d'Amérique via ses organisations internationales sponsors a fait de ces cartes un sujet de controverse pour les juristes américains et européens. Le législateur a ainsi dû intervenir en imposant des normes traitant tous les aspects relatifs aux cartes de crédits ce qui a fait des Etats Unis d'Amérique un pionnier du système des cartes jusqu'à nos jours. Ils ont développé un ensemble de lois organisant l'utilisation des cartes de crédits et examinant les principaux problèmes juridiques qui en découlent. Une loi organisa l'ensemble de ces systèmes et fut appelée « la loi de protection du crédit consommateur ».

Parmi les principaux textes de lois – civils et pénaux – la loi de l'investigation de crédit, la loi de l'égalité des chances d'obtention de crédits, la loi des procédures conformes de remboursement des dettes, la loi de transfert électronique de l'argent, la loi de transparence des prêts et la loi des conditions d'avertissement³⁰⁰. Ces lois avaient traité les aspects relatifs à la responsabilité civile à travers des textes explicitant les membres des relations juridiques pour la carte de crédits en expliquant les obligations de chacun et ce qui découle du non respect des engagements par l'un de ces membres, ce qui donne aux autres membres la possibilité de résilier la relation contractuelle tout en lui conférant le droit à une

²⁹⁹ D. Riadh Fath Allah Basla "Crimes de la carte de crédit : étude analytique de ses composantes, ses méthodes et des moyens de la reconnaître », Dar Al Chourouk, 1^{ère} édition, Egypte, Le Caire, 1995, p.30

³⁰⁰ Ons Al Olbi, op.cit, p.36

compensation pour les dommages générés par la défaillance aux engagements convenus dans le contrat³⁰¹.

Les textes civils dans les législations à l'étranger traitent de ce qui peut arriver en cas de perte de la carte de crédit et en cas de vol et utilisation par une autre personne, ce qui génère une responsabilité civile, qui ne se base pas sur les règles de la responsabilité contractuelle car cette autre personne n'est pas une partie contractante au même titre que les trois membres : les commerçants, la banque émettrice de la carte et le titulaire de la carte, mais se base sur la règle de la responsabilité ta9siria, il se peut même qu'il y ait falsification de la carte et son utilisation pour le paiement de l'achat ou le retrait, et là encore il y a une responsabilité non civile sur la base de la responsabilité ta9siria³⁰².

Ces textes avaient traité des aspects jézéia découlant de l'utilisation des cartes de crédits. Les Etats Unis d'Amérique restent le plus grand marché pour ces cartes et enregistrent plus de la moitié des opérations d'escroqueries ce qui constitue un pourcentage important comparé à l'Europe où le taux est de 30% par rapport au niveau mondial et ce surtout en Angleterre où les moyens de détournement sont divers malgré les mesures strictes adoptés par les banques britanniques, cependant ce phénomène commence à revêtir le caractère de crime organisé.

Il y a lieu de souligner que les opérations d'escroqueries avaient augmenté dans d'autres pays où les cartes de crédits ont été récemment adoptées surtout dans la République Populaire de Chine, et d'autres pays de l'Asie de l'Est comme : la Malaisie, la Thaïlande et le Japon alors que les cas d'escroqueries sont rares en Amérique latine.

³⁰¹ Ghassen Bouslama : « La finance islamique : une récente histoire avec la France, une longue histoire avec ses banques », Revue d'économie financière Année 2009 Volume 95 Numéro 2 pp. 325-350, disponible à http://www.persee.fr/doc/ecofi_0987-3368_2009_num_95_2_5361

³⁰² D. Jamil Abdel Beki, op.cit. p.162

En ce qui concerne la falsification des cartes de crédits, la plupart des cas concernent les pays asiatiques même si des premiers cas furent notés au Canada, en Europe et dans quelques états de l'Amérique surtout en Californie.

Cela étant, il y a des différences fondamentales entre les différents pays du monde concernant la variété de crime dans ces pays, où les pays européens souffrent de problème de pertes et de vols de ces cartes, même si ces cas d'escroqueries viennent en deuxième position comparé aux crimes d'abus sur les personnes et sur leurs propriétés, et il est difficile de convaincre les autorités que ces derniers crimes se font pour obtenir cette carte plastique afin de les utiliser dans des opérations d'escroqueries.

En Asie, la falsification est le caractère dominant surtout dans la région de l'extrême orient comme la Malaisie et la Thaïlande qui a enregistré plusieurs crimes liés à la falsification de plusieurs types de cartes de crédits et ce malgré l'activité et la coopération illimitée entre les banques, les agences de factoring et la police³⁰³.

Avec le développement croissant de ces crimes, les pays européens avaient procédé aux législations nécessaires étant conscient de l'importance du danger de cette révolution technologique des informations et son impact sur le domaine culturel³⁰⁴. Pour cette raison, les cartes de crédits ont l'objet d'une recommandation émanant de la commission européenne en date du 08 janvier 1987, qui est devenue en France et dans certains pays européen et cette recommandation fut appelé : Loi européenne relative aux remboursements automatiques ou électroniques.

³⁰³ D. Abdel Fatah Hijazi, op.cit, p.594-595

³⁰⁴ Omar Mohamed ben Younes «Problématique des bases de données », p.5, Dar Al Fikr al Jamiî, Alexandrie, 2^e édition, 2004

Cette loi inclut des principes couvrant plusieurs sujets incluant des sujets relatifs à la protection des consommateurs, de la concurrence, à la sécurisation du nouveau système de transaction. En 1988, il y a eu la deuxième recommandation faite par la commission européenne qui s'est intéressé à l'organisation entre le titulaire de la carte et sa source. Après l'apparition de ces systèmes et leur mise en application, les cartes de crédits se sont développées dans les sociétés européennes de manière remarquable et il est devenu inconcevable qu'une personne ne possède pas de carte de crédits à la fin des années 90 du vingtième siècle³⁰⁵. L'intérêt accordé aux législations à leurs mises en application – comme aux Etats Unis et en Europe – participe au développement de cet instrument électronique nouveau et offre aux organisations sponsors la possibilité de planifier des stratégies futures protégeant cette structure contemporaine, moderne et coupant la voie à toutes tentatives de mauvaises utilisations des cartes de crédits à travers des réseaux internationaux qui avaient adopté des méthodes revêtant le caractère de crime organisé³⁰⁶.

b- Les législations émanant des pays Arabes

Les pays Arabes enregistrent un retard quant aux législations relatives aux cartes de crédits. Les législations de certains pays Arabes se sont contentées d'inclure des textes traitant l'aspect relatif aux clauses de pénalité, entre autres textes luttant contre les crimes informatiques et d'internet. Des efforts restent à faire pour ce qui est des cartes magnétiques d'une manière générale ou concernant la modification

³⁰⁵ Ons Al Olbi, op.cit, p.38

³⁰⁶ Certains chercheurs avaient avancé que « il n'est pas possible d'accepter l'idée de crime organisé en ce qui concerne les escroqueries en matière de carte de crédit, parce qu'une grande partie de ces crimes est organisée à l'échelle locale. En Angleterre –et au sein de tout groupement d'habitants- le coupable du crime utilise la carte volée lors des cambriolages de maisons ou de voiture ou de vol forcé ou de vols des agents de la poste, pour se procurer de la liquidité ou de la marchandise vendue sur la voie publique. Et les gains sont utilisés pour s'acheter de la drogue dont la consommation crée des dépendances avec le temps, ce qui résulte ultérieurement en des problèmes plus graves »

de lois actuelles conformément aux exigences de ces nouveaux instruments de plus en plus nécessaires dans le domaine des transactions financières quotidiennes.

Les législations arabes restent malheureusement négligeables, si on souligne par ailleurs que les Etats Unis d'Amérique avaient finalisé leurs structures législatives depuis la fin du siècle dernier, pour ce qui est des législations organisant les transactions électroniques en général et les cartes magnétiques en particulier. On note cependant une prise de conscience Arabe au début du présent siècle et la première législation relative aux commerces et aux échanges électroniques émana de la Tunisie en 2000 et le législateur tunisien a publié une loi appelée : « loi de commerce et d'échange électronique tunisienne » et qui comporte des articles s'intéressant aux contrats et aux transactions électroniques comme elle a traité des crimes dont ce commerce fait l'objet à l'image de la falsification et de l'escroquerie via les cartes de crédits.

Ensuite, la principauté de Dubaï promulgua une loi des transactions électroniques et de signatures électroniques et de protection juridique qui lui est relative dans la principauté. C'est une loi organisant les transactions électroniques et la signature électronique et la protection juridique.

Le législateur égyptien promulgua une loi relative à la signature électronique numéro 15 de l'année 2004 détaillant les applications de la signature électronique et de la protection pénale inhérente. Par la suite, des projets de lois relatives aux commerces électroniques, se sont succédé dans le Bahrayn, au Qatar, Kuwait, au Liban et en Jordanie. Certains pays arabes avaient modifié leurs lois pénales publiant des législations luttant contre les crimes d'informatique et d'internet et au même titre, les Emirats Arabes Unis avaient travaillé sur la préparation d'un projet de loi relative aux crimes d'informatique et d'internet.

En 2003 une loi arabe pilote fut publiée et est relative aux crimes d'informatique et d'internet et cette loi est le résultat de l'un des deux projets émanant du conseil

des ministres arabes de l'intérieur et du conseil des ministres de la justice en guise de loi commune. Cette loi arabe pilote inclue des textes traitants de la lutte contre les crimes des techniques de l'information, et l'article 6 de cette loi stipule : « Tout utilisateur d'une carte de crédit de retrait électronique d'un compte – autre que le compte effectif – où toute utilisation de carte obtenue illégalement ou l'utilisation de ses codes pour l'achat ou autre opération financière en connaissance de cause est passible de prison pour une période minimale... (selon les pays) et d'amendes (selon les pays) »³⁰⁷.

Le législateur saoudien emprunte le pas des législations arabes en la matière et manifeste son intérêt à travers la modification du code de lutte contre la falsification publié par décret royal numéro 114 en date du 26 novembre 1380 de l'hégire modifié par le décret royal numéro 15 en date du 8 Juillet 1426 de l'hégire et qui inclus des sanctions pour tous crimes de falsification de la carte de fidélité de retrait. Ainsi l'article 13 stipule que « Toute personne qui falsifie une carte de crédit ou de retrait émise par les banques ou les institutions financières agréées, en la fabriquant ou imitant, en modifiant ses données ou sa forme, en remplaçant la photo de la personne ou en participant à cela par incitation, accord ou aide, ou en utilisant la carte falsifiée en connaissance de cause en la présentant auprès d'autrui en l'utilisant automatiquement même si elle n'aboutit pas à la fin escomptée, est passible de prison d'une période qui n'excède pas dix ans ou d'une amende qui n'excède pas 50 000 Riyal ou les deux à la fois ».

D'après ce texte, il ressort que le projet saoudien restreint le crime de falsification aux cartes de fidélité ou de retrait alors qu'il était plus approprié d'étendre la sanction à tous ceux qui falsifient les cartes magnétiques, pour y inclure notamment les cartes de crédit, alors que le texte ne comprend que la carte de

³⁰⁷ D. Abdel Fatah Hijazi, op.cit., p.8,10

fidélité qui n'est pas un type de carte de crédit, de même pour la carte de retrait automatique ou celle connue par ATM (cash card).

L'article 14, vient étayer ce qui suit :

a- « Les copies des documents rédigés et reconnus comme originaux sont considérées comme des écrits originaux eux-mêmes, dans l'application des clauses de ce code

b- Toute personne qui falsifie les photographies ou les documents traités ou les données enregistrées dans la mémoire de l'ordinateur ou sur un disque ou sur une bande magnétique ou autre média, ou qui les utilise tout en étant conscient de la falsification est passible des sanctions prévues dans ce code »

Le paragraphe (b) indique à travers l'expression utilisée « ... ou sur un disque ou sur une bande magnétique ... » ce qui peut inclure les cartes de crédit ou les cartes magnétiques en général. Pour notre part, nous pensons que la répétition de certaines expressions employées dans les textes des articles amplifie leur ambiguïté.

Le législateur saoudien ne s'est pas contenté de modifier le code de la lutte contre les falsifications tel que mentionné, mais il a publié un code de lutte contre les crimes informatiques par décision du conseil ministériel numéro 79, en date du 7 mars 1428 de l'hégire et à la lumière de cela, le décret royal (17) en date du 8 mars 1428 de l'hégire fut publié portant approbation de ce code.

Le projet saoudien avait montré le but derrière ce code, dans son article 2, où il est stipulé que « ce code vise à contenir les crimes informatiques et ce en spécifiant ces crimes et les sanctions décidées pour chaque crime, de sorte à permettre ce qui suit :

1) Aider à assurer la sécurité informatique

- 2) Préserver les droits découlant de l'utilisation légale des ordinateurs et des réseaux informatiques
- 3) Protéger l'intérêt général, la morale et les règles de bonne conduite générales
- 4) Protéger l'économie nationale »

Le code vise, comme stipulé dans l'article 2, à assurer la sécurité informatique nécessaire aux réseaux informatiques et aux ordinateurs, ce qui permet à son tour de préserver les droits découlant de l'utilisation des systèmes d'informations et d'atténuer les dépassements et crimes informatiques à une époque connue justement pour cette révolution informatique impressionnante, surtout avec l'adhésion du Royaume à l'Organisation Mondiale du Commerce.

Cette adhésion oblige le Royaume d'Arabie Saoudite à modifier certaines de ses lois et à promulguer des codes susceptibles de protéger les entreprises – investisseurs. Ce code et les autres codes furent de ce fait, une preuve de la coopération du Royaume à l'échelle internationale pour la lutte contre les crimes informatiques. C'est ainsi que l'article 4 de ce code stipule que : « une sanction de prison ne dépassant pas trois ans et d'amende ne dépassant pas 2 millions de Riyal ou l'une de ces deux sanctions, est applicable pour toute personne commettant l'un des crimes informatiques suivants :

- 1) S'emparer pour son propre compte ou pour le compte d'autrui d'argent liquide transférable ou sous-jacent à un document, ou signer ce document par escroquerie ou prendre un faux nom ou se présenter sous une fausse identité.
- 2) Accéder –illégalement- à des données bancaires ou confidentielles ou à des données relatives à la possession de billets monétaires, afin d'obtenir des données ou des informations ou de l'argent ou tout autre service éventuel »

Il va sans dire que la sanction prévue dans cet article est applicable à toute personne accédant à des données confidentielles d'une manière générale³⁰⁸, parmi lesquelles la carte de crédit. En effet, accéder aux données de la carte de crédit, comme les codes secrets permet aux individus et aux groupes de crime organisé de s'approprier l'argent de ces cartes.

Le législateur saoudien ne sait pas uniquement intéressé au traitement des clauses de pénalité, mais il s'est, en plus, attardé sur l'aspect civil en publiant un code relatif aux transactions électroniques, par décret royal numéro 18 en date du 07 mars 1428 de l'hégire et qui vise à arrêter les transactions et les

³⁰⁸ Le crédit dans son sens général est : l'échange d'une valeur présente contre une valeur différée et le crédit implique de fournir et de doter les agents économiques de moyens de paiement immédiats afin de faciliter les transactions.

Le crédit dans son sens général se divise de ce fait en quatre catégories :

- ❖ Le crédit commercial : c'est le crédit octroyé aux agents sous formes de crédits et de facilités bancaires, et ce crédit est offert aux utilisateurs pour des opérations de marketing et d'échange commercial et ce aussi bien à l'échelle locale ou externe, et aussi bien pour les parties publiques, les projets industriels ou encore les individus
- ❖ Le crédit d'investissement : englobe les crédits et facilités octroyées aux porteurs de projets et aux sociétés de production, et le but est de leur fournir les divers outils d'investissement que ce soit les terres, les locaux ou les installations techniques
- ❖ Le crédit à la consommation : désigne les crédits octroyés aux individus afin de financer sa consommation, et ce crédit est octroyé à l'individu pour lui permettre d'acheter les marchandises dont il a besoin et d'en payer le prix conformément à ce qui est fixé et par tranches sur des échéances futures
- ❖ La quatrième catégorie est relativement récente et est appelée « crédit leasing » : crédit non monétaire contrairement au crédit bancaire et financier traditionnel il n'est pas octroyé sous forme d'argent ou d'ouverture de dépôt ou autres mais réside dans la fourniture des appareils et machines aux projets demandeurs. L'apparition de ce type de crédit remonte à la période d'après la deuxième guerre mondiale, surtout aux états unis d'Amérique, et se propagea par la suite aux autres économies de par le monde et plus particulièrement dans les économies industrielles de l'Europe de l'ouest. Cette apparition est due au progrès technologique important et aux diverses inventions relatives aux moyens de production et qui caractérisent l'économie américaine. De plus, l'augmentation des taux des crédits usuels traditionnels est l'une des raisons encourageant cette nouvelle forme qui reste peu développée dans les pays émergents à cause de l'absence des appareils industriels nécessaires au processus de production et à cause de l'absence des sociétés bancaires financières soutenant cette forme.

D. Mostafa Chiha, op.cit.p.313 et suivantes

D. Adnène Hamadi, « facilités de crédit et leurs impacts sur l'investissement et la fructification des fonds des banques usuraires », p.7, recherche présentée au congrès Rôle des entreprises bancaires islamiques dans l'investissement et le développement, Faculté de la charia et des études islamiques, Université Al Charika, Emirats Arabes Unis, 2002

signatures électroniques, les organiser et fournir un cadre réglementaire permettant la facilité de leur utilisation à l'échelle internationale et locale, afin d'en profiter dans tous les domaines commerciaux, médicaux et éducatifs ainsi que dans le domaine du paiement électronique.

Le code vise à prévenir l'escroquerie, dans ce sens l'article 21 stipule : « le fournisseur de services d'attestation doit procéder à la résiliation ou au blocage à la demande du titulaire ou dans des cas précisés dans la liste. Il doit par ailleurs en informer le titulaire de l'attestation en fournissant la raison derrière et revenir sur sa position si la raison ne tient plus et le fournisseur de service d'attestation est tenu pour responsable des dommages, que subit toute personne, agissant de bonne foi en cas de non résiliation ou de blocage. »

L'exposé de ces codes émis à l'image du code des transactions électronique et du code de lutte contre les crimes informatiques, ainsi que toute modification du code de lutte contre la falsification permet de dire que les cartes de crédits en particulier et les cartes électroniques et magnétiques en général se développent à un rythme accéléré au Royaume de l'Arabie Saoudite. En effet, en 1999 les banques et les instances financières en général ont émis plus de 6.3 millions de cartes de crédits et ces cartes pompent un équivalent de 5,22 milliards de Riyal chaque année³⁰⁹.

Cela signifie que plus du quart des habitants du royaume possède ces cartes et s'en sert. Ces chiffres augmentent chaque année surtout avec la création par certaines banques et institutions financières de commissions charaiques veillant à la modification des transactions pour plus de conformité, ce qui a suscité l'intérêt de plusieurs individus pour ces cartes.

³⁰⁹ Journal Al Riyadh, 17 août 1999, p.21, n°11376

Le législateur saoudien doit de ce fait poser les bases d'un code relatif aux cartes électroniques magnétiques d'une manière générale et aux cartes de crédits en particulier.

L'utilisation accrue des cartes magnétiques soulève plusieurs problèmes d'ordre juridique au niveau du droit civil, en ce qui concerne la définition de la partie qui assume les montants d'achats via les cartes et les montants retirés des cartes volés ou falsifiés ; serait-ce l'instance émettrice, les commerçants ou le titulaire de la carte ? Cela sans mentionner les différents problèmes qui seraient traités plus amplement dans les deux chapitres suivant. Les problèmes juridiques générés par les transactions financières ne peuvent être traités à travers des codes et des articles s'intéressant uniquement aux clauses de pénalité, comme ils ne peuvent être traités de manière exhaustive à travers des codes s'intéressant aux transactions électroniques de manière générale³¹⁰.

³¹⁰ Voir : Ibrahim Zeyyad CEKICI : « Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique », thèse en droit privé, université de Strasbourg, ÉCOLE DOCTORALE DROIT, SCIENCES POLITIQUES et HISTOIRES ED 101 Centre du droit de l'entreprise EA 3397, disponible à <https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-00955842/document>

II-2 Qualification par la jurisprudence islamique contemporaine des services de la carte de crédit

Les chercheurs contemporains se sont intéressés à l'examen de ce que dit la jurisprudence islamique (fikh) pour ce qui est de la possibilité de l'utilisation de ces cartes. La norme générale est l'autorisation du recours aux innovations du moment qu'elles n'incitent pas à autoriser ce qui illicite et interdire ce qui est permis. Dans ce contexte, l'auteur de « Accords » avance : « il est nécessaire de faire la différence entre ce qui relève du rituel religieux et de ce qui relève des pratiques courantes. Il est d'usage de procéder au rituel sans s'attarder sur les sens et sans trop réfléchir ; la raison n'ayant pas vraiment sa place dans ce point. Les pratiques courantes, quant à elles, exigent par définition de s'attarder sur leurs significations sans y attacher une dimension religieuse, elles sont en général permises sauf mention explicite argumentée »³¹¹.

En se basant sur les développements de la jurisprudence islamique relatifs aux transactions et pratiques bancaires, tout ce qui relève de la rémunération est licite sauf quand cela est exagéré, car cela peut relever du riba implicite.

Ainsi, les chercheurs contemporains se sont intéressés à l'examen de chaque type de carte de crédit, en analysant d'un point de vue charaïque les revenus découlant de l'utilisation de ces cartes³¹².

³¹¹ Abi Ishak Ben Moussa al Gharnati, connu sous le nom de al Chatbi : « Les Accords », vol.1, p.284, Dar Al Maarifa, Beyrouth, Liban

³¹² Nous avons déjà exposé la position du fikh islamique par rapport aux divers types de cartes de crédit quand la carte avait été définie, et cette position se résume en deux points :

Première position : la carte de crédit ne diffère pas des autres magnétiques similaires, et l'appellation induit en erreur, occultant les conséquences néfastes de l'acceptation de cette appellation

Deuxième position : l'appellation peut être gardée, en même temps, les partisans de cette position ne font pas la différence de manière claire entre la carte magnétique et les autres cartes similaires et se contentent de traiter ces différences de manière sommaire

II-2-1 Frais d'émission, pénalités de retard, conditions imposées par l'émetteur et la précision de la période de validité de la carte

a- Frais de l'émission, du renouvellement, de l'échange et du retrait monétaire

Plusieurs banques et institutions financières³¹³ imposent à ses clients le paiement de montants³¹⁴ représentant les frais d'émission, de retrait, de renouvellement annuel, d'échange en cas de perte ou endommagement, et ces frais se font en échange des facilités financières et bancaires. Les juristes modernes se sont penchés sur ces frais et avaient tenté de les qualifier conformément à la charia islamique. Cela a fait naître deux opinions :

Première opinion : la possibilité de collecter ces frais en contrepartie des services offerts aux titulaires des cartes de crédit et ces frais sont en quelque sorte de « rémunération déduite en contrepartie des services bancaires relatifs à la carte à l'image des coûts des procédures à entreprendre pour son octroi, frais d'ouverture de dossier, la préparation de la carte et son envoi, l'identification des tiers impliqués, l'identification des conditions d'utilisation ainsi que tout autre coût relatif à l'émission de la carte. Ces frais constituent une source de revenu importante pour la source émettrice de la carte, puisque ces frais collectés

³¹³ Certaines banques et institutions financières arabes avaient adopté une politique de distribution/promotion qui consiste à épargner aux clients ceux qui désirent avoir des cartes de crédit, les frais d'abonnement et les frais de renouvellement annuel et ce pour une période donnée afin d'attirer la clientèle. Par ailleurs, la plupart des banques et institutions financières occidentales avaient épargné définitivement leur clientèle du paiement de frais d'émission, de renouvellement annuel et d'échange. Ainsi, ces banques avaient émis un nombre impressionnant de cartes et qui mettent en circulation des milliards de dollars chaque année, et qui sont générés par les intérêts découlant des opérations de retrait, d'achat et des pénalités de retard

³¹⁴ Certains juristes modernes pensent que la non précision des montants prélevés, en n'imposant pas les mêmes frais pour tous les types de cartes de crédit, revient à la possibilité que ces frais pourraient inclure un intérêt usuraire sous jacent au crédit.
A.D.Al Sedik al Dhrir, op.cit.p.14

dépassent amplement les dépenses effectives de l'entreprise offrant ce service, surtout au regard du nombre très important des clients désireux d'en avoir »³¹⁵.

Les partisans de cette position avancent les arguments suivants :

- Ces frais imposés aux clients représentent une rémunération définie récoltée en contrepartie d'un service précis et connu, et auxquels s'appliquent les dispositions relatives à la rémunération dans la gestion des affaires
- Le fait que ce revenu soit lié à l'idée que la source émettrice se porte garante du titulaire de la carte ne relève pas du *riba*, car ce revenu ne varie pas en valeur selon que le porteur de la carte dispose d'un solde élevé, d'un solde faible ou qu'il ne serve pas³¹⁶
- Les frais payés diffèrent en fonction des services et avantages accordés et non en fonction des sommes dépensées via la carte ou en fonction de l'échéance de paiement³¹⁷
- Les juristes avancent que le faible « *gharar* » (incertitude) est pardonnable dans le contrat de location. En effet, le propriétaire qui louerait une maison à destination d'habitat, n'impose pas au locataire de préciser le nombre de fois où il se servirait des commodités de la maison louée comme la montée des escaliers, l'utilisation des sanitaires ou de la cuisine. De

³¹⁵ D. Nazih Kamel Hamed, op.cit. p.9

³¹⁶ Op.cit

³¹⁷ D. Abdessatar abou Ghoda, op.cit, p.19

Abdessatar abou ghoda avance que ces commissions portées à la charge du titulaire de la carte sont une sorte de rémunération en contrepartie de divers services offerts comme l'identification du client, la préparation de la carte, l'envoi de préavis, etc... lors de la 12^e rencontre « *al baraka* » la fatwa suivante fut déclarée : « la banque émettrice de la carte de crédit peut récolter auprès du demandeur de la carte des frais d'adhésion, d'abonnement ou de renouvellement, des frais de modification ou de changement de la carte, à condition que ces frais soient relatifs aux services offerts au titulaire de la carte. Il n'y pas d'objection si les frais varient en fonction des services ou des avantages et non en fonction de la valeur de la dette (somme dépensée via la carte) ou de l'échéance (délai de remboursement) »

même pour la carte, où l'intensité de son utilisation variable d'un client à un autre, n'est pas prise en compte³¹⁸.

Cette position est adoptée par la majorité des juristes modernes, c'est pour cette raison que le groupement de la jurisprudence islamique - qui compte dans ses rangs une élite des juristes de la oumma islamique- autorise ces frais imposés aux clients les considérant comme rémunération effective proportionnelle aux services offerts par les banques et institutions financières aux porteurs des cartes de crédit³¹⁹. Quant aux frais exorbitants excédant une limite raisonnable en comparaison aux services effectivement offerts, ils sont prohibés, car ils relèvent du riba interdit par la charia.

Il y a lieu de signaler qu'il n'y a pas de référence fixant la valeur approximative des services offerts par les banques³²⁰. De ce fait, il incombe à la société de monnaie arabe au Royaume d'Arabie Saoudite et aux sociétés financières dans les pays islamiques de prendre l'initiative de la formation de commissions chargées de la détermination d'une limite supérieure ou plafond des frais imposés et qui soient en adéquation avec les avantages dont bénéficie le client (titulaire de la carte de crédit)

Deuxième opinion : De la nécessité de l'interdiction d'imposer des frais aux titulaires des cartes de crédit.

Les partisans de cette position avancent plusieurs arguments dont les plus importants sont les suivants :

- Ces frais collectés sont considérés comme étant des intérêts implicites appliqués au prêt.

³¹⁸ D. Abdallah ben Slimane al Bahouth "les cartes de transactions financières : nature et principes », étude publiée à la revue « al Adl », n°27, 7^e année, août 2005, p.41

³¹⁹ Les décisions du groupement de jurisprudence islamique, 12^e session, décision n° 108/2/12 de l'année 2000, Riyadh

³²⁰ D. Abdallah al Bahouth, op.cit, p.41

On peut répondre à cet argument en précisant qu'il n'y a pas de lien entre les frais et le prêt. Ces frais sont retenus et diffèrent en fonction des services ou avantages et non en fonction de la valeur du prêt ou de son échéance, et c'est pour cette raison que les frais sont imposés et ce même si le client ne se sert pas de sa carte³²¹.

- Ces frais sont imposés par les émetteurs des cartes et les porteurs des cartes doivent s'y soumettre en contrepartie de la garantie que ces émetteurs leur offrent. La garantie dans ce cas implique l'existence d'un prêt porteur de bénéfice et l'interdiction s'applique. On répondit à cet argument par l'idée qu'il n'y a pas de relation explicite et apparente entre le prêt et les frais, car ces derniers sont imposés indépendamment du nombre d'utilisations de la carte par son détenteur, et indépendamment du fait de s'en servir pour des montants élevés ou faibles. Les frais sont pareils et ce même lorsque le porteur de la carte ne s'en sert pas³²².
- Certaines cartes de crédit offrent à leurs détenteurs l'avantage de l'assurance vie et il va sans dire que de pareilles prestations sont interdites. L'idée à discuter est que ce qui est interdit dans ce cas est une augmentation des frais dont la contrepartie est un service illicite, et non pas la base des frais effectifs. Par ailleurs, ces services qualifiés d'illicites d'un point de vue chariaque ne sont pas offerts par toutes les cartes³²³.

Le chercheur pense que ces frais sont licites du point de vue de la charia, car ils représentent une rémunération obtenue par la banque ou l'institution financière en contrepartie d'une jouissance des services et des facilités offerts aux détenteurs des cartes de crédit.

³²¹ Op.cit, p.39, D. Abdessatar abou Ghoda, op.cit., p.19

³²² D. Abdallah al Bahouth, op.cit, p.40

³²³ Op.cit, p.40

b- les pénalités de retard et de dépassement du plafond de crédit autorisé par la carte :

Certaines institutions émettrices des cartes imposent à leurs clients le paiement d'un montant qualifié de « commission »³²⁴ ou de « pénalité » en cas de retard de remboursement pour la carte de crédit ou en cas de dépassement du plafond permis. Et pour prendre connaissance de la position de la jurisprudence islamique moderne au sujet des amendes imposées, il était nécessaire de passer en revue les positions des jurisconsultes contemporains relatives à cette question :

Premier avis :

Ces amendes relèvent des intérêts usuraires illicites, et les partisans de cette position avaient avancé plusieurs arguments dont les plus importants :

- Ces amendes relèvent du riba explicite interdit par la charia (riba nasiâa) ; car elles incluent un prêt porteur de bénéfice
- Cette amende ou ce surplus à payer en cas de retard à l'émetteur de la carte est imposé(e), ce qui fait de cette amende la forme la plus explicite du « ou tu payes ou on augmente ta dette » comme c'est le cas pour riba al-nasîah (à terme) strictement interdit par la charia
- De pareilles sommes récoltées grâce aux amendes représentent des gains très importants pour les émetteurs des cartes de crédit, et sans doute, ces instances émettrices n'ont pas vraiment besoin de collecter des amendes de retard auprès de ses clients, ce qui a poussé le groupement de jurisprudence islamique à interdire d'imposer de pareilles amendes et cette décision fut

³²⁴ Ces intérêts furent connus sous l'appellation « amendes » mais certaines institutions peuvent utiliser le terme « commission » et cela est confirmé par les textes des recommandations émises lors de la conférence traitant de « la perte de la carte de crédit » ayant eu lieu au Bahreïn en 1998, et où l'une des recommandations (carte de crédit) stipule : l'utilisation de cette carte ne nécessite pas l'existence d'un compte de son utilisateur auprès de la banque émettrice.. la banque déduit une commission (en pourcentage) de la valeur payée au commerçant via la carte.. »
D. Nazih Kamal Hamed, op.cit., p.12

aussi adoptée par le groupement jurisprudentiel islamique et par l'instance charaïque au sein de la société bancaire d'investissement al Rajihi³²⁵.

Les partisans de cette position avancent encore d'autres arguments :

- Imposer de pareilles amendes est non conforme aux finalités de la charia islamique qui incite à réconforter ceux qui sont dans des situations difficiles et qui souligne la récompense, qu'attend toute personne, qui soulage et réconforte le nécessiteux. Le prophète ﷺ dit : « celui qui soulage la difficulté d'un croyant dans cette vie, Dieu le délivrera d'une difficulté le jour du jugement »³²⁶
- L'amende n'a pas à être imposée sous forme d'argent, mais la banque ou l'institution financière émettrice peut bloquer le compte du client chez elle, et les institutions émettrices pourraient coopérer entre elles et classer le client dans une liste noire (lui interdisant l'accès aux prêts)

Deuxième avis : l'autorisation sous deux conditions ³²⁷:

Première condition : l'amende doit être uniforme (prélevée)

³²⁵ Le groupement de jurisprudence islamique a publié dans sa 2^e session une décision interdisant d'imposer des amendes de retard aux clients, par décision n°10 (10/2), de l'année 1986, pp.61-62. Le groupement de jurisprudence islamique a aussi publié une décision interdisant ces amendes par décision n°8, 11^e session, août 1989.

L'instance charaïque au sein de la société bancaire d'investissement al Rajihi a publié une décision interdisant ces amendes par décision n°194, de l'année 1985, pp.128-129.

³²⁶ Hadith confirmé, rapporté par Al Boukhari, « Sahih Al Boukhari », Dar Ehye' al Tourath, Liban, le livre des griefs, chapitre « le musulman ne porte pas préjudice au musulman », n°2442.

³²⁷ Il y a lieu de préciser que certaines fatwas avaient permis cette amende sous diverses conditions, il y a de ce fait ceux qui l'autorisent sous la forme d'imputation au client des frais judiciaires et honoraires de l'avocat et autres dépenses, etc.. D'autres autorisent les amendes naissant suite au retard à condition de les dépenser dans les œuvres de charité, comme la fatwa émise par la Finance house du Koweït et par la Islamic Arab Bank. D. Abdessatar abou Ghoda, op.cit., p.25.

Deuxième condition : l'amende est dépensée dans des œuvres caritatives diverses, de sorte que les institutions et instances émettrices des cartes n'en bénéficient pas.

Les partisans de cette position se sont encore appuyés sur d'autres arguments dont les plus importants sont :

- Le titulaire de la carte devrait normalement éviter de se voir imposer une pénalité de retard et ce en veillant à régler ses dus de manière assidue et prendre des mesures préventives pour ne pas subir l'amende prohibée par la charia et l'argument charaique apparait dans les dires du prophète ﷺ rapportés dans les deux livres de Hadith de référence : Aicha avait rapporté concernant le cas de Barira : « prend la somme et sois fidèle, honore tes engagements dans les délais, la fidélité est due envers celui qui te délivre »³²⁸

Ceux qui avaient expliqué ce hadith expliquent : « il ne faut pas s'en faire car leur condition n'est pas juste, et cela ne renvoie pas à une autorisation de s'incliner mais signifie plutôt une ridiculisation et une négligence de la condition imposée, comme si cette dernière n'existait pas »³²⁹.

De même pour la pénalité de retard, on souligne que le titulaire de la carte peut éviter son paiement en veillant à payer assidument les tranches dues.

On pourrait répliquer quant à cet argument que le titulaire de la carte ne peut pas dans tous les cas prévenir de se voir imposé le riba. Par ailleurs, la prévention

³²⁸ Rapporté par al Boukhari, Dar Ehyeê al Tourath al Arabi, Beyrouth, Liban, n°2168

³²⁹ Les voies de la paix, explication de l'atteinte des objectifs d'après les dispositions et principes, Imam Saniî, Imprimerie al Istikama, p.3/11
Cette autorisation est sans doute donnée à la partie qui subit la condition imposée, la partie qui impose les pénalités de retard est dans le tort, du fait de l'interdiction de cette pratique par la charia et qui renvoie à la règle de « rembourse moi plus, je t'accorde plus de temps »
D. Abdessatar abou Ghoda, op.cit, p.26

n'est pas un principe fondateur qui peut servir de référence. Des fatwas similaires ouvrent la voie aux gens de mauvaise foi de recourir à plusieurs façons pour maquiller le riba dont l'interdiction est claire dans le coran, dans la sunnah et à l'unanimité.

- Les partisans de cette position citent l'opinion de certains jurisconsultes ayant permis le « tazir » au moyen d'argent. Le tazir est un terme utilisé dans le droit pénal musulman traduit une punition non citée dans le coran et dépend des lois locales et des juridictions.

On peut répondre à cet argument par l'idée que la tazir relève des compétences du juge et ne peut être laissé aux parties présentes dans un contrat qui l'imposent à un autre membre au contrat. Ce tazir, porte atteinte à l'idée d'équilibre et équité recherchée dans la conclusion des contrats

- Les partisans de cette position rapportent, notamment l'affirmation de certains jurisconsultes malikites³³⁰ relative à l'engagement de charité pris par l'emprunteur en cas de retard de paiement, et l'exigence de paiement d'un montant à cette fin de charité –en cas de refus- se fait au profit de la partie auprès de laquelle le titulaire de la carte s'est engagée à donner le montant de la charité

On peut répondre à cet argument par l'idée que l'engagement de l'emprunteur à la charité est une question privée qui doit lui être laissée et que l'analogie dans cette affaire ne tient pas, l'emprunteur se voyant imposer un don de bienfaisance obligatoire par l'institution émettrice, ce qui est contraire à la logique.

C'est pour cela que l'imposition de pareilles amendes traduit une suspicion de riba à éviter impérativement, et le chercheur adopte l'idée selon laquelle l'autorisation

³³⁰ Hachia al Dousouki, La grande explication, imprimerie al Babi al Hlabi, volumen 3, p.226 et pages suivantes

de ces pénalités est une acceptation de *riba al-nasîah* (à terme), ce qui ne peut être envisagé.

Il y a lieu de souligner que les banques et institutions financières peuvent imposer d'autres pénalités l'éloignant du cercle vicieux du *riba* illicite, comme la résiliation de la carte, son blocage, inscription du nom du client sur une liste noire auprès de toutes les banques et institutions financières. Les émetteurs peuvent notamment empêcher les clients défectueux à la conclusion d'autres procédures administratives comme le paiement des factures ou encore le renouvellement du permis de conduire et autres.

c- La condition imposée par les émetteurs des cartes aux détenteurs des cartes de ne pas récupérer la valeur de la marchandise défectueuse en espèces auprès des commerçants

La jurisprudence islamique autorise à l'acheteur de récupérer la valeur de la marchandise si elle est défectueuse³³¹, et c'est pour cela que ce choix est qualifié de « *khayar al ayb* » dès lors qu'un vice ou une défection sont notés de sorte à ce que la marchandise n'est plus conforme à ce qui convenu entre les deux parties.

³³¹ « Si le défaut est détecté avant le paiement, l'acheteur peut rendre la marchandise et ce aussi bien avant qu'après la conclusion du contrat, l'acheteur en étant conscient ou pas, et cela concerne ce qui est vendu sans avoir été pesé ou sans couverture et qui n'a pas encore été remis à l'acheteur, sans que le vendeur ne l'empêche de l'acquérir. Si le vice survient après la conclusion du contrat, il a alors lieu alors la marchandise est à la possession de l'acheteur, alors le vendeur n'en est pas responsable.

Si l'acheteur restitue la marchandise viciée, il supporte le cout de restitution et le vendeur doit restituer le prix en entier. Si le vendeur donne la totalité ou partie de la valeur de la marchandise à l'acheteur et l'acquitte du vice constaté, et puis rend la marchandise, alors le vendeur est redevable du total du prix et ce qu'il a donné n'est pas pris en compte. L'acheteur peut garder la marchandise après avoir pris connaissance du vice et peut récupérer le manque à gagner dû au vice, s'il n'est pas impossible de restituer la marchandise car elle est détruite ou consommée ou autre. Si l'acheteur acquiert un vêtement et il se déchire puis il le coud et puis il découvre un vice, il peut récupérer la valeur du manque à gagner généré par le vice existant.

Sauf si la récupération implique de récupérer une partie de *ribâ*, ce qui devient impossible, comme quand il achète par exemple des bijoux en argent en payant des dirhams et découvre par la suite un vice, dans ce cas il ne peut pas récupérer la valeur du défaut car il conduit à un *ribâ – fadhil*, mais il a le droit de rendre toute la marchandise pour récupérer tout le montant payé.. ou de la garder sans exiger la valeur de ce que le vice a produit sur la marchandise »

Mansour ben Younes al Bahouti, op.cit. p.261

Cependant, si le titulaire de la carte détecte un défaut dans la marchandise achetée, l'institution émettrice de la carte lui permet de revenir vers le commerçant, mais ne lui permet pas de récupérer la valeur de la marchandise en espèces contrairement aux dires des juristes concernant « khayar al ayb »³³², mais le commerçant restitue la valeur des marchandises au compte bancaire de la carte, et ainsi l'émetteur exige du titulaire de la carte de ne pas vendre l'échantillon après achat via la carte afin d'interdire la liquidité monétaire et donc lutter contre la création de monnaie via la carte, et cette idée est acceptable économiquement. De plus la banque gagne plus en ayant recours à l'octroi de crédit direct plutôt que de restituer la marchandise et de récupérer sa valeur monétaire.

Ainsi, si on examine à l'opération de restitution par le titulaire de la carte des marchandises achetées ou des services accordés on y voit une résiliation de contrat conclu ; car le contrat a lieu entre le commerçant et l'émetteur de sorte à ce que l'émetteur doit la valeur des marchandises au commerçant acceptant la carte et ce selon les termes d'un accord conclu entre l'émetteur et le commerçant. Cependant, la transaction ayant eu lieu entre le titulaire de la carte et le commerçant prend fin à la restitution de la marchandise, et c'est la résiliation du contrat par le détenteur de la carte du fait de « khayar al ayb » constaté. Cela dit, le montant payé ne peut être récupéré par l'acheteur via le système de cartes, car il n'a pas directement payé le montant mais c'est l'émetteur de la carte qui l'a payé ou l'a garanti au commerçant, et c'est donc lui, l'émetteur, qui a le droit de récupérer la valeur de la marchandise s'il l'a réellement payée³³³.

On peut dire que les instances émettrices imposent et recourent à tous les moyens assurant la sécurité et limitant au maximum les tentatives d'escroquerie éventuelles par les détenteurs des cartes. Les conditions imposées permettraient

³³² Revenir vers la note précédente

³³³ D. Mandhour Al Azhari, op.cit, p.242

d'assurer la confiance dans les transactions financières entre les émetteurs des cartes et les utilisateurs consommateurs. De ce fait, le chercheur adhère à l'idée d'imposer cette condition aux clients.

d- Fixation de la période de validité de la carte de crédit

Les instances émettrices des cartes de crédit imposent des périodes de validité fixées à une année ou deux années dans la plupart des cas, et au bout de cette période la carte est soit renouvelée soit résiliée. Certaines instances émettrices fixent la limite de crédit (Credit line) permise aux titulaires de la carte, de sorte que l'émetteur ne paye pas les montants dépassant cette limite.

La jurisprudence islamique permet le recours à la fixation de la validité et du crédit partant du fait que la réalité de la relation entre les parties de la transaction, liées par la carte de crédit –partie émettrice, le commerçant, le titulaire de la carte- est la garantie. En effet, le titulaire de la carte est représenté par la banque qui compte pour son tuteur et ce auprès du commerçant. L'auteur de « Kitab al Mabsout » affirme que cette situation est autorisée et avance : « si un homme dit à un homme : vend à telle ou telle personne, toute vente est garantie par l'homme ayant encouragé la vente, ... et ce qu'une date soit fixée ou non. Et si une date est fixée elle est respectée et le tuteur se porte garant, sinon l'acte de vente est valable indéfiniment... »³³⁴.

II-2-2 La condition de résiliation du contrat et les services d'assurances, d'achat de l'or et de l'argent et de change lors de l'utilisation de la carte de crédit

a- La condition de résiliation du contrat unilatéralement par l'émetteur

³³⁴ Imam Al Sarkhi « Al Mabsout », 20, pp-50-51, Imprimerie Al Saada, Egypte, 1324 de l'Hégire

Les instances émettrices des cartes de crédit sont considérées la partie la plus forte au contrat pour ce qui est des conditions imposées aux autres parties. De ce fait, la plupart des accords stipulent que l'émetteur a le droit d'annuler la validité de la carte en cas de non respect des conditions imposées par le titulaire de la carte. Cela implique que la carte annulée figure dans la liste des cartes retirées et la banque ou l'institution financière s'engage à en informer les commerçants pour qu'ils ne l'acceptent plus et afin qu'ils soient avisés. L'émetteur se désengage ainsi de toute responsabilité.

Il est indéniable que la source émettrice peut résilier l'accord à tout moment et ce sans préavis, et cette résiliation repose sur un argument charaique avancé par la jurisprudence islamique à travers les écrits des jurisconsultes relatifs à la résiliation et au fait de se rétracter en tant que garant³³⁵.

Dans ce sens, l'auteur de « Fath al Kadir » affirme : « si le garant se rétracte par rapport à la garantie et déconseille la vente, il est exonéré de toute responsabilité si la vente a quand même lieu »³³⁶.

Al Kharchi avance à son tour que « celui qui conseille à quelqu'un de faire confiance à quelqu'un d'autre et de lui prêter cent tout en se portant garant, ou s'il dit « traitez avec cette personne, et quelque soit l'affaire je me porte garant », peut à tout moment se rétracter et changer sa position avant la conclusion de l'affaire pour toute la somme en question ou pour partie de cette somme, et il n'est de ce fait garant que de la partie qu'il indique »³³⁷.

Ainsi, la qualification charaique de la relation contractuelle basée sur la garantie donne à la banque émettrice le droit d'annuler la validité de la carte dès que son

³³⁵ D. Mandhour al Azhari, op.cit, p.241

³³⁶ Kamel eddine Mohamed Abdel Wahed, connu sous le nom de Ibn Hamem « Fath Al Kadir ala al Hidayah, explication des débuts du novice », imprimerie al Babi al Halabi et fils, volume 6, p.300

³³⁷ Abou abdellah Mohamed ben Abdallah al Khorchi «explication de Al Khorchi», 1101 de l'hégire, volume 5, p.25, imprimerie al Khayriya, le Caire

détenteur ne respecte pas les conditions qui lui ont été imposées ou cas de non utilisation de la carte durant toute la période de validité.

Nous pensons que cette condition est valable d'un point de vue charaique partant des explications avancées par les jurisconsultes quant à la possibilité de se rétracter et de ne plus se porter garant selon ce qui a été avancé précédemment.

b- Les services d'assurance offerts aux titulaires des cartes de crédit par les émetteurs

Certaines cartes de crédit offrent un service d'assurance contre les dangers et risques d'accidents aériens, si la carte est utilisée pour l'achat de billets des agences de voyages et de tourisme affiliées aux compagnies de transport aérien international.

Le contrat d'assurance commerciale offert par certaines instances émettrices des cartes et accepté par les compagnies aériennes est sans doute considéré comme un contrat illicite d'un point de vue charaique, du fait du « gharar » qui en découle³³⁸, et parce qu'il s'agit d'une assurance commerciale dont la compensation est financière, ce qui rend le gharar évident dans ce cas. Cela a poussé des jurisconsultes à souligner qu'il ne faut pas offrir au titulaire de la carte de crédit des privilèges interdits par la charia islamique à l'image de l'assurance

³³⁸ Le groupement de jurisprudence islamique (créé par l'Organisation du Congrès Islamique lors de la 2^e session du congrès qui a eu lieu à Djeddah pour la période allant du 22 au 28 décembre 1985) a émis une décision relative à l'assurance et à la réassurance, dont le texte est le suivant : « ... après examen des publications des groupements jurisprudentiels et des comités scientifiques à ce sujet il a été décidé:

- ❖ Que le contrat d'assurance commerciale à annuité fixe, adopté par les compagnies d'assurance commerciale est un contrat qui comporte du gharar ce qui rend ce type de contrat illicite d'un point de vue charaique
- ❖ Que le contrat alternatif qui respecte les principes de transaction islamique est un contrat « d'assurance coopérative » basé sur le principe du don et de la coopération, et tel est le cas pour la réassurance elle aussi basée sur le principe de « l'assurance coopérative »
- ❖ D'inviter les pays islamiques à œuvrer pour la création de compagnies d'assurance coopérative, et de réassurance coopérative, afin de libérer l'économie islamique de l'abus et des infractions non tolérées par Dieu

Voir Abdelhamid Mahmoud Baali, op.cit, p.32

commerciale³³⁹. La plupart des jurisconsultes modernes plaident en la faveur de l'interdiction de ce type « assurance commerciale »³⁴⁰, alors qu'il y a unanimité parmi les jurisconsultes contemporains et les groupements jurisprudentiels pour ce qui de la conformité de l'assurance collaborative, cette dernière étant un contrat basé sur les principes du don et de la coopération.

Le chercheur trouve que les services supplémentaires d'assurance offerts par certaines instances émettrices aux titulaires des cartes de crédit sont considérés illicites d'un point de vue charaïque si ces services incluent des conditions indiquant que cette assurance offerte au détenteur de la carte est considéré comme une assurance commerciale contre les risques comme c'est le cas pour l'assurance commerciale et l'assurance vie. C'est pour cette raison que certaines banques et institutions financières avaient inclus dans leurs accords des clauses insistant sur l'engagement d'assurance collaborative basée sur les principes d'entraide, de coopération et de don.

A titre d'exemple, la banque arabe islamique du Bahrain offre « une assurance maladie fondée sur le principe de l'entraide islamique contre les accidents lors des voyages, en cas d'utilisation de la carte VISA pour un montant atteignant 50.000 livres sterling, et ce via la compagnie Takafoul pour l'assurance islamique »³⁴¹.

³³⁹ D. Wahba al Zhili « les transactions financières modernes », p.546, Dar al Fikr, Damas, 2002

³⁴⁰ Il est à signaler que certains jurisconsultes contemporains permettent ce type d'assurance commerciale partant du fait qu'il s'agisse d'une assurance commerciale dont la compensation est certes financière incluant un gharar évident, mais qui résulte d'une clause imposée dans l'accord d'émission, étant ainsi à la marge de l'offre de la carte principale, « il a été décidé selon la jurisprudence que le gharar est pardonné dans les contrats de compensation financière s'il fait partie des éléments secondaires annexés à l'objet principal du contrat, et les règles jurisprudentielles stipulent que « certaines choses sont tolérées quand il s'agit d'éléments annexés et ne le sont pas autrement », voir A.D. Al Seddik al Dharir, « le gharar et son impact dans les contrats », p.594 et suivantes

³⁴¹ Il est à signaler que la décision émanant du groupement de jurisprudence islamique et qui affirme l'interdiction de l'assurance commerciale et la permission de l'assurance collaborative, fondée sur les principes des dons et de coopération, fut suivie par plusieurs fatwas et décisions similaires émises par des groupements jurisprudentiels et des comités scientifiques, et ce à

c- L'achat de l'or et de l'argent avec la carte de crédit

L'or et l'argent se placent dans la même catégorie que la monnaie en papier pour ce qui est des règles de change. C'est pour cette raison, que les juristes contemporains avaient exigé, pour la validité des transactions de vente de l'or et de l'argent au moyen de monnaie en papier, la simultanéité des opérations de livraison de la marchandise (or et argent) et de réception de l'argent en contrepartie. Le prophète μ avance à ce sujet : « or pour or, argent pour argent... jusqu'à ce qu'il dise : marchandise pour marchandise, valeur pour valeur, de main en main, et si les types diffèrent, vendez à votre guise si c'est fait de main en main »³⁴². L'achat via la carte de crédit, satisfait sans doute, la plupart des conditions stipulées dans la charia, surtout en la présence actuelle des appareils modernes effectuant les opérations de transaction, prélèvement en quelques secondes, de sorte à ce que l'échange a lieu sur place, le client se trouvant dans la boutique et le montant des achats est prélevé de son compte.

« Le groupement de jurisprudence islamique a autorisé les ordres de paiement dans les transactions bancaires ; il a en effet avancé dans la décision n°53 (4/6) relative au paiement et ses formes :

l'image de la fatwa émanant du comité de contrôle charaïque du Bayt al Tamwil Koweïtien (caisse de financement Koweïtienne) et qui avance « qu'il n'y a pas d'objections quant au dédommagement du titulaire de la carte Gold selon les conditions suivantes :

- ❖ Le dédommagement doit concerner les accidents qui portent préjudice sauf le décès
- ❖ Le dédommagement doit se faire selon les règles de dédommagement charaïque
- ❖ Si le montant de la compensation dépasse le montant du dédommagement charaïque, le client autorise la caisse de financement koweïtienne à gérer le surplus et l'affecter à des œuvres caritatives
- ❖ En cas de dédommagement du titulaire de la carte dans les cas d'urgence, d'évacuation et d'expatriation à son pays ou à son domicile après un accident, cela doit se faire dans la limite des dommages réels subis

Voir Caisse de financement koweïtien « Qualification charaïque des cartes bancaires », p.23-25, série « Economie islamique », Koweït

³⁴² Moslim, le livre « al masquat », Sahih Moslim, vérification : Mohamed Foued Abdel Baki, Dar Ihyaa al Koutoub al Arabiya, Imprimerie Al Halbi, n°2970

1^{ère} forme : l'encaissement de l'argent comme il est matériel dans le cas de paiement de main en main ou de pesée pour la nourriture ou le transfert pour le compte du destinataire, il a aussi lieu dans le cas d'ordre de paiement avec autorisation de gestion même si le paiement n'est pas direct et tangible, et la manière d'encaisser diffère selon l'objet de la transaction et selon les usages en vigueur.

2^e forme : parmi les formes d'encaissement par ordre reconnues par l'usage et la charia :

- L'écriture bancaire d'un montant donné dans le compte du client dans l'un des cas suivants :
 - Si un montant d'argent est déposé dans le compte du client directement ou par mandat bancaire ou virement
 - Si le client se lie à la banque par un contrat de change dans le cas d'achat de devises pour le compte du client
 - Si la banque prélève –par un ordre du client- un montant de son compte pour un autre compte dans une autre devise dans la même banque ou dans une autre banque pour le compte du client lui-même ou pour un autre bénéficiaire, les banques se doivent de respecter les normes et règles des contrats de change dans la charia islamique.
 - Accepter les chèques si le client dispose d'un compte alimenté dans la devise utilisée »³⁴³

d- Le change en devises lors de l'utilisation des cartes de crédit à l'étranger

Les cartes de crédits offrent à leurs utilisateurs plusieurs avantages à l'échelle internationale. Parmi les avantages les plus remarquables, figure celui de permettre au titulaire de la carte de procéder au change en n'importe quelle devise lors de l'utilisation de la carte dans la plupart des pays de par le monde, pour l'achat des

³⁴³ D. Mandhour al Azhari, op.cit, p.159

biens et des services. L'émetteur de la carte procède immédiatement au paiement des montants dus par le titulaire de la carte dans la monnaie du pays où la transaction fut effectuée. La banque se fait après rembourser dans la monnaie locale en utilisant le taux de conversion en vigueur le jour où la transaction fut effectuée ou utilise un taux convenu dans l'accord. Le remboursement se fait alors quand la facture de la carte est émise et ce durant la période de grâce.

Cette opération comporte un change, puisque le titulaire de la carte achète dans une devise donnée et l'émetteur de la carte procède au paiement dans cette devise, pour par la suite convertir le montant payé en monnaie locale et demande au détenteur de la carte de rembourser ce montant converti et ce après un délai dépassant généralement les deux ou trois semaines après l'opération de l'achat et de change.

Cette idée de paiement en devise et de remboursement en monnaie locale, que les juristes décrivent comme une sorte de compensation de dettes est conforme à la charia à condition que l'encaissement ait réellement lieu de main en main ou par virement, et sans délai.

Ibn Omar avait raconté : « je vendais les dromadaires en dinars, et je me faisais payer en dirhams et vendais en dirham et prenais à la place des dinars, alors j'ai interrogé le prophète ρ à ce sujet et il m'a dit qu'il n'y avait pas de problème tant que les deux parties impliquées se séparaient sans qu'il n'y ait des dettes en suspens »³⁴⁴.

A partir de ces dires d'Ibn Omar, on pourrait construire deux idées :

1^{ère} idée : La date de création de la dette qui est la date où la valeur des services est enregistrée sur le compte du titulaire de la carte qui devient redevable du montant dépensé via la carte suite à la vente ou à l'achat

³⁴⁴ Raconté par Ibn Maja « Sunnah d'ibn maja », Dar al Fikr, (2/760), n°2970

2^e idée : la date de paiement et de remboursement de la dette en une devise autre que celle due suite à la transaction, et dans ce cas on doit considérer :

- Si la transaction est prise en compte et le montant est prélevé sur le compte du titulaire de la carte auprès de l'émetteur, le prix pris en compte charaiquement est celui calculé sur la base du taux de change à cet instant là
- Si le paiement se fait ultérieurement à la fourniture des services, dans le cas de la non existence de compte, le prix à considérer charaiquement est celui calculé sur la base du taux de change en vigueur le jour du paiement effectif qui est la date d'encaissement³⁴⁵.

³⁴⁵ D. Abdel Hamid Mahmoud Al Baali, op.cit, p.29

Une fatwa émise lors de la conférence al Baraka avance : « il est possible que la banque émettrice se mette d'accord avec le titulaire de la carte pour le virement des montants dus en appliquant le prix déclaré par la banque le jour du paiement du commerçant par prélèvement du compte du client si les fonds déposés le permettent ou par prêt de la banque sans intérêts, et dans ce cas la banque ajoute le montant au compte couvert pour par la suite effectuer le prélèvement si la banque est d'accord pour l'accord de prêt.

Certaines banques (émettrices de cartes) prélèvent une commission supplémentaire de (1%) par exemple de la valeur de la transaction et cela en contrepartie des services offerts au client, surtout que le nombre d'opérations effectuées par le client ne peut être connu à l'avance, et de ce fait il n'est pas possible de déterminer les coûts des opérations de change effectuées par les banques au profit du titulaire de la carte »

CONCLUSION

Après avoir discuté en détail les types des cartes magnétiques, dont les cartes de crédit, et les parties prenantes au contrat, ainsi que la position de la jurisprudence islamique contemporaine quant à l'utilisation des cartes de crédit, le chercheur tente d'explicitier la position de la jurisprudence islamique contemporaine à l'égard des deux types de cartes de crédit :

1^{er} type : la carte de crédit successif ou renouvelable (credit card)

2^e type : carte de crédit fixé

Le premier type représente sans doute une transaction usuraire entre la partie émettrice et le titulaire de la carte, car elle comporte des intérêts usuraires déclarés et confirmés. De ce fait, les juristes contemporains s'accordent pour interdire ce type de carte³⁴⁶.

Le deuxième type de carte (carte de crédit fixé) est le type de carte qui soulève plusieurs interrogations parmi les juristes contemporains, quant à la conformité avec la charia. L'idée est que cette carte implique que le client paye ses dus à la fin de chaque mois quand la banque, émettrice de la carte, lui envoie le relevé ou la facture. De ce fait, le client devrait disposer d'un solde suffisant au moment de l'envoi du relevé, même s'il n'est pas obligatoire qu'il y ait un solde suffisant au moment de l'utilisation de la carte, car le client obtient à chaque utilisation de la carte un prêt couvrant la valeur de ses achats, sans intérêts. Cependant, si le client ne rembourse pas ses dus à temps la banque prélève des pénalités de retard, et certaines banques islamiques ne prélèvent pas d'intérêts, de

³⁴⁶ A.D. al seddik al Dharir, op.cit, p.3
Voir D. Wahba al Zhili, op.cit, p.543
Voir aussi: D.Ons Olbi, op.cit, p.139

peur de tomber dans le riba. Elles ont plutôt recours à la résiliation de la carte et au gel du compte.

La différence principale entre le premier type et le présent type réside sans doute dans le fait que via la carte de crédit renouvelable la banque accorde à son détenteur un vrai prêt générateur d'intérêts, et le titulaire de la carte a le choix quant au mode de paiement. Dans la carte de crédit fixe, le titulaire de la carte est dans l'obligation de payer la totalité du montant à la fin du mois, sans intérêts³⁴⁷.

³⁴⁷ A.D. Al Seddik Al Dharir, op.cit, p.3

Chapitre 2 : La qualification par la jurisprudence islamique de la création des organes de contrôle charaique et de leurs modes de travail dans les banques islamiques

Introduction

Les organes de contrôle charaique jouent un rôle pionnier dans les banques islamiques. Ils puisent leur importance dans la capacité de leurs membres à examiner et vérifier les innovations dans opérations financières, tout en étant aptes à les qualifier du point de vue de la jurisprudence et à formuler un avis charaique pour toutes les questions posées. Ils ont de plus la vocation de proposer des solutions de substitution et des alternatives conformes à la charia islamique, surtout si l'on sait que l'organe de contrôle charaique est considéré comme étant l'un des piliers constituant les institutions financières islamiques. Ses missions s'articulent autour du contrôle de l'exercice de ces institutions d'un point de vue charaique, ce qui nécessite une attention particulière au moment du choix des membres desdits organes, qu'il faut habilitier pour l'exercice des missions de contrôle charaique et la proclamation des fatwas dans les litiges financiers de manière à ce que la finalité derrière la création de ces organes indispensables aux entreprises soit atteinte. Une question est dès lors à poser ; quelle est la qualification jurisprudentielle des activités et missions diverses de ces organes de contrôle charaique au sein des banques islamiques ?

Afin de répondre à cette interrogation et tant d'autres susceptibles de naître lors de cet effort de qualification de l'activité des organes de contrôle charaique, nous proposons de diviser ce chapitre en deux sections, comme suit :

Section 1 : L'importance des organes de contrôle charaique et leur impact sur les banques islamiques et la qualification jurisprudentielle de leurs activités

Section 2 : Le mode de fonctionnement des organes de contrôle charaique dans les banques islamiques

Section 1 : L'importance des organes de contrôle charaique et leur impact sur les banques islamiques et la qualification jurisprudentielle de leurs activités

Le système économique islamique a montré que les institutions financières islamiques avaient apporté des alternatives remplaçant le recours au riba répandu dans les banques et institutions financières traditionnelles. Ce qui a aidé les banques islamiques à bien mener leurs missions- en dépit des obstacles non négligeables et des contraintes ayant accompagné la transformation de ces banques de manière opposée au système économique mondial actuel- est la présence des organes de contrôle charaique devenus des parties intégrantes de ces institutions financières. Cela étant, la diversité des missions et activités a poussé les juristes modernes à œuvrer à trouver une qualification jurisprudentielle de la relation de ces organes avec les banques sous l'égide desquelles ils travaillent. Par ailleurs, cette qualification montrera sans doute les répercussions de ces organes de contrôle charaique sur l'activité bancaire islamique.

-I – Importance des organes de contrôle charaique et leur impact sur les banques islamiques

I-1 : Importance des organes de contrôle charaique

I-1-1- Signification de l'organe de contrôle charaique et ses diverses appellations

a- Signification de l'organe de contrôle charaique

La définition de l'organe de contrôle charaique au vu de sa fonction a été exposé de manière détaillée antérieurement, lors de la définition linguistique et terminologique de la notion de contrôle charaique dans le paragraphe introductif

précédant la première partie de cette recherche. Ainsi, la définition du contrôle charaique fait l'objet de plusieurs controverses et de plusieurs courants résultant pour la plupart de la multitude des définitions des concepts du contrôle charaique. Quand ce dernier est défini comme étant : « l'action de faire correspondre toutes les transactions bancaires islamiques aux principes et fondements de la charia islamique »³⁴⁸, cela réduit le contrôle, à notre sens, sa dimension charaique seulement. De ce fait, cette définition n'a pas précisé la nature du travail de contrôle en tant que fonction couvrant des champs spécifiques.

Certains autres auteurs définissent le contrôle comme étant : « l'un des organes nouveaux de la banque islamique créés pour l'aider à atteindre ses objectifs »³⁴⁹.

Cette définition est meilleure que la précédente, car elle comporte une mention explicite de la fonction présumée de l'organe, mais elle omet le caractère de force obligatoire des décisions émises par ces organes. C'est pour cela que le terme « aider » ne signifie pas le pouvoir de changer la politique de la banque à l'égard d'une transaction bancaire donnée.

Certains autres auteurs définissent le contrôle charaique par rapport à la finalité de ce contrôle, en dépit du fait que le contrôle charaique des activités et transactions bancaires est la pierre angulaire dans les secteurs des entreprises financières, car elle veille sur l'application des décisions nécessaires et la validité des procédures, ce qui permet de remédier efficacement aux manquements. De pareils outils représentent une stratégie future reflétant le degré de développement administratif et juridique qui devrait être au centre des préoccupations de toute institution bancaire ou financière visant à développer son environnement de travail. Ainsi, cette fonction est tout aussi importante que l'audit comptable et financier qui vise à réaliser des gains économiques et à régler les dysfonctionnements dans les entreprises, banques et institutions financières en général.

³⁴⁸ Mohamed abou Chadi

³⁴⁹ Abdel Hamid al Baali « Introduction à la jurisprudence des banques islamiques », op.cit.p.153

Le contrôle charaïque par référence à la finalité de ce contrôle fut défini par certains comme étant : « l'ensemble des éléments et activités de contrôle mis en œuvre pour vérifier la conformité des activités de la banque islamique à la charia »³⁵⁰.

Il est à noter que cette définition réduit la notion de contrôle charaïque à l'une de ses fonctions sans mention explicite du caractère obligatoire de ses décisions auprès de la banque. D'autres avancent que le contrôle charaïque « signifie la révision des activités bancaires effectuées par les institutions financières islamiques afin de vérifier leur conformité aux principes et fondements de la charia islamique, le suivi des opérations bancaires, détection des infractions éventuelles, proposition de solutions adéquates pour remédier aux problèmes détectés, la révision des contrats conclus par ces entreprises avec ses clients, la rédaction de contrats adaptés et conformes à la charia islamique »³⁵¹.

Malgré la citation d'une bonne partie des fonctions assurées lors des activités de contrôle charaïque, cette définition s'étale dans l'énumération desdites fonctions sans pour autant préciser les personnes en charge. Par ailleurs, cette définition n'a pas, non plus, abordé le caractère obligatoire des décisions des organes de contrôle.

L'un des chercheurs l'a encore défini comme étant : « l'un des organes de la banque islamique et qui la protège des infractions aux principes de la charia islamique lors de l'exercice de son activité, et qui lui présente les solutions charaïques lui conférant sa légitimité »³⁵².

Les remarques sur cette définition rejoignent les remarques relatives aux définitions précédentes, pour ce qui est de l'omission de la mention du caractère

³⁵⁰ Fares abou Maamar « impact du contrôle charaïque... », op.cit.p.4

³⁵¹ Abdel majid Salahin « les instances de fatwa et le contrôle charaïque », op.cit. p.248

³⁵² Ahmad Saad « le contrôle charaïque et son impact sur les banques islamiques », op.cit

obligatoire. De plus, cette définition explicite la nature du travail des organes de contrôle charaique sans pour autant définir le contrôle charaique en soi.

Cela étant, l'une des meilleures définitions fut celle due à A. Abou Ghoda pour lequel. le contrôle charaique est « le suivi, l'examen et l'analyse des activités, des travaux, des comportements et des opérations effectuées par l'entreprise, afin d'en vérifier la conformité avec les fondements et principes de la charia islamique, et ce en ayant recours aux moyens et outils adéquats et permis, tout en détectant les infractions et dépassements et en proposant des alternatives conformes , en présentant des rapports aux instances concernées renfermant l'avis charaique formulé, les décisions et les recommandations à suivre présentement pour réaliser un gain halal, et aussi dans le futur afin de s'améliorer »³⁵³.

La définition précédente se distingue par la présentation des fonctions principales de l'organe de contrôle charaique dans les banques islamiques tout en explicitant la signification de la notion de contrôle charaique. Cela dit, on note que la définition s'étale longuement dans l'énumération desdites fonctions.

En exposant les différentes présentations du contrôle charaique, et après examen et déduction, nous considérons que la multitude des définitions est due aux raisons suivantes :

Première raison : Le contrôle charaique dans les banques islamiques est considéré séparément des organes de contrôle et de ses structures

Deuxième raison : la prédominance du caractère consultatif et collaboratif des avis émis par les membres de l'organe de contrôle charaique

Troisième raison : Négligence des aspects juridiques et économiques dans la plupart des définitions du contrôle charaique, en dépit du lien évident qui devrait être mis en avant

³⁵³ Abdessatar abou Ghoda, « Principes techniques du conytrôle charaique.... », op.cit.p.46

Quatrième raison : la confusion entre les notions de fatwa et de recommandation et les obligations des membres des organes de contrôle charaïque

Cinquième raison : la restriction du rôle du contrôle charaïque à la vérification du degré de conformité des activités des institutions financières aux fondements de la charia islamique

Sixième raison : la diversité des appellations des organes de contrôle charaïque dont on cite ; instances, contrôleurs, consultants ou encore conseillers, ce qui a créé une confusion chez certains quant à l'obligation ou non de disposer d'un organe de contrôle dans les institutions financières.

La définition du contrôle charaïque dans les institutions financières et banques islamiques devrait, à notre regard, inclure des éléments étayant les bases du travail de contrôle charaïque, et qui sont selon le point de vue du chercheur les suivants :

Premier élément: le caractère obligatoire : qui renvoie au droit conféré par la loi explicite, qui donne aux décisions émises par les organes de contrôle charaïque le caractère obligatoire.

Deuxième élément : la constitution d'un groupe de spécialistes : afin que le contrôle charaïque puisse remplir efficacement son rôle et permette d'atteindre les objectifs escomptés lors de l'examen des activités de l'institution financière pour en vérifier la conformité aux fondements de la charia islamique, il est important de former l'organe de contrôle charaïque avec des membres dotés de compétences nouvelles et exhaustives, nécessitant leur habilitation d'un point de vue charaïque, juridique et économique à la fois.

Troisième élément : associer le travail de contrôle et la proclamation des fatwas :

Le travail de contrôle charaïque nécessite d'associer le suivi et l'examen des activités de l'institution financière et la vérification de la conformité avec les

fondements de la charia islamique, en plus de la proclamation des fatwas pour ce qui est des problématiques financières nouvelles posées.

De ce fait, il y a lieu de définir les organes de contrôle charaique dans les institutions financières et banques islamiques comme étant : des organes dont les membres sont habilités de par la loi à vérifier les activités des institutions financières et des banques, de les orienter et d'émettre les décisions nécessaires et fatwas conformément aux fondements de la charia et aux lois qui s'en inspirent.

b- Les appellations des organes de contrôle charaique

La création d'un instrument administratif et d'une instance de contrôle permet de veiller et de rectifier les transactions financières et bancaires, les sortant ainsi de leur cadre traditionnel pour les mettre dans un cadre conforme et en phase avec les fondements de la charia, de sorte à présenter des substituts et des solutions à l'usage répandu des intérêts usuraires. Il s'agit par ailleurs d'aboutir à de nouvelles formules au service de la réalité économique islamique, lui conférant ainsi un nouveau souffle ; une réalité qualifiée par le passé comme étant dépassée.

De ce fait, la création d'une instance de contrôle œuvrant de manière organisée, active et efficace à la vérification de la conformité des activités des entreprises financières et bancaires, à orienter ces activités et à émettre les décisions nécessaires et fatwas, est une question essentielle et fondamentale pour le travail bancaire islamique. Cela a permis voire incité les banques islamiques nouvellement créées, ainsi que les banques traditionnelles désireuses de passer à la finance islamique, à se doter d'une nouvelle administration dont l'appellation

diffère selon les banques, et ce afin de créer une administration qui se consacre aux aspects du contrôle charaique³⁵⁴.

Les études économiques, récemment publiées montrent que le nombre d'institutions financières qui exercent leurs activités en conformité avec la charia est d'environ 300 entreprises, et le volume des fonds dans ces entreprises est de l'ordre de plus de deux cents milliards de dollars, répartis dans plus de cinquante pays de par le monde³⁵⁵, et ce surtout après l'impact désastreux de la crise financière qui a eu raison de plusieurs grandes entreprises et sociétés dans le monde.

Ces faits avaient incité les banques islamiques et leurs organes de contrôle charaique à trouver de nouvelles formules et alternatives mettant en place et appliquant des stratégies de prévention pour les entreprises financières et banques dont la maturité ne peut être comparée à l'âge et à l'expérience et atouts de l'économie mondiale actuelle et des banques traditionnelles. L'évolution effrénée et prometteuse de l'activité bancaire a fait de cette dernière l'objet d'études détaillées traitant en profondeur les bases de l'activité bancaire dans ses aspects techniques, chose qui dépasse le cadre de notre présent travail.

Pour connaître les fondements jurisprudentiels et juridiques des organes de contrôle, ainsi que la nature de leurs activités, il a fallu mettre la lumière sur

³⁵⁴ Parmi les bases essentielles reconnues et exigées pour les banques islamiques, et que toute banque traditionnelle désireuse d'exercer ses activités dans un cadre islamique se doit de respecter, figurent trois éléments essentiels :

- premier pilier : adopter des alternatives islamiques pour abandonner le système des intérêts usuraires
- deuxième pilier : changer la dénomination de la banque pour qu'elle soit conforme aux orientations économiques islamiques

Nous estimons que le fait de changer la dénomination ou le logo de la banque pour refléter la nouvelle orientation n'est pas très important. Ce qui l'est, par contre, est le fond de l'activité bancaire et sa conformité réelle aux fondements de la charia islamique

- troisième pilier : créer une administration de contrôle charaique dans la banque qui désire de transformer ses activités et d'exercer dans un cadre de finance islamique, et ce afin d'arrêter et de définir les contours des transactions et activités de la banque du point de vue de la charia

³⁵⁵ Abdelhak Hmich « Activation du rôle des instances de fatwas et de contrôle charaique dans les institutions financières... », op.cit. p.96

certaines de ces aspects, si l'on sait que plusieurs entreprises financières islamiques et banques islamiques n'ont pas été affectées en dépit de leur jeune âge, comme il a été souligné, en comparaison aux grandes entreprises et institutions financières, surtout aux Etats Unis d'Amérique. Cela est peut être dû à un principe important appliqué dans les transactions financières islamiques et qui a permis d'assurer cette sécurité tant convoité au jour d'aujourd'hui, et qui a renforcé la confiance des spécialistes en économie. Ce principe est relatif à la considération de l'intérêt général et sa prévalence sur l'intérêt individuel en cas d'opposition des deux, et de commettre le moindre mal afin de sauver la situation.

Ainsi, on peut dire que les organes de contrôle charaique mènent à bien leurs missions et remplissent leurs fonctions en dépit des appellations et définitions diverses des missions, fonctions et formes³⁵⁶.

Nous estimons que les orientations adoptées pour les appellations de ces organes de contrôle charaique prennent quatre formes :

Première orientation : vision globale :

Les partisans de ce courant parmi les chercheurs contemporains vont à dire que la nature du travail des organes de contrôle charaique devrait inclure le contrôle charaique et la fatwa dans les questions financières nouvelles contemporaines, et c'est pour cela que les appellations adoptées pour désigner les organes de contrôle sont les suivantes :

Instance charaique, commission religieuse, conseil charaique, consultant charaique, organe charaique.

Deuxième orientation : raison de la création :

³⁵⁶ Mohamed al Katan « le contrôle charaique dans les sociétés de création des services financiers islamiques ... », op.cit, p.10

Les partisans de ce courant aussi affirment que la nature de l'activité de l'organe réside essentiellement dans le contrôle charaique, comme l'expression de l'appellation l'indique, indépendamment des autres activités pouvant être exercées. En effet, l'organe de contrôle ne procède pas seulement au contrôle mais doit refléter la raison d'être pour laquelle l'organe fut créé.

Les appellations adoptées pour désigner les organes de contrôle charaique sont les suivantes :

Contrôle charaique, instance de contrôle charaique, organe de contrôle charaique, conseil de contrôle charaique, contrôleur charaique, audit charaique.

Troisième orientation : la fatwa

Les partisans de cette position avancent que la finalité et le résultat des activités de ces organes charaiques est la proclamation de fatwas pour les questions et innovations financières. Il est indéniable que la formulation d'un avis charaique, et bien avant la qualification de la question dans le domaine bancaire relève de la fatwa. Il serait peut être plus adéquat de donner à ces organes des appellations reflétant la vraie finalité derrière le travail effectué, parmi lesquelles : commission de fatwa, instance de fatwa, unité de la fatwa et des recherches, direction de la fatwa et des recherches, instance de la fatwa.

Nous pensons que la désignation des organes par ces appellations renvoyant à la fatwa est critiquable, car parmi les caractéristiques de la fatwa est, la non obligation de son application. Or, de pareils organes de contrôle furent à la base créés pour que les décisions en émanant soient appliquées et que les recommandations soient prises en compte. Quel serait sinon l'intérêt de créer des organes dont les avis et décisions sont sans importance, d'autant plus qu'ils sont censés être l'un des piliers de la banque islamique ?

Quatrième orientation : association entre le travail de contrôle et la fatwa

Les partisans de cette position assurent que le travail de contrôle seul ne peut servir la finalité pour laquelle la banque procède à la création d'un tel organe. La fatwa est en effet, tout aussi importante et occupe une partie du travail des organes de contrôle. Il aurait mieux valu de recourir aux appellations suivantes : instance de fatwa et de contrôle charaïque, instance de fatwa et de suivi charaïque.

Cette orientation est de plus en plus adoptée par maints chercheurs contemporains dans leurs travaux et dans le cadre des congrès organisés par les banques islamiques car le rôle de fatwa et de contrôle est plus exhaustif et va au-delà du simple contrôle et parce que la fatwa est à son tour une partie essentielle et c'est l'activité première exercée par les organes suivie par les principes de contrôle³⁵⁷, et la réduction de l'appellation à la seule mission de fatwa limite le champ d'action de ces organes³⁵⁸.

A notre sens et, après examen des orientations diverses, le travail de l'organe de contrôle se base sur la formulation d'un avis charaïque par rapport à une question ou une transaction nouvelle, tout d'abord, pour obliger au respect de cet avis formulé ensuite, et procéder ultérieurement au suivi et contrôle de l'application des décisions déclarées par les commissions, les directions ou les conseils charaïques. Cela nous conduit à avancer que les organes de contrôle et la nature de leurs activités doivent formuler explicitement les bases et les fondements de leur fonctionnement au sein de toute banque islamique.

De ce fait, chaque organe créé doit jouir de pouvoirs conférés expressément par la loi, et qui lui permettent d'obliger les conseils d'administrations des banques à appliquer ses décisions conformes à la charia islamique, et si l'on veut réellement fonder des banques fonctionnant aussi bien sur le fond que sur la forme selon le modèle économique islamique. Par ailleurs, afin d'atteindre la finalité essentielle derrière la création de tels instances, il faut élire des membres ayant des

³⁵⁷ Abdelhamid al Baali « L'investissement et le contrôle charaïque... », op.cit, p.217

³⁵⁸ Ahmad Al Aliat « Le contrôle charaïque des activités des banques islamiques... », op.cit. pp.54-55

connaissances approfondies en matière de jurisprudence islamique, de droit et d'économie.

Des exigences pareilles permettraient de mettre les bases d'une finance bancaire islamique en bonne et due forme, caractérisée par une cohérence dans la logique et la pratique, et ce loin de tout extrémisme et fanatisme, évitant de juger des problématiques et des questions nouvelles sans connaissance de cause ou sans connaissances suffisantes. C'est pour ces raisons que nous jugeons qu'il vaudrait mieux qualifier ces organes d'instances de contrôle charaique et juridique.

Les propositions et les justifications derrière leur création seront traitées dans la deuxième partie de la présente recherche, pour ce qui est des activités bancaires islamiques et leur contrôle d'un point de vue juridique.

I-1-2 Arrière-plan historique des banques islamiques

a- La naissance des banques islamiques

La banque islamique pourrait être définie comme étant : une banque conforme aux normes juridiques, qui offre des services et transactions divers à ses clients, inspirés des fondements et principes de la charia islamique, qui œuvre à attirer les fonds monétaires des entreprises et des particuliers, veillant à leur investissement et fructification de sorte à réaliser une croissance économique, sur des bases jurisprudentielles et charaiques stables. La définition de la banque islamique fait apparaître les caractéristiques suivantes :

- Banque habilitée à exercer une activité professionnelle, selon les normes en vigueur dans le pays qui l'autorise à le faire, et ce comme toutes les autres banques traditionnelles
- La banque offre des services et effectue des transactions bancaires avec ses clients selon les principes de la charia islamique, en évitant et interdisant

- les intérêts usuraires, et en présentant et facilitant des solutions et alternatives conformes à la charia islamique.
- La banque se comporte comme une banque conventionnelle en s’attirant les ressources monétaires des entreprises et des individus de la société, mais elle diffère quant à l’emploi charaique de ces ressources, inspiré des fondements de la jurisprudence relative aux transactions modernes selon une vision stable.
 - La banque islamique rejoint la banque traditionnelle dans l’idée de la réalisation de la croissance économique. La première banque est guidée par une vision économique plus sûre et plus garantie que la seconde. Cela peut probablement être expliqué par les risques limités découlant de l’exercice de son activité. Ainsi, on pourra dire que les banques islamiques sont passées par les phases suivantes :

Première phase : les déclencheurs et les débuts de la création des banques islamiques :

L’activité bancaire islamique est passée par plusieurs phases avant d’aboutir à la dernière forme ayant entraîné la création des banques islamiques. La première initiative pour l’instauration d’une activité bancaire s’intéressant aux aspects relatifs à l’économie islamique et à sa philosophie daterait de l’an 1963, où des banques furent créées et furent appelées banques locales d’épargne³⁵⁹ et ce sous la supervision du président de l’union internationale des banques islamiques,

D. Ahmad al Najar. Ultérieurement, il y a eu la création de la banque sociale « Nasser », dont le règlement précise le non recours aux intérêts sous aucune forme, elle n’en donne ni n’en reçoit. Il est indéniable que la banque « Nasser » exerçait une activité sociale, et cette phase représente une introduction à l’apparition de l’activité bancaire islamique.

³⁵⁹ Mohamad Al Baltaji « Position des banques islamiques », op.cit.

Deuxième phase : Le réel début de l'activité bancaire islamique :

Les vrais débuts du travail bancaire islamique avec une portée internationale remontent à l'année 1972, dans la ville de Djeddah au Royaume de l'Arabie Saoudite, suite au congrès des ministres des affaires étrangères des pays musulmans. Les recommandations du congrès appelèrent à la création d'une banque islamique internationale pour les pays musulmans. Cette recommandation fut suivie par la déclaration de l'accord de constitution de la banque islamique de développement, qui passa lors de sa création par plusieurs étapes :

- Publication d'un décret portant création de la banque islamique de développement, lors de la première réunion des ministres des pays musulmans, dans le cadre du congrès islamique organisé dans la ville de Djeddah en 1973,
- Le 10 août 1974, lors du 2^e congrès des ministres des finances des pays musulmans, à Djeddah, les ministres des finances avaient signé l'accord portant création de la banque islamique de développement, à condition qu'il n'entre en vigueur qu'à partir du 23 avril de l'année 1975.
- Le 26 juillet 1975, dans la ville al Riyadh au Royaume de l'Arabie Saoudite, il y a eu la réunion du conseil des gouverneurs de la banque islamique de développement, et l'inauguration officielle de la banque eut lieu le 20 octobre de l'année 1975³⁶⁰. Le nombre des pays membres y ayant adhéré était de 45 pays jusqu'en 1991.

La banque islamique de développement est sans doute considérée comme le noyau de base de l'activité bancaire islamique dans plusieurs pays du monde musulman. Il est cependant spécialisé et entièrement dédié aux transactions financières entre les gouvernements des pays membres de l'organisation du congrès islamique, et ne s'adresse pas aux particuliers.

³⁶⁰ Abdelhamid al Baali « L'investissement et le contrôle charaïque... », op.cit, p.7

C'est pour cette raison que la banque islamique de Dubaï est considérée comme étant la première banque islamique offrant ses services bancaires aux particuliers, conformément aux fondements de la charia islamique.

Par la suite, les créations de banques islamiques se succédèrent de par le monde pour atteindre 267 banques réparties sur 48 pays, avec un volume d'activités dépassant les 250 milliards de dollars, et ce selon les statistiques du conseil mondial des banques islamiques datant de septembre 2003, et abstraction faite des agences de transactions islamiques, affiliées aux banques traditionnelles à l'échelle mondiale³⁶¹.

Après avoir passé en revue, les étapes de création des banques islamiques, nous pensons que ces banques sont le reflet d'un bouleversement économique et social qui a tenté de trouver de nouvelles formules et des alternatives aux transactions bancaires loin du Riba. Cette position a suscité de vives critiques et des oppositions émanant des spécialistes dans le secteur bancaire traditionnel et de certains chercheurs intéressés par la question économique mondiale actuelle qui pensent que l'activité bancaire islamique ne diffère de l'activité bancaire classique que par la forme, le fond étant le même et ils vont jusqu'à dire que la différence ne réside que dans les appellations et que selon eux, il n'y a pas de distinctions effectives entre les services offerts par le système bancaire classique et ceux offerts par le système bancaire islamique³⁶².

b- Les organes de contrôle charaique et la création de banques islamiques

L'environnement organisationnel des structures et des services administratifs et comptable de la banque islamique se rapproche de l'organisation administrative et

³⁶¹ Mohamad Al Baltaji « Position des banques islamiques », op.cit

³⁶² Pour aller plus loin : Revue électronique [Masres](#) « les experts de l'activité bancaire répondent aux opposants aux banques islamiques en date du 23 mars 2012.

financière des banques traditionnelles sauf pour les organes de contrôle charaique qui caractérisent les activités bancaires islamiques. Ainsi l'organe de contrôle charaique au sein d'une banque islamique est une composante essentielle du fait du changement continu dans les activités bancaires et économiques sachant que l'organe de contrôle charaique n'est pas soumis à la direction de la banque centrale, bien au contraire, c'est l'organe de contrôle qui exige de la banque islamique de rendre compte de tout manquement et qui peut appliquer des sanctions en cas de non respect de ses décisions³⁶³.

Nous estimons que la multiplication des organes de contrôle charaique dans les banques islamiques est susceptible de conduire à une sorte de complaisance à l'égard des conseils d'administration de ces banques, il est de ce fait préférable que ces organes de contrôle charaique soient réunis dans le cadre d'une instance gouvernementale supérieure, regroupant une élite d'experts en matière de charia, de droit et d'économie et qui auraient pour tâche de superviser et réviser les activités de toutes les banques islamiques agréées dans chaque pays.

Il y a lieu de signaler qu'il existe une instance supérieure de Fatwa et de surveillance charaique au sein de l'union internationale des banques islamiques et qui a pour mission l'orientation et le conseil de toutes les instances de Fatwa dans les banques islamiques membres de l'union internationale des banques islamiques

L'existence d'une instance supérieure indépendante au sein de chaque pays, supervisant les activités et services des banques islamiques et qui est en même temps responsable des décisions et des recommandations formulées aux banques islamiques à l'intérieur du pays est quelque chose de positif qui contribue à la stabilité de la situation économique des entreprises islamiques financières et d'investissement, ce qui permet leur développement et les propulse au premier

³⁶³ Mohamed Al Kattan « le contrôle charaique dans les sociétés de création des services financiers islamiques » Op.Cit, P.15

rang ; ces entreprises étant en effet devenues une composante non négligeable du paysage économique internationale et régional. C'est pour ces raisons que ces dernières années avaient permis de réévaluer objectivement ce type d'activité bancaire qui tend à occuper une place sans cesse plus grande et qui est désormais pris en compte dans les politiques économiques, monétaires, bancaires et financières.

Cela permet d'en profiter selon les normes et les conditions conformes à leurs activités et à leurs structures organisationnelles. D'où le besoin de mettre les règles de base organisant le système financier et bancaire islamique de manière homogène à l'échelle des pays du monde musulman, en adoptant les règles générales communes aux activités bancaires islamiques ; à l'image de la création d'instances de contrôle charaïque juridique au sein de chaque banque, de la définition de ses missions, de ses responsabilités, de sa constitution et des conditions de destitution de ses membres.

Ces règles organisationnelles permettent ainsi de bien définir les fonctions de l'instance supérieure charaïque juridique gouvernementale au sein des banques centrales, des institutions monétaires, ou au niveau du ministère des finances dans les pays membres, tout en déterminant la nature de ses activités, son règlement administratif, les responsabilités de ses membres et ses prérogatives qui lui permettent d'exercer ses missions de fatwa et de contrôle de l'application et du respect des décisions émises, tout en orientant les instances charaiques juridiques.

Nous considérons que la définition ou la délimitation des contours des orientations et des règles organisant le système bancaire islamique au niveau des pays du monde musulman, tout en permettant à chacun des pays de définir ses propres règles en cohérence avec la logique et les grandes lignes admises dans l'ensemble des pays musulmans, ne peut que susciter l'intérêt des banques classiques qui

pourraient initier un changement progressif vers les alternatives offertes par la finance islamique.

Par ailleurs, si les législations des pays musulmans comportaient des textes obligeant les banques islamiques à désigner un consultant ou plus en matière de charia pour délibérer sur les questions relatives aux transactions financières et bancaires nouvelles, cela offrirait davantage de stabilité aux structures ainsi qu'au système. Cela apparaît clairement dans l'un des pays musulmans économiquement développé ; où le gouvernement de la Malaisie a instauré un ensemble de règles organisant l'activité bancaire islamique, et dont la plus marquante est celle d'obliger les banques à désigner une personne ou plus en tant que consultant(s) en charia, afin de juger et de donner un avis fondé sur une analyse de la charia dans les questions relatives aux transactions financières islamiques³⁶⁴.

On peut dire que la constitution administrative de l'organe de contrôle charaique n'a pas pris de forme unique au vu de l'affiliation de ces organes chacun à sa banque, et parce qu'il n'y a pas de règles organisant l'activité bancaire islamique à l'échelle des pays du monde musulman, les législations différant d'un pays à un autre. Ainsi, les schémas organisationnels administratifs des organes de contrôle charaique diffèrent en fonction des régions et des institutions où les membres travaillent.

La constitution d'une instance supérieure indépendante à l'intérieur de chaque pays qui supervise et contrôle les activités des banques islamiques est, à notre sens, une nécessité. Elle permettrait de cerner les transactions financières douteuses. Cela étant, certaines commissions de contrôle charaique peuvent prendre des décisions sans un examen approfondi des questions. En général, les commissions de contrôle charaique dans les banques islamiques fournissent des efforts évidents dans l'étude des problématiques financières nouvelles posées, les

³⁶⁴ Abdulgadir, M., "Central Bank Role", p.68

examinant de manière méthodologique scientifique qui leur permet d'aboutir à des interprétations et recommandations charaïques. Il faudrait cependant prévenir les efforts négatifs fournis et qui créent la confusion et la polémique autour de la finance islamique en tant que structure unique cohérente, et qui découlent de ce qui se répand quant à la permission de certaines activités et transactions non conformes à la charia islamique.

Un courant s'opposant à l'idée de l'unification des organes de contrôle charaïque au sein de chaque pays considère que la création d'un organe unique de contrôle charaïque entraîne une limitation et un conditionnement rigide des activités des banques islamiques, ce qui se répercuterait négativement sur ces banques et atténuerait leur succès continu.

Cette position est en partie vraie si l'idée était celle de créer un organe unique de contrôle charaïque au niveau des pays islamiques, car il s'agit dans ce cas de pays hétérogènes quant à leurs sources de productivité. Les pays agricoles peuvent par exemple recourir à un type particulier de transactions financières jurisprudentielles entre la banque islamique et l'individu.

Les pays à vocation autre qu'agricole ne peuvent pas recourir à ce type de transactions, sans mentionner les différences économiques qui caractérisent les pays du monde musulman. De ce fait l'idée de création d'une instance de contrôle charaïque et juridique supérieure au sein de chaque pays présente des avantages dont les plus évidents sont les suivants :

- S'assurer de l'application des principes de la charia islamique pour toutes les transactions financières et bancaires dans les banques islamiques à l'intérieur du pays
- Eviter tous les dépassements susceptibles de naître de la permission de transactions financières interdites

- Permettre aux pays d’avoir des lois permettant de sanctionner les organes de contrôle charaïque des banques islamiques en cas de faute ou d’infraction
- Œuvrer à développer l’activité bancaire islamique et à renforcer la prise de conscience quant à son importance
- Renforcer la confiance des utilisateurs et des investisseurs dans le secteur bancaire islamique
- Offrir l’opportunité aux membres des organes de contrôle charaïque et juridique des banques islamiques du pays, d’être formés

I-2 : Impact des organes de contrôle charaïque sur les activités des banques islamiques

Les organes de contrôle charaïque jouent un rôle très important permettant d’offrir des alternatives conforme à la charia à certains services bancaires offerts aux clients. Cet effort mérite d’être reconnu et renforcé afin que ses retombées positives puissent se faire sentir à tous les niveaux économiques. Cela permet notamment le développement social et une meilleure prise de conscience de la part des utilisateurs quant à la nature de l’activité bancaire. Cependant, certains inconvénients freinent cette ambition, car certains agents prétendant à une activité bancaire islamique s’éloignent du fond de la logique du modèle, faisant plutôt prévaloir la forme, et ce sans mentionner la rareté des experts polyvalents spécialisés à la fois en charia, en droit et en économie. Ces constats soulignent l’impérativité de trouver des solutions permettant de dépasser ces manquements afin que ces organes puissent atteindre la finalité pour laquelle ils furent créés.

I-1-1 Les apports des organes de contrôle charaique

a- Le dépassement des obstacles et la résistance en dépit de l'expérience récente

Au départ, les organes de contrôle charaique sont apparus sous l'égide des banques islamiques et sous son contrôle. Certaines banques islamiques en créant une administration s'occupant du contrôle charaique, ont notamment cherché à occulter les infractions sous le couvert de « l'instance charaique ».

Certains de ces organes souffraient –voire continuent de souffrir pour quelques uns encore- de l'emprise du conseil d'administration de la banque, ou de la déformation par la banque de la réalité de certaines transactions financières, et ce en présentant autrement la transaction censée faire l'objet d'une étude charaique³⁶⁵, ce qui fait que ces organes travaillent pour la forme et ne vont pas au fond des questions, en ce sens qu'ils présentent des conseils et des recommandations, dont notamment répondre aux questions relatives aux problématiques posées et les réponses revêtent la forme de fatwa mais sans force obligatoire.

Cet organe est dès lors un organe de consultation qui donne son avis sans que ce dernier ne soit obligant pour la banque, d'un point de vue juridique. Certaines banques vont même jusqu'à préciser dans son règlement que l'organe de contrôle charaique est tenu de ne divulguer aucune information. Par exemple, le code de constitution de la banque islamique du Qatar stipule clairement par texte a/28 : « les contrôleurs charaiques sont tenus de s'abstenir de divulguer toute information ou commentaire relatifs au travail de la banque et à ses transactions »³⁶⁶.

³⁶⁵ Hassan Youssef Daoud « le contrôle charaique dans les banques islamiques », p.35-36, Institut International de la Pensée Islamique, le Caire, 1996

³⁶⁶ Ahmad Al Aliat « Le contrôle charaique des activités des banques islamiques », op.cit, p.108.
Hassan Daoud « le contrôle charaique dans les banques islamiques », op.cit.,p.36-37

En dépit des obstacles qui avaient accompagné l'apparition et la constitution des organes de contrôle charaïque, ces derniers avaient cependant pu contribuer au renforcement de la position de l'économie islamique, devenue attractive pour l'ensemble des utilisateurs.

Ces organes avaient par ailleurs pu, grâce au contrôle rapproché des activités des banques islamiques, en améliorer les politiques et les orientations afin que la finalité escomptée soit atteinte. Cette entreprise était plutôt compliquée, puisque l'apparition de ces organes s'est faite alors que maintes questions étaient posées quant à la qualification charaïque de plusieurs transactions commerciales répandues dans les banques classiques comme les cartes de crédit, les différentes formes de comptes et le commerce électronique, pour lesquels il n'y a pas de position claire formulée dans les anciennes sources de la jurisprudence. Et même si des indications et des recommandations existaient, les employés des banques classiques n'en ont pas connaissance et ne sont pas habilités à les discerner car ils n'ont pas de connaissances approfondies en matière de charia et de droit concernant les questions posées, surtout pour ce qui a trait aux opérations bancaires relatives à l'investissement et au financement, parce que ce sont des opérations en perpétuelle évolution et dont la forme et les composantes varient en fonction de chaque opération ou projet présenté à la banque³⁶⁷.

Ainsi, le rôle positif joué par les membres des organes avait un impact évident sur le système économique islamique, ce qui a conféré aux banques un caractère charaïque et a renforcé la confiance des divers partenaires. Les organes avaient en effet présenté des alternatives conformes à la charia aux intérêts usuraires couramment appliqués par les banques traditionnelles, dans un contexte où les employés, même dans les banques islamiques n'avaient pas connaissance des fondements et des principes des transactions islamiques. L'organe de contrôle

³⁶⁷ Hamza Hmad « le contrôle charaïque dans les banques islamiques », op.cit, p.6

charaique avaient fourni des efforts lui permettant de s'ériger en tant que composante essentielle de la banque islamique, surtout que les transactions bancaires sont dynamiques et évoluent sans cesse, d'où le besoin pour une instance qui se charge du suivi, de l'orientation et de la supervision des innovations qui se présentent en continu dans leur relation avec les partenaires, ainsi que pour ce qui a trait aux investissements de la banque elle-même auprès des autres partenaires commerciaux.

b- les points positifs des organes de contrôle charaique :

Plusieurs avantages sont générés du fait de la création d'un organe de contrôle charaique et qui peuvent être regroupés en cinq points :

Premièrement : la capacité à trouver des fondements et des qualifications jurisprudentielles et juridiques aux transactions nouvelles : l'apport continu et enrichissant de la jurisprudence est un apport dans les connaissances et dans les recherches dans le domaine bancaire en général, grâce aux congrès organisés par les banques islamiques de temps en temps, et qui exposent des expériences et des constatations qui ne peuvent que profiter à l'ensemble des chercheurs et à tous ceux qui seraient intéressés par la mise en exergue du système économique islamique, de ses piliers et de la nature de ses activités inhérentes au système bancaire. Par ailleurs, ces recherches contribuent à long terme à mieux informer les chercheurs, experts et investisseurs à l'échelle mondiale des bases et des fondements de l'activité bancaire islamique, et qui pourraient servir à rectifier bon nombre de concepts économiques actuellement admis au niveau international, et ce afin d'aboutir à de meilleurs modes et procédures permettant à l'économie mondiale d'éviter ou de contourner plusieurs crises financières qui touchent maints pays, dont les pays développés.

Deuxièmement : la contribution des organes de contrôle charaique à obliger des banques à respecter ses décisions : il est évident que certaines banques islamiques ou autres donnent en apparence un caractère charaique à leurs transactions sans que le fond ne suive, et sans abandonner le riba. Ces pratiques sont sans cesse inutiles, face au recours croissant des agents économiques aux banques islamiques dotés d'organes de contrôle expérimentés et fiables. Ces faits avaient poussé les banques à chercher les compétences en qui les utilisateurs ont confiance, surtout si le client demandeur d'un service donné auprès de la banque islamique constate les noms et les signatures de membres compétents et habilités sur les papiers qui lui sont fournis pour l'informer de la nature du service qu'il désire s'offrir.

Ainsi, les banques islamiques se sont trouvées obligées d'appliquer les décisions des instances de contrôle charaique, de sorte que leur rôle n'est plus un rôle de recommandation et de consultation seulement, mais leurs décisions se doivent désormais d'être exécutées obligatoirement, et certains codes de règlement de certaines banques en font mention explicite.

Troisièmement : application du principe de la transparence par les organes de contrôle charaique : les organes de contrôle charaique ne se contentent plus de donner leurs avis sur les questions qui leur sont posées, mais certaines banques islamiques demandent à ces organes d'être transparents dans la formulation de leur opinion charaique, afin de renforcer encore plus la confiance de leurs clients et partenaires, ce qui leur donne une bonne réputation, et leur permet de tenir face à la concurrence effrénée avec les banques classiques ainsi que les banques islamiques. Ces dernières ne cessent de multiplier leurs offres aux clients qui vont par la suite critiquer la non conformité de ces offres après que des fatwas sont émises en dehors de la banque, surtout si la fatwa émane de l'instance des grands savants. Une banque pareille pourrait ainsi être lésée si elle donne précipitamment son accord pour l'offre d'un service sans prendre le temps d'en étudier les

caractéristiques, ce qui profite à la banque transparente qui se voit attirer les clients des autres banques.

Quatrièmement : la prise de conscience et la possibilité donnée au client pour répondre à ses questions : les membres de l'organe de contrôle charaïque en exerçant leurs activités de suivi et de contrôle des opérations de la banque et de publication des rapports expliquant la nature des transactions et services offerts aux clients ainsi que leur qualification jurisprudentielle et juridique, contribuent amplement, directement ou indirectement, à renforcer la prise de conscience des clients et partenaires. Certaines banques mettent même à la disposition du public un numéro spécial pour présenter les plaintes, demander des renseignements ou des fatwas des membres de l'organe de contrôle charaïque ou encore pour se plaindre des dommages subis par les clients suite à la fourniture du service recommandé par l'organe de contrôle afin que la question soit réexaminée ou afin de renseigner la banque sur ce qui devrait être fait pour y remédier.

Cinquièmement : la rédaction des contrats selon les règles charaïques et juridiques et la proposition d'alternatives charaïques aux transactions usuraires répandues : en effet, la raison d'être des banques islamiques est justement de présenter un substitut charaïque aux banques usuraires classiques. En outre, les organes de contrôle charaïque effectuent un travail important en rédigeant les nouveaux contrats conformément à la charia³⁶⁸ et à la loi et tout en y précisant les règles régissant le travail bancaire.

³⁶⁸ Mohamad Abdel Ghafar Charif « le contrôle charaïque des banques et sociétés financières islamiques », recherche publiée, 19^e édition du congrès al baraka relatif à l'économie islamique (paragraphe 1), Mecque, 1421 de l'hégire

I-2-2 Les inconvénients des organes de contrôle charaique, et les moyens pour y remédier

Les organes de contrôle charaique réalisent des succès concrets –cités précédemment- si on évoque les avantages découlant de la création de ces organes, et dont le plus marquant est le fait qu'ils soient arrivés à obliger les institutions financières et banques à respecter et à appliquer ses décisions.

Plusieurs facteurs avaient permis d'atteindre cet objectif dont, surtout, le texte de loi que comportent les législations organisant les travaux de l'organe de contrôle, à l'image de l'article 5 du droit fédéral des Emirats Arabes Unis qui précise : « la formation, par décision du conseil des ministres, d'une instance supérieure charaique comportant des membres charaiques, juridiques et bancaires, chargés de la haute surveillance des banques, des institutions financières et des sociétés d'investissement afin de vérifier la conformité de leurs activités aux principes de la charia islamique et d'exprimer son avis sur les problématiques et questions qui sont posées aux banques, aux institutions financières et aux sociétés d'investissement, lors de l'exercice de leurs activité. Cet avis est obligatoirement respecté par les parties impliquées citées. Cette instance relève du ministère des affaires religieuses et des awqafs ³⁶⁹».

En dépit de ces accomplissements, certaines critiques avaient été adressées aux responsables des organes de contrôle, dont notamment le fait qu'ils n'assument pas leur rôle concernant la révision et le contrôle de ce qui est relatif à la zakat et au don, ainsi que la non participation à la formulation d'instructions exécutives relatives au recrutement et à l'emploi au sein de la banque et autres critiques que nous tenterons d'expliquer tout en essayant de trouver les moyens d'y remédier, au moins à certaines d'entre elles.

³⁶⁹ Loi fédérale n°6, de l'année 1985 relative aux banques, institutions financières et sociétés d'investissement islamiques.

a- Les inconvénients ou les limites des organes de contrôle charaïque

Les points faibles des organes de contrôle charaïque peuvent être regroupés en cinq éléments, comme suit :

Premièrement : l'organe de contrôle charaïque n'assume pas son rôle relatif à la révision de ce qui est relatif à la zakat et au don. Une étude dans le domaine du développement montre que l'organe de contrôle ne joue aucun rôle dans la zakat avec un pourcentage de 53%, que l'organe joue un rôle dans la zakat avec un pourcentage de 38%, et non connu avec un pourcentage de 9% de la population étudiée. La même étude montre concernant le don que l'organe de contrôle contribue dans son instauration avec un pourcentage de 11.9%, n'y joue aucun rôle avec un pourcentage de 2.4% et non connu avec un pourcentage de 45.6% de la population étudiée³⁷⁰.

L'absence du rôle de contrôle complet et de la révision de la zakat ou de la politique de don revient est, à notre sens, due aux lacunes à la formation de spécialistes experts dans les domaines de la charia, du droit et de l'économie, qui constituent justement les piliers de l'activité bancaire islamique.

Deuxièmement : le nombre réduit de spécialistes habilités et compétents au sein des organes de contrôle charaïque, et cette réalité revient au fait que l'examen des activités bancaires islamiques et leur suivi requiert des compétences en charia et plus particulièrement en jurisprudence des transactions financières islamiques modernes, et ce en plus d'une haute qualification dans le domaine juridique et des connaissances approfondies des fondamentaux de l'économie. La réunion de ces compétences nécessite sans doute des ressources humaines hautement qualifiées, et c'est justement la contrainte à laquelle les organes de contrôle font face, ce qui

³⁷⁰ Mohamad Cherif « le contrôle charaïque sur les banques et sociétés financières islamiques », op.cit, (parag.5). voir aussi : étude (le développement dans les banques islamiques), publiée dans la revue scientifique de l'université de la charia et de droit- Tanta- Egypte, 1420 de l'hégire

lèse en quelque sorte leur rendement. Certaines banques vont même jusqu'à se contenter d'un seul contrôleur charaique, dont les missions sont souvent réduites à des missions de consultations et de conseils auprès de la direction de la banque sans exercer un réel travail de contrôle et de révision des activités de la banque quant à leur conformité avec les principes de la charia islamiques³⁷¹.

Le travail individuel de consultation effectué par un seul contrôleur ne peut servir l'activité bancaire islamique, et serait plutôt un travail de complaisance vis-à-vis de la direction de la banque. De plus, l'étude des transactions bancaires nouvelles requiert des efforts de cogitation et d'analyse méthodologique construits à partir d'une représentation correcte et suffisante de la nature de la transaction, en plus d'une qualification jurisprudentielle et juridique, et tout cela implique un travail collaboratif qui permettrait d'aboutir à la délibération la plus juste et la plus conforme à la charia possible.

Troisièmement : la non implication des organes dans la formulation d'instructions exécutives relatives au recrutement et à l'emploi au sein de la banque. L'étude dans le domaine du développement susmentionnée³⁷² montre que l'organe de contrôle charaique ne joue aucun rôle à ce sujet avec un pourcentage de 51.4% et joue un rôle avec un pourcentage de 8.6% et non connu avec un pourcentage de 40.8% de la population étudiée. Certaines banques bloquent le travail de l'organe de contrôle charaique car il intervient dans des affaires dépassant son champ d'action administratif, ce qui diminue la confiance des clients dans les décisions que l'organe émet car ce dernier ne participe pas dans l'amélioration, le développement et la réforme des procédures au sein de la banque où il exerce.

Quatrièmement : la multitude et la diversité des opinions émises par les organes de contrôle charaique :

³⁷¹ Ahmad Al Aliat « Le contrôle charaique des activités des banques islamiques », op.cit, p111

³⁷² Etude intitulée « le développement dans les banques islamiques », publiée dans la revue scientifique de l'université de la charia et de droit- Tanta- Egypte, 1420 de l'hégire

Il est indéniable que l'effort fourni pour mettre en exergue la politique des banques islamiques qui veulent bannir le riba et communiquer au reste du monde le fond de la pensée économique islamique en offrant des solutions et des alternatives conformes à la charia islamique, surtout à une époque où les crises financières et économiques internationales se multiplient, est une chose louable.

Cependant, la multitude des opinions et recommandations et leur diversité souligne l'existence d'un problème qui invite urgemment à unifier les visions afin que ces organes ne perdent pas de leur crédibilité auprès des partenaires et clients de la banque qui sont soulagés lorsque les employés des banques les informent que tel ou tel service a bénéficié de l'accord de l'organe de contrôle charaïque de la banque. La divergence et la multitude des avis prononcés pour une même question bancaire affectent la crédibilité de ces organes, ce qui nécessite une reformulation logique qui permettrait de traiter efficacement cet inconvénient.

Cinquièmement : le faible contrôle charaïque des investissements locaux à l'extérieur de la banque³⁷³.

Les banques concluent des contrats d'investissements avec autrui comme la participation dans la création de projets, la « moucharaka » ou « mudharaba » avec certains partenaires ou clients de la banque. C'est là que les organes de contrôle charaïque interviennent pour la révision des contrats conclus, comme procédure formelle après la demande de la banque de donner un avis charaïque et des conseils. Il est remarqué que l'organe de contrôle ne suit pas, par la suite, la réalisation de ces investissements, et ne remplit pas son rôle qui réside dans le suivi et la vérification de la conformité³⁷⁴.

Il est indéniable que tous ces inconvénients relevés par les chercheurs méritent d'aller au-delà de la simple constatation, et de tenter de trouver des solutions et

³⁷³ Ahmad Al Aliat « Le contrôle charaïque des activités des banques islamiques », op.cit, p110

³⁷⁴ Atiya Said Fayadh « le contrôle charaïque et les défis modernes des banques islamiques », étude publiée, réseau électronique, p.41

remèdes efficaces permettant aux organes de contrôle de jouer un vrai rôle et de renforcer leur place dans le secteur bancaire islamique, car ils sont l'un de ses piliers essentiels.

b- Des propositions pour améliorer et activer le rendement des organes de contrôle charaique

Les débuts du lancement des travaux des organes de contrôle charaique dans le secteur bancaire islamique furent prometteurs, car ils ont guidé les banques dans leur développement dans le but d'aboutir à une économie stable et prospère à la fois. Certains inconvénients avaient, cependant, été notés pour certains organes de contrôle et avaient affecté leur rendement. Les responsables de ces organes furent même accusés de complaisance envers la direction de la banque, entre autres accusations. Nous pensons, à cet égard, que l'amélioration du rendement de ces organes et le renforcement de leur rôle passent par les législations des pays.

Les pays devraient de ce fait promulguer les lois indispensables au bon déroulement du travail de la finance bancaire islamique en général. Ces lois devraient inclure des textes explicitant les missions des organes de contrôle charaique dans les statuts juridiques de la banque et dans son code, et ce car les décisions émanant de ces organes de contrôle doivent revêtir un caractère obligatoire. Par ailleurs, toutes ces instances ont besoin d'un organe de contrôle gouvernemental supérieur aidant à la résolution des problèmes que peuvent rencontrer les autres organes répandus dans les banques islamiques.

Une autre mission pourrait s'ajouter à ses activités, à savoir l'arbitrage dans les litiges pouvant exister entre les organes de contrôle charaique et les directions des banques ou entre les organes et les divers partenaires et clients, ce qui permet de renforcer la position de l'activité bancaire islamique sur la base de normes charaiques et de principes et fondements théoriques bancaires.

Dans la réalité, on trouve que certains pays avaient pris conscience de l'importance du travail des organes de contrôle charaique, et avaient procédé à la définition et à la précision des fonctions et missions de ces organes et de leurs membres. Il y a notamment à ce sujet, le texte de l'article 6 de la loi fédérale émirati de l'année 1985, selon lequel : « le contrat de constitution de la banque ou de l'institution financière ou de la société d'investissement islamique, ainsi que le code de chacune d'elles doit préciser la formation d'une instance de contrôle charaique dont le nombre des membres est d'au moins trois personnes ayant la charge de vérifier la conformité de leurs activités et comportements aux principes de la charia islamique et ses règles, et le code de chacune d'elles doit préciser le mode de formation et de création de cette instance, sa méthode de travail et ses diverses spécialités »

Certains pays avaient admis l'existence de critères et normes régissant le travail de ces organes de manière générale sans insister sur le caractère obligatoire des décisions qu'ils formulent. L'instance des normes de comptabilité, de révision et de réglementation des institutions financières islamiques au Soudan, avait précisé dans la norme de réglementation des institutions financières islamiques n°1, intitulée « la nomination de l'instance de contrôle charaique, sa formation et sa décision » que :

- « L'instance de contrôle charaique est un organe indépendant formé de juristes spécialisés dans la jurisprudence des transactions. Il est possible que l'un des membres ne soit pas un juriste, mais doit être un spécialiste des institutions financières islamiques, et avoir une connaissance de la jurisprudence des transactions.

- L'instance de contrôle charaïque doit être formée par au moins trois membres, et peut avoir recours à des spécialistes en gestion des affaires et/ou en économie, et/ou en droit et/ou en comptabilité et autres »³⁷⁵.

Les législations en matière d'activité bancaire doit insister sur l'importance de la participation des organes de contrôle charaïque dans la mise en place de normes bancaires islamiques, et cela implique la participation à la mise en place de procédures et de modèles de contrats charaïque pour les transactions et d'assurer leur suivi, leur révision, leur rectification et leur validation. Par exemple, l'article 28 du chapitre 8 (le contrôle charaïque) du projet de loi de la banque islamique du Qatar, précise : le travail des contrôleurs charaiques inclut la réalisation d'études exhaustives des procédures du travail, de ses normes et conditions et des modèles de contrats et ce pour en vérifier la conformité à la charia.

Par ailleurs, le code de la banque islamique Fayçal précise dans son intitulé « l'instance de contrôle charaïque », dans le tiret (2) de l'article (69) ce qui suit : « l'instance de contrôle, en collaboration avec les responsables de la banque, est chargée d'établir des modèles de contrats, d'accords et d'opérations pour toutes les transactions de la banque avec les investisseurs et les tiers, et de modifier, adapter et améliorer lesdits modèles si nécessaire, et de préparer les contrats et accords que la banque compte conclure »³⁷⁶.

Malgré le fait que les législations aient attiré l'attention sur l'activité des organes de contrôle charaïque, le besoin se fait toujours sentir pour activer leur travail et de le préciser explicitement, et ne pas se contenter de l'orientation générale de la banque dont les services offerts sont conformes aux principes de la charia islamique, « l'une des études effectuées sur environ 50 banques islamiques avait, en effet, précisé que 64% de ces banques disposent de codes qui ne précisent pas

³⁷⁵ Mohamad Cherif « Le contrôle des banques et des sociétés financières islamiques », op.cit, (paragraphe 2)

³⁷⁶ Op.cit

l'obligation de la création d'une instance charaïque, et se contentent de l'obligation de se conformer à la charia et 63% d'entre elles ne mentionnent pas non plus la création d'instance charaïque dans leur contrat de constitution »³⁷⁷.

De ces faits, apparaît clairement le besoin d'avoir des législations qui précisent et clarifient la nature du travail des organes de contrôle charaïque, et leur relation avec la banque islamique, de manière à ce que leurs décisions puissent revêtir un caractère obligatoire leur permettant d'activer le rôle de contrôle dans toutes ses étapes ; préventive, curative et complémentaire. En effet, le contrôle préventif permet de respecter les aspects charaiques dans le contrat de constitution et dans les codes de base, comme il intervient dans la préparation et la formulation des modèles de contrats, des services bancaires, des accords avec autrui, et dans la discussion des projets et les études de l'utilité d'un point de vue charaïque. Le contrôle préventif se fait au cours du déroulement des activités bancaires et d'investissement de la banque, pour éviter les dépassements de la charia, comme il se peut qu'il y ait des questions et problématiques nécessitant un avis charaïque, et c'est là qu'intervient l'organe de contrôle pour jouer son rôle dans la rectification du tir.

Pour ce qui du contrôle complémentaire, il a lieu à la fin de chaque année où un rapport définitif d'évaluation par l'organe de contrôle charaïque de l'activité de la banque est préparé ; car la banque se base sur l'application des règles du travail bancaire islamique. Grâce à l'organe de contrôle, on vérifie la conformité des activités bancaires et le non recours au riba, comme on vérifie la prise en compte par la banque des avis charaiques émis précédemment³⁷⁸.

On note par ailleurs la réunion périodique avec la direction de la banque et la discussion de la liste des responsables en charge, la prise de connaissance du

³⁷⁷ Une commission d'experts économistes et banquiers, La réforme du travail des instances de contrôle charaiques dans les banques islamiques, p.109, Institut Supérieur de la Pensée Islamique, le Caire, 1996

³⁷⁸ Hamza Hamed « le contrôle charaïque dans les banques islamiques », op.cit, pp10-11

budget de la banque ou de l'institution financière, la visite sur le terrain des agences de la banque ou de l'institution, la prise de connaissance des opérations d'investissement de la banque, de ses contrats et documents, la révision du compte de la zakat, le suivi des travaux de la banque ou de l'institution financière pour vérifier le respect des exigences charaïques au moment de l'exécution, la présentation du rapport annuel lors de la réunion de l'association publique de l'institution financière ou de la banque afin que l'organe de contrôle donne son avis quant aux transactions effectuées au cours de l'année et ce avant d'émettre son attestation charaïque, mais avant cela il faut permettre à l'organe de recueillir les déclarations des clients, et de participer à la sélection des employés au moment du recrutement, de la formation et l'organisation des sessions et rencontres permettant d'améliorer les compétences des employés et fonctionnaires en matière de sciences de la charia, et ce pour répondre aux interrogations de ces fonctionnaires.

Ces rencontres divulguent le niveau réel de l'assimilation par ces derniers des bases préliminaires de la jurisprudence des transactions et la conformité de leur application. Cela permet à l'organe de contrôle charaïque d'être au courant des besoins des directeurs et des fonctionnaires de la banque en matière de sujets à traiter et à discuter afin que tout le monde puisse améliorer ses compétences, ce qui aboutit à la construction méthodologique de l'activité de ces banques aussi bien pour le fond que pour la forme, et cela reflète la force du système de contrôle d'un point de vue charaïque³⁷⁹.

Nous considérons que l'activation du rôle de l'organe de contrôle charaïque dans les banques islamiques est lié au développement et à l'amélioration des législations relatives aux banques islamiques, de sorte à garantir la définition du travail de l'organe, ses missions, la relation de ses membres avec la banque, le

³⁷⁹ Abdelhak Hamich « L'activation du rôle des instances de fatwa et de contrôle charaïque dans les entreprises financières islamiques », op.cit, p.129

caractère obligatoire de ses décisions et le mode de résolution des différends entre l'organe de contrôle et la direction de la banque. L'arbitrage serait dans ce sens, le meilleur moyen de résolution des litiges entre la banque et ces organes, et ce en revenant vers l'organe supérieur de contrôle charaïque, dont la création et les missions seront exposées dans la deuxième partie de cette étude.

II- La qualification dans la jurisprudence des organes de contrôle charaïque

La qualification jurisprudentielle des organes de contrôle charaïque est une requête de taille, dont l'importance réside dans la spécification du cadre de la responsabilité dans les activités de contrôle charaïque, et par l'étude et l'analyse de ce qui a été traité par les chercheurs modernes. Nous estimons, toutefois, que les efforts jurisprudentiels en matière de délimitation du contrôle charaïque sont encore en stade de formation.

C'est pour cela que certains chercheurs qualifient le travail de contrôle de « ihtissab »³⁸⁰, alors que d'autres considèrent que le travail du contrôleur charaïque relève de la fatwa. D'un autre côté, on note que certains chercheurs avancent que la relation entre le contrôleur charaïque et la banque est basée sur la « ijara »³⁸¹ alors que d'autres considèrent que la qualification jurisprudentielle du travail de ces organes est basée sur la procuration en contrepartie d'une rémunération. Cette diversité de qualifications jurisprudentielle nous a recommandé de procéder comme suit :

³⁸⁰ C'est l'une des fonctions religieuses qui réside dans l'incitation au bien et dans le détournement du mal, autrement dans l'incitation aux bonnes mœurs. Les termes ihtissab et hisba sont utilisés

³⁸¹ Est l'équivalent du contrat de crédit-bail en finance islamique, sans les pénalités de retard, la banque achète les biens et les met à la disposition de l'usufruitier pour une certaine période, durant laquelle elle garde le titre de propriété. D'après <http://fr.financialislam.com/ijara.html>

- Paragraphe 1 : Le travail de contrôle charaique en tant que sorte de « ihtissab » ou de fatwa
- Paragraphe 2 : Le travail de contrôle charaique en tant que sorte de « ijara » ou d'agence rémunérée

II-1 : le travail de contrôle charaique en tant que sorte de « ihtissab » ou de fatwa

II-1-1 Le travail de contrôle charaique en tant que sorte de « ihtissab »

Certains chercheurs contemporains considèrent que le travail du contrôleur charaique dans le cadre de cet organe est basé sur l'orientation et la réforme afin de permettre le passage à une situation correcte conforme aux principes de la charia islamique.

La nature du travail du contrôleur charaique ressemble au travail effectué par la personne incitant aux bonnes mœurs, afin d'aider les gens à s'améliorer et à de les orienter vers le comportement adéquat à adopter et qui soit en conformité avec la charia islamique, même si cette comparaison admet les spécificités propre de chacune des activités de contrôle et de « ihtissab »³⁸².

a- Définition de « al Hisba »

³⁸² Abdallah Najjar « les conditions de la responsabilité dans le cadre du contrôle charaique des entreprises financières », recherche publiée, 19^e session du Groupement International de la Jurisprudence islamique, al Chariqa, p.10.

Voir aussi : Mohamad Bahjat « Vers des critères de contrôle charaique dans les banques islamiques », revue des recherches en économie islamique, n°2, volume 3, 1415 de l'hégire, p.48

Voir aussi : Hassan Daoud « le contrôle charaique dans les banques et entreprises financières islamiques », op.cit, p.217

En langue arabe, le mot est un nom dérivé de *ihṭissab* qui signifie la demande d'être payé et aussi la vérification et l'examen approfondi. *Al muhtasib* est celui qui demande à être payé. Le terme peut aussi signifier le fait de nier³⁸³.

En terminologie, le *ihṭissab* est défini comme l'acte « d'incitation au bien et d'interdire le mal »³⁸⁴.

Ibn Khaldoun la définit en avançant que « c'est une fonction religieuse comme toutes les autres fonctions, comme celle de l'imam, du juge et le *jihād* »³⁸⁵.

Ce qui est connu est que *al hisba* est une initiative sociale contre les crimes, et ce par prévention avant que le crime n'ait lieu et ce en incitant au bien et en mettant la société en garde contre tous les vices qui affectent la stabilité et la sécurité de la société.

Ainsi, le travail du *muhtasib* est un travail important car il prévient les débordements moraux et interdit les vices, ce qui prévient la survenance des crimes, et son travail n'implique en cas qu'il doit espionner pour relever les manquements³⁸⁶.

La conformité de la *hisba* à la *charia* est confirmée dans le coran, quand Allah tout grand dit « Que soit issue de vous une communauté qui appelle au bien, ordonne le convenable, et interdit le blâmable. Car ce seront eux qui réussiront »³⁸⁷ ou encore quand il dit : « Les croyants et les croyantes sont alliés les uns des autres. Ils commandent le convenable, interdisent le blâmable »³⁸⁸.

Pour ce qui est de la *sunnah*, Moslim Ibn Saad Al. Khodhri rapporte que le prophète ρ dit : « que celui qui voit un acte blâmable le change de ses mains, et

³⁸³ Lissan al arab, dictionnaire arabe, volume 1, p.314-316

³⁸⁴ Al Maroudi « Ordres du Sultan » (Al Ahkam al Sultania), op.cit, p.240-241

³⁸⁵ Ibn Khaldoun « Introduction », op.cit, 195

³⁸⁶ Al ghiraa « Al Ahkam al Sultania », p.294-295

³⁸⁷ Sourate Al. Imran, verset (104)

³⁸⁸ Sourate Al. Tawba, verset (71)

s'il ne peut pas, avec sa langue, et s'il ne peut pas, avec son cœur, et c'est la forme la plus faible de foi »³⁸⁹.

b- La similarité entre le travail du muhtasib et le travail des membres de l'organe de contrôle charaique et ses critiques

On peut dire que le courant qui a tendance à rapprocher le travail de contrôle charaique dans les banques islamiques de celui du *muhtasib*, s'appuie sur l'idée de contrôle qui existe chez les deux. La banque islamique via son organe de contrôle charaique contrôle les activités et les services bancaires, dont notamment les transactions et les services de conseils. Parallèlement, le *muhtasib* effectue de son côté un travail de contrôle sur les activités des commerçants et vendeurs au marché³⁹⁰. On peut répondre à l'assimilation du travail des organes de contrôle charaique au travail du muhtasib par ce qui suit :

Il a déjà été précisé que al hisba dans son sens terminologique désigne l'incitation au bien et l'interdiction du mal. La réponse couvrira donc les aspects suivants :

Premièrement : Les principes de la fonction :

La fonction du muhtasib repose sur une décision de l'imam qui désigne le muhtasib habilité à exercer les tâches de hisba. Il représente en effet l'imam, dans sa tâche. Ainsi, le travail du muhtasib couvre non seulement l'incitation au bien et l'interdiction du mal dans les marchés, mais traite tous les vices blâmables dans la communauté musulmane, considérés comme contraires aux bonnes mœurs encouragées par la charia islamique. C'est pour cela qu'Ibn Khaldoun définit al hisba comme « une fonction religieuse comme toutes les autres fonctions, comme celle de l'imam, du juge et le jihad »³⁹¹.

³⁸⁹ Ce que rapporte Tarek ben Chihab de Abi Saiid Khodhri, Sahih Moslim, volume 1, p.69

³⁹⁰ Ahmad al Aliat « le contrôle charaique sur les activités des banques islamiques », op.cit, p.62

³⁹¹ Ibn Khaldoun « Introduction », op.cit, 195

Si le muhtasib est une personne qui se porte volontaire pour l'incitation au bien et l'interdiction du mal, ils ne peuvent tous les deux pas trainer les acteurs des actes en justice. Il serait plus approprié de par leur position de tenter de changer le vice concrètement, et matériellement, sans qu'il n'y ait de préjudice ou d'autres vices générés, et si ce n'est pas possible gronder l'acte oralement, tout en rappelant à son acteur l'existence de dieu et le fait qu'il lui soit témoin. Finalement, il s'agit de se contenter de condamner l'acte dans son for intérieur à défaut de pouvoir le changer par l'acte ou par la parole. La hisba, en tant que fonction ne peut revêtir un caractère d'obligation qu'après désignation par un imam pour son exercice.

Exercer la fonction de hisba signifie sans doute de se doter des prérogatives d'un poste de contrôle et de sanction. Alors que les membres de l'organe de contrôle charaique dans la banque sont désignés par un accord signé par les membres d'une part et la banque islamique ou l'institution financière d'autre part.

Deuxièmement : la différence dans la nature du travail du contrôleur charaique et du muhtasib

La fonction de muhtasib diffère du travail effectué par le membre de l'organe de contrôle charaique dans la banque islamique, car la spécialisation des membres est relative aux fondamentaux au Ijtihad dans transactions et innovations financières. C'est évidemment une fonction qui requiert des juristes dans le domaine charaique et juridique, pour l'examen approfondi de la transaction nouvelle et de sa nature, pour par la suite rendre sa décision.

Ainsi, parmi les compétences et expertises exigées chez le membre de l'organe de contrôle charaique, figure la spécialisation dans le domaine entrepreneurial, financier islamique, tout en étant en connaisseur en matière de jurisprudence des

transactions³⁹². Il faut par ailleurs ajouter à ces compétences, ses connaissances en matière de droit relativement aux aspects inhérents à son travail dans l'institution financière, et ce afin que les membres puissent orienter et suivre toutes les activités des institutions financières et des banques et les contrôler afin de vérifier la conformité aux principes de la charia islamique.

Ces organes se caractérisent par le fait que leurs décisions émanant de leurs membres, revêtent un caractère obligatoire auprès de la banque ou de l'institution financière, ce qui montre qu'il n'y a pas de similarité entre la nature du travail du muhtasib et celui du membre de l'organe de contrôle charaique.

Troisièmement : les rôles assignés respectivement à l'organe de hisba et à l'organe de contrôle charaique :

Le rôle de l'organe de contrôle charaique diffère de celui effectué par l'organe de hisba. En effet, les muhtasibs exercent une fonction publique relevant des autorités gouvernementales dans le pays, et les fonctionnaires relèvent les infractions et dépassements constatés aux marchés-en dépit du fait que la fonction soit bien plus limitée actuellement- et leur rôle s'étend pour couvrir les dépassements moraux et comportementaux dans la société et qui sont contraires au règlement, ils interdisent et blâment le dépassement des lois divines et le non respect des droits d'autrui, et ces deux actes sont jugés selon le degré de leur non-conformité charaique et les coupables sont trainés devant les autorités compétentes.

Par contre, le rôle de l'organe de contrôle charaique dans les institutions financières ou dans les banques islamiques est restreint à l'examen de la transaction financière qu'on lui expose. Les membres de l'organe de contrôle charaique sont des juristes prenant des décisions à caractère obligatoire puis suivent et vérifient l'exécution de leurs décisions par la banque ou par l'institution

³⁹² Abdallah Mabrouk al Najjar « Les conditions de la responsabilité dans le cadre du contrôle charaique sur les institutions financières », recherche publiée, p.15, 19^e session du Groupement de la jurisprudence islamique international, al Chariqa, Emirats Arabes Unis

financière. Ils ne sont pas soumis au principe d'affiliation au gouvernement comme dans le cas des fonctionnaires de l'organe de hisba.

II-1-2 Le travail de contrôle charaique est une forme de fatwa

Le deuxième courant trouve que le travail des organes de contrôle charaique relève de la fatwa. Ainsi ces organes sont des instances de fatwa au sein des institutions financières ou des banques islamiques étant donné que la plupart des activités de ces organes découlent de sa consultation soit pour donner un avis charaique dans la question ou la transaction financière nouvelle, soit pour effectuer des études sur lesquelles la banque islamique s'appuie dans sa relation avec autrui, comme c'est le cas dans le cadre des investissements et des conclusions de contrats avec autrui.

Plus encore, certains chercheurs contemporains vont à dire que la fatwa exercée par ces organes de contrôle charaique ou comme certains les appellent –les instances de fatwa- revêt un caractère obligatoire pour ces banques islamiques ou institutions financières, et cela ne change en rien le fait que ces organes soient des organes consultés à des fins de fatwa.

a- La nature de la fatwa

La fatwa dans la langue arabe signifie de trancher dans une question. On a demandé la fatwa d'un tel, signifie qu'on lui a demandé d'expliquer une vision³⁹³. A ce sujet, Allah tout Grand dit : « ô conseil de notables, donnez-moi une explication de ma vision »³⁹⁴.

La fatwa est le décret émis par le jurisconsulte. On dit : je lui ai donné une fatwa pour signifier que je lui ai fourni une réponse à sa question. Le mufti est le nom de celui qui émet les fatwas et délibère sur les questions problématiques posées. En

³⁹³ Lissan al arab, dictionnaire arabe, Ibn Mandhour, op.cit

³⁹⁴ Sourate Youssuf (Joseph), verset 43

arabe, la racine du mot est « fata » qui signifie le jeune qui grandit devenant mature et plus fort, l'image renvoie à l'idée que par analogie comme si le mufti rend la décision plus évidente et lève le doute, grâce à son argumentation³⁹⁵.

D'un point de vue terminologique, l'afatwa est « l'annonce d'un avis charaïque, mais qui n'est pas imposé et obligatoirement à suivre »³⁹⁶.

Cette définition monte à travers la précision « qui n'est pas imposé et obligatoirement à suivre » pour décrire la décision de fatwa, que l'avis émis est un avis charaïque non obligatoire, alors que la décision émise par le pouvoir judiciaire est une décision charaïque obligatoire, ce qui permet de cerner la différence entre la fatwa et le pouvoir judiciaire.

Ainsi, la définition terminologique est « la précision d'un avis charaïque pour celui qui le demande »³⁹⁷ et la fatwa est donc « l'annonce d'un avis charaïque sans obligation »³⁹⁸.

Parmi les arguments dans le coran montrant que la fatwa est possible, Allah tout Grand dit « Et ils te consultent à propos de ce qui a été décrété au sujet des femmes. Dis : “Allah vous donne Son décret là-dessus”... »³⁹⁹, et il Allah tout Grand dit encore : « Ils te demandent ce qui a été décrété. Dis : “Au sujet du défunt qui n'a pas de père ni de mère ni d'enfant, Allah vous donne Son décret... »⁴⁰⁰. L'idée dans les deux versets est d'expliquer que demander la fatwa signifie de demander des clarifications.

Alors que quand Allah tout Grand dit : « L'affaire sur laquelle vous me consultez est déjà décidée »⁴⁰¹, le verset signifie l'interprétation donnée de la vision ou du

³⁹⁵ Le dictionnaire « al mouhit » Fayruz al Abadi

³⁹⁶ Hatab al Raiini « Mahib al jalil fi charh mokhtasar al khalil » (32/1)

³⁹⁷ Mansour ben Yunus al Bahouti « Charh montaha al iradat », vérification: Abdallah al Turki

³⁹⁸ Mayara « Al itkan w al ihkam fi charh tohfat al hokam », (8/1)

³⁹⁹ Sourat al Nisaa (les femmes), verset 127

⁴⁰⁰ Sourat al Nisaa (les femmes), verset 176

⁴⁰¹ Sourate Youssuf (Joseph), verset 41

rêve, comme quand Allah tout Grand dit encore : « ô conseil de notables, donnez-moi une explication de ma vision, si vous savez interpréter le rêve »⁴⁰² . La demande de fatwa ou ifta peut renvoyer au sens de poser une question comme dans sourate Al Kahf (la caverne) où Allah tout Grand dit : « ne demande la fatwa à personne (ne consulte personne) »⁴⁰³ .

La sunnah aussi confirme la possibilité de demander la fatwa, et parmi les arguments :

On raconta que le prophète ρ a dit : « l'acte blâmable est celui qui émane du cœur et qui résonne dans la poitrine, même si les gens te communiquent leur fatwa et te la recommuniquent »⁴⁰⁴, c'est-à-dire que même si on décrète pour la personne la possibilité de commettre cet acte et on le lui autorise.

Et le prophète ρ a dit encore « celui à qui on a communiqué une fatwa non murement réfléchie ou justifiée, la responsabilité incombe à celui qui la communique »⁴⁰⁵. L'idée est d'autoriser la fatwa et le conseil des autres personnes, cela dit, si une personne autorise un acte sans être sûr de la permission et de son fondement, et si la personne conseillée commet un délit ou un acte blâmable sur la base de cette fatwa, la responsabilité de l'acte commis incombe au mufti.

Le prophète ρ a dit : « Dieu n'arrache pas le savoir à la vie, en l'enlevant des consciences des savants et des Hommes, mais le savoir part avec le départ des savants, et s'il ne reste plus de sages, les gens vont consulter des ignorants incompetents, qui donnent leur fatwa sans connaissance de cause, ils contribuent de ce fait, à la perte des gens ainsi qu'à leur propre perte »⁴⁰⁶ .

⁴⁰² Sourate Youssuf (Joseph), verset 43

⁴⁰³ Sourate al Kahf (la caverne), verset 22

⁴⁰⁴ Raconté par Ahmad dans son écrit 194/4

⁴⁰⁵ Raconté par Ahmad et Ibn Maja dans la sunnah et abu Daoud, dans le chapitre de l'histoire « sur la personne qui donne la fatwa »

⁴⁰⁶ Sahih Moslim « le livre du savoir, le chapitre interdisant de suivre ce qui n'est pas clair dans le coran et de le déformer pour servir ses fins », n°2673

b- La similarité entre le travail du mufti et le travail des organes de contrôle charaique et la critique adressée

Le deuxième courant tend à assimiler le travail des organes de contrôle charaique dans les banques et dans les institutions financières islamiques à la fatwa, vu les ressemblances notées. Ainsi, le travail du mufti réside dans la réponse aux questions posées et la déclaration d'un avis charaique relatif aux sujets qui lui sont soumis, et ce qu'ils soient relatifs aux biens ou aux personnes. Les membres de l'organe de contrôle charaique exercent le même travail. De par leurs compétences et leurs qualifications scientifiques sont des jurisconsultes délibérant au sujet d'interrogations et de clarifications demandées par les banques et autres des membres de la société.

De plus, plusieurs banques mettent en avant cette ressemblance en appelant ces organes de contrôle ; les instances de fatwa ou encore les comités de fatwa.

Ainsi, il y a une similarité très marquée entre le travail des membres de l'instance de fatwa et celui du mufti. Cependant, les instances de fatwa dans les banques et institutions financières se distinguent par le caractère obligatoire de leurs décisions auprès des organismes qui les consultent, ce qui ne diminue en rien cette ressemblance. Bien au contraire, les institutions financières choisissent la plupart des membres des comités de fatwa parmi ceux reconnus pour leurs compétences en matière de jurisprudence, et il se peut même qu'ils soient de grands savants et muftis.

Pour répondre à l'assimilation du travail des deux parties discutées, on exposera ce qui suit :

Premièrement : Les principes de la fonction :

La différence réside clairement dans le fait que le mufti soit désigné par l'Etat, pour donner sa fatwa par rapport aux questions et affaires religieuses, alors que les

membres de l'organe de contrôle charaique sont désignés selon accord conclu entre l'institution financière d'une part et le membre de l'organe de contrôle charaique d'autre part. le membre conclut l'accord avec l'institution volontairement⁴⁰⁷.

C'est pour cela que la désignation de ces organes par l'expression ; instances de fatwa ou comité de fatwa ne reflète pas le travail essentiel de ces organes et qui réside dans le contrôle et le suivi de l'exécution des décisions qu'ils émettent auprès de l'institution financière ou de la banque islamique.

Deuxièmement : La différence entre la nature de chacune des deux fonctions :

La nature de la fonction du mufti est relative à la déclaration d'un avis charaique dans les questions posées et qui ont trait à tous les aspects de la vie qu'ils soient d'ordre matériel ou religieux. Les membres de l'organe de contrôle charaique ont des missions qui se limitent à l'examen des questions et affaires financières traitées par l'institution financière⁴⁰⁸.

C'est pour cela que le travail de ces organes nécessite un effort supplémentaire pour l'assimilation et l'étude des questions nouvelles qui lui sont soumises pour donner leur avis charaique, alors que le mufti exerce ses fonctions de manière lui permettant de délibérer sur plusieurs sujets relatifs aux affaires de la religion et de la vie courante.

Deuxièmement : les obligations de la fonction :

Les membres de l'organe de contrôle charaique ont le devoir de donner leur avis charaique sur les transactions financières nouvelles, en plus de l'exercice d'autres activités principales⁴⁰⁹, comme le contrôle de l'exécution des décisions émises, et

⁴⁰⁷ Abdallah Najjar « les conditions de la responsabilité dans le cadre du contrôle charaique des entreprises financières », op.cit, p.21-22

⁴⁰⁸ Op.cit

⁴⁰⁹ Ahmad Al Aliat « Le contrôle charaique des activités des banques islamiques », op.cit, p.61

la vérification de la conformité des services fournis par les institutions financières et par les banques aux principes de la charia islamiques. Ils jouent encore un rôle important dans la formation et la sensibilisation des employés de ces institutions quant aux principes des études charaïques des sujets relatifs à la jurisprudence des transactions, et dont les employés ont besoin pour traiter en connaissance de cause ces services afin d'atteindre les objectifs de l'activité bancaire islamique.

Pour ce qui des obligations du mufti, elles se résument dans la présentation de l'avis charaïque ou de la fatwa pour les questions posées par tout le monde et couvrant tous les aspects de la vie courante⁴¹⁰, et répondant aux requêtes de l'état en termes d'études et de recherches charaïques pour aboutir à la décision charaïque par rapport à la question exposée, et ainsi on voit la différence entre le travail du mufti et du membre de l'organe de contrôle charaïque.

II-2 Le travail de contrôle charaïque en tant que sorte de « ijara » ou d'agence rémunérée

II-2-1 Le travail de contrôle charaïque ; une forme de ijara

Le troisième courant des avis jurisprudentiels modernes quant à la qualification du travail des organes de contrôle charaïque dans les banques islamiques, le désigne comme étant une forme de ijara, comme si l'organe de contrôle charaïque dans la banque est un employé de cette banque, ou un employé commun si ce travail est fourni par l'organe à plusieurs institutions financières et banques⁴¹¹.

⁴¹⁰ Abdallah Najjar « les conditions de la responsabilité dans le cadre du contrôle charaïque des entreprises financières », op.cit, p.21

⁴¹¹ Ahmad Al Aliat « Le contrôle charaïque des activités des banques islamiques », op.cit, p.62-63

a- La définition de ijara

Dans la langue arabe, le terme renvoie dans sa forme verbale « ajara » à la récompense de dieu qu'il réserve aux bienfaiteurs. Le terme renvoie aussi la rémunération qu'on donne en contrepartie d'un travail fourni⁴¹². Il inclut donc deux notions : le salaire et la récompense du travail qui résulte en la rémunération accordée au travailleur pour ses efforts⁴¹³.

Al ijara dans la jurisprudentiel islamique : « un contrat relatif à un gain précis et connu pris graduellement, pour une période connue, par un donneur connu ou décrit, ou relatif à un travail connu avec une contrepartie connue »⁴¹⁴.

Elle a été définie par les jurisconsultes comme étant : « la cession d'un revenu ayant une contrepartie connue »⁴¹⁵.

Les arguments plaidant en la faveur de la possibilité de recourir à la ijara se trouvent aussi bien dans le coran que dans la sunnah, et fut autorisée à l'unanimité par les jurisconsultes, comme le précise Averroès⁴¹⁶.

L'autorisation dans le coran est perçue quand Allah tout Grand dit : « L'une d'elles dit : “ô mon père, engage-le [à ton service] moyennant salaire, car le meilleur à engager c'est celui qui est fort et digne de confiance »⁴¹⁷, ou encore quant Allah tout Grand dit : « Ensuite, ils y trouvèrent un mur sur le point de s'écrouler. L'homme le redressa. Alors [Moïse] lui dit : “Si tu voulais, tu aurais bien pu réclamer pour cela un salaire »⁴¹⁸.

⁴¹² Lissan al arab, dictionnaire arabe, ibn Mandhour, 4/10

⁴¹³ Dictionnaire : Makaiis al lougha, ibn Fares, 1/62

⁴¹⁴ Le recueil de al moukanaa « Mountaha al iradat » avec les modifications et ajouts de al Ftouhi, 476/1

⁴¹⁵ Al Nasfi « Talabat al Talaba », p.261. “Nihayat al Mouhtaj”, volumen 17, p.229

⁴¹⁶ Averroès « Bidayat al moujtahid wa nihayat al moktasid », volumen 2, p.178

⁴¹⁷ Sourate Al Qasas (le récit), verset 26

⁴¹⁸ Sourate al Kahf (la caverne), verset 77

La légitimité de la ijara se voit aussi à travers la sunnah. En effet, Aïcha a dit : « le prophète ﷺ et Abu Bakr avaient employé un homme de Beni al Dil, un prêcheur compétent »⁴¹⁹.

Par ailleurs, la ijara, est confirmée et admise à l'unanimité, par l'ensemble des savants⁴²⁰.

Il est à noter qu'elle peut renvoyer au contrat de crédit bail et ce selon le contexte.

Cela est admissible, car le besoin pour le contrat d'agence ou de travail est évident, et ce contrat permet aux gens non propriétaires de profiter de ce dont ils ne disposent pas. Ainsi, celui qui ne dispose pas d'un logement peut en louer.

Et la ijara est de deux types : la ijara relative à des biens et celle relative au travail fourni.

Le premier type signifie la location de biens licites, comme la location de terrains ou autres

Le deuxième type renvoie à la location de services, c'est-à-dire un contrat de travail connu comme la construction, la réparation ou autres.

Le sens qui nous intéresserait serait le deuxième sens relatif à l'effort fourni ou le travail.

De ce fait, il y a deux sortes de salariés : le salarié privé et le salarié public. Le salarié privé est celui qui travaille pour le compte d'une seule partie ou personne, et mérite son salaire du fait de son travail fourni pour une période donnée, comme celui engagé pour travailler pour une année. Il ne lui est donc pas permis de travailler pour une personne autre que son employeur.

⁴¹⁹ Sahih al Bukhari, 2145, 2/790, retrouvé également chez Moslim, « Kitab fadaïil al sahaba (le livre des qualités des compagnons du prophète) », 2381

⁴²⁰ « Al Muhadhab », al Chirazi, 2/332

« Al Moghni », Ibn Kodama, 2/250

« Bidayat al moujtahid », Averroès, 2/165

Le salarié public, quant à lui travaille pour le compte de plusieurs personnes, et ne récupère sa rémunération qu'en travaillant, et les biens qui lui sont remis pour les besoins de son travail, ne sont pas garantis par lui, même si une condition l'exige, et ce selon les dires de Hanifa, corroborés par ceux de al Chafii qui dit que l'employeur ne peut lui interdire de travailler pour le compte d'autrui. Cela étant, il faut signaler que les juriconsultes diffèrent dans leur considération des piliers de la ijara.

Les hanafites vont à dire que la condition de validité de la ijara réside dans la confirmation et l'acceptation.

Les chafiiites, les malikites et les hanabilas vont à dire que la ijara est fondée sur trois éléments : la formule relative à l'acceptation et à la confirmation, les contractants qui sont le salarié et l'employeur, et l'objet du contrat à savoir ; le bien ou le service et la rémunération⁴²¹.

Après examen, on trouve que la différence entre les juriconsultes est relative aux termes utilisés, car le fond n'est pas différent, et il n'y a pas de désaccord pour ce qui est du travail. Il faut en effet, qu'il y ait un salarié et un employeur, un service et une rémunération demandée.

b- Les similarités entre la ijara et le travail des organes de contrôle charaique, et les critiques

Certains juriconsultes contemporains trouvent que le travail de l'organe de contrôle charaique dans la banque islamique est une forme de ijara, car les membres de l'organe touchent une compensation financière de la part de l'institution financière, et cette rémunération a pour contrepartie leur travail au sein de cette institution financière, et qui est relatif aux études des transactions financières nouvelles et la formulation d'avis charaique, à la révision des contrats

⁴²¹ Averroès « bidayat al moujtahid », 2/218
Al Bahouti « Charh mountaha al iradat », 2/351
Al Kassani «Badaii al sanaii», 4/174
Al Nouri «Rawdhat al talibin», 5/173

conclus par l'institution financière, et autres services offerts par les membres de ces organes à l'institution financière dans laquelle ils travaillent. Il est possible que le membre de l'organe de contrôle charaique soit un salarié public, si ses services s'offrent à plusieurs institutions financières et banques islamiques. L'assimilation de la relation entre la banque et l'organe de contrôle charaique à un contrat de ijara, peut être discutée sur la base des éléments suivants :

Premièrement : l'avis émis par l'organe de contrôle charaique est à caractère obligatoire auprès de la banque, qui a engagé les membres de l'organe de contrôle charaique. Cela ne concorde pas avec le contrat de ijara où c'est l'avis de l'employeur qui est imposé à l'employé et non l'inverse⁴²².

Deuxièmement : certains membres de ces organes ne sont pas engagés par contrat pour les services de consulting ou de fatwa qu'ils offrent mais pour la réputation dont ils jouissent et qui rassure les clients, les déposants et les actionnaires, et les incitent à recourir à cette institution ou à cette banque. Ainsi, certains des membres de ces organes ne touchent pas de rémunération en contrepartie des fatwas ou des consultations scientifiques auprès de l'institution⁴²³.

II-2-2 Le travail de contrôle charaique ; une forme de wakala payante, une relation d'agence

Les partisans du quatrième courant parmi les chercheurs et les jurisconsultes contemporains, avancent que le travail de l'organe de contrôle charaique dans la banque islamique peut être qualifié sur la base d'une relation d'agence rémunérée ; car les clients actionnaires avaient mandaté l'organe de contrôle charaique pour vérifier la conformité des activités de l'institution financière aux principes de la charia islamique⁴²⁴.

⁴²² Ahmad al Aliat « le contrôle charaique des activités des banques », op.cit, p.63

⁴²³ Op.cit,

⁴²⁴ Op.cit

a- La définition de la wakala

Dans la langue arabe la wakala renvoie à l'expression « compter sur ». Dans ce sens, Allah tout Grand dit : « Je place ma confiance en Allah, mon Seigneur et le vôtre. Il n'y pas d'être vivant qu'Il ne tienne par son toupet. Mon Seigneur, certes, est sur un droit chemin »⁴²⁵.

Et le mandaté est désigné par ce terme car il son mandataire le mandate pour la réalisation d'une tâche, il est alors la personne en charge⁴²⁶.

Le terme wakala désigne notamment en langue arabe l'assurance et la garantie, et Allah tout Grand dit : « Certes ceux auxquels l'on disait : “Les gens se sont rassemblés contre vous; craignez-les” - cela accrut leur foi - et ils dirent : “Allah nous suffit; Il est notre meilleur garant »⁴²⁷.

Dans la jurisprudence islamique la wakala fut définie comme étant « le fait qu'une personne désigne une autre personne pour la représenter pour la gestion d'un bien connu dont il dispose et pouvant faire l'objet d'une procuration »⁴²⁸.

Elle fut encore définie comme étant « un contrat selon lequel une personne se fait représenter par procuration à une autre personne pour un acte permis et connu. Et cette définition est attribuée aux hanafites, et signifie : la désignation par une personne d'une autre personne pour agir en son nom, et le représenter, et la première personne est appelé : le mandataire, et la deuxième est appelée mandaté ou représentant, et dont l'objet est ce qui a été transféré par procuration : la gestion financière relative aux opérations de vente et d'achat et autres, auprès de ceux qui acceptent la procuration »⁴²⁹.

⁴²⁵ Sourate Houd, verset 56

⁴²⁶ Lissan al arab, ibn mandhour, 1119

⁴²⁷ Al imran, verset 173

⁴²⁸ Mohamad Mostafa Chalbli « introduction à la jurisprudence islamique : définition, histoire et courants, la théorie de la propriété », p.523, Dar al Jamiiya, Beyrouth, 1985

⁴²⁹ Ali Haydar « Dorar al hokam (perles des juges), explication du code des procédures, 1449-1459, Dar Jil, Beyrouth

Pour ce qui est des citations à ce sujet dans le coran, notons encore que Allah tout Grand dit : « envoyez alors un arbitre de sa famille à lui, et un arbitre de sa famille à elle »⁴³⁰, ou encore Allah tout Grand dit : « Envoyez donc l'un de vous à la ville avec votre argent que voici, pour qu'il voit quel aliment est le plus pur et qu'il vous apporte de quoi vous nourrir. Qu'il agisse avec tact; et qu'il ne donne l'éveil à personne sur vous »⁴³¹.

D'après la sunnah, il a été confirmé que le prophète^p avait souvent ainsi procédé en désignant des individus pour l'accomplissement de tâches, il a ainsi chargé des individus pour collecter la zakat, a désigné Omar Ben Omayya pour représenter Om Habiba fille de Abi Sofian pour du contrat de mariage, a désigné Aba Rafaa pour accepter le mariage de Maymouna bent al Hareth en son nom et a désigné Hakim ben Hzam pour l'achat des moutons pour le sacrifice⁴³².

Pour ce qui est du consensus, la ouma est unanime pour autoriser la wakala car elle satisfait un besoin évident des gens. Elle est permise pour ce qui a trait à l'argent et à l'exercice des droits⁴³³. Et les éléments de la wakala sont au nombre de quatre : le mandataire, le mandaté, l'objet de la procuration ou de la relation d'agence et la formule.

Les hanafites considèrent que la condition de la wakala est la confirmation et l'acceptation, et qu'il y a 6 types de wakala :

La wakala inconditionnée : c'est-à-dire celle qui n'est pas conditionnée pour ce qui est de la gestion, de la période ou de la valeur de la rémunération.

La wakala conditionnée : qui doit satisfaire certaines conditions ou exigences quant à la gestion, à la période ou à la valeur de la rémunération.

⁴³⁰ Sourate al nisa (les femmes), verset 35

⁴³¹ Sourate al kahf (la caverne), verset 19

⁴³² Mohamad ben Idriss al Chafii « la mère », volumen 5, chapitre les conflits entre les époux, Maison d'édition Katiba, beyrouth, 1996

⁴³³ Ibn Hazm « al Mohli », volume 7, le livre de la wakala, Dar al Fikr

La wakala générale : est relative à toutes les choses pouvant faire l'objet de wakala ou de procuration

La wakala spécifique ou particulière : concerne certains objets en particulier.

La wakala liée à la réalisation d'une condition : c'est-à-dire elle prend effet si un événement donné est réalisé de sorte à satisfaire une qualité ou une date, comme par exemple, quelqu'un qui dirait : je te charge ou désigne pour vendre ma voiture si l'acheteur (ou de manière plus générale le commerçant) se présente.

Finalement, il y a la wakala qui prend effet ultérieurement dans le futur : où la procuration débute à une date ultérieure⁴³⁴.

La position quant à la wakala rémunérée :

La wakala qu'elle soit en contrepartie d'une rémunération ou non est autorisée, car le prophète envoyait ses employés pour la collecte de la zakat. Et parce que la wakala est un contrat de permission, il n'est pas obligatoire que le représentant ou que le mandaté l'exécute.

b- Les similarités entre la wakala et le travail des organes de contrôle charaique et la critiques adressées

Les partisans de ce courant vont à dire que les actionnaires et clients avaient donné la procuration aux organes de contrôle charaique pour vérifier la conformité des activités et des services des banques islamiques aux principes de la charia islamique.

On peut répondre à cette affirmation, que le contrat de wakala est un contrat de permission et il est donc possible à l'un des contractants ; le mandaté ou le

⁴³⁴ Wahba al Zhili « les contrats nominatifs dans le code des procédures civiles Emirati et dans le code civil Jordanien », p.286, Dar al Fikr, Damas, 1987

mandataire de le résilier, alors que les clients actionnaires ne peuvent pas résilier ce contrat ou destituer l'organe de contrôle charaique⁴³⁵.

c- Le nouveau courant dans la qualification des activités des organes de contrôle charaique :

Certains chercheurs contemporains vont à dire que le système de contrôle charaique dans le domaine des banques financières islamiques est considéré comme un système indépendant du point de vue de sa fonction et est rattaché à son entreprise ou institution administrativement. Dans le cadre de ce système, le fonctionnaire s'engage dans son travail à mettre à disposition ses connaissances scientifiques en matière de jurisprudence des transactions financières contemporaines, selon les principes de la charia islamique et ses fondements, et à aider la banque islamique ou l'institution financière où il travaille à fournir ses services et à respecter les conditions de son engagement relatives à l'application juste des principes de la charia et ce sans négliger les aspects de développement financier, et ce en contrepartie d'une rémunération financière à déterminer en fonction de la notoriété et la réputation scientifique et jurisprudentielle de chacun des membres de l'organe de contrôle charaique⁴³⁶.

Nous demeurons partisans de cette position, pour plusieurs considérations, dont les plus importantes est que le système de contrôle charaique dans les banques islamiques se distingue des autres fonctions et ne peut faire l'objet de comparaison comme celles exposées précédemment. En effet, il n'y a pas de similarité absolue entre le travail du membre de l'organe de contrôle charaique et celui d'auditeur, ni entre le travail de l'organe de contrôle charaique et celui du mufti, car la décision de l'organe de contrôle est à caractère obligatoire contrairement à la fatwa.

⁴³⁵ Ahmad Aliat « le contrôle charaique des activités des banques », op.cit, p.62

⁴³⁶ Ces dires sont affirmés par D.Mohamed al Katan, D.Mohamed Abdel Halim Omar, D.Mohamed al Cherif, D. Abdallah Mabrouk Al Najjar, sachant que ce dernier émet des réserves quant à la comparaison de l'organe de contrôle charaique aux structures fonctionnelles des systèmes de comptabilité et de révision, et ce au vu de la place attribuée à la jurisprudence islamique et qui le hisse au dessus des connaissances des sciences de la vie et du monde matériel. Voir : Abdallah Al Najjar « les conditions de la responsabilité dans le cadre du contrôle charaique des entreprises financières », p.24, annexe (2)

Par ailleurs, le membre de l'organe de contrôle charaique n'est pas un simple employé privé de l'institution financière. L'avis de l'employeur prend le dessus sur celui de l'employé, et non l'inverse. De plus, le motif des membres de ces organes n'est pas purement financier.

Finalement, le travail du membre de l'organe de contrôle ne peut être assimilé à une relation d'agence, ou à une procuration, car cette dernière est un contrat pouvant être résilié à tout moment par l'un des contractants. Or, les clients et les actionnaires ne peuvent pas résilier ce contrat, encore moins destituer les membres de l'organe de contrôle charaique.

Au vu de ce qui précède, quant aux opinions émises par certains chercheurs contemporains, l'organe de contrôle charaique se distingue en étant un système indépendant, fonctionnellement, et lié à son institution ou banque, administrativement. Ce qui lie les membres de ces organes à la banque ou à l'institution financière est le contrat conclu entre deux parties ; l'institution financière et le juriste ou l'expert collaborant avec l'organe de contrôle charaique. Ce contrat dicte sans doute des obligations aux membres de l'organe concernant le devoir d'effectuer le contrôle charaique de l'institution ou de la banque, en se consacrant à ce travail selon les termes de l'accord conclu, et qui précise la durée de la disponibilité, son champ d'exercice, la possibilité ou non pour les membres de travailler auprès d'une autre instance exerçant la même activité, et ce pour prévenir la concurrence, et pour que les membres soient complètement à la disposition de l'institution, ce qui renforcerait sa position qui est liée à la réputation de ces organes de contrôle, ainsi que toute autre obligation mentionnée dans le contrat conclu entre les membres de ces organes d'une part et l'institution financière ou la banque d'autre part.

Ainsi, le non respect de ces engagements qui incombent aux membres de l'organe de contrôle charaique se doit d'être sanctionné, étant donné les implications d'une

faute commise ou d'une négligence pour l'institution financière et ses clients, et ce même si les codes de procédures ne précisent pas la possibilité de sanction à l'égard des fautifs parmi les membres de ces organes⁴³⁷. Des systèmes incitant à la poursuite des membres en cas de faute grave par un conseil de discipline affilié à la haute commission de contrôle charaique, pourraient naître⁴³⁸. Nous traiterons plus amplement ce point dans la deuxième partie.

⁴³⁷ : Abdallah Al Najjar « les conditions de la responsabilité dans le cadre du contrôle charaique des entreprises financières », op.cit, p.19-25

⁴³⁸ Voir : Malika AMRI « les contrats de financement dans la banque islamique », Université Toulouse 1 - Master 2, droit international et comparé 2009, disponible à http://www.memoireonline.com/06/11/4546/m_Les-specificites-des-contrats-de-financement-dans-les-banques-islamiques0.html

Section 2 : Le mode de fonctionnement des organes de contrôle charaique dans les banques islamiques

Certains principes essentiels doivent exister pour aider à l'habilitation des membres des organes de contrôle charaique dans les banques, pour que l'on puisse sentir et voir les effets positifs de leur travail dans les différentes missions exercées par les membres de ces organes. Le caractère professionnel des transactions financières modernes actuelles nécessite de hautes qualifications pour examiner toutes les questions et problématiques financières actuelles. Ainsi, le juriste et l'expert qualifiés représentent les piliers d'un métier à valoriser, par le secteur public d'une part, en encourageant et permettant à ceux qui le désirent de se former dans ce domaine, et par le secteur privé d'autre part, en incitant les institutions financières islamiques à s'attirer les compétences qualifiées, ce qui aurait des répercussions avantageuses sur le développement du travail bancaire islamique⁴³⁹.

Pour mettre en exergue le mode travail des organes de contrôle charaique dans les banques islamiques et son caractère professionnel, nous aborderons cette partie en deux points :

- I- Les clés fondamentales de l'habilitation des membres des organes de contrôle charaique
- II- L'exercice des fonctions de l'organe de contrôle charaique

⁴³⁹ Voir : Said EL MEZOUARI, Mohamed LOTFI, Youness BOUTHIR : « La Finance Islamique au Maroc entre réticence de la demande et perspectives de développement », Dossiers de Recherches en Economie et Gestion, Dossier Spécial, Juin 2013, pp-137-155, disponible à <http://www.redoreg.com/Tcomplet/BOUTHIR.pdf>

I- Les clés fondamentales de l'habilitation des membres des organes de contrôle charaique

Les efforts de réflexion et d'analyse lors de l'examen des affaires et des innovations financières modernes sont les éléments essentiels dont doivent se doter les ressources humaines exerçant au sein des organes de contrôle charaique. Ces cadres humains nécessitent de se voir attribuer des prérogatives légales leur permettant de mener à bien leur travail, qui ne se limite pas à un travail de conseil et d'orientation mais qui devrait revêtir un caractère obligatoire.

Ainsi, cette partie sera exposée en deux paragraphes, comme suit :

Paragraphe 1 : Le ijtihad dans les problématiques financières modernes

Paragraphe 2 : L'habilitation juridique des membres des organes de contrôle charaique

I-1 Al ijtiḥad dans les problématiques financières modernes

I-1-1 La définition de ijtiḥad et les conditions requises dans la personne al mujtahid

Aboutir à une décision charaique se fait par référence à quatre sources principales ; le coran, et c'est la source qu'examine le mufti ou l'examineur en premier, et s'il n'y trouve pas d'indications, il passe à la seconde source qui est la sunnah, et s'il n'y trouve pas d'indications il passe à la jurisprudence et au consensus et s'il ne trouve toujours pas d'indications il passe aux normes d'usage et au final s'il ne trouve rien, il a recours au ijtiḥad, pour délibérer.

a- La définition de ijthihad d'un point de vue linguistique et terminologique :

Le ijthihad dans la langue : renvoie à l'effort fourni pour toute affaire ou question considérée ou à l'énergie dépensée⁴⁴⁰. D'un point de vue terminologique, le ijthihad est défini comme « tant « l'effort fourni dans l'assimilation des les principes de la charia »⁴⁴¹.

Il découle de ces deux définitions que la définition terminologique est plus spécifique, alors que la définition de ce terme dans la langue renvoie à l'effort fourni en général pour aboutir à quelque chose, la définition terminologique spécifie que cet effort est fourni pour aboutir à une décision et à un verdict charaique⁴⁴².

Le ijthihad est défini comme étant « l'effort sans réserves fourni par le jurisconsulte pour conclure des principes charaiques pratiques à partir des arguments disponibles, en disant à la fin : cette décision ou ce verdict est ce qui est dicté par la charia selon moi »⁴⁴³.

Certains fondamentalistes définissent le ijthihad comme étant : « l'acte de se dépenser en énergie et en effort pour arriver à déduire les principes et les jugements charaiques ou pour leur application »⁴⁴⁴.

Allah tout Grand dit à ce sujet, pour souligner qu'il est possible de se référer à la sagesse des autres : « d'après le jugement de deux personnes intègres parmi vous »⁴⁴⁵. Allah tout Grand dit aussi : « Et David, et Salomon, quand ils eurent à juger au sujet d'un champ cultivé »⁴⁴⁶. Dans le premier verset les arbitres jugent du gibier qui remplacerait celui tué par une personne alors qu'elle est en état d'ihram,

⁴⁴⁰ Al Jawhari « al Sihah » (les vérités), 1/460, vérification du Professeur Abdel Ghafour Attar

⁴⁴¹ Ibn Koudama « Rawdhat al Nadhir » (le paradis de l'observateur), p.190

⁴⁴² Revue des recherches islamiques, n°14, 1405-1406 de l'hégire

⁴⁴³ Les principes de la jurisprudence, Mohamad abou Zahra, p.379

⁴⁴⁴ Imam Chatbi « Les accords », volume 3, p.8

⁴⁴⁵ Sourate Al Maiida (la table servie), verset 95

⁴⁴⁶ Sourate Al Anbiya (les prophètes), verset 78

et dans le deuxième verset, David et Salomon tranchent dans une affaire recourant à l'ijtihād. Allah tout Grand le confirme dans le verset qui suit « Nous la fîmes comprendre à Salomon »⁴⁴⁷. Si Salomon avait eu recours au texte coranique, il n'aurait pas été le seul à comprendre, car le texte s'adresse à l'humanité, mais dans ce cas c'est Salomon qui fournit un effort pour comprendre une situation donnée⁴⁴⁸.

b- Les conditions requises dans la personne al mujtahid

La personne qui fournit des efforts en vue d'arriver à un jugement charaïque dans l'affaire, objet de sa réflexion, doit satisfaire plusieurs conditions et qui sont :

La première :

- La connaissance approfondie de la langue arabe : car c'est la langue du coran, et pour mieux assimiler ce qui est dit il faut que la personne ait connaissance des moindres détails et des moindres règles et disciplines de la langue, pour arriver à aboutir à un verdict charaïque. Allah tout Grand dit : « Et c'est ainsi que Nous t'avons révélé un Coran arabe, afin tu avertisses la Mère des cités (la Mecque) et ses alentours et que tu avertisses du jour du rassemblement, - sur lequel il n'y a pas de doute - Un groupe au Paradis et un groupe dans la fournaise ardente »⁴⁴⁹
- Allah tout Grand dit encore : « Un Coran [en langue] arabe, dénué de tortuosité, afin qu'ils soient pieux »⁴⁵⁰.

La connaissance en arabe couvre les sciences en linguistique, expressions et sens⁴⁵¹. Le mujtahid se doit de très bien connaître la langue arabe, et ses rouages

⁴⁴⁷ Sourate Al Anbiya (les prophètes), verset 79

⁴⁴⁸ Salah ben Fouzan al Fouzan « al Ijtihad », recherche publiée

⁴⁴⁹ Sourate al Choura (la consultation », verset 7

⁴⁵⁰ Sourate Azumar (les groupes), verset 28

⁴⁵¹ Imam Chatbi « Les accords », volume 4, p.114

pour pouvoir assimiler les expressions et la multitude de sens et de synonymes que renferme le coran⁴⁵².

La deuxième : la connaissance du coran et du sens de ses versets :

La première source où sont puisés les jugements et les verdicts charaiques est le coran. Il est donc impératif que le mujtahid connaisse le sens des versets et leur explication, tout en sachant les particularités et spécifications citées dans le coran. Il faut par ailleurs, connaître les principes et les piliers différents du coran qu'ils soient relatifs à la foi islamique, comme la croyance en dieu, en ses anges, ses livres, ses prophètes et le jour du jugement, ou qu'ils soient relatifs à la morale et à l'éthique, ou encore relatifs aux dires et actes des gens et relevant plus de la pratique et qui se divisent en : pratiques religieuses et relationnelles⁴⁵³.

La troisième : la connaissance de la sunnah et de ses sciences :

Le mujtahid doit maîtriser la sunnah et ses sciences ; il doit distinguer entre le général et le spécifique, l'inconditionné et le conditionné, les méthodes de citation des hadiths, leurs rapporteurs, la validité du hadith, etc. c'est pour cela que la sunnah pour les fondamentalistes est ce qui émane du prophète ρ, autre que le coran, en termes de paroles, d'actions ou d'approbation.

Il faut notamment que le mujtahid connaisse les types de sunnah du point de vue de leur importance ; il y a la sunnah relative aux propos du prophète ρ à des moments différents et à propos de sujets différents, et dans laquelle, il faut

⁴⁵² Le mujtahid doit comprendre le sens des phrases, distinguant la métaphore de la réalité, et toutes les règles grammaticales et lexicales ainsi que toutes les figures de style et procédés d'écriture. Selon les fondamentalistes, maîtriser la langue arabe revient à la maîtrise de ce qui permet de comprendre le coran et la sunnah. Il n'est pas demandé que la personne maîtrise tout dans la langue, car cette dernière reste difficile à assimiler parfaitement même de ceux dont c'est la langue maternelle.

Il est donc obligatoire de maîtriser tout ce qui est en relation avec les finalités de la charia dans el coran et la sunnah.

Pour aller plus loin : Abdel Hamid Mahmoud al Baali « l'investissement et le contrôle charaique ... », op.cit, p.225

Voir aussi : « al ijthad dans la charia islamique, le site électronique du docteur Youssef Al Karadhaoui

⁴⁵³ Abdelkarim Zaydan « Regards sur la charia islamique et le droit positif », op.cit, p.226-227

distinguer ce qui est considéré comme une loi de ce qui ne l'est pas. Le second type de sunnah est la sunnah rapportant des actes du prophète ρ qui aiderait en le prenant comme exemple à cerner ce qui devrait être la norme.

Le troisième type de sunnah est la sunnah relative à l'approbation, et qui signifie le silence du prophète ρ quant à la condamnation d'un acte ou d'une parole dont il fut témoin ou qui lui fut rapporté. Le mujtahid doit par ailleurs, connaître les types de sunnah selon comment elle nous est parvenue ; sunnah fréquente ou fréquemment rapportée (moutawatira), sunnah connue ou célèbre, et les citations rapportées une seule fois. Il faut bien assimiler les types de jugements dans la sunnah et les sens des hadiths rapportés. Le mujtahid doit avoir une connaissance exhaustive de tous les éléments dans la sunnah se rapportant à sa requête ou question examinée⁴⁵⁴, en distinguant les arguments fermes de ceux donnés à titre indicatif.

La quatrième : la connaissance de tout ce qui a fait l'objet de consensus entre les savants et ce qui ne l'est pas pour les différentes questions

Le mujtahid doit connaître et être au courant de ce qui a fait l'objet d'un consensus entre les savants et de ce qui ne fait l'unanimité. Il doit néanmoins connaître les points d'accord et de discordance relatifs à la question en cours d'examen.

Les jurisconsultes définissent le consensus comme étant l'accord des *mujtahids* de la nation ou ouma musulmane, à une époque donnée, sur une question légale donnée, après la mort du Prophète ρ⁴⁵⁵.

Le mujtahid doit être conscient de la divergence entre les jurisconsultes, et doit distinguer cette différence selon les courants auxquels ils appartiennent, et tout cela afin d'examiner sa question sans s'opposer à cette troisième source du droit musulman.

⁴⁵⁴ Mohamad abou Zahra « Les fondements du fikh », op.cit, p.383

⁴⁵⁵ Amdi « les principes », volume 4, p.115

La cinquième : la connaissance du qiyas et de ses principes

Le Qiyas a été défini chez les savants en matière de fondements de la jurisprudence, comme : l'analogie entre deux faits connus afin de déduire un avis charaïque et un jugement, à partir d'éléments communs aux deux faits⁴⁵⁶.

C'est pour cela que le chercheur doit être connaisseur en analogie et doit connaître les conditions requises, car c'est ce qui permet au mujtahid de délibérer sur une question inédite non citée dans le coran ou la sunnah mais qui pourrait être comparée à une autre question déjà traitée du fait de la ressemblance qui les lie, et qui ne peut être cernée par la seule connaissance de la langue⁴⁵⁷.

La sixième : la connaissance des finalités des principes :

Les finalités de la charia islamique se divisent en trois catégories :

Celles qui sont essentielles et requises pour servir les intérêts de la religion et de la vie pratique, de sorte que tout manquement peut entraver le bien-être et faire dévier du droit chemin aussi bien dans les questions de la vie courante que dans la foi.

Celles qui sont nées d'un besoin, et qui permettent de satisfaire ce besoin.

Celles qui visent l'amélioration et la considération de ce qui peut améliorer l'existant, ce qui signifie de prendre en compte les bonnes habitudes et la bonne

⁴⁵⁶ La maîtrise des fondements des principes, al Amdi, 3/5, la preuve, imam al haramain Al Jouini, 745/2. Il y a lieu de signaler que la définition de l'analogie et la délimitation de ses contours chez les fondamentalistes fait l'objet d'une controverse, et on peut diviser la position des fondamentalistes en deux : La première : l'analogie peut être délimitée car la question est d'ordre terminologique, et la deuxième, pense qu'il est difficile de connaître les vraies limites et on ne peut qu'approcher cette notion. En réalité, il n'y a pas de problème dans la définition de l'analogie et toute divergence à ce sujet n'a pas d'intérêt.

Pour aller plus loin : Mohamad Ibrahim al Namla, « les questions jurisprudentielles que ibn Hazm refusa de traiter par recours à l'analogie dans son livre » Thèse de Doctorat, Université Om al Koura, 1428 de l'hégire

⁴⁵⁷ Mohamad abou Zahra, les fondements de la jurisprudence, op.cit, p.218

conduite et l'ensemble des principes éthiques et qui concernent la pratique religieuse, les mœurs, les transactions et les infractions.

Dans ce sens, al Imam Al Chatbi dit⁴⁵⁸ : « poser des législations sert les intérêts des gens à l'instant présent et au futur, et Allah tout Grand dit, pour ce qui est des envois des messagers : « en tant que messagers, annonciateurs et avertisseurs, afin qu'après la venue des messagers il n'y eût pour les gens point d'argument devant Allah »⁴⁵⁹.

Le mujtahid s'engage à connaître les finalités et ses différents types, pour aboutir au jugement charaïque adéquat dans la question examinée.

I-1-2 Les types et nature de mujtahids :

a- *Types des moujtahids*

Le coran est considéré comme étant la première source où le chercheur puise pour juger une question et donner un avis charaïque. La sunnah est quant à elle la deuxième source si le coran ne lui permet pas d'arriver à un jugement. Et si la sunnah ne le lui permet pas non plus, il passe au consensus, qui est la troisième source, il passe aux usages et aux mœurs considérés comme quatrième source.

Ensuite, il y a le ijthad, qui permet au chercheur habilité de devenir un mujtahid pour trouver un jugement charaïque lui permettant de cadrer la question, trouver son fondement, les arguments appropriés et la qualification jurisprudentielle⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Imam al Chatbi « les accords », op.cit, partie 2, p.6

⁴⁵⁹ Sourate al nisa (les femmes), verset 165

⁴⁶⁰ Les méthodes de ijthad prennent différentes formes, et permettent au mujtahid d'avoir des outils d'analyse et de déduction dans les questions et les problématiques diverses, et entre autres sujets que le mujtahid doit connaître dans le moindre détail :

Tout d'abord, en premier il y a : la comparaison ou l'analogie : définies par les fondamentalistes comme étant « l'analogie entre deux faits connus afin de déduire un avis charaïque et un jugement, à partir d'éléments communs aux deux faits », (voir La maîtrise des fondements des principes, al Amdi, volume 3, p.263).

Cette mission exige d'amples connaissances et compétences charaïques. C'est ainsi que les mujtahids ayant pu identifier les outils et les formes nécessaires à la poursuite de leurs requêtes se classent en quatre catégories :

-Le mujtahid absolu est celui qui satisfait toutes les conditions requises quant à sa capacité à assimiler les principes de la charia, les arguments charaïques généraux et spécifiques, sans appartenance à un courant en particulier. La qualification d'absolu n'était pas évidente par le passé, même si elle l'est plus de nos jours car les hadiths et la jurisprudence avaient été transcrits⁴⁶¹.

-Le mujtahid affilié ou disciple, est celui qui appartient au courant de son imam ou à un autre imam, et les cas suivants peuvent se présenter ; le mujtahid ne copie pas son imam dans le verdict rendu et les arguments sous jacents, mais va sur les mêmes pas que l'imam, avec il est d'accord, adhérant à ses idées et sa logique.

Le mujtahid peut encore appartenir à un courant, mais rester indépendant dans son interprétation des arguments, et ce sans enfreindre les fondements et les règles

Le mujtahid doit appliquer les éléments de comparaison sur la question examinée, et qui sont : le comparant, le comparé et l'objet de la comparaison. Si le mujtahid applique correctement cette analogie, il aboutit à une déduction du jugement relatif au comparé à partir de ce qui avait régi le comparant.

Parmi les exemples charaïques d'application de l'analogie, les opérations de vente au moment de l'appel à la prière du vendredi, et qui sont interdites et cette interdiction est justifiée par le texte coranique : « ô vous qui avez cru ! Quand on appelle à la Salat du jour du Vendredi, accourez à l'invocation d'Allah et laissez tout négoce. Cela est bien meilleur pour vous, si vous saviez » (sourate al jomoua (le vendredi), verset 9)

L'argument est que la vente ou le négoce empêche d'aller à la prière et de rater son heure. Par analogie cela est valable non seulement pour le négoce mais aussi pour les opérations de location, de travail, d'hypothèque ou encore d'accouplement à cette heure là.

Ensuite, en deuxième lieu, al istihsan ou la préférence juridique qui signifie de préférer un argument juridique à un autre argument juridique d'égale force. Le mujtahid doit nécessairement recourir à l'analogie, et de même au istihsan et l'intérêt derrière. Les savants en matière de fondements (usul) affirment que la préférence juridique se fait sur la base des textes, du consensus, de l'usage ou par nécessité ou par intérêt ou encore par analogie implicite.

Par ailleurs, il y a troisièmement, al maslaha al mursala c'est-à-dire la sauvegarde des principes fondamentaux : qui signifie la recherche du bénéfice et intérêt et l'évitement des vices et des dommages. Ces intérêts ou principes à sauvegarder sont considérés comme absolus et ne font pas l'objet de discussions ou de controverses pour le législateur. Le mujtahid doit s'assurer que telle ou telle affaire entre dans le cadre de ces intérêts et bénéfices recherchés.

Quatrièmement : Sadd al dharaii, qui signifie le fait de fermer la porte à tout ce qui peut entraîner un vice ou un mal.

⁴⁶¹ Salah ben Fouzal al fouzan: "les types de ijthad", article publié, revue des recherches islamiques, direction générale des recherches scientifiques et des fatwas, volume 14, p.252, n°14, année 1405-1406 de l'hégire

adoptées dans ledit courant, et tout en étant connaisseur de la jurisprudence, des fondements et des arguments, du principe de l'analogie, et en étant capable de déduire et de lier les cas exceptionnels aux bases, à la source et aux règles suivies par l'imam. Ce mujtahid entre dans la catégorie des partisans des courants, sans pour autant atteindre le rang de l'imam, car ses connaissances sont probablement à approfondir. C'est ce qui fait qu'il reste parmi les partisans d'un tel ou tel courant sans devenir un imam.

Le mujtahid, dans cette logique, transmet le contenu et les idées du courant et se base sur ses enseignements pour délibérer et déduire selon le fruit des efforts transcrits de son imam ainsi que ceux de ses collègues dans le même courant. Le mujtahid dans cette catégorie ne doit pas donner de fatwa dans le courant de son imam⁴⁶².

-Le mujtahid dans un type de science ou de connaissance est celui qui maîtrise les principes de l'analogie et de ses conditions peut délibérer dans des questions nécessitant un tel procédé. Celui qui maîtrise les obligations dictées par la religion, peut délibérer dans ce sens. Même si un autre avis, non unanimement accepté, affirme l'interdiction de délibérer⁴⁶³.

- Le mujtahid dans une question ou dans des questions, ne peut donner de fatwa dans un sujet, autre que l'objet de son ijihad. Il se peut aussi que cela ne soit pas permis, car il peut être considéré que ses connaissances ne sont pas exhaustives et se limitent à une question en particulier. Certains savants vont à dire que le ijihad peut se diviser, dans le sens où il est possible que le mujtahid devienne connaisseur dans une question spécifique. Reste à savoir justement si le mujtahid doit être absolu, et si on peut faire appel à lui dans toutes les problématiques.

⁴⁶² Op.cit, p.253

⁴⁶³ Alaa eddine abu al hasan ali ben sliman al mardoudi "Tancher dans les divergences relatives au courant de l'imam Ahmad ben Hanbal » volume 12, p.258-259

b- nature de l'ijtihad

Certains affirment que le ijtihad peut être compartimenté⁴⁶⁴, et ce fut rapporté par Al Safi al Hindi et Sahib al Noukat sur Abi Ali al Jibaii et Abi abdallah Al basri. Ibn Dakik al Aid dit qu'il est possible de se consacrer à une question spécifique du fikh jusqu'à en maîtriser tous les aspects, et une fois la connaissance exigée est acquise par rapport à ce point précis, il est possible de recourir au ijtihad.

Al Ghazali et Al Rafii disent: il est possible que le savant soit connaisseur et apte au ijtihad dans une problématique en particulier, alors que d'autres réfutent cette affirmation, car la question à étudier est une forme de fikh dont les origines et les aspects peuvent être liés à d'autres questions.

Le premier groupe avance que si le ijtihad n'est pas subdivisé, le mujtahid aurait à tout maîtriser, ce qui n'est pratiquement pas le cas ; plusieurs mujtahids furent incapables de répondre à tout ce qui se pose à eux, et d'autres répondirent à certaines questions mais pas à d'autres. Malik fut consulté au sujet de quarante questions, il répondit à quatre et dit à propos des autres : je ne sais pas⁴⁶⁵.

Pour résumer, on peut dire que le ijtihad est nécessaire et est requis des savants musulmans à tout moment, du fait de la multitude et de la diversité des questions posées et qui nécessitent une recherche et un examen approfondi pour connaître ce qu'en dit la charia, car cette dernière est censée être atemporelle, et valable pour toutes les époques.

Ainsi, le patrimoine islamique et les écrits des divers jurisconsultes permettent au mujtahid de déduire du coran et de la sunnah les éléments qui les aideraient à mieux comprendre les problématiques posées. Reste à comprendre et à cerner ces missions et ces fonctions ?

⁴⁶⁴ Al Sanaani « irchad al fouhoul », p.254-255

⁴⁶⁵ Op.cit, p.254-255

Cette interrogation nous pousse à réfléchir sur les types de mujtahids susmentionnés. Le mujtahid absolu est un type plutôt rare et les juristes ont relevé ce fait depuis toujours. Il ne reste dès lors que le ijthah par courant ou madh'hab et le ijthah par parties, qui satisfont les conditions requises dans certaines questions mais pas dans toutes. Ces deux types permettent de combler les besoins des musulmans en examinant les problèmes relatifs aux transactions et aux systèmes d'investissement modernes, et ce dans le cadre du développement technologique et des innovations au sujet desquelles il faut émettre un avis charaïque, après recherche et ijthah. Cela se fait notamment dans des groupements scientifiques et grâce au ijthah collectif dans les groupements jurisprudentiels, lors des congrès et des séminaires scientifiques organisés de temps en temps et regroupant plusieurs savants musulmans de diverses spécialités et expertises⁴⁶⁶.

Le besoin se fait ressentir de recourir au ijthah dans les transactions financières nouvelles de notre époque, du fait du développement des activités économiques et d'investissement dans les pays arabo-musulmans, et surtout dans le cadre de l'ouverture de l'économie islamique sur les pays du monde ainsi que sur les marchés internationaux, ce qui requiert une haute qualification de celui qui s'apprête à se consacrer à la recherche et à l'examen des problématiques et affaires financières modernes, afin de les qualifier. La diversité et la multitude des mujtahids dans l'étude et l'approche des transactions financières ainsi que des différentes questions qui nécessitent le recours au ijthah pour aboutir à des verdicts charaïques, permettraient directement d'atteindre cette finalité, de manière à servir les intérêts et à repousser les vices, et c'est justement la finalité charaïque recherchée.

⁴⁶⁶ Salah ben Fouzan al Fouzan « les types de ijthah », article publié, revue des recherches islamiques, op.cit, p.14/257

I-2 : L'habilitation juridique des membres des organes de contrôle charaique

La réalité bancaire islamique avec tous ses rebondissements exige des spécialistes, lors de leurs ijthahs pour la qualification des transactions financières nouvelles, plus d'efforts et plus de connaissances scientifiques relatives à tous les sujets inhérents à l'activité bancaire islamique. Il ne s'agit pas seulement pour le chercheur d'assimiler la jurisprudence des transactions, mais se doit de bien connaître la réalité bancaire actuelle et moderne dans ses divers aspects charaiques et juridiques. Tout cela exige une habilitation juridique, en plus de l'habilitation de base –décrite dans le premier paragraphe- et qui est relative au ijthah dans les affaires financières modernes.

Les législations émises par certains pays arabes concernant les banques islamiques soulignent l'habilitation et la formation des membres de l'organe de contrôle charaique. Par ailleurs, la réalité bancaire impose aux institutions financières d'appliquer les décisions émises par ces commissions de contrôle, surtout avec l'existence de certains textes juridiques insistant sur le fait que les décisions provenant de ces commissions de contrôle charaique dans les banques islamiques doivent être impérativement appliquées.

Le principe des lois est l'obligation de se tenir et de respecter les textes pour ce qui est des sanctions imposées à l'acteur de l'infraction. La constitution de commissions dont les décisions ne sont pas respectées, est à traiter par des législations incluant des textes explicites précisant la position du contrôle charaique dans les institutions financières islamiques.

I-2-1 L'habilitation des membres de l'organe de contrôle charaique dans la loi bancaire islamique

Les fonctions exécutées par les membres de l'organe de contrôle charaique exigent une habilitation et une compétence scientifique de la part des membres de ces

organes, au vu de ce que leurs travaux impliquent en termes de décisions relatives à l'autorisation de certaines transactions et l'interdiction d'autres. Cela demande un examen approfondi et une représentation des problématiques et des affaires financières nouvelles avant de délibérer. Par ailleurs, les divers aspects du contrôle qui constituent dans son ensemble des fonctions originales exercées par les membres de l'organe de contrôle charaique dans l'institution financière, exigent une habilitation juridique.

a- L'habilitation fonctionnelle

Le contrôle de l'institution financière ou de la banque, à commencer par son règlement, nécessite des personnes habilitées d'un point de vue charaique et juridique à la fois, comme dans le cas de la révision des contrats d'investissement conclus par l'institution financière avec autrui. Parmi les compétences et critères les plus importants requis pour la formation des organes de contrôle charaique au sein des institutions financières, figurent ceux relatifs à la constitution proprement dite de ces organes, leurs spécialisations, leur indépendance, leur place dans l'organisation, et ce sans citer la rémunération financière des membres, et finalement la responsabilité qui incombe à l'instance charaique suite à ses travaux⁴⁶⁷.

C'est pour cela, que l'habilitation juridique des membres de ces organes de contrôle est une requête imposée par les transformations modernes des activités bancaires et des institutions financières islamiques. Par le passé, le travail se limitait à la fatwa dans les transactions nouvelles, alors qu'aujourd'hui, le travail de l'organe de contrôle charaique est essentiel pour la création des banques islamiques, et a trait aux objectifs pour lesquels la banque islamique a été créée. Dans ce sens, certaines lois avaient souligné la position des organes de contrôle

⁴⁶⁷ Abdel hamid mahmoud « les lois et les législations bancaires islamiques », étude comparée, recherche publiée, p.15

charaïque et leur importance dans les opérations bancaires islamiques, dont notamment, l'article 50 du code bancaire jordanien, appelé (le code des banques de l'année 2000) et qui indique dans le paragraphe (b) de l'article que : « b- Il faut que le contrat de constitution de la banque islamique et son règlement soient en accord avec tous les principes relatifs aux banques islamiques cités dans ce code ».

Il est indéniable que la révision et le contrôle primaire pour la vérification de la conformité du règlement de la banque islamique aux principes régissant les banques islamiques, exigent une habilitation juridique en plus de l'habilitation de base présumée, et qui concerne la construction et l'aptitude charaïque des membres de l'organe. L'article 58, du même code, indique dans son paragraphe (a) que : « a- En application de l'engagement de la banque islamique, et selon son code de constitution et son règlement de base l'obligeant au respect des principes de la charia islamique, la banque désigne par décision de l'instance générale des actionnaires une instance appelée (instance de contrôle charaïque) dont le nombre n'est pas inférieur à trois membres, et dont les décisions doivent être respectées par la banque islamique... etc. »⁴⁶⁸.

Cette révision par les membres de l'organe de contrôle afin de vérifier le respect par la banque islamique, selon les termes de son règlement et de son code, des principes de la charia islamique, exige un examen approfondi des termes de ce code, par les spécialistes habilités et dotés de compétences charaïques et juridiques, et ce afin de procéder à la vérification loin de tout extrémisme intellectuel et d'appartenance religieuse, mais plutôt sur la base d'opinions scientifiques.

Nous estimons que la haute qualification des membres de l'organe de contrôle charaïque est essentielle. Les connaissances en matière de charia, de droit et d'économie sont des éléments essentiels pour le choix des membres de ces

⁴⁶⁸ Code des banques n°28 de l'année 2000 du Royaume Jordanien Hachémite

organes. En effet, leur travail implique de porter un regard particulier lors de l'examen des aspects importants qui exigent une habilitation adéquate qui soit en cohérence avec le rôle exercé par ces organes qui ont influence sur les activités des banques et des institutions financières islamiques.

b- L'habilitation dans les textes juridiques

L'importance de la qualification et de l'habilitation dans le choix des membres des organes de contrôle charaïque se manifeste à travers l'exigence par certaines législations de compétences particulières à remplir par les membres de l'instance de contrôle charaïque choisis pour travailler au sein des banques islamiques. Le code de l'organisation du travail bancaire soudanais mentionne explicitement dans son code, dans le chapitre 3 intitulé : l'instance supérieure du contrôle charaïque, et plus précisément dans la clause 3 de l'article 15 : « l'instance se compose d'au moins sept personnes, et d'au plus dix personnes parmi les savants de la charia et les experts en économie, banque et droit, à condition que la majorité soit composée par des savants en charia »⁴⁶⁹.

Le code fédéral émirati numéro 6 de l'année 1985, relatif aux banques, institutions financières et sociétés d'investissement islamiques, fut encore plus explicite, dans son article 5 qui précise : « par décision du conseil des ministres, une instance supérieure charaïque est formée, incluant des éléments charaïques, juridiques et bancaires, chargée de la haute surveillance des banques et des institutions financières ainsi que des sociétés d'investissement islamiques afin de vérifier la conformité de ses transactions aux principes de la charia islamique, et afin de donner son avis sur les sujets et questions qu'on lui expose lors de l'exercice de son activité. L'avis et les décisions de l'instance supérieure revêtent un caractère

⁴⁶⁹ « le code d'organisation du travail bancaire de l'année 2003 », en application des dispositions de l'article 90 de la constitution de la république du Soudan de l'année 1998

obligatoire pour les organisations susmentionnées et cette instance est annexée au ministère des affaires religieuses et des awkafs »⁴⁷⁰.

A ce stade, on peut s'interroger sur la nature de l'habilitation requise pour l'élection des membres des organes de contrôle charaique dans les banques islamiques ?

Afin de répondre à cette question, nous pouvons avancer que les connaissances en matière d'activités bancaires islamiques nécessitent un professionnalisme particulier. Ce dernier commence dès la formation scientifique en permettant un parcours scientifique au sein de facultés spécialisées qui donnent l'opportunité grâce à des cours disposés d'enseigner tous les sujets relatifs aux aspects charaiques, juridiques et bancaires pour enrichir ce secteur de cadres habilités professionnellement et scientifiquement, aptes à traiter les transactions islamiques selon les règles de construction jurisprudentielles en conformité avec les principes de la charia islamique en phase avec les transformations et les nouveautés dans le domaine des transactions financières modernes.

L'importance de l'habilitation générale lors du choix des membres, est soulignée notamment par le législateur yéménite dans le chapitre 4 intitulé : procédures de travail, dans son article 10 qui précise : « la banque centrale du Yémen crée une unité qui lui est annexée et qui a la charge de contrôler les banques agréées par cette loi, à condition que les chartes et les indications émises par cette unité ne contredisent pas les principes de la charia islamique, et à condition que l'habilitation et la formation des employés de cette unité leur permettent de mener à bien leur rôle »⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ « le code des banques islamiques » Emirats Arabes Unis, code fédéral n°6, de l'année 1985, relatif aux banques, institutions financières et sociétés d'investissement islamiques

⁴⁷¹ Le code n°21 de l'année 1996, modifié par la loi n°16 de l'année 2009, relatif aux banques islamiques dans la république du Yémen

Nous pensons que ceux qui sont les plus aptes à exercer les missions de cette unité de contrôle – dont la création au sein de la banque centrale du Yémen est précisée dans le code- sont les membres qui satisfont les conditions et les exigences requises dans les membres des organes de contrôle charaique, même si le code des banques islamiques du Yémen explique dans le chapitre cinq, article 17, les missions de l'instance de contrôle charaique, où le paragraphe (a) du même article souligne : « a- La banque dispose d'une instance de contrôle charaique composée de trois à sept personnes parmi les spécialistes et les habilités, et c'est le règlement qui précise la manière de leur élection ainsi que leurs rémunérations... »⁴⁷².

A notre sens, le besoin est encore persistant pour la mise en place de législations qui explicitent la nature du travail de ces organes et la nécessité que ces derniers puissent garantir des compétences scientifiques associant la charia, le droit et l'économie. De pareilles compétences ne peuvent que se répercuter positivement sur le travail des banques et des institutions financières, ce qui contribue au développement et à la croissance économique islamique en général.

I-2-2 Le caractère obligatoire des décisions des organes de contrôle charaique

a- L'importance du caractère obligatoire

Le caractère obligatoire est central dans l'activation du rôle et des travaux des organes de contrôle charaique au sein des institutions financières et des banques islamiques. Il traduit en effet, efficacement le respect des principes économiques islamiques, qui se sont érigés en tant que solution apportée aux problèmes soulevés par le recours à l'usure communément répandu dans les banques traditionnelles. L'observation de la réalité de ces institutions financières révèle que l'organe de contrôle charaique doit être au premier rang dans leurs organisations

⁴⁷² Op.cit

administratives. Ainsi, certains dépassements découlent l'autorisation au conseil d'administration d'intervenir et de manière directe dans les décisions de l'organe de contrôle charaique, ce qui souligne la nécessité que les décisions émises par l'organe de contrôle charaique revêtent un caractère obligatoire et ce qu'elles soient décidées à l'unanimité ou par la majorité⁴⁷³.

Il apparaît que l'indépendance dont doit bénéficier les organes de contrôle charaique se verrait à travers le caractère obligatoire de ses décisions, et qui compte parmi les principes essentiels pour doter le contrôle charaique de toutes les prérogatives lui permettant un contrôle efficace. Si ces principes n'existaient pas et si le caractère obligatoire n'était pas respecté, des dysfonctionnements apparaîtraient dans la structure de travail au sein de ces institutions financières et banques islamiques.

Ainsi, l'examineur des textes de lois de certaines législations relatives aux banques islamiques, trouve qu'il y a mention explicite sur la nécessité que les décisions émises par les instances de contrôle charaique revêtent un caractère obligatoire. L'article 5 du code des banques islamiques aux Emirats Arabes Unis indique : « une instance charaique supérieure est formée par décision du conseil des ministres, et comporte des éléments charaiques, juridiques et bancaires ayant la charge de la haute surveillance des banques, institutions financières et sociétés d'investissement islamiques afin de vérifier la conformité de leurs transactions aux principes de la charia islamique et de donner leurs opinions quant aux problématiques et sujets exposés à ces instances lors de l'exercice de leurs activités. L'opinion de ces instances est à caractère obligatoire pour les

⁴⁷³ Mohamad al Kattan « le contrôle charaique dans les entreprises de services financiers islamiques », op.cit, p.40

organisations précitées et elle est annexée au ministère des affaires religieuses et des awkafs»⁴⁷⁴.

Par ailleurs, certains codes des banques islamiques ne font aucune mention explicite de ce caractère obligatoire des décisions de l'organe de contrôle charaïque. Cela étant, cette obligation est devenue une sorte de convention implicite obligeant les conseils d'administration de ces institutions financières, banques et sociétés d'investissement islamiques au respect des décisions. En effet, la plupart de ces secteurs respectent la nécessité de réviser et de corriger les contrats conclus par ces organisations et ce grâce au contrôle charaïque et à la vérification de la validité charaïque⁴⁷⁵.

Nous estimons que le contrôle charaïque effectif permettant l'indépendance totale de l'organe par rapport à la direction de la banque, dote les institutions financières, les sociétés d'investissement et les banques islamiques d'un pouvoir dans le secteur bancaire, qui se reflète positivement sur la position de ces secteurs, dans le domaine de la finance et des affaires. En effet, la bonne réputation résulte dans l'attraction davantage d'investisseurs et de particuliers persuadés du respect des principes de la charia islamique et de la transparence, loin des transactions interdites par la charia.

L'organe de contrôle charaïque d'un point de vue juridique, et concernant la qualification du rendement, représente un organe organisationnel et structurel de la banque ; et toutes sinon la plupart des transactions financières dans les banques islamiques sont en dehors du champ d'obligation juridique générale⁴⁷⁶.

Une étude de terrain conduite par l'un des chercheurs contemporains montre que 68% de l'échantillon révèlent une relation de coordination entre le contrôle

⁴⁷⁴ Droit fédéral émirati n°6, de l'année 1985, relatif aux banques et aux institutions financières et sociétés d'investissement islamiques

⁴⁷⁵ Ahmad al Aliat « le contrôle charaïque des activités des banques islamiques », op.cit, p.105

⁴⁷⁶ Mohamad al Kattan « le contrôle charaïque dans les entreprises de services financiers islamiques », op.cit, p.36

charaïque et le conseil d'administration, c'est-à-dire que l'instance de contrôle peut destituer le directeur général ou le président du conseil d'administration ou tout autre employé. L'étude indique aussi que seulement 6.3% donnent au conseil d'administration un pouvoir supérieur à celui de l'organe de contrôle charaïque et que 97.6% des membres des instances charaiques croient qu'ils ont toutes les prérogatives d'annuler ou d'arrêter toute activité de la banque s'ils croient qu'il y a une infraction à la charia⁴⁷⁷.

b-Modalités du respect des décisions coercitives

Les travaux effectués par les organes de contrôle charaïque dans les institutions financières, les sociétés d'investissement et les banques islamiques soulignent l'importance de doter les décisions de ces organes de caractère obligatoire et d'imposer leur respect. Les membres de ces organes répondent aux interrogations et requêtes quotidiennes relatives à la conformité charaïque des activités exercées par la banque islamique, supervisent l'application des décisions et des fatwas émises par les commissions compétentes, auditent les transactions financières et les problématiques modernes et vérifient la satisfaction des conditions et des critères charaiques⁴⁷⁸.

Toutes ces activités méritent une attention particulière étant donné tous les éléments conférant un climat favorable à la conjoncture économique islamique, tout en apportant des réponses relatives aux avis et aux positions de la jurisprudence relatives à l'autorisation et l'interdiction. La banque islamique, ainsi que les autres institutions financières et les sociétés d'investissement doivent se plier aux décisions émanant de ces organes de contrôle, sans les influencer et ce afin que ces instances et organismes ne perdent pas en termes de crédibilité auprès

⁴⁷⁷ Etude de terrain conduite par Fares abu Maamar « l'impact du contrôle charaïque et de son indépendance sur les transactions de la banque islamique », publiée par la banque islamique jordanienne, p.16-18, 1994

⁴⁷⁸ Hamza Abdel karim Hamad « le contrôle charaïque dans les banques islamiques », op.cit, p.10

des clients et partenaires. Acquérir une bonne réputation nécessite des sacrifices qui permettraient de développer et d'enrichir le système bancaire islamique particulièrement, surtout que la réalité économique œuvre à vulgariser le contenu et les principes des théories économiques islamiques à une échelle internationale.

Afin de préserver la qualité des normes relatives aux activités bancaires islamiques, nous insistons sur l'importance de l'unité des pays partisans de l'idée d'une finance islamique, et ce en créant une instance supérieure de contrôle charaïque incluant la supervision des travaux et des décisions des institutions financières islamiques, des sociétés d'investissement et des banques islamiques.

Il faut par ailleurs, insister sur l'importance de l'indépendance de cette instance, de ses cadres et de son administration, loin de l'influence des conseils d'administration et des directions exécutives, pour qu'elle puisse remplir pleinement son rôle escompté en toute intégrité et crédibilité, dans un environnement respectant les principes d'honnêteté recherchés. Tout cela se doit d'être mis en exergue en concert avec les membres de cette instance supérieure au niveau des législations de chacun des pays concernés par la question bancaire islamique.

II- L'exercice des fonctions de l'organe de contrôle charaique

Les membres de l'organe de contrôle charaique exercent leurs activités au sein des institutions financières, des sociétés d'investissement et des banques islamiques. Des principes jurisprudentiels régissent l'exercice de ces activités de contrôle et de fatwas, d'orientation et de reformulation juridique nécessaire des contrats, tout en procédant à un examen profond des transactions financières effectuées par l'organisme pour le compte duquel travaille l'organe de contrôle charaique. Afin de mettre en exergue ces principes jurisprudentiels relatifs à l'exercice de la fonction de contrôle charaique et à sa nature, cette partie sera répartie en deux paragraphes comme suit :

Paragraphe 1 : Les principes jurisprudentiels relatifs aux fonctions du contrôle charaique

Paragraphe 2 : L'examen jurisprudentiel des transactions financières modernes

II-1 Les principes jurisprudentiels relatifs aux fonctions du contrôle charaique

II-1-1 Les faveurs accordés aux membres

Il y a certains principes jurisprudentiels relatifs à l'exercice de la fonction de contrôle charaique par les membres de ces commissions et instances. Il faut insister dans ce sens, que la forme générale des principes jurisprudentiels relatifs aux membres de l'organe de contrôle charaique, à travers l'exercice de leurs activités ressemblent largement à d'autres fonctions à l'image de la fatwa concernant les affaires et les questions de la jurisprudence. Ainsi, les principes jurisprudentiels couvrent deux aspects, tout d'abord : la possibilité que les membres des organes de contrôle détiennent des parts dans les banques et dans les

institutions et les sociétés d'investissement islamiques. Ensuite : la question de la rémunération en contrepartie des fatwas émises suite au travail de contrôle charaïque.

a- La possibilité pour les membres de l'organe de contrôle charaïque de détenir des parts des gains ou des actions des institutions financières et des banques islamiques

La question est celle de savoir si le fait que les membres de l'organe de contrôle charaïque détiennent des actions dans la banque pour laquelle ils travaillent est permis du point de vue de la charia.

Pour répondre à cette interrogation, il faut souligner que la logique suppose l'intégrité financière des membres des organes de contrôle charaïque, afin de garantir l'indépendance desdits organes, et d'éviter le conflit d'intérêts susceptible d'entraver la neutralité de l'organe lors de l'examen des questions et problématiques financières posées. Cela étant, certains avis rapportés dans la jurisprudence moderne indique la possibilité qu'un des membres de l'organe de contrôle charaïque, et non la majorité, détienne des actions dans la banque pour le compte de laquelle il travaille, à condition que le pourcentage détenu ne soit pas conséquent⁴⁷⁹, et qu'il ne dépasse pas 5%. La fixation de ce pourcentage est le fruit d'un ijtihād basé sur la distinction entre les notions du peu et de l'excessif, et dont la référence est l'usage et la convention. En comptabilité, tout pourcentage inférieur à ce taux indiqué est considéré faible. L'idée sous jacente est que ces membres sont censés tenir plus que toute autre personne à ce que les transactions effectuées soient licites, aussi bien pour leur propre compte que pour celui des autres partenaires et clients. De plus, ces membres étant une ressource rare, il est commun de les voir travailler dans plus d'une banque islamique, et il serait injuste de les priver de la détention de participations au sein de ces banques où ils exercent.

⁴⁷⁹ Saad al Sabr « l'instance de contrôle charaïque dans la banque Al Rajhi », étude analytique jurisprudentielle, recherche publiée, p.24/ 1430 de l'hégire

Pour répondre à ceux qui avancent que la participation de ces membres de l'organe de contrôle charaïque au capital affecte ses décisions, certains plaident en faveur de l'autorisation de la participation en la justifiant par le fait que le choix de ces membres est basé essentiellement sur leur éthique et leurs valeurs morales irréprochables. C'est ainsi que les partisans de cette idée autorisent la détention d'un pourcentage de 1% dans la banque⁴⁸⁰. Ce pourcentage est sans doute faible. D'autres indiquent le taux de 5% -précité-

Nous jugeons que, même si pourcentage est en effet faible et sans conséquence, il ne couvre pas l'ensemble des parts détenues par les membres dans les banques où ils travaillent. La détention de titres par les membres de l'organe de contrôle charaïque dans la banque qui les emploie, jette un doute et relève du doute interdit dans la charia (chobha). Aucun des membres ne doit chercher à être actionnaire dans la banque qui l'emploie, mais il peut l'être dans les banques et les institutions financières islamiques auxquelles ils n'appartiennent pas, et ce tant que les principes de la charia sont respectés. Par ailleurs, ceux qui argumentent en soulignant les valeurs morales des membres recrutés, oublient que justement leur éthique devrait leur interdire de commettre des actes douteux et dont la conformité charaïque est à prouver, et qu'il est du propre de l'homme de succomber à l'appel du gain. Il faut aussi signaler que la détermination du taux autorisé ne fait pas l'unanimité ; tantôt 1%, et tantôt 5%. Il faut craindre donc la course des banques pour augmenter ces taux offerts aux membres des organes de contrôle charaïque qu'elles emploient. Nous soutenons pas ces idées qui reflètent une forme de manipulation entraînant les membres des organes à tomber dans le doute illicite, sauf si le code relatif aux banques islamiques dans les pays concernés fixe clairement un taux unique appliqué par les banques, et dans la limite duquel les membres des organes de contrôle charaïque peuvent disposer de titres.

⁴⁸⁰ Mohamad Amine Al Katan « le contrôle charaïque efficace dans les banques islamiques », p.18-19, recherche présentée lors du 3^e congrès international de l'économie islamique, 1425 de l'hégire, Université Om Al Koura, Mecque

Cela étant, et afin de veiller à la préservation de l'intégrité des organes et de l'intérêt général, il serait plus judicieux de permettre aux membres la participation dans le capital des institutions financières, des sociétés d'investissement et des banques islamiques qui ne les emploient pas, à condition toujours que les normes charaïques soient respectées dans ces organismes.

Par ailleurs, une autre question est soulevée, à savoir celle de la légitimité d'attribuer aux membres de l'organe de contrôle charaïque un pourcentage du gain généré par le produit charaïque adopté ?

Cette question est peut être différente de celle qui la précède, en ce sens où la dernière question est relative à la récompense du travail du membre de l'organe de contrôle charaïque au sein de la banque islamique.

Il est probable que l'attribution d'une rémunération en contrepartie du travail effectué et qui couvre le contrôle, l'orientation et la fatwa est une question qui mérite d'être étudiée plus en profondeur, car il s'agit d'une fatwa en contrepartie d'un salaire convenu –point à étudier suite à la question présente-. La possibilité de recevoir une récompense sous forme d'un pourcentage des gains générés par le produit charaïque adopté, est probablement admise, après la satisfaction de certaines conditions formulées grâce aux efforts de certains jurisconsultes modernes⁴⁸¹.

La première : cette récompense n'est pas qualifiée de salaires mensuels, et ne doit pas en revêtir ni la forme ni le fond, car cela pourrait sous entendre que le membre de l'organe de contrôle charaïque est un fonctionnaire dans la banque au même titre que les autres fonctionnaires.

⁴⁸¹ Mohamad Ali al Kornî « L'indépendance des membres des instances charaïques », p.17
Voir : Saad Abdallah al Sibr « l'instance de contrôle charaïque dans la banque al Rajhi », op.cit, p.23
Voir aussi : Mohamad Amine Al Katan « le contrôle charaïque efficace dans les banques islamiques », op.cit., p.16

La deuxième : la récompense ne doit pas être confidentielle, elle doit être déclarée afin d'éviter tous les soupçons et de respecter le principe de la transparence, en figurant notamment dans les rapports de budget.

Et sur la base de ces conditions, les avis quant à l'attribution d'un pourcentage sur les gains réalisés par le produit charaique adopté diffèrent comme suit :

Le premier avis : La rémunération est fixe et sans lien avec le volume de la production, et c'est possible.

Le second avis : La rémunération est attribuée selon le taux de réalisation des travaux et des tâches effectuées, indépendamment des produits autorisés ou refusés, et cela est encore possible.

Le troisième avis : La rémunération est relative aux produits autorisés adoptés et ce qu'elle soit fixe déduite ou sous la forme d'un pourcentage sur le gain réalisé grâce au produit adopté. Cette forme n'est pas autorisée, car la décision de l'organe étant imposée à la banque à laquelle l'organe de contrôle charaique appartient, il y a un risque de corruption et remet en cause l'intégrité des membres de l'organe de contrôle charaique élus pour leurs qualités et leurs valeurs morales irréprochables. Le doute peut s'installer notamment parmi les clients de la banque qui vont être sceptiques quant à la conformité charaique des produits proposés. Encore plus, la rémunération liée à la réalisation des bénéfiques, indique qu'il y a un intérêt direct pour les membres de l'organe de contrôle charaique à augmenter les gains de l'institution financière ou de la banque islamique, ce qui pourrait les inciter à être moins sévères dans l'exercice de leur fonction de contrôle, privilégiant les intérêts personnels, et résultant en des décisions imprécises.

b- La rémunération en contrepartie de la fatwa émise dans le travail de contrôle charaique
C'est probablement l'une des questions fondamentales discutées et abordées par les jurisconsultes qui s'intéressent à la possibilité de recevoir un salaire en échange d'une fatwa dans les problématiques et les affaires financières modernes

nouvelles. Cette fatwa, permet d'aboutir aux jugements charaiques et à la formulation juridique par les membres de l'organe de contrôle charaique appartenant à une institution financière, une société d'investissement ou une banque islamique donnée.

Les jurisconsultes adhérant à divers courants avaient simplifié la question, plaidant en la faveur de la possibilité de recevoir un salaire en contrepartie d'une fatwa d'une manière générale. Les controverses et divergences notées à un moment donné sont justifiées par le fait que la fatwa est censée être un acte charitable émanant du mufti qui répond volontairement à la question qu'on lui pose dans toutes les questions relatives aux principes des pratiques religieuses, des comportements ou des mœurs. Cet acte ne mérite pas d'être rémunéré. La question se pose par contre lorsque c'est le mufti qui demande à être payé.

Trois positions séparent les jurisconsultes à ce sujet :

La première : il est strictement interdit de recevoir un salaire en contrepartie de la fatwa, et c'est l'avis des hanafites, des chafiites et Hanbalites⁴⁸². Ils arguent que le poste de mufti ou l'acte de fatwa est une transmission du message de dieu et du prophète et il n'est pas autorisé d'en faire l'objet de chantage, comme si l'on disait : je ne t'apprends l'islam, les ablutions ou la prière qu'en contrepartie d'une rémunération, et c'est strictement interdit⁴⁸³. Par ailleurs, le mufti dans sa fatwa incite au bien et dissuade du vice, et il ne peut donc prétendre à un salaire pour cela⁴⁸⁴.

La deuxième : La fatwa assignée au mufti ne peut être payée, et le reste est permis. Cette affirmation est rattachée aux malikites, selon qui, le mufti ne peut pas

⁴⁸² Rad al mohtar (la réponse de l'indécis), 8/47, Al Majmouû (le recueil), 1/103, Aalam al Mouakiin (les signataires), 4/231

⁴⁸³ Aalam al Mouakiin (les signataires), 4/231

⁴⁸⁴ Al Kaisi « L'éthique du juge et des juges », p.19

recevoir de salaire en échange d'une fatwa dont on l'a chargée, et toute rémunération est une sorte de refus d'une obligation qui lui incombe⁴⁸⁵.

La troisième : le mufti peut recevoir une indemnité ou un salaire en contrepartie de sa fatwa s'il était dans le besoin, et il ne le peut pas autrement, et cette affirmation est attribuée à certains hanbalites⁴⁸⁶ qui avancent que si le mufti se consacrait à la fatwa et à tout ce qui s'y rattache, et que cela l'empêche d'exercer une activité, il peut être lésé, lui et les personnes qui sont sous sa tutelle, et cela n'est pas admissible dans la charia. Si le mufti laisse de côté sa mission de mufti et va exercer une activité qui lui rapporte un salaire, ce sont les demandeurs de fatwas qui seraient lésés. D'où le salaire est indispensable⁴⁸⁷.

Par analogie, pour les activités bancaires modernes, concernant notamment l'effort fourni par les membres de l'organe de contrôle charaïque dans l'exercice de leurs activités, la proclamation de fatwas et le contrôle de l'activité de la banque islamique, ou encore dans la révision juridique des contrats conclus par l'institution financière ou par la banque islamique avec autrui, et l'orientation et le suivi de l'exécution des programmes et des transactions financières, on trouve que la réalité de ces travaux ne se limite pas au simple travail de mufti discuté par les jurisconsultes et ayant fait l'objet de plusieurs divergences quant au contenu. De ce fait, toutes les activités citées représentent dans leur ensemble, les missions et les fonctions qui incombent à l'organe de contrôle charaïque appartenant à des institutions financières et à des banques islamiques. Ainsi, l'appellation commission de fatwa ou instance de fatwa est une appellation inappropriée, car elle limite le rôle de ces organes dans la fatwa, alors que les fonctions vont au-delà de cela. Il y a en effet, d'autres activités et services effectués par les organes de contrôle charaïque.

⁴⁸⁵ Balaghat al salik, 3/469-470

⁴⁸⁶ Charh al Kawkab al Mounir, 4/548

⁴⁸⁷ La qualification de la fatwa, p.35

Ainsi, la nature du travail de contrôle et de fatwa dans l'activité bancaire islamique se distingue par un système qui sert des intérêts humains qui figurent au cœur des intérêts charaiques et qui sont la religion et l'argent. L'observateur trouverait que la jurisprudence des transactions financières est une forme de science utile pour les gens dans leur vie et dans l'au-delà.

La jurisprudence en général, et la jurisprudence des transactions islamiques en particulier, ont bénéficié de l'attention des jurisconsultes et des chercheurs qui se sont spécialisés en la matière et qui ont été accueillis par les comités scientifiques et les institutions universitaires dans les différentes régions du monde. Leurs compétences ont fait d'eux d'imminents enseignants et ont été fortement récompensées.

Leurs travaux n'auraient pas pu être conduits sans la création d'une structure fonctionnelle indépendante avec tout son système et toutes ses spécialités, et l'expertise jurisprudentielle requise par le système de contrôle charaique ne doit pas occuper une place de moindre importance que les autres expertises dans les universités et les institutions scientifiques diverses, surtout si on considère que les travaux en matière de jurisprudence dans ce système sont à caractère à la fois scientifique et pratique. De ce fait, si le *ijtihad* et le renouvellement sont souhaitables dans le cadre académique, ils sont primordiaux dans le système de contrôle charaique⁴⁸⁸.

On pourrait même dire que les organes de contrôle charaique souffrent d'un manque de cadres et de ressources humaines qualifiées. Le fait de permettre aux experts, aux juristes et aux jurisconsultes exerçant dans le domaine du contrôle charaique de se consacrer à leurs missions et fonctions est louable et devrait être encouragé. En effet, toute personne ayant choisi de se consacrer à une action utile et conforme à la charia selon les termes d'un texte ou d'un accord doit être payé en

⁴⁸⁸ Abdallah Najjar « les conditions de la responsabilité dans le cadre du contrôle charaique des entreprises financières », *op.cit.*, p.22-23

conséquence⁴⁸⁹. Cela est d'autant plus évident quand il s'agit d'une action génératrice d'un intérêt important et permettant de réviser les principes charaiques lors de l'exercice des activités et fonctions remplies par les banques, les institutions financières et les sociétés d'investissement islamiques, et permettant de suivre et d'examiner leurs activités et de réviser leurs budgets et leurs rapports annuels, selon les principes dictés par la charia islamique, et d'interdire les transactions illicites dans l'ensemble des activités de ces instances et organismes. Il s'agit par ailleurs, de les guider et de les orienter pour réaliser tout ce qui encourage et génère une prospérité et un développement de l'économie islamique et permet de communiquer une image positive au reste du monde, qui corrige les idées reçues relatives aux transactions économiques islamiques qui manqueraient de précision et d'objectivité. Le paiement d'un salaire en contrepartie de l'exercice de pareilles activités par l'organe de contrôle charaique dans les banques islamiques, est, à notre sens, acceptable et autorisé. C'est à l'image du salaire reçu par toute personne effectuant n'importe quel travail pour le compte d'autrui. Le prophète ρ dit : « Donnez à l'employé son salaire avant que sa sueur ne sèche »⁴⁹⁰.

Cela permet de montrer que la réception de récompenses en contrepartie du fait de se consacrer à l'exercice des activités de contrôle, de fatwa, d'orientation, de suivi, de préparation des formules juridiques, et de leur révision dans les contrats d'investissement conclus par la banque islamique avec autrui, diffère de la question de la réception de rémunération en échange des fatwas, soulevée précédemment par les jurisconsultes.

⁴⁸⁹ Idem, p.23

⁴⁹⁰ Raconté par Ibn Amrou, Abi Hourayra et Jabir, et amélioré par Al Albani dans Sahih al Jamii, al Jamii al Saghir (le petit recueil) de al Siouti, volume 21, p.254, Hadith n° 1164, Librairie Nizar al Baz, Mecque

II-2 L'examen jurisprudentiel des transactions financières modernes

Les organes de contrôle charaique effectuent des travaux relatifs au contenu et des travaux procédurax à travers l'examen approfondi des diverses transactions financières réalisées par la banque, et vérifient l'application des conditions et des critères charaiques.

Dans le premier chapitre, un ensemble de règles de fond relatives aux conditions et aux normes de la jurisprudence islamique en matière d'activités et de services bancaires islamiques fut présenté.

Dans le présent paragraphe on mettra la lumière sur un autre aspect des activités de contrôle charaique relatif aux normes procédurales, et ce à travers les mesures prises par l'organe de contrôle découlant de l'examen jurisprudentiel ; point de départ de la banque pour la considération de ses transactions à l'image de la murabaha, ou encore bay al silm, qui sont des exemples explicitant le mécanisme de l'examen jurisprudentiel des transactions financières.

II-2-1 La murabaha

a- Définition et conditions

La murabaha est considérée comme une forme de vente charaique basée sur la vente et l'achat. C'est pour cela que la murabaha dans son acception terminologique signifie : le transfert de propriété avec accroissement du gain⁴⁹¹. Le gain est justifié en islam par trois raisons : l'argent, le travail et la garantie. Le vendeur via la murabaha est comme le propriétaire de la marchandise, il la garantit puis mérite le gain qui se réalise du fait de l'existence de ces trois raisons.

⁴⁹¹ Ali Mohamad Jomaa « le dictionnaire des termes économiques et islamiques », p.150, librairie al Abikan, 2000

La murabaha est permise selon le texte coranique, et Allah tout Grand dit à ce sujet : « Alors qu'Allah a rendu licite le commerce, et illicite l'intérêt »⁴⁹². La murabaha entre dans le cadre des contrats autorisés, et les conditions requises pour sa validité sont les suivantes :

- Le prix original « le premier » est connu par les deux parties au contrat et surtout pour le deuxième acheteur, de même pour toutes les autres dépenses générées
- Le gain est connu : c'est-à-dire que le taux ou le pourcentage appliqué relativement au premier prix est connu
- Le capital doit avoir une contrepartie connue ; quantifiable
- L'argent dans le premier contrat ne doit pas être le fruit d'un riba, c'est-à-dire qu'il ne faut pas vendre l'argent par murabaha, comme il n'est pas permis de vendre une marchandise contre une marchandise
- Le contrat doit être valide, car la murabaha est liée au premier contrat
- La marchandise doit exister chez le vendeur au moment de la conclusion de la vente, c'est-à-dire qu'il doit avoir acquis la marchandise, que cette dernière est donc en sa possession, et qu'il est capable de la livrer à l'acheteur, car le contrat de vente via murabaha se base sur une vente au comptant⁴⁹³.

En évoquant la murabaha, il faut signaler que toutes les informations relatives à l'objet du contrat, le lieu de la conclusion du contrat, la marchandise à vendre et le prix doivent être précisées et détaillées à l'acheteur au moment de la conclusion du contrat, pour qu'il ne soit pas induit en erreur. Ainsi, toute désinformation lors de l'opération de vente annule cette dernière.

La murabaha est autorisée dans les offres commerciales, pour les plantations et les fruits, mais pour ce qui est de l'immobilier, il y a des difficultés administratives et

⁴⁹² Sourate al Baqara (la vache), verset 275

⁴⁹³ Hamza Abdelkarim Hamed « le contrôle chariaque dans les banques islamiques » op.cit, p.11

procédurales imposées par les normes réglementaires relatives au transfert de propriété. La murabaha est encore permise quand il s'agit de marchandises disponibles dans le commerce intérieur et aussi quand il s'agit de marchandises non encore disponibles dans le cas du commerce extérieur, mais qui le deviennent dès qu'elles sont la propriété du vendeur par la murabaha qui en prend possession, s'il s'agit de nourriture.

Pour ce qui est du paiement, il est possible qu'il s'effectue en différé ou sur des tranches, et la vente est valide. Il est possible par ailleurs, d'augmenter le prix de vente si le paiement est différé ou se fait par tranches. On pourrait alors s'interroger sur les éléments qui permettent de fixer le prix.

Pour répondre à cette interrogation, il est possible d'attribuer l'augmentation dans le prix de vente à toutes les dépenses courantes supportées par le vendeur et communément admises dans le commerce, et qui sont tangibles et relatives à la marchandise.

Par ailleurs, les coûts administratifs justifiés sont additionnés au prix de vente et n'entrent pas dans le calcul du gain.

Il est à noter qu'il est nécessaire de modifier ou de réexaminer les textes relatifs aux contrats de murabaha et qui font mention des dépenses qui s'ajoutent au prix ou de ce que paie le client en général sans entrer dans le détail. Les dépenses ne couvrent pas ce qui ne respecte pas les critères charaiques, car le travail et les activités d'investissement des banques islamiques se basent à raison de plus de 75% sur les contrats de murabaha⁴⁹⁴.

b- La murabaha au regard des banques islamiques

⁴⁹⁴ Abdelhamid al Baali « l'investissement et le contrôle charaique... », op.cit, p.106-111

Pour ce qui concerne le regard que portent les banques islamiques sur la murabaha, la question se rattache à deux types :

- Premier type : la wakala (agence) pour l'achat en contrepartie d'une commission, par exemple, le client demande à la banque islamique d'acheter une marchandise donnée ayant des caractéristiques précises, et paie à la banque la valeur de cette marchandise majorée d'une commission donnée
- Deuxième type : le client demande à la banque islamique d'acheter une marchandise précise, après accord sur le coût de l'achat et ajout d'un gain prédéterminé. Cette forme de transaction, inclut une promesse par le client d'acheter la marchandise selon les termes convenus, et une promesse de la banque de conclure la vente selon ces mêmes termes.

Si l'on connaît la position de la banque islamique à l'égard de ces deux types de murabaha, il est primordial de considérer les procédures de travail de l'organe de contrôle charaïque au sein de la banque islamique, et qui permettent de réviser et de vérifier l'application des principes de la murabaha conformément à la charia.

Ainsi, les opérations de murabaha déclenchées par le donneur de l'ordre d'achat, exigent que les membres de l'organe de contrôle charaïque procèdent comme suit :

Premièrement : prendre connaissance du contrat de murabaha conclu entre le donneur de l'ordre d'achat et la banque, et qui inclut tous les détails relatifs à la marchandise, le pourcentage du gain, le mode de paiement, sa durée, la période de grâce et autres conditions, tout en vérifiant la validité du contrat et l'absence de toute forme de riba

Deuxièmement : prendre connaissance des caractéristiques et du prix de la marchandise demandée par le donneur de l'ordre d'achat

Troisièmement : voir la facture d'achat au nom de la banque islamique, émise par le fournisseur de la marchandise qui détaille les caractéristiques de la marchandise achetée

Quatrièmement : vérifier que la banque a payé la marchandise

Cinquièmement : voir le bon de réception de la marchandise livrée par le fournisseur à la banque et en vérifier la conformité et l'absence de vices, puis vérifier le bon de réception de la marchandise par le client dûment signé.

Sixièmement : vérifier la conformité charaique des garanties

Septièmement : faire l'inventaire de la partie payée à la banque par le donneur de l'ordre d'achat et l'inventaire des effets à recevoir différés et qui correspondent au solde de la valeur due par le client.

Huitièmement : vérifier les procédures d'enregistrement et de transfert de la propriété.

Neuvièmement : vérifier l'enchaînement chronologique des opérations, pour s'assurer que la vente au client a bien eu lieu après l'achat de la marchandise et sa détention par la banque et non avant cela⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ Hamza Hamed « le contrôle charaique dans les banques islamiques », op.cit, p.11-12

II-2-2 Bay al salam

a-Définition et condition

Le terme salam renvoie dans la langue du hijaz au fait de livrer le capital⁴⁹⁶. En Iraq, on dit salaf, car le capital est avancé, en attendant la livraison⁴⁹⁷.

D'un point de vue terminologique, le salam est défini comme étant la vente d'une chose connue avec une contrepartie, donnée en différé⁴⁹⁸.

Le salam est de ce fait défini comme : « *contrat prévoyant le pré-paiement de marchandises livrées ultérieurement. Aucune vente n'est possible si les marchandises n'existent pas au moment du contrat mais ce type de vente, qui fait figure d'exception, est autorisé à condition que les marchandises soient définies et la date de livraison fixée. Ce type de vente porte généralement sur des biens physiques, à l'exclusion de l'or et de l'argent, qui sont considérés comme des valeurs monétaires* »⁴⁹⁹.

La validité d'un tel contrat trouve ses justifications dans le coran, la sunnah et le consensus.

Allah tout Grand dit : « ô les croyants ! Quand vous contractez une dette à échéance déterminée, mettez-la en écrit »⁵⁰⁰.

Par ailleurs, Ibn Abbas a dit : j'atteste que la dette garantie à échéance déterminée est licite et permise par dieu, puis a enchainé avec le verset susmentionné : « ô les croyants ! Quand vous contractez une dette à échéance déterminée »⁵⁰¹.

⁴⁹⁶ Al Maroudi « Al Haoui », volume 5, p.388, imp. Al Ilmiya

⁴⁹⁷ Al Najm al Wahaj (l'astre brillant), volumen 4, p.237, imp. Dar al Minhaj

⁴⁹⁸ Al Raoudha, volume 3, p.242, imp. Al Ilmiya

⁴⁹⁹ <http://fr.financialislam.com/glossaire.html>

⁵⁰⁰ Sourate al Baqara (la vache), verset 282

⁵⁰¹ Al Chafii dans son écrit, p.659

La validité de ce type de contrat est aussi précisée dans la sunnah ; Ibn Abbas raconta que le prophète p venait à la médina où les dattes faisaient l'objet de dettes entre les gens pour des échéances d'une année ou deux –ou avait dit : deux ou trois-, alors il dit : que cela soit fait pour une quantité prédéterminée, un poids prédéterminé et une échéance prédéterminée »⁵⁰².

Le consensus plaide à son tour en la faveur de cette transaction. Imam Chafiite dit : « la nation est unanime pour dire que le salam est permis, à ma connaissance »⁵⁰³.

Ibn Koudama dit : « parce que les gens en ont besoin, et parce que les propriétaires des terres, des fruits et des commerces ont besoin de subvenir à leurs besoins, ainsi qu'à ceux de leurs commerces et parce qu'ils peuvent être à court d'argent, le salam est permis, pour leur donner plus d'aisance »⁵⁰⁴.

Ainsi, le contrat de salam est un contrat licite où les mêmes conditions qu'un contrat de vente sont exigées, avec des clauses spécifiques relatives au capital, et à ce qui est cédé (c'est-à-dire la marchandise). Entre autres conditions relatives au capital, il faut que ce dernier soit de nature connue ; comme le blé par exemple, et il faut encore que la quantité, le poids ou le nombre soient connus. L'argent est alors payé lors de la réunion.

Pour ce qui est des conditions relatives à ce qui est livré, autrement dit la marchandise, elle doit être la propriété du vendeur, l'échéance doit être précisée, ses caractéristiques doivent être clairement définies et le lieu de la livraison doit aussi être fixé.

⁵⁰² Sahih al Boukhari, 2424

⁵⁰³ Imam al Chafii « al om », (la mère), volumen 3, p.94

⁵⁰⁴ Ibn Koudama « al Moghni », volume 5, p.643, imp. Dar Al Hadith

Le prix payé à l'avance est appelé : capital, et la marchandise livrée ultérieurement est appelée : le bien cédé, l'acheteur est appelé : le titulaire du salam et le vendeur est appelé : le receveur du salam.

Concernant la conclusion du salam, les jurisconsultes ont des avis divergents quant à ce qui détermine cette conclusion. Imam chafiite ainsi que certains hanafites, et Ibn Hazm avancent que cela se fait si le terme salam ou salaf est prononcé ou précisé. Les compagnons de l'imam chafiite ne sont pas d'accord sur la validité du salam si le terme vente est utilisé⁵⁰⁵. Le courant de Abou Hanifa, Malek et Ahmad affirment que le salam est valable si l'un des termes : salam, salaf ou vente est prononcé, en arguant que le salam est une vente à échéance avec prépaiement⁵⁰⁶.

Le contrat de bay al salam implique ce qui suit :

Premièrement : le transfert de propriété lors de l'échange, deuxièmement : disposer de l'argent avant de livrer la marchandise, troisièmement : livrer la marchandise, quatrièmement : différer le contrat ou l'annuler si les deux parties sont d'accord.

b- Bay al salam au regard des banques islamiques

Concernant la relation du salam avec les transactions financières des banques islamiques, bay al salam est une forme d'investissement grâce à laquelle la banque islamique réalise un gain considérable. Cela permet aussi à ses clients d'augmenter leur production tout en leur fournissant les ressources nécessaires. Le contrat de salam est l'une des plus importantes formules charaïques pour le financement et l'investissement. C'est une vente qui permet de disposer instantanément du prix de la vente, tout en livrant la marchandise ultérieurement mais à une date prédéterminée. Selon les termes de ce contrat, les porteurs de projets agricoles ou

⁵⁰⁵ « Moghni al mohtaj », volumen 3, p.6

⁵⁰⁶ Al Kassani "Badaii al Sanaii", volumen 7, p.88

Al Charh al Kabir avec Hachia al Doussouii, volumen 3, p.314, Manar al Sabil, volumen 1, p.313

industriels peuvent financer leurs projets en vendant à l'avance, ce qui sera produit à terme, loin du recours aux prêts usuraires offerts par les banques⁵⁰⁷.

L'une des applications les plus importantes du contrat de bay al salam à l'époque actuelle renvoie au financement des diverses opérations agricoles, où la banque islamique traite avec les agriculteurs qui sont susceptibles de produire et de livrer leurs récoltes ou d'acheter d'autres récoltes à livrer, à l'échéance, si leurs récoltes ne sont pas bonnes. Ce type de financement leur permet d'œuvrer pour avoir une bonne récolte. Le salam est par ailleurs utilisé pour financer l'activité agricole et industrielle, surtout lors des étapes qui précèdent la production et l'exportation des marchandises et des produits, et ce en achetant ces marchandises à l'avance, pour les distribuer ultérieurement à des prix attractifs.

Ce contrat s'applique notamment pour offrir aux petits porteurs de projets, aux artisans, aux petits agriculteurs et industriels les ressources nécessaires à leurs productions sous forme d'outils, de matériel, ou de matières premières, en guise de capital « salam » en contrepartie d'un pourcentage de leurs productions, qui seront redistribuées par la suite⁵⁰⁸.

C'est pour cela que le salam en tant qu'instrument de financement dans l'économie islamique et dans les activités des banques islamiques, permet de réaliser des gains conformément à la charia, et ce en offrant des horizons de financement répondant aux besoins particuliers des clients appartenant à des tranches différentes et multiples de la société, incluant les producteurs agricoles ou industriels, les promoteurs ou encore les commerçants.

⁵⁰⁷ Adnane Mahmoud Al Assaf « le contrat de vente al salam et ses applications modernes ; étude comparée dans la jurisprudence islamique et dans le droit positif », L'introduction, Dar Al Jhina, Jordanie, 2004

⁵⁰⁸ Revue du Groupement de jurisprudence islamique, n°9, volume 1, par ailleurs 644-665, de l'année 1996 « la jurisprudence de la vente », volume 2, p.767

Voir Adnane al Assaf « al salam et ses applications modernes », recherche publiée, groupe de contrôle des consultations charaïques

Cette importance acquise par bay al salam est justifiée par les multiples avantages que cette forme d'investissement offre aux banques islamiques, leur permettant de générer des profits considérables, tout en profitant aux clients de la banque et aux producteurs en général.

Dans ce contexte, il incombe à l'organe de contrôle charaique de procéder à la vérification des opérations de bay al salam comme suit :

Premièrement : les membres de l'organe de contrôle charaique doivent vérifier l'adoption d'un modèle de contrat par l'organe

Deuxièmement : les membres de l'organe doivent mener une enquête pour s'assurer que l'objet de la vente cédé est de nature connue, et dont les spécificités et la quantité sont aussi connues, et ce afin de prévenir une désinformation pouvant générer un litige, du fait de la non divulgation de tous les éléments relatifs à ce qui est vendu

Troisièmement : vérifier le fait que l'objet de la vente ne peut être livré qu'à échéance donnée

Quatrièmement : vérifier le fait que l'objet de la vente n'est pas de nature monétaire, car l'argent ne peut être vendu

Cinquièmement : vérifier que ce qui est vendu peut être livré à l'échéance

Sixièmement : vérifier que le lieu de la livraison est connu

Septièmement : vérifier que les éléments de la vente : l'argent et le bien cédé sont exempts de riba

Huitièmement : vérifier que le contrat est définitif, en ce sens qu'il ne donne pas le choix à l'un des contractants

Neuvièmement : vérifier que le capital précisé dans bay al salam est bel et bien livré au vendeur au moment de la réunion pour la conclusion du contrat, et ce avant que les contractants ne se séparent.

Dixièmement : vérifier le capital du bay al salam ; le montant doit être connu

Onzièmement : vérifier la validité des garanties⁵⁰⁹.

⁵⁰⁹ Bakr Rayhan « Le contrôle financier et charaique », p.34.

Hamza Hamada « Le contrôle charaique dans les banques islamiques », p.12-13

CONCLUSION

Au terme de ce deuxième chapitre, il ressort qu'une pluralité des désignations différentes fut attribuée aux organes de contrôle charaique. Cette différenciation de nomination se réfère à quatre obédiences et est construite par adjonction aux principales fonctions incombant à ces organes. C'est ainsi que l'organe est appelé Instance charaique ou conseil charaique, selon l'approche exhaustive qui soutient que le travail de contrôle charaique couvre la Fatwa. Le même organe est désigné par le contrôleur charaique ou conseil de contrôle charaique, d'après un courant se référant aux raisons de la création de cet organe indépendamment des travaux qui lui incombent. Quant au troisième courant, il focalise sa vision sur la finalité et le résultat du travail de l'organe de contrôle charaique et ne lui reconnaît que le caractère de la Fatwa. L'organe est ici nommé Instance de Fatwa, direction de Fatwa et de recherche. En revanche, une quatrième obédience se voulant courant de synthèse, impute audit organe une fonction associant le travail de contrôle et la Fatwa, elle l'appelle instance de Fatwa et de contrôle charaique ou instance de Fatwa et de suivi charaique.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

A la fin du premier chapitre de la présente thèse, les principaux résultats peuvent être résumés dans ce qui suit :

La diversité des définitions du contrôle charaique chez certains chercheurs et leur divergence quant à la détermination des éléments du contrôle charaique, sont dues aux raisons suivantes :

- première raison : la considération du contrôle charaique dans les banques islamiques comme étant indépendant des organes de contrôle charaique et de leurs structures

Deuxième raison : la prévalence du caractère collaboratif et consultatif des avis émis par les contrôleurs charaiques

Troisième raison : l'exclusion de l'aspect juridique dans la plupart des définitions du contrôle charaique

Quatrième raison : la confusion entre les concepts de « ihtissab » et de « fatwa » et le rôle fonctionnel du contrôleur charaique

- cinquième raison : la réduction des fonctions du contrôle charaique à la vérification de la conformité des activités de l'institution financière aux les principes de la charia islamique

Sixième raison : la pluralité des appellations des commissions de contrôle charaique, où sont notamment rencontrées les appellations : instances, contrôleurs ou encore consultants, et cela a créé une grande confusion chez certains, qui a, à son tour, fait que les activités de contrôle charaique aient été dépourvus du caractère de force obligatoire auprès des institutions financières islamiques.

On peut dire, en somme, que la définition du contrôle charaique dans les institutions financières et les banques islamiques doit inclure des éléments explicitant les fondements du travail de contrôle charaique et ces éléments sont les suivants :

- premier élément : le caractère obligatoire :

Cette question doit être explicitement exprimée dans les textes de loi, qui doivent conférer au travail de contrôle charaique et aux décisions émanant de l'organe, une force obligatoire auprès des directions des banques et des institutions financières islamiques.

- deuxième élément : la formation des experts :

Afin que le contrôle charaique puisse atteindre les objectifs escomptés et joue convenablement son rôle, les membres doivent satisfaire des exigences scientifiques, en étant qualifiés sur les plans charaique, juridique et économique à la fois.

Troisième élément : association entre le travail de contrôle et l'émission de fatwas et l'arbitrage dans les litiges bancaires.

Le travail de contrôle charaique nécessite d'associer le suivi à l'examen des activités des banques et des institutions financières islamiques et d'en vérifier la conformité aux principes de la charia islamique, en plus de l'émission des fatwas relatives aux principes de la charia islamique ainsi qu'aux litiges et nouveautés concernant l'organisation des transactions financières modernes et l'arbitrage dans les litiges susceptibles de naître entre la banque islamique et ses clients.

Par ailleurs, la prolifération des organes de contrôle charaique au sein des banques islamiques pourrait inciter à une certaine courtoise à l'égard des conseils

d'administration de ces banques, d'où la nécessité de séparer ces organes de contrôle charaïque, afin qu'ils soient entièrement indépendants de ces banques, et leur formation ou constitution se ferait selon l'un des modes suivants :

Premier mode : la formation d'une instance supérieure gouvernementale renfermant une élite d'experts charaïques, juristes et économistes qui supervise et révisé toutes les activités des banques islamiques au sein de chaque pays

Deuxième mode : dans les pays à plusieurs filiales de banques islamiques diverses, il est possible de créer des organes de contrôle charaïque au sein de chaque banque, à condition qu'ils soient soumis à l'instance supérieure de contrôle charaïque dans le pays et qu'ils soient indépendant de chaque banque, afin de garantir l'intégrité dans décisions émises.

Ainsi, l'importance du contrôle charaïque dans le traitement des questionnements et des problématiques relatives aux transactions modernes dans les banques islamiques, apparait à travers la satisfaction des interrogations des employés de ces banques, et qui pour la plupart n'assimilent pas les fondements des transactions financières islamiques de manière leur permettant de traiter tous seuls les problématiques posées. De ce fait, nous pensons que la formation et l'habilitation des employés de chaque banque devraient être couvert par l'organe de contrôle charaïque, et cela couvre les formations sur les transactions financières islamiques modernes, comme la mourabaha, al istisna', les caisses d'investissement et autres.

De plus le caractère diversifié des questions relatives aux transactions financières modernes, notamment ce qui concerne les transactions relatives aux banques islamiques, et qui fait naitre des détails et des faits qui nécessitent des efforts basés sur la qualification jurisprudentielle de chaque question selon des principes et des critères, permettant d'aboutir à des réponses, c'est-à-dire à un avis jurisprudentiel.

Les dangers du riba avaient poussé certaines économies mondiales après la dernière crise financière à revoir leurs systèmes économiques basés sur l'usure, et avaient étudié la possibilité de l'application du système économique islamique, surtout que le riba ne fut pas uniquement interdit en islam, mais aussi par tous les messages divins antérieurs, à savoir le christianisme et le judaïsme. L'islam est venu confirmer cette interdiction, et Allah Tout Grand dit : « Dieu a permis le commerce et a interdit le riba ». Ainsi, tout ce que l'emprunteur rembourse au prêteur en plus de la somme initiale du prêt est appelée intérêt et c'est ce qui est répandu dans les banques traditionnelles. C'est pour cela que nous trouvons que cette relation – c'est-à-dire les intérêts usuraires et leur relation avec le riba- a des répercussions graves et négatives sur les valeurs et les principes sociales et morales.

Cela étant, la question posée est celle de pouvoir différencier entre les intérêts usuraires interdits et le concept de l'intérêt selon la vision occidentale qui renvoie aux prix élevés imposés aux emprunteurs, et en parallèle on veut différencier entre ces intérêts et entre le prix et le gain qui est considéré comme un facteur de production.

Pour répondre on voit que : il y a une distinction entre les intérêts usuraires interdits et entre les intérêts licites surtout que l'intérêt dans le système économique est la pierre angulaire, car l'économie en général est basée sur la réalisation des revenus et des gains, et nous considérons que le système économique islamique avait apporté certains critères permettant d'interpréter et de cerner la différence entre les intérêts illicites et ceux licites, et pour arriver à cette distinction, il faut revenir aux fondements de la théorie des intérêts et ses enseignements, ainsi l'apparition des intérêts en général dans l'activité bancaire européenne fut le résultat des pressions des facteurs économiques. Les intérêts furent permis jusqu'à ce que cela soit devenu la norme, alors que la norme est l'interdiction, par référence à toutes les législations divines.

On croit encore que les appellations des organes de contrôle charaique sont diverses, et ce selon quatre courants, d'après les fonctions accomplies par ces organes et ces courants sont :

1- premier courant : Le caractère exhaustif. Le travail de contrôle charaique couvre la Fatwa ainsi l'organe s'appelle : Instance charaique - conseil charaique

2- Deuxième courant : selon les raisons de sa création, indépendamment des travaux qui lui incombent et l'organe s'appelle: le contrôleur charaique, conseil de contrôle charaique.

3- Troisième courant: Seulement le caractère de Fatwa, il se focalise sur la finalité et le résultat du travail de l'organe de contrôle charaique, d'où l'appellation : Instance de Fatwa, direction de Fatwa et de recherche

4- quatrième Courant : l'association entre le travail de contrôle et la Fatwa, d'où l'appellation instance de Fatwa et de contrôle charaique, instance de Fatwa et suivi charaique.

Partie 2

Contrôle charaique des activités des banques islamiques selon la loi

Introduction et répartition

L'évolution économique des banques islamiques fut accompagnée par l'émergence de plusieurs activités et opérations bancaires et d'investissement qui se reflétaient sur le travail de contrôle charaique dans les différentes institutions financières aussi bien à l'échelle locale ou avec autrui.

Les organes de contrôle charaique effectuent désormais des missions administratives, fataiques et juridiques. Partant de ce fait il était nécessaire pour les spécialistes de s'arrêter sur le cadre légal de travail des organes de contrôle charaique dans les institutions financières, dans les entreprises d'investissement et dans les banques islamiques et ce afin d'explicitier l'organisation administrative de ces instances pour ce qui a trait à la désignation des membres et aux mécanismes de leur destitution, pour par la suite essayer d'identifier les fonctions de chacun, et d'évaluer l'importance de réglementer les travaux des banques islamiques surtout que l'intérêt général impose cette réglementation afin de préciser les fondements et principes et faciliter ainsi leur utilisation en même temps que la recherche d'une certaine unification des principes juridiques.

L'idée est par ailleurs celle d'examiner les litiges dans les meilleurs délais sachant que la réglementation est par nature puisée dans les principes du Coran et la Sunna et ne peuvent donc pas être contraires aux enseignements de l'Islam. Nous évoquons une activité bancaire islamique apparue pour trouver une solution et aiderait à établir des transactions financières islamiques dépourvues d'intérêt usuraire. Le besoin s'est fait sentir pour une étude approfondie scrutant les aspects et le cadre légal des activités des organes de contrôle charaique dans les banques islamiques. Les aspects juridiques nécessitent une argumentation quant à la validité des décisions émises par les instances de contrôle charaique tout en précisant la responsabilité naissant de leur non application. Il est nécessaire par ailleurs de considérer la possibilité de recourir à l'arbitrage pour trancher les litiges relatifs à la question bancaire islamique, ainsi cette partie sera divisée en deux chapitres :

Chapitre Premier : Cadre juridique des organes de contrôle charaique et la validité de leurs décisions

Chapitre deux : La responsabilité née des infractions des instances de contrôle charaique et l'arbitrage dans les litiges bancaires

Chapitre Premier

Cadre juridique des organes de contrôle charaique et la validité de leurs décisions

Introduction

L'organisation administrative des organes de contrôle charaique diffère d'un pays à un autre et d'une banque islamique à une autre. Certaines banques admettent cette surveillance ou ce contrôle à titre de simple formalité c'est-à-dire qu'elles admettent les consultations charaiques à force non obligatoires pour la direction de la banque. D'autres banques considèrent qu'il est nécessaire de changer la manière de faire de la banque afin qu'elle soit conforme aux principes de la charia islamique ainsi ses décisions sont considérées à force obligatoire pour la direction de la banque qui se doit de les exécuter. La diversité de l'organisation administrative des organes de contrôle génère plusieurs effets relatifs aux aspects législatifs et exécutifs. C'est pour cette raison que ce chapitre sera divisé en deux sections :

Section Une : L'organisation administrative des organes de contrôle charaique

Section deux : Modèle de qualification juridique de la responsabilité contractuelle découlant de l'utilisation de la carte de crédit

Section 1 L'organisation administrative des organes de contrôle charaique

I- La formation des organes de contrôle charaique

Certaines banques islamiques se contentent de désigner un conseiller charaique à qui elle expose toutes les problématiques et les transactions financières nécessitant une opinion charaique. Certaines autres banques précisent clairement dans leurs règlements internes l'obligation de constituer un organe de contrôle charaique ou une instance de surveillance et notant dans ce contexte que les appellations peuvent différer. Dans d'autres cas le pays promulgue une loi relative aux banques islamiques et dont l'un des articles stipule : « la formation d'une instance supérieure charaique incluant des éléments charaiques, juridiques et bancaires se chargeant de la haute surveillance des banques et des institutions financières et des sociétés d'investissement islamique dans le but de s'assurer de la conformité de leurs activités aux principes de la charia islamique et de délibérer quant aux problématiques qu'on lui expose. La délibération de cette instance supérieure revêt un caractère de force obligatoire pour les parties concernées »⁵¹⁰.

Il existe plusieurs types d'organe de contrôle qui diffèrent selon leurs spécialités. De ce fait, cette section est divisée en deux paragraphes :

Premier Paragraphe: La constitution administrative de l'organe de contrôle charaique et le mécanisme de nomination et destitution

Deuxième Paragraphe : Le champ de compétence de l'organe de contrôle charaique

⁵¹⁰ Article 5 du droit fédéral des Emirats Arabes Unis, N°6, 1985

I-1 La constitution administrative de l'organe de contrôle charaique et le mécanisme de nomination et destitution

I-1-1 Neutralité et types d'organes de contrôle charaique

a- Le principe de neutralité

Les membres de l'organe de contrôle charaique doivent maîtriser la charia, le droit et l'économie. L'organe jouit d'une indépendance reconnue comme étant : « L'organisation des relations administratives entre les membres de l'instance charaique et l'institution financière de manière à créer le climat favorisant la neutralité et l'objectivité de tout ce qui est émis par cette instance »⁵¹¹. Ces organes doivent d'être dotés des prérogatives nécessaires à l'exercice de leurs missions de contrôle charaique.

Dans ce sens certaines banques islamiques se contentent d'un conseiller charaique pour l'examen des problématiques et transactions qui lui sont exposées et cela sans que son jugement ou opinion ne soit à force obligatoire pour l'administration de la banque. Il va sans dire que le travail des instances de contrôle charaique devrait être indépendant par définition et cette indépendance se manifesterait dans la constitution de l'organe et la fixation de la rémunération de ses membres par l'association publique. Les banques et les institutions financières devraient en même temps s'engager à fournir toutes les informations aux membres des organes

⁵¹¹ Mohamed Al Kari « Indépendance des membres charaiques » deuxième congrès des instances charaiques des institutions financières islamiques, page 4.

de contrôle charaique et leur permettre de consulter tous les documents demandés sans délai⁵¹².

Cela étant, les organes de contrôle charaique avaient pris plusieurs formes, dont on énumère ici les plus importantes.

b- Les formes des organes de contrôle

Premièrement : un organe de contrôle charaique au sein de la banque centrale, qui serait responsable de tout ce qui est relatif aux banques islamiques, car la création d'un organe de contrôle charaique permanent à la banque centrale est important du fait des changements permanents et continus et de la réalité des transactions financières actuelles qui dictent la création d'un organe charaique de supervision à la banque centrale. La loi relative aux banques islamiques, n°276 en date de 1983 en Malaisie avait adopté ce modèle dans le but de changer et influencer à terme la banque centrale afin d'aboutir à un environnement qui respecte et entretient les transactions financières islamiques. Parmi les missions du conseil de supervision charaique au sein de la banque centrale est qu'il demande à la banque centrale de rendre des comptes et il a la tâche de supervision générale de tous les organes de contrôle répartis dans l'ensemble des banques islamiques.

Deuxièmement : Un organe de contrôle indépendant non affilié à aucune banque islamique, suit tout ce qui concerne les banques islamiques, et qui est indépendant de la banque centrale⁵¹³. Cette forme est adoptée dans le droit fédéral émirati (N°6) de l'année 1985 où l'article 5 stipule la formation par une décision du conseil ministériel, d'une instance supérieure charaique comprenant des éléments charaiques, juridiques et bancaires chargés de la haute surveillance des banques et

⁵¹² Ahmed Mohieddine Ahmed « Les limites des instances et administrations des entreprises financières islamiques dans la vérification de l'engagement au respect des principes charaiques », troisième congrès des instances charaiques des institutions financières islamiques, page 6, Bahraïen 2003.

⁵¹³ Mohamed Al Kattan « La surveillance charaique dans les entreprises de création de services financiers islamiques » op.cit, page 1418

des institutions financières et des sociétés d'investissement islamique afin de vérifier la conformité des transactions aux fondements de la chariaa et de donner son avis sur les questions qui lui sont exposées. La décision de l'instance supérieure est à force obligatoire pour les parties concernées. Cette instance est affiliée au ministère des Awqafs.

Troisièmement : Un conseiller charaique est appelé par la banque islamique à donner son avis sur certaines questions exposées sans intervenir dans le suivi de l'exécution de son verdict charaique ; tel est le cas dans la banque islamique jordanienne⁵¹⁴.

Ce type d'organe de contrôle s'éloigne de la fonction principale pour laquelle les organes de contrôle charaique sont créés. En effet, le caractère obligatoire des décisions émanant de ces instances est le pilier de l'activation des activités des banques, des institutions financières et des sociétés d'investissement islamique. Ainsi toute instance en effectuant son travail et en communiquant ses décisions précise ce qui suit : « Nous avons contrôlé les principes utilisés et les contrats relatifs aux transactions et aux applications exposées par l'institution durant la période et nous avons procédé au contrôle dû afin de décréter si cette entreprise s'est conformée aux principes de la chariaa, aux fatwas et aux décisions et prescriptions que nous avons indiquées »⁵¹⁵.

Quatrièmement : Conseil consultatif central au sein de la banque ou en dehors de la banque qui donne son avis dans les questions qu'on lui présente uniquement, il n'intervient aucunement dans le réexamen des activités et des travaux déjà effectués. L'administration des fatwas au ministère des Awqafs du Koweït adopte cette forme et émet à son tour des normes uniques relatives au travail bancaire islamique. Elle constitue notamment un référentiel pour trancher dans les litiges

⁵¹⁴ Op.cit, page 17

⁵¹⁵ Ahmed Mohieddine Ahmed « Les limites des instances et administrations des entreprises financières islamiques dans la vérification de l'engagement au respect des principes charaiques » op.cit, page7.

susceptibles de naitre de l'application du contrôle par la banque centrale du Koweït sur les activités des banques et sociétés islamiques. La loi N°30 de l'année 2003 organise le travail bancaire au Koweït en ajoutant une section relative aux banques islamiques au troisième chapitre de la loi N°23 de l'année 1968 relative à la monnaie, à la banque centrale du Koweït et l'organisation de la profession bancaire.

Cinquièmement : Un organe de contrôle charaique indépendant et considéré comme indépendant de la banque centrale, tel est le cas d'un groupe de banques islamiques qui serait le principal constituant de la formation de l'organe de contrôle charaique du même groupe bancaire islamique. Ce type représente le même schéma adopté par les autorités charaiques unifiées du groupe Dellet El Baraka.

Sixièmement : Un organe de contrôle charaique complet non affilié à l'association publique des actionnaires, comprenant des membres pour la Fatwa, la vérification et la révision et d'autres membres pour le contrôle comme pratiqué au sein du Juwait Finance House.⁵¹⁶

Septièmement : Un organe de contrôle charaique indépendant au sein de la banque, rattaché à l'association publique des actionnaires exerçant l'intégralité de la tâche de contrôle et de la Fatwa, et le règlement interne de la Banque Islamique Soudanaise a déjà mentionné ce type de procédure conformément à son règlement interne.

Huitièmement : Un seul contrôleur charaique pour la banque, tel est le cas pour la banque de financement Egypto-Saoudienne.

Neuvièmement : Un seul vérificateur charaique pour la banque comme pour la banque Islamique au Danemark.

⁵¹⁶ Mohamed Al Kattan « La surveillance charaique dans les entreprises de création de services financiers islamiques » op.cit, page 15-16

Dixièmement : Un membre de l'organe de contrôle charaique dans chaque administration et département, comme pour La Banque de Solidarité Soudanaise.

Onzièmement : Un département pour le contrôle charaique, souvent rattaché au département de la révision interne, ce type représente ce qui est mentionné dans le règlement interne de la Banque de Solidarité Islamique.⁵¹⁷

I-1-2 Le champ de compétence, conditions, mécanisme de nomination et de destitution de l'organe de contrôle charaique

a- Les compétences et les conditions requises pour les membres de l'autorité de contrôle charaique

La qualification charaique représente aux yeux de nombreux chercheurs l'élément fondamental, partant de sa considération comme équivalente au travail du Mufti. Nul doute, que cette question est saluée sous un de ses aspects, mais ce qui manque à cette considération est qu'elle omet l'aspect légal chez le membre porteur de la qualification charaique. Nous remarquons que la nature particulière imposée par le rythme des transactions et l'observation minutieuse des tendances financières actuelles avec l'exécution du rôle demandé au membre de l'organe de contrôle charaique portant sur le contrôle préventif des opérations et activités de la banque et des contrats d'investissement exigeant une vision charaique légale.

Elle soumet ses lois charaiques après une assimilation suffisante de l'intégralité des termes contractuels et la nature exécutive adoptée par les banques, ce qui fait que les membres de l'organe de contrôle charaique doivent être, à notre sens, dotés d'une qualification charaique et juridique en simultanément, vu que la mission de l'organe de contrôle charaique requiert en plus de l'adaptation charaique et la

⁵¹⁷ La référence précédente, page 18.

Fatwa dans les tendances financières actuelles, un contrôle charaique et juridique efficace.

D'autres chercheurs vont jusqu'à prôner la nécessité d'une maîtrise suffisante de la nature des activités bancaires et la conscience de la réalité et la structure économique et juridique comme compétences pour exécuter les missions de contrôle charaique dans les banques et institutions financières islamiques.⁵¹⁸

Et le texte régissant les institutions financières islamiques mentionnait que (1/7) : « L'organe de contrôle charaique peut recourir à des spécialistes en administration des affaires et/ou l'économie et/ou le droit et/ou la comptabilité ou autres »⁵¹⁹.

Ce qui est remarquable, c'est que le texte régissant les institutions financières islamiques que j'ai mentionné précédemment a donné à l'organe de contrôle charaique l'opportunité de recourir à d'autres compétences scientifiques incluant parmi elles le droit. Bien que nous pensions que ce critère doit être révisé, et ce, pour que la qualification des membres de l'organe de contrôle charaique puisse inclure une formation charaique et juridique, pour tous les motifs indiqués précédemment afin que les organes de contrôle charaique puissent effectuer leurs travaux avec professionnalisme et avec une vision détaillée et une précision dans l'orientation des décisions de contrôle sur les activités des banques et des institutions financières islamiques.

Cela implique que les lois relatives à la problématique bancaire islamique confirme l'existence d'une compétence juridique en plus des compétences charaiques et bancaires, y compris ce que stipule le droit fédéral émirati, mentionnant (A/5) que : « Il sera formé – suite à une décision du conseil

⁵¹⁸ Ahmed Mohieddine Ahmed « Les limites des instances et administrations des entreprises financières islamiques dans la vérification de l'engagement au respect des principes charaiques » op.cit, page6.

⁵¹⁹ Critère (N°1) Paragraphe 7 : La constitution de l'organe de contrôle charaique et la nomination de ses membres et leur licenciement, les critères de la vérification, la révision et les règles des institutions financières islamiques, page6.

ministériel- instance supérieure charaïque regroupant des éléments charaïques, juridiques et bancaires.... »...⁵²⁰, et quelques législations manquent encore d'un traitement clair quant à la considération de l'organe de contrôle charaïque et de sa position réelle dans l'activité bancaire islamique, vu que le cadre légal de l'instance de contrôle charaïque accuse un flou dans l'assimilation de son statut légal étant donné que l'instance de contrôle charaïque ne surveille que les contrats ou les transactions qui lui sont exposés tandis que l'administration de la banque c'est elle qui fixe la nature du travail de l'instance de contrôle charaïque suite à un déficit de lois traitant la problématique de la finance islamique⁵²¹.

Et concernant les conditions requises chez les membres de l'organe de contrôle charaïque, les lois publiées portant sur la secteur bancaire n'a pas mentionné ces conditions des membres, ce qui laisse à l'administration de la banque ou bien à l'association publique assez de marge pour nommer des membres à l'organe assez qualifiés exécuter cette noble mission, et nul doute que la réalité a prouvé que le contrôle charaïque interne est un des principaux facteurs garantissant l'efficacité du contrôle charaïque et la garantie de conformité aux lois charaïques islamiques dans toutes les transactions de la banque, démasquant toutes les déviations de façon immédiate et la mise au courant de l'administration en vue de prendre les mesures pour rectifier la situation et assurer la non répétition des fautes ultérieurement.

Et ce qui doit être mentionné, c'est que la réalité impose aux pays ayant promulgué des lois régulant la problématique de la finance islamique de commencer à publier les listes exécutives spécialisées comprenant des sujets similaires traités de façon efficace incluant les conditions obligatoirement requises chez les membres des organes de contrôle charaïque au sein des institutions financières islamiques, afin d'aider ces institutions et banques à nommer leurs

⁵²⁰ Droit fédéral des Emirats Arabes Unis, N°6, 1985

⁵²¹ Ahmed Assaad, Le contrôle charaïque et son effet sur les banques islamiques, page 13, Université Al yarmouk Jordanie.

membres selon le critère de la compétence et le mérite d'effectuer cette noble mission. Et afin que les systèmes de contrôle charaiques internes jouent leurs vrais rôles, il est nécessaire que les contrôleurs charaiques internes justifient d'un fond charaique adéquat, et qu'ils reçoivent la formation nécessaire, et que l'instance de contrôle charaique donne son accord pour leur nomination après s'être assurée de leur mérite scientifique et pragmatique et leur orientation positive dans tout ce qui est rattaché à la conformité aux lois et principes de la Chariaa Islamique⁵²².

Et parmi les critères majeurs exigés chez le membre de l'organe de contrôle charaique, les qualités demandées chez le juriste studieux puisqu'il exécute la fonction de Fatwa, comme la maîtrise et la compréhension de la plus grande part de la jurisprudence islamique ainsi que ses origines et preuves, la connaissance suffisante du Coran et de la Sunna de manière à lui permettre de comprendre les lois qui y sont rattachées, la maîtrise des preuves charaiques dans sa globalité.

b- Le mécanisme de nomination et de licenciement dans l'organe de contrôle charaique

L'administration de la banque intervient souvent pour nommer les membres de l'organe de contrôle charaique. En effet, l'étude menée par l'Institut International de la pensée islamique au Caire a montré que le choix des membres de l'organe de contrôle charaique au sein des banques étudiées est mené par l'association publique avec une proportion de 39,2%, ou bien par le conseil d'administration avec un taux de 58,4% ou bien via d'autres procédés à un pourcentage de 2,4%.

Tandis que d'autres banques préfèrent définir les moyens de nommer les membres de l'organe de contrôle charaique dans le règlement interne de la banque, ce qui implique que les méthodes de nommer les membres de ces organes varie selon le statut légal de l'organe dans l'organigramme fonctionnel d'une banque ou bien

⁵²² Voir : C. ZIED & J.J.P : « La gouvernance de la banque islamique », Université de Picardie – CRIISEA, février 2006, disponible à <https://ribh.files.wordpress.com/2008/01/la-gouvernance-de-la-banque-islamique.pdf>

d'une autre : parallèlement à la nomination des membres de l'organe de contrôle charaique par l'association publique des actionnaires, ou ceux qui relèvent les actionnaires⁵²³. On recense aussi que la mise en œuvre de quelques méthodes de nomination incombe à l'association publique des actionnaires mais en se basant sur des recommandations faites par le conseil d'administration; quelques banques optent pour la nomination des membres en premier lieu et d'autres de la part du ministre de la justice comme il est en vigueur dans la Banque Islamique du Bahreïn.

Nous pensons que les pays ayant promulgué des lois régulant la problématique de la finance islamique doivent imposer aux autorités gouvernementales qui veillent sur les banques, que les listes exécutives du droit des banques islamiques comprennent des textes contraignant clairement les banques à indiquer dans leurs règlements internes les méthodes de nomination des membres des organes de contrôle charaiques, leurs rémunérations et le mécanisme de la nomination et du licenciement aux cotés de tous les principes dont on estime utile de les uniformiser dans toutes les banques.

D'autres chercheurs contemporains estiment que les banques centrales doivent assumer le rôle de choisir et de nommer les membres de l'organe de contrôle charaique, et d'autres proposent la possibilité d'impliquer les épargnants ou bien ceux qui les représentent dans le choix des membres du contrôle charaique, et afin que les membres jouissent de plus de crédibilité aux yeux de la clientèle de la banque.

Il devient essentiel de considérer quelques aspects lors de la nomination des membres de l'organe. En effet, ils ne sont pas supposés faire partie des employés de ces banques, ni des membres de son conseil d'administration afin d'assurer leur

⁵²³ Mohamed Al Kattan « La surveillance charaique dans les entreprises de création de services financiers islamiques » op.cit, page 26-28. Voir : farès Abou Maamer « L'effet du contrôle charaique et son indépendance », page 11-13. Voir aussi : « Le projet du critère de l'offre et l'indication publique des principes financiers et institutions financières islamique, Critère 2/6/3 », page 10.

indépendance et leur épargnant toute influence, tout en précisant les compétences et les prérogatives de l'instance de contrôle charaique lui procurant la capacité d'assurer le contrôle charaique, la nomination des membres devrait aussi être effectuée par une institution scientifique officielle selon des principes et des critères et ce afin d'assurer leur indépendance et honnêteté⁵²⁴.

Et en ce qui concerne le licenciement des membres de l'organe du contrôle charaique, on trouve que le référent appliqué par les institutions financières islamiques stipule ce qui suit : « Le licenciement d'un membre de l'instance de contrôle charaique résulte d'une recommandation du conseil d'administration adoptée par les actionnaires au cours de la réunion de l'association publique... »⁵²⁵.

Il est utile de mentionner que la majorité des règlements internes des banques et institutions financières islamiques fixe la durée du d'adhésion à l'organe du contrôle charaique des trois ans. Nous considérons que les hautes instances régulatrices des transactions bancaires doivent spécifier dans leurs principes exécutifs tous les éléments relatifs à cette problématique d'une manière unifiée qui englobe toutes la totalité des banques, de façon à ce que les institutions financières et les banques intègrent dans leurs règlements internes la durée du mandat, le mécanisme de son renouvellement et son annulation ainsi que l'acceptation des demandes de démission et ce de façon transparente.

Et pour tout ce qui est relatif à la compensation financière attribuée aux membres de l'organe de contrôle charaique, il est nécessaire de mettre des critères afin que les revenus du membre soient proportionnels à l'effort déployé et au niveau du revenu social communément admis, il est même obligatoire de ne pas estimer le gain financier mais plutôt préciser que dans 65,9% des cas la compensation

⁵²⁴ Ahmed Ellyét : «Le contrôle des activités des banques islamiques », op.cit, page 81-82.

⁵²⁵ La référence précédente, page 86. Voir : Les critères de la vérification, la révision et les règles des institutions financières islamiques, page6 (N°1), Paragraphe 8.

financière est déterminée par l'association publique des actionnaires, dans 22% cette compensation est déterminée par le conseil d'administration tandis que dans 9,8% des cas elle est fixée par l'administration de la banque.

Il est donc plus judicieux que ces charges soit fixées par l'association publique des actionnaires ou par une partie externe à l'exemple du ministère des finances ou la banque centrale ou les institutions financières tout en prenant en considération la régularité des ces revenus tout en les augmentant éventuellement si besoin y est, tout en veillant à ce que l'administration de la banque n'offre ni des cadeaux ni de dons quelque soit l'appellation aux membres de l'organe du contrôle charaique au sein de la banque⁵²⁶, vu tout ce que ça peut engendrer comme favoritisme ou tentative d'influencer les décisions émises par cet organe, tandis qu'il est fondamental de garantir les outils nécessaires pour le fonctionnement de ces organes dans un esprit d'indépendance et d'honnêteté.

I-2 Le champ de compétence de l'organe de contrôle charaique.

Les organes de contrôle charaique exercent leurs diverses activités, qui se résument dans la vérification de la conformité des activités de la banque islamique, des institutions financières ou des sociétés d'investissement aux principes de la Charia islamique qui interdit les transactions illicites dont les conséquence et les impacts négatifs avaient déjà été exposés dans la première partie.

Il y a lieu à ce stade de souligner l'absence du rôle fonctionnel de l'organe de contrôle charaique d'un point de vue juridique. Les employés de ces banques et institutions financières participent directement ou indirectement à la réalisation

⁵²⁶ Ahmed Ellyét : «Le contrôle des activités des banques islamiques », op.cit, page 85.

des activités et des missions de l'organe du contrôle charaique selon les codes en vigueur, ce qui fera l'objet du deuxième paragraphe.

I-2-1 Les activités et les fonctions dictées par le règlement

a- *Secrétariat de l'organe de contrôle charaique*

La plupart des règlements internes des banques ayant procédé à la création d'organes de contrôle charaique avancent que le but de cette création réside dans la recherche de conformité avec les principes et les enseignements de la Charia pour toutes les transactions et les produits financiers. Pour atteindre cette fin, certaines banques stipulent clairement dans leurs règlements que toutes les transactions de la banque sont soumises à l'accord de l'organe de contrôle charaique et à sa surveillance et que les décisions de cet organe sont à caractère obligatoire pour la banque⁵²⁷.

Pour réaliser ces objectifs qui constituent la raison d'être des organes de contrôle charaique, il fut nécessaire de préciser le statut juridique de ces organes de contrôle charaique dans le cadre de structure organisationnelle des banques pour lesquelles ils travaillent, ce qui permet par la suite de préciser les missions et les activités assignées aux organes de contrôle charaiques.

L'importance de préciser le statut juridique de ces organes se manifeste en fonction de l'instance qui désigne les membres du contrôle charaique d'une banque à une autre. De plus, plusieurs banques islamiques n'ont pas précisé dans leurs réglementations de base le mécanisme de désignation de membres de la surveillance charaique. Ces deux points sont tributaires du poids juridique de ces organes dans la banque. A titre d'exemple, quand l'organe de surveillance

⁵²⁷ Voir : Abdessattar KHOUILDI : « La Finance Islamique moderne: Approche juridique et financière », Séminaire de formation en finance Islamique- Casablanca-Maroc, 21-22 octobre 2014

charaique dans la banque est directement lié aux actionnaires, il en découle un centre juridique influent, du fait de l'indépendance de l'organe dans l'exercice de ses activités. Afin d'atteindre ce but, les institutions financières islamiques doivent prendre les mesures nécessaires à la réalisation du principe d'indépendance. Parmi les principales mesures :

Premièrement : La nécessité de préciser dans le règlement de base de la banque l'importance du respect du principe d'indépendance des organes de contrôle charaique et la force obligatoire de leurs décisions.

Deuxièmement : Le nombre des membres de l'organe ne doit pas être inférieur à trois pour garantir le vote majoritaire

Troisièmement : Les membres de l'organe du contrôle charaique doivent être désignés ainsi que leurs rémunérations et la période de leurs exercices par l'association publique des actionnaires ou par voie de vote et non par la voie du conseil d'administration uniquement

Quatrièmement : L'activité des membres de ces organes prend fin d'après une décision du président de l'organe du contrôle charaique et non via une intervention du conseil d'administration de la banque ou de ses directeurs exécutifs

Cinquièmement : Les contrôleurs charaiques sont désignés par l'organe de contrôle charaique afin de garantir le principe d'indépendance dans l'activité de l'organe et de ses membres.

De ce qui précède, toutes les institutions financière islamiques doivent prendre en considérations ces mesures pour la définition des missions et des activités assignées aux organes de contrôle charaique et dans ce cas, les missions et les activités peuvent être réparties selon les composantes des services administratifs de l'organe de contrôle charaique comme suit :

Le secrétariat effectue le travail de secrétariat⁵²⁸, en réceptionnant les interrogations des différentes parties ayant besoin de réponses charaïque et juridique, et les problématiques auxquelles ces même parties sont susceptibles de faire face. Le secrétariat de l'organe de contrôle charaïque assiste aux réunions et aux débats des membres de l'organe de contrôle charaïque de la banque.

Il y a lieu de dire que les missions et activités du secrétariat de l'organe de contrôle charaïque résident dans ce qui suit :

- Vérifier les conditions de formes nécessitant l'étude de la part de l'organe de contrôle charaïque
- Compléter les observations formulées par les membres de l'organe de contrôle charaïque après examen des questions exposées
- Procéder aux travaux de recherche scientifiques et à l'étude des questions soumises à l'organe de contrôle charaïque et préparer les agendas nécessaires pour y inclure par la suite les procès verbaux des travaux de l'organe de contrôle charaïque.
- Organiser et suivre les questions soumises à l'organe par ordre de priorité.
- Procéder aux travaux de secrétariat qui résident dans l'organisation de rencontres et de réunions cycliques des membres de l'organe de contrôle charaïque
- Noter les résultats et les recommandations découlant de la réunion de l'organe de contrôle charaïque
- Orienter les discours et les correspondances aux parties concernées dans l'administration de la banque pour exécution.

⁵²⁸ Mahmoud Abd Al Bari « La vérification Charaïque dans les banques islamique » p45, revue de l'économie islamique, la banque islamique de Dubaï, n188, 1996

- Répondre aux interrogations formulées par les clients de la banque et les employés sur la base des décisions adoptées par l'organe de contrôle charaique de la banque⁵²⁹.

b- Les missions et travaux des membres de l'organe de contrôle charaique

Les membres de l'organe de contrôle charaique se réunissent dans certaines banques chaque semaine dans d'autres chaque trois mois, ou chaque six mois⁵³⁰. Il est préférable qu'il y ait une réunion des membres au moins dix fois l'année pour garantir la réalisation des missions, des membres, qui peuvent être résumées dans ce qui suit :

- Contrôler les travaux et les produits innovants par l'administration de la banque et émettre les décisions nécessaires soit par autorisation, modification ou annulation.
- Procéder aux étapes de contrôle et suivi de toutes les taches exécutives de la banque soit par l'orientation et la réorientation en cours de processus, ce qui est connu par le suivi en cours de processus ou par le suivi en amont des activités de la banque en formulant les modèles et les contrats, en les étudiant et en émettant l'opinion charaique correspondante.
- Etablir une stratégie claire de leur manière de procéder qui inclut un ensemble de documents, de modèles et de procédures nécessaires pour l'examen et l'exécution de manière conforme aux exigences charaiques et dans le cadre d'un échéancier précisant la date de l'opération de surveillance⁵³¹.

⁵²⁹ Voir : Le site de la banque Al Rajihi, Saad Ben Abdallah Al Sibr « L'instance de contrôle charaique à la banque Al Rajihi », Op.Cit., p.16 17

⁵³⁰ Mohamed Al Katan « La surveillance charaique dans les entreprises de création de services financiers islamiques op.cit., p42-50

⁵³¹ Op.cit., p48

- Les membres de l'organe de contrôle charaique effectuent des opérations de révision, encore appelées suivi en aval et qui incluent la révision de tous les travaux, opérations, contrats, dossiers, codes et les commandements. Elles incluent notamment la vérification des budgets et la révision des comptes de clôtures ainsi que la révision des Fatouas antérieurs⁵³².
- Emettre des Fatouas qui constituent la raison d'être de la surveillance charaique, selon une méthodologie propre qui peut aller dans le sens de la facilitation ou de la rigidité et cette méthodologie reflète son efficacité⁵³³

Les législations émises au sujet de la finance islamique se contentent du renvoi au règlement de base de la banque, de l'institution financière ou de la société d'investissement islamique relatifs à la formation de l'organe de contrôle charaique. Dans ce contexte, l'article 6 du droit fédéral émirati numéro 6 de l'année 1985 désigne certaines missions et activités de membres comme suit : « le contrat de constitution de la banque, de l'institution financière ou de la société d'investissement islamique et leurs règlements de base précisent la formation d'une instance de contrôle charaique et son application des principes de la Charia et de ses normes et le règlement de base de chacune des parties citées précise notamment le mécanisme de formation de cette instance et son mode d'exercice de son activité ainsi que ses spécialités. »

Il est à noter que l'article 6 du droit fédéral émirati précité, précise que la définition de l'activité et missions des membres de l'organe de contrôle charaique incombe aux partenaires selon le règlement de base ce qui indique que la loi ne s'oppose pas à la désignation de l'instance de contrôle charaique par le conseil d'administration de la banque. Le législateur Yéménite va dans cette logique comme le précise l'article 17 de la loi Yéménite numéro 21 de l'année 1996 où le

⁵³² Mohamed Al Katan « La surveillance charaique dans les entreprises de création de services financiers islamiques op.cit., p49

⁵³³ Op.cit., p42

paragraphe (a) de l'article précité précise que les missions des membres de l'organe de contrôle charaique sont celles indiquées dans le règlement de base.

I-2-2 Les causes d'absence du rôle fonctionnel de l'organe de contrôle charaique

a- *L'importance du rôle fonctionnel de l'organe de contrôle*

Le contrôle charaique revêt une importance extrême dans l'organigramme de l'administration de la banque ou l'institution financière, à travers le rôle qu'il endosse en s'assurant de la validité des produits bancaires et de leur conformité aux principes de la Charia Islamique. Les membres de ces organes de contrôle charaique assument aussi la tâche de réaliser cette conformité avec les lois Halal tout en s'écartant des transactions économiques suspectes. Ils doivent démasquer toute erreur et contacter l'administration pour la rectifier, ainsi s'incarne l'efficacité des membres de l'organe de contrôle charaique dans leur rendement et missions.

En contrepartie, l'absence ou plus exactement l'exclusion de ces organes de tout rôle fonctionnel et ce en fondant des institutions financières islamiques n'intégrant pas dans son organigramme un organe de contrôle ou de Fatwa charaique, ou bien l'existence de ces organes de façon formelle en n'exécutant ni ses tâches ni concrétisant les décisions émises par ses membres. Tout ceci engendre des conséquences et résultats dangereux dont principalement : Tout ce qui est entrepris par ces banques ou institutions financières ne peut être classé en Halal et Haram lors des activités et transactions entremêlées, ce qui provoque que l'argent Halal se confond avec de l'argent Haram, voire induire la clientèle en erreur qui reçoit des bénéfices incluant une part de Haram⁵³⁴.

Par conséquent, les clients perdent confiance en un produit précis voire le retrait de quelque uns parmi eux, ce qui nuit à la réputation de l'institution financière ou la banque que tout le monde cherche à consolider et à préserver, avec des

⁵³⁴ Ahmed Assaad, « Le contrôle charaique et son effet sur les banques islamiques », page 24-27.

répercussions négatives sur le rendement financier et les profits de ces institutions financières, sociétés d'investissement ou bien les banques islamiques.

Les causes d'absence du rôle fonctionnel de l'organe de contrôle charaique se manifestent clairement dans certains points.

b- Les implications du défaut du rôle fonctionnel des organes de contrôle

Premièrement : Le manque de confiance vis-à-vis de la compétence de quelques organes de contrôle charaique

Et parmi les principales raisons qui conduisent à l'absence du rôle fonctionnel de l'organe de contrôle charaique et ainsi l'inapplication des décisions qu'il émet : le manque de confiance de la part des clients de la banque ou bien de l'institution financière dont les membres de l'organe de contrôle charaique surveille ses propres activités et transactions. Et cette perte de confiance résulte de l'émergence des infractions à la Chariaa dans quelques transactions et produits, en plus de l'existence de quelques conditions contraires aux percepts et fondements de la Chariaa Islamique et qui sont tout de même mentionnés dans quelques contrats établis par les clients avec la banque, l'institution financière ou la société d'investissement islamique.

Par exemple, tel est le cas si le texte du contrat émis par la banque islamique stipule que l'épargnant n'a plus droit au bénéfice s'il retire son épargne une semaine, ou même un jour, avant la fin de l'année. Ensuite, la banque affirme dans le même contrat qu' : «Il est du droit de la banque d'appliquer la perte si elle existe sur l'épargnant ayant retiré son épargne avant l'échéance », et cela malgré la règle connue «La perte implique le gain ». Et si nous appliquons cette règle, nous aboutirons au résultat que si le gain est annulé, la perte le serait aussi. Il est du droit de la banque de s'attacher au contrat mais si elle a accepté le retrait de

l'épargne la question est ramenée à une démission et il n'est plus possible qu'elle demande le montant de la perte⁵³⁵.

Et nul doute que ce genre de clauses dans les contrats sort de son contexte à la faveur de la banque, enfreignant les règles de la Charia ce qui provoque l'effritement de la confiance des clients et le déficit du produit ou de la transaction financière provenant de ces banques ou de ces institutions financières islamiques.

Deuxièmement : Les missions de contrôle charaique ne sont pas menées par des spécialistes

Quelques banques et institutions financières islamiques font preuve de négligence en accordant confiance à quelques membres qui ne sont pas des spécialistes, ni en Sciences de la charia, ni en sciences juridiques et économiques ; des connaissances qui leurs permettent d'être avantagés pour exercer dans le domaine du contrôle charaique. Ceci provoque l'édition de quelques Fatwas non précises et quelques infractions aux règles de la jurisprudence islamique à part le fait de contredire les lois de la Charia. En fin de compte, le rendement de ces organes de contrôle charaique perd en crédibilité aux yeux des clients, ce qui contribue à l'arrêt des transactions avec ces banques islamiques, institutions financières et sociétés d'investissement islamique de la part des clients et tous ceux qui désirent s'abonner ou bénéficier des services proposés.

Troisièmement : Le caractère non obligatoire des décisions émises par les organes de contrôle charaique

⁵³⁵ Référence précédente, page 25.

Quelques banques et institutions financières islamiques s'engagent à mettre des lignes rouges face au travail de l'organe de contrôle charaique de telle sorte qu'il ne peut dépasser ces limites qu'après consultation d'une administration spécialisée qui supervise l'exercice du contrôle charaique, et par conséquent les décisions émises par ces organes ne sont contraignantes pour la banque que dans les cas où elle estime et considère que ces décisions vont de pair avec la politique de la banque même si cette dernière présente des contradictions à la démarche et au caractère islamique de la partie concernée.

Donc au fur et à mesure que le contrôle charaique s'affaiblit, il jette son impact sur la confiance des clients de l'institution financière islamique, ce qui pourrait provoquer la perte de l'institution avec une influence négative sur son rendement et bénéfices annuels.

L'exhaustivité de l'assise organisationnelle de la banque islamique est, à notre regard, tributaire de l'accord, à ces organes de contrôle charaique leurs statuts juridiques naturels et ce par une entière reconnaissance à travers le règlement interne de la banque, de préciser le caractère obligatoire des décisions émises par ses membres tout en permettant à ces derniers de visiter tous les départements, de vérifier les fonds de la banque et la nature de ses transactions avec ses partenaires sans dissimuler les rapports et les documents sous le prétexte de préserver leur confidentialité. En effet, le fait que les activités de la banque islamiques soient transparentes aux yeux des membres de l'organe de contrôle charaique laisse une bonne impression et de la confiance chez les membres et davantage de crédibilité pour les clients; ce qui va se refléter positivement sur la banque islamique en augmentant ses bénéfices et revenus financiers à part l'appui des membres de l'organe de contrôle charaique à la bonne réputation de la banque islamique pour que ses transactions et produits soient en harmonie avec les règles de Charia Islamique.

Donc le travail des membres de l'organe de contrôle charaique commence à partir de l'élaboration du règlement interne, l'acte fondateur en utilisant les contenus et termes réels en accord avec les règles de la Charia Islamique, qui représente dans sa globalité la vision de la banque islamique et l'orientation stratégique de l'organisation de l'activité bancaire islamique sur le plan local et à l'étranger. Le travail des membres de l'organe porte aussi sur la rédaction des contrats que la banque peut exploiter afin de préserver les droits des actionnaires et des épargnants. Il est aussi permis aux membres de l'organe de choisir les employés qui sont en lien avec la nature de l'activité du contrôle charaique. Et dans l'exercice de son activité, comme les employés qui ont la charge de la formation dans la banque, se charger de la clientèle, du produit ou de l'activité promue par la banque. Les membres de l'organe de contrôle charaique ont le droit d'examiner les accords conclus par la banque ou l'institution financière islamique avec les entreprises locales et internationales. Ces membres supervisent la distribution des gains de la Zakat et des dons, comme ils assurent le suivi de l'exécution des contrats et des transactions quotidiennes.

De ce fait, l'application de la notion de la banque islamique nécessite selon les chercheurs une foi dans l'importance de sa grande mission et sa crédibilité pour le traitement des questions financières islamiques, loin de tous compromis dont les conséquences pourraient être désavantageuses.

Ces compromis induisent en erreur les partenaires de la banque ou de l'institution financière islamique qui essayent de conférer un caractère charaique à leurs pratiques et de promouvoir leurs produits. En effet il faut éviter de contredire les principes fondamentaux pour lesquelles la banque islamique a été créée. Il ne devrait pas y avoir de questions occultées aux membres de l'organe de contrôle charaique à qui la banque a fait confiance.

D'où la nécessité de l'existence d'une instance supérieure indépendante et neutre supervisant le travail et la mission des membres des organes de contrôle charaique dans les banques et les institutions financières islamiques, surtout que la nature de l'activité de ces organes implique une sorte de complaisance vis-à-vis des directions des banques et des institutions financières islamiques ce qui impose l'existence d'une instance supérieure qui aurait pour mission le contrôle complet des activités et du rôle fonctionnel des organes et de leurs membres, ainsi que les décisions qu'ils émettent. Tout cela contribue à consolider leurs crédibilités et renforce la confiance dans leurs rôles nobles pour lesquels la finance islamique fut créée, loin des prétentions théoriques.

II- La légitimité de l'organe de contrôle charaique

Les organes de contrôle charaique dans les institutions financières et les banques islamiques s'engagent à réviser et examiner le code des sociétés financières, leurs règlements et les autres normes, recommandations et procédures internes de l'institution pour en vérifier la conformité charaique. Ces organes s'engagent notamment à étudier les contrats, les accords et les applications au sein de l'entreprise et émettre un avis charaique avec la possibilité d'ajouter, de modifier ou de résilier certains articles conformément aux principes charaiques. Cet engagement implique un fondement juridique de la nature de l'activité des organes de contrôle charaique.

II-1 Les Lois et les législations organisant le travail des organes de contrôle charaique

II-1-1 L'importance de la codification juridique du contrôle charaique

a- Éléments de l'importance de la codification

Il y a lieu de dire que l'importance de la codification juridique des activités des organes de contrôle charaique se reflètent à travers la tentative d'aboutir à une base juridique de ces activités ce qui conduit à une formulation juridique permettant de connaître la validité des décisions émises par ces organes. Ainsi on peut traiter juridiquement les limites de la responsabilité des organes de contrôle charaique par rapport aux deux aspects ; Civil et pénale.

Pour mieux expliciter l'importance des législations organisant le cadre de travail des organes de contrôle charaique, il y a lieu d'exposer la manière de procéder de ces organes⁵³⁶.

Les institutions financières et les banques islamiques payent des sommes fixés par l'association publique, en contre partie du travail des membres de l'organe de contrôle charaique. Ces rémunérations aident à cerner la nature de la responsabilité car son contenu et son cadre diffèrent en fonction de l'activité. La responsabilité est en effet modérée lorsque le travail est volontaire et inversement.

Par ailleurs, l'importance de la codification du travail de contrôle charaique est reflété par le caractère de force obligatoire ou non des décisions émises par les membres de l'organe au sein des institutions financière et banques islamiques. En effet, les décisions obligantes varient de celles exceptionnelles ou à caractère de consultation. Ce sont les législations qui dictent ce rôle juridique ainsi que la nature juridique des recommandations. Certaines législations à ce sujet expriment ouvertement le caractère obligatoire des décisions de l'organe alors que d'autres restent silencieuses, ce qui n'implique pas un caractère non-obligatoire. En effet ce

⁵³⁶ Abd Essatar Khouildi « Le besoin de codifier le contrôle charaique » Recherche publiée, deuxième congrès des auditeurs charaiques, P. 5-7 Kuwait 02/06/2010

caractère non-obligatoire affaiblit l'autorité de l'organe de contrôle charaique et sa légitimité pour arrêter, modifier et orienter les activités de la banque islamique⁵³⁷

b- Codification et responsabilité

L'importance de la codification du travail des organes de contrôle charaique permettrait d'identifier le champ de compétence de ces organes aussi bien pour le règlement des institutions financière, des banques et des sociétés d'investissements islamiques que pour les lois organisant leurs activités. L'identification du champ de compétence de ces organes permet de dire si le travail de l'organe de contrôle charaique se limite à répondre aux interrogations de la direction de l'institution ou de la banque ou implique un examen et une réflexion de la part du président et des membres de l'organe.

Dans le premier cas, on ne peut pas parler de responsabilité si le conseiller se limite à son engagement d'exercer son travail. Si le rôle du président et des membres dépasse la simple consultation pour aller jusqu'à fournir des efforts de réflexion et de qualification charaique des problématiques posées ou jusqu'à proposer des produits islamiques qui engageraient la direction de l'institution ou la banque. Ainsi il y a lieu de dire que la situation juridique varie en fonction de la nature du travail de contrôle. La différence est reflétée à travers les conséquences à assumer en fonction de la décision de la direction des institutions financières ou des banques islamiques de conditionner le travail de contrôle charaique.

Dans ce contexte, selon les normes d'audit, le paragraphe relatif à la responsabilité charaique stipule : « Malgré le fait que l'instance de contrôle charaique est responsable d'émettre son avis quant aux degrés d'engagements de l'institution à respecter la Charia, cette responsabilité incombe au final à la direction de l'institution en tenant compte de ce que signifie le terme direction dans les codes et les lois en vigueur. Pour que la direction puisse s'acquitter efficacement de cette responsabilité, l'instance de contrôle charaique se doit d'aider l'institution en

⁵³⁷ Op.cit. P. 6.

l'orientant pour se conformer à la Charia, sachant que le suivi charaique s'effectue lors de l'exécution de toutes opérations conformément à la Charia. La direction est responsable de fournir à l'instance toutes les informations relatives à cet engagement.

L'institution ne doit pas conditionner le contrôle charaique, le cas échéant, une mention explicite doit figurer dans le rapport de l'instance de contrôle charaique aux actionnaires⁵³⁸.

L'importance de la codification juridique des activités des organes de contrôle charaique se reflètent dans la connaissance du mécanisme de révision par les membres des rapports annuels de la direction de la banque ou de l'institution financière islamique, ce qui nécessite un texte juridique encadrant cette révision. En effet malgré la différence dans la forme des rapports, ces derniers se ressemblent dans le fond. Il y a des organes de contrôle charaique qui affirment l'idée : « Qu'ils ont examiné les comptes de la banques, les comptes de résultat et étudier les rapports des auditeurs, les relevés mensuels des engagements d'investissement de la banque et qu'ils certifient leurs conformités à la Charia et donnent leur accord. »

Cette formulation émane de la banque islamique égyptienne Al Faycal. »⁵³⁹

⁵³⁸ Les critères de comptabilité et de révision et les normes des institutions financières islamiques, 2002, Partie relatives aux normes P.17

On peut admettre le lien entre la responsabilité des organes de contrôle charaique, dans leurs activité au sein des institutions financières et banques islamiques, et le degré l'ampleur du caractère obligatoire des décisions émises, surtout en cas de présence d'organe de contrôle supérieur. A titre d'exemple : L'article 5 du code fédéral n°6 de l'année 1985 relatif aux banques, institutions financière et sociétés d'investissements islamiques aux Emirats arabes unis stipule : « La formation d'instances supérieures d'éléments charaiques, juridiques et bancaires et la définition de ces missions de contrôle supérieur, et les opinions émises revêtent un caractère obligatoire et relève du ministère des affaires islamiques. » alors que l'article 6 affirme clairement : « la précision dans le contrat de création et dans le règlement intérieur la création d'une instance de contrôle charaique dont le mécanisme de création et le mode de fonctionnement et les spécialités sont définis. Les noms des membres sont proposés à l'instance pour accord avant la publication du rapport de constitution. »

⁵³⁹ Rapport Annuel 1982 P.21

Le travail de certains organes de contrôle charaique se limite à la révision de la conformité charaique du budget, des opérations et projets de la banque comme c'est pour le cas dans la banque islamique Al Faycal au Bahrayn⁵⁴⁰.

Certains organes charaiques interviennent dans les commissions d'investissement au sein de la banque et se chargent de missions exécutives, et l'un des rapports indique : «... Le rôle de la direction (la direction des Fatoua et des recherches avec ses services : Charaique, juridique et économiques) ne se limite pas au contrôle du travail d'investissement dans les commissions d'investissements mais continue d'examiner étroitement l'exécution des opérations d'investissements... »⁵⁴¹.

II-1-2 Les organes de contrôle charaique dans les législations comparées

a- Législation en vigueur

Certes, la loi en tant que baromètre est une question globale qui s'applique à toutes les composantes et organise les relations aussi bien pour les personnes que pour les fonds monétaires. Le besoin se fait sentir quant à l'importance d'accorder l'intérêt à ce qui améliore la société et organise le cadre des activités ce qui incite à l'existence de législation organisant le travail de la banque islamique de manières générales à travers lesquels on procède aux traitements et à l'examen de toutes les problématiques relatives à l'activité financières et bancaires islamiques⁵⁴².

⁵⁴⁰ Rapport Annuel 1987 P.21

⁵⁴¹ Rapport Emis par la banque de solidarité soudanaise 1984

⁵⁴² Voir : « Le système bancaire islamique ; guide à l'intention des petites et moyennes entreprises », centre du commerce international, Genève 2009, ITC, Palais des Nations, 1211 Genève 10, Suisse, ISBN 978-92-9137-385-7

Le regroupement de tous ces principes dans un code relatif à la question bancaire islamique est un apport indéniable car il permet d'arrêter ces principes, faciliter leurs exploitations, unifier les principes juridiques, faciliter le règlement des litiges, faciliter l'exploitation par tout le monde de la codification, faciliter la transmission du message et de son contenu tout en ouvrant la voie aux chercheurs, économistes, juristes et charaïques. La base de la codification réside dans son caractère obligatoire avec toutes les pénalités imposées en cas d'infractions.

Les textes des articles définissent les compétences des structures des services de la banque islamique dont les instances de contrôle charaïque considérées comme une des composantes ou de l'institution financière islamique et ce en plus de la planification de l'organisation et de l'orientation.

Les législations bancaires islamiques définissent le contrôle charaïque pour ce qui a trait sa constitution et son mécanisme, ses spécialités, sa position hiérarchique, son indépendance, la force obligatoire de ces décisions, la rémunération de ses membres et la responsabilité civile et pénale de l'instance charaïque. L'examen des lois et législations des banques islamiques en vigueur dans certains pays islamiques, on trouve dans un ordre chronologique :

- a- Loi n°66 de l'année 1971 relative à la création d'une instance générale « banque sociale Naceur ».
- b- Loi n°28 de l'année 1977 relative à la création de la banque islamique égyptienne Al Faycal
- c- Loi des banques islamiques n° 276 de l'année 1983 en Malaisie.
- d- Loi fédérale n°6 de l'année 1985 relative aux banques et institutions financière et sociétés d'investissements islamiques aux Emirats Arabes Unis
- e- Loi organisant le travail bancaire au Soudan, Année 1991

- f- Loi n°21 de l'année 1996, relative aux banques islamiques au Yémen
- g- Loi des banques n°28 de l'année 2000 en Jordanie
- h- Loi n°30 de l'année 2003, avec ajout d'une section relative aux banques islamiques de la loi n°23 de l'année 1968 relative à la monnaie et la banque centrale du Kuwait et l'organisation de la profession bancaire
- i- Loi n°575 de l'année 2004 relative à la création de banques islamiques au Liban
- j- Décret n°18112 de l'année 1983 et décret n°70 relatifs à la création des banques et décret n° (83/7506) de l'année 1983 relatif à la création des caisses monétaires spéciales en Turquie⁵⁴³

On peut dire que ces lois et législations publiées sur la question bancaire islamique se rapprochent quant à certains contenus et diffèrent par ailleurs, à l'image de la ressemblance des législations précitées concernant la définition de la banque ou de l'institution financière islamique où on trouve que la loi organisant le travail bancaire pour l'année 1991 au Soudan stipule dans son article que : « la banque renvoie à toutes sociétés enregistrées sous le code des sociétés de l'année 1925 et exerçant le l'activité bancaire ou une partie de cette activité au Soudan où toute banque créée par la loi. L'institution financière renvoie à toutes société d'investissement financier ou toutes société créée à des fins d'investissement et exerçant l'une des activités bancaire. »

Similairement le code des banques jordanien n°28 de l'année 2000 définit la banque islamique dans son article 2 en tant que : « une société habilitée à exercer des activités bancaires conformes à la Charia islamique et ses fondements et tout autres activités conformément aux dispositions de cette loi. »

⁵⁴³ Abd El hamid el Baali (loi et législation bancaire islamique) études comparées recherches publiées P.17

Le droit malaisien n°276 de l'année 1983 définit les banques islamiques dans son article 2 comme étant : Une société exerçant une activité bancaire islamique avec une autorisation légale. » Il y a lieu de souligner que cette loi Malaisienne est considérée comme la première loi définissant les banques islamique⁵⁴⁴.

Il y a lieu de se demander dans ce contexte si les législations et lois antérieures avaient inclus toutes les dispositions relatives aux fondements et objets des organes de contrôle charaique de manière exhaustive et suffisante.

b- Fondements de la formation des organes de contrôle

Pour répondre à cette question, nous pouvons dire qu'après examen de ces législations d'un point de vue juridique, que nous aboutissons au fait qu'il n'y ait pas d'unanimité quant à la définition et prise en compte des piliers fondateurs des organes de contrôle charaique et qui sont :

- a- Principe d'indépendance de l'organe de contrôle charaique et ce qui implique en terme de pouvoir de nomination et de licenciement
- b- La formation des membres des instances de contrôle
- c- Les spécialités, missions et responsabilités de l'organe de contrôle charaique
- d- La position juridique de l'organe dans l'organigramme de la banque
- e- La définition de l'organe de contrôle charaique et de ses types
- f- L'arbitrage lors des litiges.

Nous estimons que le traitement des dispositions relatives à l'activité des instances de contrôle varie selon les législations. Par exemple en ce qui concerne le principe

⁵⁴⁴ Op.Cit P.47

d'indépendance on trouve que certaines législations expriment clairement la force obligatoire des décisions émises par les organes, comme le texte de loi n°58 du code des banques n°28 de l'année 2000, dans la législation jordanienne qui spécifie l'instance, ses membres, le caractère obligatoire de ses recommandations, ses missions, ses réunions et les conditions de dissolution de l'instance et de ses membres, tout en informant la banque centrale.

Dans le même ordre d'idée le législateur émirati indique dans son article 5 du droit fédéral n°6 de l'année 1985, la composition de l'instance supérieure charaïque par les membres charaïques, juridiques et bancaires ainsi que la précision de ses missions de contrôle et ses recommandations sont à force obligatoire et sont affilié au ministère des affaires islamiques. Le législateur émirati ne s'est pas contenté de la formation d'une instance assurant une mission de contrôle mais affirme dans le même code, dans l'article n°6, la nécessité de préciser dans le contrat de constitution le mécanisme de formation d'instance, son mode de travail, ses spécialités et les noms des membres sont présentés à l'instance supérieure pour accord avant la publication de la décision de constitution.

Il est à noter qu'en cas de différends, les instances de contrôle charaïque aux Emirats et au Kuwait reviennent aux ministères des affaires islamiques et Awkafs. Le texte n°6 du droit fédéral n°6 précise cette idée de l'affiliation de l'instance au ministère des affaires islamiques et des Awkafs.

II-2 Etudes de certains contenus de législations et de lois relatives aux banques et aux institutions financières islamiques

Une analyse et un examen juridique sont nécessaires aux traitements de différents aspects des législations publiées concernant les banques et les sociétés d'investissement islamiques. Il faut notamment examiner les contenus des articles

des articles organisant les activités des organes charaiques qui occupent une place importante dans l'organigramme de ces institutions et banques islamiques⁵⁴⁵ tant dans les pays du Golfe que dans d'autres places islamiques.

II-2-1 Législations des pays du golfe

a- La banque islamique égyptienne Al Faycal

La banque islamique saoudienne Al Faycal implantée en Egypte est créée en vertu de la loi n°28 de l'année 1977 et par un texte de 21 lois. Ce texte a évoqué les points suivants :

Les articles 1 et 2 évoquent la constitution d'une société de participation égyptienne appelée banque islamique Al Faycal et la raison de la création. L'article 3 explique que la raison d'être de la banque et la conformité de toutes les transactions et activités bancaires aux principes et normes de la Charia et la précision de l'existence d'une instance de contrôle charaique et le code confie la précision du mécanisme de constitution de l'instance et ses champs de compétences aux règlements de la banque. Les articles 4, 5, 6 et 7 évoquent ; Le siège sociale, les agences, le capital social, son augmentation et la monnaie utilisée.

Les articles 8 et 9 indiquent que la banque est une personne morale. L'article 10 précise que la banque n'est pas soumise aux lois organisant le contrôle sur les banques pour ce qui est de ces opérations effectuées en monnaie locale. Pour ce qui est de l'exonération des impôts et frais (article annulé) et la non soumission de la banque aux codes de contrôle sauf mention explicite dans l'article 10. Pour ce qui est de la confidentialité des comptes, les employés de la banque ont été exclus

⁵⁴⁵ Voir : Abdelkader Bessedik : « Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman ». Law. Université Paris-Est Créteil, 2013. Disponible à <https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-00986353/document>

des codes de travail, d'emploi, des salaires, des primes, des pensions et autres, faisant l'objet d'un code spécial publié par le conseil d'administration. Les fondateurs et les actionnaires n'ont pas le droit de transférer de leurs parts dans le capital à l'étranger tant que la banque existe. Il est permis de transférer les gains des actionnaires en monnaies libres de même pour les dépositaires, les utilisateurs de monnaies libres et les employés autres que les ressortissants égyptiens dans la limite de leurs paies. Tout ceci avait été traité dans les articles 11, 12, 13, 14 et 15

Les articles 16, 17, 18, 19 et 20 avaient traité les points suivants : L'import d'appareils électroniques, la durée d'existence de la banque, l'arbitrage des différends entre les actionnaires et la possibilité de rectifier le règlement intérieur et sa publication par ministre des Awkafs.

b- Banques islamiques des Emirats Arabes Unis

1- Examen des lois bancaires islamiques de la loi fédérale n°6 des Emirats Arabes Unis de l'année 1985 et le code organisant l'activité bancaire soudanaise et le code des banques islamiques dans la république du Yémen⁵⁴⁶.

a- Loi fédérale n°6 de l'année 1985 : La loi fédérale n°6 de l'année 1985 relative aux banques, institutions financières et sociétés d'investissements islamiques aux Emirats Arabes Unis, est une loi qui se distingue par l'exhaustivité du code des banques, institutions financières et sociétés d'investissement islamiques. Cet élément est, à notre sens, très important ; l'idée étant d'élargir la portée des législations pour inclure tout ce qui précède. De plus cette loi se distingue par la formation d'une instance supérieure charaïque par des éléments charaïques, juridiques et bancaires et dont leurs recommandations sont à caractères obligatoires, et dont la mission la mission est la surveillance.

Cette distinction doit être garantie dans tous les codes et législations relatifs aux banques, institutions financières et société d'investissement islamique. En effet, le contrôle charaïque bénéficie aux actionnaires, aux dépositaires et à tous les partenaires de la banque et institutions financières islamique, en plus de son rôle charaïque⁵⁴⁷.

Le code fédéral inclut dix articles comme suit :

Les deux premiers articles du code incluent une définition des banques, des institutions financières et des sociétés d'investissement dont les contrats de constitutions et règlement intérieur incluent un engagement de l'application des dispositions de la Charia.

⁵⁴⁶ Op.Cit P.29-36

⁵⁴⁷ Mohamed Al Katan : la surveillance charaïque dans les sociétés de production de services financiers islamique Op.Cit P.70

De même, l'article 2 comporte les champs d'application, la forme juridique, l'autorisation, la surveillance et l'inspection selon les normes. Les articles 3 et 4 viennent préciser les activités et services offerts par ces banques, institutions financières et sociétés d'investissements, et l'article 4 du même code présente des exceptions aux lois en vigueur.

Les articles 5 et 6 du code fédéral se distinguent en organisant le travail de contrôle charaique. En effet, l'article 5 évoque la constitution d'une instance supérieure charaique par des éléments charaiques, juridiques et bancaires et la précision de ses activités.

Sa recommandation est à caractère obligatoire et elle est annexée au ministère des affaires islamiques et Awkaf. A notre sens, la constitution d'une instance supérieure chargée de la supervision des organes de contrôle charaique dans les banques, institutions financières et sociétés d'investissement est une bonne chose qui permet d'arrêter les pratiques bancaires islamiques et de renforcer leurs rôles, surtout que le législateur Emirati indique que la constitution de l'instance par des éléments charaiques juridiques et bancaires aident à renforcer le principe de transparence en précisant le taux des pratiques charaiques de celle qui ne le sont pas.

L'article n°6 indique qu'il faut préciser dans le contrat de constitution et dans le règlement interne, la formation d'une instance de contrôle charaique dont le mécanisme de constitution et le mode de travail ainsi que les champs de compétences sont précisés. Les noms des membres de l'instance du contrôle charaique sont présentés à l'instance supérieure pour accord.

En ce qui concerne le rôle du service comptable, ce dernier ne se limite pas au contrôle à posteriori de ces institutions, en ce qui concerne la régularisation des situations, cela est indiqué dans les articles 7 et 8

II-2-2 Autres législations islamiques

Nous Examinons ici les lois bancaires islamiques des banques : Banque sociale Naceur, le code des banques islamiques Malaisiennes⁵⁴⁸ et le cas des banques islamiques soudanaises.

a- Banque islamique égyptienne Al Faycal

La Banque sociale Naceur fut créée en vertu de la Loi n°66 de l'année 1971 qui porte création de la banque et représente une instance générale en Egypte. Le code comporte 18 articles qui évoquent les points suivants :

L'article 1 précise le nom de l'instance, l'article 2 son objet, l'article 3 la nature de l'activité bancaire islamique qui implique le non recours aux intérêts, l'article 4, le recours de l'instance à des organes de l'Etat pour réaliser ses objectifs et ce code fixe le capital de la banque par l'article 5 alors que l'article 6 en précise la provenance de ce capital. En ce qui concerne la composition du conseil d'administration, ses champs de compétences et la portée de ses décisions, les articles 7, 8 et 9 avaient traité ces points.

En ce qui concerne la balance et l'exonération des frais et impôts, la non soumission de l'instance aux codes des banques et des assurances n°163 de l'année 1957 ainsi que les lois appliqués aux employés, tout ceci a fait l'objet des articles 10, 11, 12, 13 et 14. L'article 15 précise que la banque remplace le fond d'aide aux étudiants des universités et instituts supérieurs. L'article n° 16 précise que la liste exécutive de ce code est publiée par une décision du ministre de la trésorerie

⁵⁴⁸ Abd El Hamid Al Baali loi et législation bancaires islamiques. Op.Cit P. 18-24

b- Cas de la Malaisie, du Soudan et du Yemen

- Code des banques islamiques malaisiennes n°276 de l'année 1983 :

Le code des banques islamiques malaisien n°276 de l'année 1983, se distingue en évoquant plusieurs questions relatives à l'exercice de l'activité bancaire islamique et le code comporte 60 articles répartis sur 7 parties selon ce qui suit :

Partie 1 : comporte des dispositions préliminaires qui incluent la définition du code, la date de son entrée en vigueur, ses explications et clarification et ses termes. Cela fait l'objet des deux premiers articles

Partie 2 : relative aux mécanismes d'exercice de l'activité bancaire et islamique selon l'autorisation légale, le pouvoir du ministre de modifier et de résilier les conditions d'octroi de permis d'autorisation, les cas de l'impossibilité d'octroi de cette autorisation, l'explication du mécanisme d'octroi d'autorisation aux banques étrangères, l'ouverture de nouvelle agences, les frais d'autorisation, le retrait de l'autorisation et son impact et la publication de la liste des banques islamiques. Toute cette partie est traitée dans des articles de 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13

Partie 3 : Explique les exigences financières des banques islamiques comme le réserves obligatoires, la conservation d'une partie du capital, le taux de liquidité, le commissaire aux comptes et son rapport du budget, les statistiques et rapports fournis par la banque islamique à la banque centrale et les agences étrangères. Tout ceci est traité dans les articles 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20

Partie 4 : Relative à la propriété au contrôle et à la gestion des banques islamiques au moyen des rapports et informations renseignant sur le changement de la direction des banques, la réorganisation et la destitution du conseil d'administration et des employés et ceux dans les articles 21, 22, 23

Partie 5 : Traite des conditions imposés à l'exercice des activités dont la distribution des bénéfices, l'octroi de prêts et de facilités, l'interdiction de prêts aux membres du conseil d'administration des responsables et employés, de même les conditions imposés sur les bourses de crédit à l'agent et les facilités aux membres du conseil d'administration et de conditionner la facilité de crédits pour le financement de l'achat d'action. Tout cela dans les articles 24, 25, 26, 27, 28, 29 et 30

Partie 6 : Relative au contrôle exercé sur les banques islamiques qui inclut les autorités d'inspections des banques, la consultation des documents bancaires et le contrôle par la banque centrale de la banque islamique et la suspension juridique de l'activité de la banque islamique et autres aspects relatifs au contrôle et qui sont traités dans les articles 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37 , 38, 39, 40, 41, 42, 43

Partie 7 : Relative aux dispositions générales de ce code comme les sanctions des membres du conseil, les crimes de société, l'accord du procureur général pour porter plaintes, les congés des banques et l'application d'autres lois avec la primauté du code de la banque, le ministre spécialiste faisant exception, et autres questions. Tout cela à été traité dans les articles 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59 et 60.

- Code organisant le travail bancaire au Soudan de l'année 1991

Le législateur soudanais suit le code des banques islamiques Malaisiens n°276 de l'année 1983 en ce qui concerne l'organisation du travail bancaire islamique. Le code est réparti en 7 parties renfermant 51 articles comme suit :

Partie 1 : comporte des dispositions préliminaires qui incluent la définition du code, la date de son entrée en vigueur, ses explications et clarifications et ses termes. Cela fait l'objet des articles 1, 2, 3 et 4

Partie 2 : Elle est relative à l'autorisation de constitution des banques, leur supervision et contrôle, l'annulation de l'autorisation, l'ouverture d'agence, le changement des locaux ou leurs fermetures. Toute cette partie est traitée dans des articles 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 et 14

Partie 3 : Explique les exigences financières des banques islamiques comme les réserves obligatoires, le taux de prêt et de facilité, la conservation d'une partie du capital, le taux de financement des banques et les acquisitions immobilières. Tout ceci est traité dans les articles 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 et 23

Partie 4 : couvre le compte annuel la révision des comptes et du budget, la publication et la présentation du budget, les données mensuels et la possibilité d'exiger d'autres données, la fixation des dates de présentation des informations et des données selon les articles 24, 25, 26, 27, 28, 29 et 30

Partie 5 : Inclut l'inspection des banques et ce qui en découle dans les articles 31 et 32

Partie 6 : Relative au contrôle exercé sur les directions banques et leurs activités qui inclut le contrôle de la direction des banques publiques et privées et le contrôle des institutions financières ainsi que le contrôle des opérations bancaires. Tous ces points sont traités dans les articles 33, 34, 35 et 36

Partie 7 : Relative aux dispositions générales de ce code comme l'arrêt des activités bancaires, l'autorité des publications des recommandations, la liquidations des banques et la personne en charge de la liquidation, la gestion de l'existant, du directeur général, la destruction, les congés de banques, la confidentialité, l'union des banques et les sanctions, l'autorité de publication des listes qui relèvent de la compétence du gouverneur de la banque du Soudan. Tout

cela à été traité dans les articles 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50 et 51⁵⁴⁹.

- Le code des banques islamiques au Yémén

La loi numéro 21 de l'année 1996 relative aux banques islamiques dans la république du Yemen comporte 28 articles répartis sur 3 chapitres comme suit :

- Chapitre 1 : Comporte des dispositions préliminaires incluant la nomination, les définitions et termes, la constitution, la personnalité morale, les agences, la modification intérieure des banques qui désirent exercer une activité bancaire islamique, selon les articles 1, 2, 3.
- Chapitre 2 : Couvre les objectifs de l'activité bancaire islamique des activités de financement et d'investissement qu'exercent ces banques selon les articles 4 et 5.
- Chapitre 3 : Relatif au capital ; son montant, les actionnaires, la réserve légale selon les articles 6 et 7
- Chapitre 4 : relatif aux conditions de travail comme le protocole bancaire, les normes de travaux, les normes régulatrices, l'unité de contrôle de la banque centrale, les limites de financement, les réserves de la banque centrale, les limites des commissions sur les services offerts par la banque islamique et l'interdiction à l'actionnaire d'emprunter sans garanties autre que sa réputation et ce selon les articles 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15
- Chapitre 5 : Relatif aux organes ; l'association publique et ses prérogatives, l'instance de contrôle charaique, le nombre des membres, leurs fonctions et le règlement de base qui fixe leur élection, leurs rémunérations, leurs spécialités ainsi que leur apport annuel, selon les articles 16 et 17
- Chapitre 6 : Relatif au budget, les comptes de clôture et les bénéfices, comme la tenue des comptes de la banque et son budget annuel et le calcul

⁵⁴⁹ Abd El Hamid Baali : Lois et législations bancaires et islamiques Op.Cit P.31-35

des bénéfices et des pertes et la tenue des registres selon les articles 18 et 19.

- Chapitre 7 : Relatif à la liquidation de la banque, où l'article 20 précise le comportement à l'égard des dépositaires et actionnaires lors de la liquidation.
- Chapitre 8 : Comporte les dispositions finales comme l'autorisation de la banque islamique, son règlement, son contrôle et les sanctions en cas d'infractions, les avantages et exonérations accordés par la loi de l'investissement, l'explication de la loi et son respect, selon les articles 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 et 28.

Il y a lieu de dire que les législations et lois relatives aux banques et aux institutions financières islamiques représentent une lecture des principales lois et dispositions en la matière. Elle constitue le point de départ des activités financières islamiques. Par ailleurs, il y a d'autres législations comme la loi des banques numéro 28 de l'année 2000 en Jordanie, la loi numéro 30 de l'année 2003, en ajoutant une section réservée aux banques islamiques au chapitre 3 de la loi numéro 23 de l'année 1968 et qui est relative à la monnaie et la banque centrale du Kuwait organisant la profession bancaire, ainsi que la loi numéro 575 de l'année 2004 relative à la création des banques islamiques au Liban et le décret numéro 18112 de l'année 1983 et le décret 70 relatif à la création des banques et le décret 83/7506 de l'année 1983 relatif à la création des centres financiers privés en Turquie.

c- Propositions de formulation de textes et lois

Il faut souligner que les législations et les lois organisant l'activité bancaire et financière islamique doivent indiquer les limites des législations actuelles en les modifiant, en ajoutant des articles de lois ou en formulant efficacement les législations et lois futures, et ce, en ajoutant certains éléments qui doivent figurer

dans toutes lois organisant le travail bancaire islamique⁵⁵⁰ et qui seraient les suivants :

1. Mentionner explicitement l'indépendance de l'organe de contrôle charaïque au sein de la banque ou de l'institution financière islamique
2. La constitution d'une instance supérieure de contrôle charaïque qui a pour mission la haute surveillance des produits et des Fatwas autorisés par les organes de contrôle charaïque au sein de la banque ou de l'institution financière islamique, l'arbitrage lors des différends entre les organes de contrôle charaïque et les administration des banques et institutions financières islamiques, ainsi que les litiges entre ces derniers lors des différends relatifs aux produits autorisés par les organes de contrôle au sein de la banque ou de l'institution financière islamique.
3. La nécessité de répertorier les différents thèmes de la législation
4. La nécessité d'inclure dans ces législations des sections traitant le mécanisme de détermination des responsabilités, tout en incluant les sanctions éventuelles en cas de non respect des engagements de chacun
5. Inclure des textes précisant les procédures de transitions vers une activité bancaire islamique, tout en encourageant leur déroulement
6. L'ajout d'articles précisant les règles de la gestion de la banque islamique, le mécanisme de nomination et de destitution ainsi que les qualifications requises
7. Inclure des dispositions préliminaires comme la dénomination de l'entreprise, ses objectifs et objets, l'autorisation accordée, les procédures et les conditions
8. Ajout de sections détaillant les fonds de l'institution financière islamique comme le capital, les réserves et les dépôts

⁵⁵⁰ Voir : Fady Nammour « droit bancaire », compte d'auteur, 2012, disponible à <http://droit2.ul.edu.lb/fdroit2/polycops/course/fadi%20nammour/fnb3/fnp1.pdf>

9. Souligner la nécessité de déclarer le pourcentage des transactions charaique des clients
10. La nécessité de souligner la confidentialité, la précision des mécanismes de contrôle, de supervision et d'inspection par les autorités monétaires.

Ainsi en parlant des législations et lois relatives à l'activité bancaire islamique, aux institutions financières et aux sociétés d'investissement islamique et plus particulièrement relatives à l'organisation des activités des organes de contrôle charaique, l'idée centrale est de souligner l'indépendance de ses organes par rapport aux directions des banques et institutions tout en mieux détaillant le pourcentage des transactions charaiques par rapport aux autres transactions et de le déclarer à l'ensemble des clients.

Les législations et lois précités différent quant à la place accordée aux organes contrôle charaique dans l'organigramme des institutions financière ce qui devrait inciter, à notre sens, les pays concernés à l'élaboration de lois relatives à l'organisation des activités des organes de contrôle charaique, surtout qu'à ce jour, il n'y a pas de législations qui lui sont consacrées malgré la demande de l'instauration de caractère obligatoire des décisions émises par ces organes et l'insistance sur leur indépendance.

Les lois relatives à l'organisation des activités de l'organe de contrôle charaique concerneraient plus la formation de l'organe, sa position dans la hiérarchie, les conditions de nominations des membres, leurs calcifications charaiques juridiques et bancaires, l'autorité de nomination et de destitution, les composantes administratives des services des organes de contrôle charaique, les rémunérations accordés aux membres et employés, le mécanisme de publication des rapports par ces organes, la concentration sur la détermination des obligations de l'organe de contrôle charaique, ses responsabilités, la force obligatoire de ses décisions, ainsi que les autres missions de l'organe comme l'arbitrage lors des litiges entre les

clients de la direction de la banque et la formation d'un organe de haute surveillance qui supervise les organes de contrôle charaique répandus dans les banque et institutions financières du pays.

Section 2 Modèle de qualification juridique de la responsabilité contractuelle découlant de l'utilisation de la carte de crédit

La responsabilité contractuelle se reflète clairement lors du non respect des engagements explicitement mentionnés dans le contrat conclu entre les parties ce qui donne le droit à la partie lésée des dédommagements. Etant donné que les parties contractantes pour la carte de crédit sont au nombre de trois (la banque émettrice, le titulaire de la carte de crédit et le commerçant) nous nous devons de qualifier les relations naissant de l'utilisation de la carte de crédit d'un point de vue juridique tout en étayant les obligations de chacun ainsi que les implications de tout manquement.

Ainsi cette section, est répartie comme suit :

I- Qualification de la relation entre la banque émettrice, le titulaire de la carte de crédit et le commerçant

II- Le non respect des engagements contractuels par les membres du contrat de la carte de crédit

I- Qualification de la relation entre la banque émettrice, le titulaire de la carte de crédit et le commerçant

I-1 La relation entre la banque émettrice, le titulaire de la carte de crédit et la relation entre la banque émettrice et le commerçant

I-1-1 La qualification de la relation entre la banque émettrice et le titulaire de la carte de crédit, selon trois avis :

a- Premier avis

Selon les partisans de ce premier avis dans le chef de file est le professeur Chabrier⁵⁵¹, le titulaire de la carte s'engage à rembourser les dus et la banque s'engage à rembourser le commerçant, selon les termes du contrat de crédit. Cette obligation naît lors de la fourniture du service qui revêt deux formes :

- Le titulaire de la carte peut du fait de l'accord conclu entre le commerçant et l'émetteur, procéder aux achats sans paiement immédiat, ce qui représente la première forme de crédit.

- Le crédit offert au titulaire de la carte par la banque souligne le caractère différé de l'opération. Du temps s'écoule entre le paiement par la banque au commerçant et le remboursement des dus par le titulaire de la carte, ce délai trouve sa raison dans l'accord conclu entre le titulaire de la carte et l'émetteur⁵⁵² dans lequel la banque s'engage de mettre à la disposition du client directement ou indirectement un instrument de crédit dans la limite d'un montant convenu, pour une période précisée ou non, en contre partie d'une commission payée par le client. Cet instrument est la carte à utiliser dans la limite d'un montant donné et qui constitue le plafond autorisé pour une période déterminée ou non.

⁵⁵¹ Kiléni Mahmoud « Règlement juridique des cartes de fidélités et de garanties » P.707-709 Dar Al nahdha Al Arabia, le Caire, 1998

⁵⁵² D. Abd El Hakim Othman, Op.Cit, P.249

Cet avis est critiquable dans la mesure où :

Premièrement : Le contrat d'ouverture d'un compte de dépôt, même s'il souligne la relation entre la banque émettrice et le titulaire de la carte, ne s'applique pas aux cartes de débits toutes catégories confondues, quelles soient à paiement immédiat ou différé. L'élément essentiel étant le temps.

Deuxièmement : La carte est émise en France comme étant une carte de débit et elle le reste tant que le dû du titulaire de la carte et le paiement effectif, ne se fait pas dans les 3 mois, échéance limite qui qualifie le crédit. Si la période est inférieure à 3 mois c'est juste une facilité offerte par la carte. Le dépôt permanent ou renouvelable se fait durant les 3 mois, dans ce cas, il y a un crédit de la banque au titulaire de la carte dans les termes sont précisés dans le contrat lors de l'émission de la carte

Troisièmement : Le crédit a lieu entre la banque émettrice et le titulaire de la carte et ne concerne pas le commerçant. L'opération de vente est considérée immédiate pour ce dernier indépendamment du caractère immédiat ou de crédit entre la banque et son client⁵⁵³

b- Deuxième avis

La plupart des juristes français et à leur tête Martin, confirment que ce qu'il lie le titulaire de la carte à l'émetteur est une relation de procuration⁵⁵⁴. L'émetteur, mandaté par le titulaire de la carte rembourse le montant des achats des biens et services effectués par son mandant auprès du commerçant, et demande par la suite le titulaire de la carte de le rembourser.

Les partisans de la première opinion peuvent s'opposer à ce deuxième avis, partant de la réversibilité de la procuration.

⁵⁵³ Op.Cit, P.252-253

⁵⁵⁴ Kiléni Mahmoud, Op.cit P.708-711

Un reproche peut notamment être adressé aux partisans de cette deuxième position, et est relatif au fait que la qualification est basée sur l'idée de blanc-seing qui peut de ce fait être rompu à tout moment, selon ce que la loi française stipule en précisant dans l'article (2004) : « Le mandant peut à tout moment résilier sa procuration ».

L'article (2003) du code civil français vient préciser que la destitution est l'une des causes de la fin de la procuration.

Par ailleurs, même si la procuration pour le remboursement présente d'innombrables avantages pour la résolution des problèmes juridiques qui naissent de l'utilisation de la carte, cette qualification ne prend pas en considération l'engagement essentiel découlant du contrat conclu entre la banque émettrice et le commerçant, et qui est un engagement de garantie.

c- Troisième avis

La troisième position réside dans la tentative de réunir la procuration et l'ouverture de dépôt lors de la qualification de la relation entre la banque émettrice et le titulaire de la carte de crédit⁵⁵⁵ parce que la qualification de la relation sur la base de la procuration engendre une perte de confiance par rapport aux cartes parce que le titulaire de la carte n'est explicitement engagé à ce que l'émetteur ayant ouvert le compte de dépôt rembourse ; et le compte a été utilisé par le titulaire pour l'achat auprès du commerçant et la, seulement, intervient la procuration pour le remboursement du commerçant. A ce stade, il y a lieu de répartir la question sur deux phases (le remboursement par la banque au profit du commerçant se fait sur la base de la procuration par le titulaire, alors que l'engagement de ce dernier à rembourser ce que la banque débourse aux commerçants se fait sur la base du contrat conclu entre la banque et le titulaire de la carte).

⁵⁵⁵ Abdel Hakim Othman « Les principes de la carte de crédit », p.255, Dar al Fikr Al Jamii, Alexandrie, 2007

Une pareille qualification permet de clarifier l'idée de la dette entre la banque et le titulaire de la carte en tant qu'instrument de sécurité du système comme elle explique l'incapacité du titulaire de faire subir à l'émetteur le paiement qui découle de la relation entre le titulaire de la carte et le commerçant parce que cette relation prend fin au moment du remboursement de la dette sur la base de la procuration effectuée par la titulaire de la carte à la banque et qui stipule le remboursement au commerçant de la valeur des achats du titulaire de la carte.

I-1-2 Les conditions de conclusion de contrat entre la banque émettrice et le titulaire de la carte de crédit

Pour conclure le contrat, certaines conditions doivent être satisfaites comme l'accord, l'aptitude, l'objet et l'objectif.

a- Accord et aptitudes des deux parties

L'examen du dossier et de la demande et la signature par le demandeur font office de preuves claires de son accord. Par ailleurs l'accord de la banque émettrice est une preuve claire de son acceptation. Il y a donc accord entre les deux parties.⁵⁵⁶

L'émetteur présente son accord déclarant l'octroi de la carte de crédit au demandeur selon des conditions explicitées dans le dossier de la demande, et quand toutes les conditions sont réunies et conformes aux déclarations du demandeur, la banque ne peut pas refuser l'octroi de la carte, plus encore la personne à qui on refuse le droit à la carte alors que les conditions sont réunies, peut poursuivre la banque et demander dédommagement, dans le montant peut atteindre 10 000 dollars, et en cas de gain de cause le tribunal ajoute les frais de l'avocat et du tribunal au dédommagement⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ Pierre Tobia « les cartes de dépôt et les relations juridiques qui en découlent » P.43, publication Al Halbi, Liban, 2000

⁵⁵⁷ Ons Olbi « Règlement juridique des cartes de dépôt » P.68 publication Al Halbi, Liban, 2005

Ainsi tout manquement aux conditions convenues de la part de l'une des parties du contrat ; la banque ou le client, confère-t-il à la partie lésée le droit au dédommagement⁵⁵⁸. L'article 1602 du droit fédéral Américain relatif à la transparence des prêts stipule que (la récupération de la carte ou sa signature ou son utilisation ou l'autorisation de son utilisation par autrui en vue de se procurer de l'argent est considéré comme une acceptation de la part du titulaire). L'article 11 du code des transactions électroniques saoudien élargit le champ des critères qui signifient l'accord des deux parties :

1. « Le contrat peut être conclu à travers des systèmes de données électroniques, automatiques ou directement entre deux systèmes de données électroniques ou plus préprogrammés pour l'exécution de pareilles tâches en tant que représentants des parties au contrat, et le contrat est jugé conforme prenant effet malgré l'intervention directe de n'importe quelle personne physique dans l'opération de conclusion du contrat.

2- Il est possible que le contrat ait lieu entre un système de données électroniques automatiques et une personne physique si cette dernière sait – ou est censée savoir- qu'elle traite avec un système automatique qui se chargera de la conclusion du contrat ou son exécution»

Le candidat ou le titulaire de la carte de crédit doit être complètement apte étant donné l'importance des engagements lors de l'utilisation de ces cartes⁵⁵⁹ .

Nous pensons que cette condition, entre autres conditions essentielles pour la conclusion du contrat, fût négligée par le législateur saoudien dans le système des transactions électroniques, tout en admettant la non validité du contrat sans la satisfaction de ses conditions.

⁵⁵⁸Verdict de la cour de cassation 27/6/19960 – appel 562 de l'année 1957. Selon Ibrahim Said Ahmed « Protection Charaique civile et pénale des cartes de paiement électronique et des cartes de crédit » P.22, Al dar Al Jémii, 2005

⁵⁵⁹ Pierre Tobia « La carte de dépôt Op.Cit P.43

Le législateur saoudien avait cependant donné le droit à tous ceux qui désirent procéder à une opération électronique de poser des conditions supplémentaires qui lui sont propres afin d'accepter les transactions et les signatures électroniques sans mentionner la non validité du contrat qui ne satisfait pas les conditions obligatoires de sa conclusion, l'article 4 stipule dans ce sens que : « 3- celui qui désire effectuer une transaction électronique peut poser des conditions supplémentaires qui lui sont propres afin d'accepter les transactions et les signatures électroniques, seulement si ses conditions ne contredisent pas les dispositions de ce système ».

Certaines banques et institutions financières précisent dans leurs publications et brochures, les conditions de l'acquisition de la carte de crédit dont : Le demandeur doit être apte, le dossier à télécharger par le demandeur comporte des indications soulignant l'importance de connaître son aptitude et ce à travers les documents requis pour l'octroi de la carte⁵⁶⁰.

Quelque soit la plupart des banques incluent dans le dossier de demande de la carte des offres comme la fameuse offre qui donne le droit au demandeur à des cartes de crédits supplémentaires gratuites pour l'un des membres de la famille ou

⁵⁶⁰ Les banques et institutions financières émettrices de la carte de crédit exigent plusieurs conditions pour son octroi dont les plus importantes sont :

- ❖ Une copie de la carte d'identité nationale/ de résidence
- ❖ Attestation de travail précisant la date de prise de fonction, le revenu mensuel et le titre de la fonction certifiée par la chambre de commerce si le demandeur est dans le secteur privé
- ❖ Une copie de l'immatriculation commerciale pour les hommes d'affaires (valide)
- ❖ Une copie de contrat de travail pour les non saoudiens
- ❖ Une attestation de revenu supplémentaire (si applicable)
- ❖ Déclaration et signature du demandeur et qui comporte le texte suivant : « Je donne mon accord pour fournir à la banque toutes informations ou données qu'on me demande pour ouvrir mon compte et/ou sa révision et/ou sa gestion et je lui permets d'avoir tout ce dont elle a besoin en matière d'informations qui me concernent ou concernent mon compte ou tout autre compte que je possède auprès de la société saoudienne des informations de crédit et/ou la vérification des informations qui me concernent ou concernent mon compte ou tout autre compte que je possède auprès de la société saoudienne des informations de crédit et/ou tout autre demandeur d'informations autorisé par la société de monnaie arabe saoudienne, je certifie avoir lu les conditions et les dispositions de la carte de crédit et avoir compris tout ce qui y a été mentionné et me suis engagé sur la base de ces principes et conditions complétés par tout autre document signé pour la banque à ce sujet ». Des conditions pareilles incluses dans le dossier du client affirme que les banques ou institutions financières essaient de manière directe ou indirecte de juger l'aptitude et l'âge légal du demandeur parce que ces conditions ne sont généralement pas réunis chez une personne inapte.

tous les membres, ce qui nous pousse à nous interroger pourquoi les banques offrent à l'un des membres une carte de crédit alors qu'il est mineur.

La réponse réside peut être dans le fait que la carte de crédit offerte est essentiellement basée sur le contrat conclu entre les parents et les émetteur, et s'il n'y avait pas de contrat entre la personne apte (parent ou tuteur) et l'émetteur aucune carte n'aurait été octroyé au membre de la famille, parce que si le mineur présente une demande sans qu'il n'y ait de tuteur sa demande aurait été refusée. Et si l'octroi avait été possible pour un mineur, aucun contrat n'aurait été conclu sans l'accord d'un juge. En effet, certains contrats apparemment profitables peuvent porter préjudices à une personne inapte qui peut être abusée par son représentant. Il y a lieu de souligner que la banque émettrice doit à son tour être habilitée à conclure des contrats en ce sens qu'elle doit être une banque ou une institution financière autorisée à octroyer des cartes de crédits et cette autorisation d'exercice d'activité diffère d'un pays à un autre. Aux Etats Unis par exemple, les cartes de crédits sont distribuées via les sociétés financières et des banques ou institutions financières comme elles peuvent être émises par des unions de crédits et mêmes certaines équipes de Baseball en offrent⁵⁶¹.

La situation est complètement différente au Royaume d'Arabie Saoudite où les instances autorisées à offrir des cartes de crédits sont les caisses ou les banques exerçant leurs activités commerciales au royaume uniquement. C'est pour cela que les caisses avaient effectués de larges campagnes promotionnels ces dernières années, afin d'augmenter le nombre d'abonnés et de clients. Certaines banques vont même à en offrir à leurs clients sans abonnement annuel et d'autres banques

⁵⁶¹ On pourrait déterminer la nature de la société par référence à un texte publié par un législateur américain dans le code fédéral des prêts qui l'a définie comme étant :

- ❖ Caisse locale ou nationale
- ❖ Société locale ou fédérale offrant des services de dépôts et de prêts
- ❖ Caisse de dépôts collectifs
- ❖ Union de crédit locale ou fédérale
- ❖ Toutes autres instances qui ouvre un compte au profit de son client directement ou indirectement »

avaient islamisé le caractère financier de ces cartes qui porte désormais l'appellation carte de crédit islamique au lieu de carte de crédit.

b- Objets du contrat

Les montants sous-jacents à la carte de crédit font l'objet de l'engagement dans le contrat conclu entre la banque émettrice et le titulaire de la carte, l'engagement de la banque se limitant au paiement des coûts générés par les opérations d'achats par la carte offerte⁵⁶².

En contre partie, le titulaire de la carte doit rembourser les montants payés par la banque émettrice de la carte en plus du paiement des frais d'abonnements, frais de services offerts ainsi que tout autre avantage accordé et convenu à l'avance.

d- l'objectif du contrat :

L'objectif essentiel des banques et institutions financières qui offrent les cartes de crédits à leurs clients est celui de trouver une large assise de gain continu. Le nombre d'abonnés en augmentant signifie l'augmentation des gains, des revenus annuels ce qui augmente à son tour l'efficacité et l'activité de cette banque ou institution financière, lui permettant de financer leurs projets d'investissement variés.

Les revenus générés par les opérations de virements et les commissions mettent à la disposition des banques, instances et organisations internationales d'énormes budgets. Cela sans mentionner les larges campagnes publicitaires qui dominent dans plusieurs pays ; il est rare que la marque Visa soit absente de par le monde à tel point que de pareilles enseignes sont difficilement négociables, c'est ainsi que la carte de crédit est une partie intégrante de la culture de certaines sociétés

⁵⁶² Op.Cit P.68

comme la société américaine. Par ailleurs on trouve que le titulaire de la carte cherche à améliorer sa situation financière et subvenir à ses besoins quotidiens.

La carte lui procure une protection contre le vol de son argent liquide et lui permet d'acheter certaines choses dont le prix ne peut être transporté sur soi. On peut dire sommairement que le contrat implique l'adhésion du titulaire de la carte au groupe de la banque émettrice et satisfait toutes les conditions exigées. Nous sommes en face d'un contrat non qualifié et qui est soumis aux dispositions générales du code civil et qui ont été présentées ci-dessus.

Cette qualification est probablement la plus proche de la réalité de la relation entre la banque émettrice et le titulaire de la carte de crédit. Cette relation contractuelle implique des obligations mutuelles selon les conditions citées dans le contrat conclu entre les deux parties et dont les plus importantes sont les suivantes :

c- Les obligations de la banque émettrice :

L'employé de la banque s'engage à examiner les documents présentés dans le dossier du client, à vérifier la carte d'identité nationale, l'attestation de travail qui précise la date de prise de fonction, le revenu mensuel et le titre de la fonction certifiée par la chambre de commerce si le demandeur est dans le secteur privé, tout en vérifiant les papiers indiquant son lieu de résidence⁵⁶³.

L'employé s'engage de respecter la confidentialité des informations personnelles fournis dans le dossier du client, ainsi que la non divulgation des codes confidentiels des comptes du client, sinon la banque encoure une responsabilité.

⁵⁶³ « ...La cour d'appel de Paris avait donné son verdict lors de l'affaire impliquant American Express où la société avait octroyé la carte à une personne non résidente suite à la demande de l'une des banque qui a présenté le client comme étant riche, et qui a découvert par la suite que cette personne était dépenièrè... La cour avait indiqué que la banque et l'émetteur se assumeraient les dégâts équitablement et ce parce que la banque a fournit de fausse informations et l'émetteur ne s'est pas suffisamment renseigné sur le client. Voir D. Kiléni Mahmoud « le système juridique des cartes de débit et de garanties » Op.Cit P. 605

L'article 18 du code des transactions électronique saoudien stipule ; « Il doit préserver – ainsi que tous les employés qui sont sous son autorité- la confidentialité des informations collectés grâce à son activité, abstraction faite des informations que le client consent à divulguer – Par voie écrite ou électronique- ou dans certains cas explicités par le code ».

La banque s'engage à honorer ses engagements auprès des commerçants avec qui les titulaires de la carte de crédit traitent en payant la valeur de leurs achats dans la limite des montants permis, tout en envoyant les relevés et les factures aux titulaires de la carte et le prévenir.

Il y a lieu de signaler que certaines banques incluent dans leurs accords une condition qui implique d'informer ou de livrer aux titulaires de la carte un relevé 4 à 5 jours après l'envoi par l'employé de banque⁵⁶⁴ et il est connu que l'envoi des factures et relevés via la poste est un fait matériel et donc le client peut prouver que les factures ne sont pas parvenues⁵⁶⁵.

Certaines banques émettrices de la carte de crédit indique la nécessité que le client dépose un montant convenu à l'avance à titre de garantie, si ce même client refuse de payer ou s'il dépasse le plafond de crédit autorisé, de ce fait le client ne peut pas refuser de rembourser l'émetteur sous prétexte d'un conflit avec le commerçant.

L'article 57 du décret législatif français publié en 1991 stipule que : « L'ordre ou l'engagement via la carte est non réversible et ne peut faire l'objet d'opposition sauf en cas de perte de la carte, de vol ou de faillite du titulaire ou encore en cas de liquidation juridique ». De plus la loi européenne relative aux règles de conduite en matière de paiement électronique stipule que : « le paiement électronique est

⁵⁶⁴ D. Fayez Radhouane « les cartes de débits » P.164-165, Dar Al Nahdha Al Arabia, le Caire, 1992

⁵⁶⁵ Fida Al Hamoud « L'organisation Juridique des cartes de crédits » P.37 Dar Al Thakafa pour la publication et la distribution, la Jordanie, 1^{ère} édition, 1999

irréversible et l'ordre de paiement que la carte autorise est lui aussi irréversible et tout refus de paiement est interdit ⁵⁶⁶ ».

On peut dire qu'aussi bien le titulaire de la carte de crédit, que la banque émettrice ne peuvent s'opposer au paiement sauf dans certains cas que la loi française précise, dont : la perte de la carte, le vol ou la faillite du titulaire ou encore en cas de liquidation juridique.

Certains pays développés ont le mérite de créer des centres d'informations de crédit⁵⁶⁷ qui visent la vérification de l'authenticité des informations fournies par les clients, la connaissance de leurs revenus mensuels et supplémentaires, l'évaluation de leur capacité à supporter les charges de ses cartes et ce afin d'éviter les problèmes éventuels dont notamment les effets des dettes consécutives. Ces centres préparent des rapports qui incluent les dossiers des demandeurs, exposent le passé de crédit des clients, ce qui permet de découvrir les modes de détournement, d'escroquerie et de falsification et évite aux banques d'être victimes des crimes organisés.

Dans ce sens, il y a lieu de signaler que le Royaume d'Arabie Saoudite est l'un des premiers pays arabes qui a cherché à créer la société saoudienne des informations de crédit sous l'égide de la société de monnaie arabe saoudienne qui œuvre à son tour à collecter les informations de crédit des demandeurs afin de les protéger des opérations de détournement, d'escroquerie et de falsification par les groupes de crime organisé. Par ailleurs cette société offre aux banques émettrices de ses cartes plus de sécurité et de contrôle financier tout en leur épargnant le temps et l'effort requis pour la collecte de ce type d'information surtout avec le nombre croissant des clients. La banque émettrice de la carte de crédit s'engage à payer les

⁵⁶⁶ Pierre Tobia « la carte de dépôt » Op.Cit P.43-44

⁵⁶⁷ Les Etats Unis d'Amérique sont pionniers en matière de création de centres d'informations de crédit, le législateur américain a décrété une loi appelée loi fédérale pour l'information de crédit, en 1970 et qui précise que le demandeur de la carte doit accompagner sa demande d'une autorisation permettant à la banque émettrice d'obtenir son rapport de crédit qui est émis par l'une des agences des informations de crédit. Voir Ons Olbi, Op.Cit p.83

commerçants avec qui le titulaire de la carte s'est engagé et la banque a le droit d'annuler cette carte et de la remplacer tout en informant le client pour qu'il arrête de l'utiliser momentanément et ce à n'importe quel moment et sans justification. Le client s'engage à retourner la carte annulée à la banque tout en réglant son solde dû. Par ailleurs, la banque peut remplacer la carte par une autre après l'avoir récupéré et peut céder ses droits qui en découlent sans obligations d'informer le client ou d'avoir son accord à l'avance⁵⁶⁸

I-2 Les obligations et droits du titulaire de la carte de crédit

I-2-1 Les obligations

a- Domaines des obligations

Le Titulaire de la carte de crédit s'engage en demandant la carte à fournir toutes les informations personnelles et authentiques le concernant, comme le lieu de travail et de résidence, le revenu mensuel et supplémentaire, son état civil, son adresse, sa profession et toutes les informations que l'émetteur de la carte exige.

Ces informations sont très importante pour l'émetteur lors de l'envoi des factures et relevés au titulaire de la carte ainsi lors de l'augmentation du plafond du crédit. Le titulaire de la carte s'engage aussi lors de l'émission de la carte et son renouvellement au paiement d'un abonnement annuel⁵⁶⁹.

Le titulaire de la carte supporte toutes les dépenses, frais ou autres rémunérations financières générés par l'utilisation de la carte, et la banque peut porter ces

⁵⁶⁸ Selon l'article 12 de l'accord relatif à la carte de crédit islamique émise par la banque Arriadh

⁵⁶⁹ Les frais d'abonnements annuels varient d'une banque à une autre ; Certaines banques le fixent à 250 Riyals Saoudiens par An, alors que d'autres vont jusqu'à 600 Riyals. Il est à souligner que dernièrement certaines banques ont adopté de nouvelles politiques pour attirer plus de clients et parmi les plus importantes compagnes promotionnelles, il y a l'annulation des frais d'abonnement annuel ce qui a engendré, le développement rapide des cartes de crédit parmi les clients.

montants sur le compte de la carte sachant qu'en cas de non remboursement des dus, la banque peut annuler la carte.

Le client (titulaire de la carte de crédit) s'engage à préserver sa carte et son code confidentiel, ainsi que sa non utilisation à des fins illicites et il supporte seul toutes les responsabilités qui découlent de la perte de la carte, son vol, ou sa mauvaise utilisation ou encore la divulgation des codes confidentiels. L'article 22 du code des transactions électronique saoudien stipule :

- 1) « Le détenteur de l'attestation est tenu responsable de la sécurité du système de signature électronique qui le concerne ainsi que de sa confidentialité et toute utilisation de ce système doit être approuvée par lui, comme il doit respecter les conditions d'utilisation et les conditions de création de sa signature électronique
- 2) Le détenteur de l'attestation se doit de donner toutes les informations authentiques aux personnes chargées de la validation ou à toutes les parties qui ont besoin de croire en sa signature
- 3) Le titulaire de l'attestation doit informer les personnes chargées de la validation, de toute modification concernant les informations contenues dans l'attestation ou la modification des paramètres de confidentialité
- 4) Le titulaire d'une attestation résiliée ou arrêtée ne peut pas réutiliser les éléments de la signature électronique de ladite attestation auprès d'un autre agent de validation, tout en précisant les procédures requises pour prévenir de tels faits ».

Ainsi le titulaire de la carte doit immédiatement informer par écrit la banque émettrice en cas de vol ou perte de sa carte, il est entièrement responsable si son code confidentiel parvient à autrui car il est censé en être le seul détenteur et

responsable et c'est ce qu'indique tous les articles et accords relatifs aux cartes de crédit⁵⁷⁰

b- Les obligations du titulaire dans le droit français

Il y a lieu de signaler que la cour de cassation française a émis plusieurs dispositions renforçant cet engagement à savoir la responsabilité du titulaire de la carte quant à l'utilisation de son code confidentiel par autrui comme elle souligne la nécessité d'activer les articles de l'accord pour la carte de crédit. « La décision du tribunal en date de 1989 à ce sujet précise que le client bénéficie des conditions du contrat de la carte qui l'oblige à préserver la confidentialité de ce code et en cas de perte ou de vol de la carte en même temps code confidentiel, il est le seul responsable car il n'a pas exigé les exigences du texte du contrat⁵⁷¹».

Le titulaire de la carte ne peut se dérober à la responsabilité sauf s'il prouve avoir pris toutes les mesures de sécurité requises, avoir respecté toutes les procédures en vigueur, ne pas avoir commis d'erreurs ou alors s'il prouve la faute du commerçant.

On peut dire que le client doit soigneusement examiner les conditions de l'accord avant sa signature afin d'être conscient de ses droits et obligations, les

⁵⁷⁰ L'article 8 de l'accord de la carte de crédit islamique émis par la banque Erriadh stipule que : « le client doit préserver sa carte et son code confidentiel, ne pas l'utiliser à des fins illicites et il est le seul responsable en cas de perte, de vol, de mauvaise utilisation, de divulgation de code confidentiel et en cas de vol ou de perte de la carte, le client s'engage dès qu'il en prend conscience à informer la banque et ce selon les recommandations de la banque et il est possible de contacter le centre des cartes de crédit... Localement ou par téléphone numéro ... à partir de l'étranger comme il peut informer personnellement n'importe quelle agence affiliée à la banque Erriadh de la perte ou du vol de la carte tout en fournissant toutes les informations requise en cas de vol et de perte. La banque informe par écrit, par faxe n°... ou ... dans les 3 jours sachant que toutes les opérations via la carte avant avis de perte ou de vol sont considérées valides et engageant le client ».

⁵⁷¹ Décision « 586 », Chambre du commerce à la cour de cassation française, 18 avril 1989. Cité par Ons Olbi, Op.cit, P.81-82

informations incluses au contrat servent une finalité et permettent de protéger juridiquement aussi bien la banque que le détenteur de la carte.

A titre d'exemple : plusieurs individus postulent pour avoir des cartes de crédit sans savoir les taux d'intérêts imposés par la banque sur les opérations de retrait et d'achat, le mode de remboursement mensuel ou annuel, et sans savoir leurs droits les plus basiques, comme le droit de changer le code confidentiel pour limiter son utilisation au seul client.

I-2-2 Les droits du titulaire

a- Droit de résiliation

Les détenteurs des cartes de crédit doivent savoir qu'ils ont le droit de résilier la carte de crédit ou toute autre carte familiale émise pour leur compte et ce en informant la banque émettrice par écrit, en lui remettant la carte originale ou additionnelle (familiale) et en veillant à payer le solde de la carte résiliée sans avoir à attendre l'expiration de la période de validation annuelle de l'abonnement.

Le contrat d'adhésion conclu entre le propriétaire de la carte et la banque émettrice ne prend fin que dans quatre cas⁵⁷²:

Premièrement) Expiration de la période de validité convenue au contrat :

La fin du contrat est sans doute liée à l'expiration de la période de validité convenue dans le contrat et souvent les banques émettrices exigent une période de validité d'une seule année. Et en cas d'accord pour le renouvellement, l'émetteur livre au titulaire de la carte une nouvelle carte avec le même code confidentiel s'il veut le garde, tout en modifiant le numéro de série et la date de validité.

Deuxièmement) Le décès du titulaire de la carte de crédit :

⁵⁷² Op.cit., p.91

Ce moyen de paiement personnel, ne peut être transféré et hérité par les proches du détenteur de la carte. Le décès de la personne met automatiquement fin au contrat et la banque a droit de récupérer la dette due par le défunt auprès de ses héritiers.

Troisièmement) La non aptitude de l'une des parties :

Si le propriétaire de la carte n'est plus apte à s'en doter, la banque peut résilier le contrat dès qu'une décision de saisie est rendue, afin de préserver les droits de l'émetteur dans un premier lieu.

Certains peuvent se demander comment une banque peut-elle devenir inapte et ne plus être habilitée ? L'idée est la suivante : cela se produit quand elle perd sa personnalité morale, ou quand l'autorisation accordée est retirée ou encore quand la banque est rayée de l'ordre des banques.

b- Procédures de la résiliation du contrat :

La résiliation a lieu avec l'accord du titulaire de la carte, si c'est son souhait. La résiliation peut provenir de la banque émettrice comme le stipule le contrat ; et les accords de conclusion des cartes de crédit indique clairement le droit de la banque de résilier le contrat à tout moment, et de ne pas le renouveler et ce sans donner de raisons ou de motifs.

A notre sens, l'exigence de certaines banques émettrices de se préserver le droit absolu de résilier le contrat à tout moment et de ne pas le renouveler ce sans donner de raisons ou de motifs est contraire aux dispositions du code des transactions électroniques saoudien et qui stipule dans son article 21 que : « Le fournisseur des services de validation ou l'agent de validation doit annuler ou stopper l'utilisation de l'attestation sur la demande de son propriétaire ou dans les cas prédéfinis, comme il doit informer le propriétaire de l'attestation dès qu'il y a

résiliation ou arrêt tout en précisant la raison et doit lever le blocage une fois qu'une explication valable est donnée, l'agent de validation est de ce fait responsable de tout préjudice encouru par une personne de bonne foi et qui peut découler de la non résiliation de l'attestation ».

II- La qualification de la relation entre la banque émettrice et le commerçant :

II-2 Le non respect des engagements contractuels par les membres du contrat de la carte de crédit

II-2-1 Les principaux courants

La qualification de la relation entre la banque émettrice et le commerçant s'est faite selon 3 courants.

a- Les courant conventionnel et courant de l'accord implicite

Ce premier courant qualifie la relation entre les deux parties selon certains contrats conventionnels nominatifs même si les partisans de ce courant ne sont pas d'accord quant à la base juridique qui oblige l'émetteur de la carte de garantir la valeur de la marchandise au commerçant si le propriétaire de la carte dépasse le plafond autorisé. Les avis à ce sujet sont au nombre de trois.

1^{ère} position : Les partisans de cet avis avancent que la relation entre les deux parties est une sorte de rotation des dettes selon les voies usuelles ; elle ne va pas au-delà de : Escompte commercial, la rotation des dettes générées ou les avances

accordées. D'autres pensent que cette qualification n'est pas valable pour expliquer la relation entre la banque émettrice et le commerçant⁵⁷³.

2^{ème} position : Les partisans de cet avis, pensent que la relation entre les deux parties est une sorte de convention « prenant effet par un accord entre celui qui rembourse et l'endetté ou par un accord entre celui qui rembourse et le prêteur⁵⁷⁴ ».

Cet avis est critiquable⁵⁷⁵, car il ne nous explique pas la possibilité que le titulaire de la carte maintienne sa position vis-à-vis de la banque quant aux paiements qu'il devrait effectuer auprès du commerçant, l'émetteur étant considéré intrus au conflit pouvant naître entre le titulaire de la carte et le commerçant, par ailleurs le commerçant doit régler ses litiges avec les propriétaires des cartes sans faire intervenir l'émetteur et c'est ce que la plupart des conventions d'émission de cartes de crédit stipule.

3^{ème} position : Les partisans de cet avis affirment que la relation entre les deux parties n'est qu'un transfert de droit qui est « un contrat qui a lieu entre deux parties, celui qui transfère (ancien prêteur) et celui à qui on transfère (le nouveau prêteur) et via ce contrat celui qui transfère octroie à celui à qui on transfère un droit à l'égard d'une troisième partie qui est l'emprunteur⁵⁷⁶.

Les opposants à cet avis affirment que le transfert de droit ne peut prendre effet par rapport à l'emprunteur ou n'importe quelle autre partie sauf si cet emprunteur l'accepte et l'admet, et l'accord de l'emprunteur doit être daté. De plus l'idée de transfert de droit se heurte à un obstacle qui revient au fait que selon le code des transferts des droits, le droit est transféré du commerçant à la banque émettrice avec toutes ses caractéristiques et éléments, c'est-à-dire avec toutes les garanties

⁵⁷³ D. Kileni Mahmoud Op.Cit P.672

⁵⁷⁴ Ayman Saad Salim « Les principes de l'engagement : Etude comparée » Dar Al Hafedh pour la publication et la distribution Djedda, 2007, P.53

⁵⁷⁵ Abd El Hakim Othman Op.Cit P. 260

⁵⁷⁶ Ayman Saad Salim Op.Cit P.268

qu'il a et tous les droits qui en découlent et cela s'oppose au codes de transactions via les cartes de crédit car le titulaire de la carte s'engage directement vis-à-vis de la banque émettrice indépendamment de la relation entre le titulaire de la carte et le commerçant

Le deuxième courant vient se substituer au premier dont les partisans n'ont pu qualifier de manière satisfaisante la relation entre la banque émettrice et le commerçant. Ainsi les partisans de ce courant avaient expliqué la nature de l'engagement de la banque à rembourser le commerçant en affirmant que cela se fait d'après un accord implicite de remboursement ; la banque émettrice n'est ni directement engagée ni indépendante vis-à-vis du commerçant mais elle est obligée de payer de l'argent selon les conditions stipulés dans le contrat. Les partisans de ce courant considère la banque comme un intermédiaire entre le commerçant et le titulaire de la carte de crédit et ce rôle explique l'engagement de la banque à préserver les droit du commerçant en contre partie d'une procuration moyennant une commission ou comme étant un représentant de la marchandise ou encore comme étant un représentant commercial du commerçant seulement⁵⁷⁷.

b- Courant des obligations de la banque

Les partisans de ce courant du courant des obligations de la banque, avancent que la banque émettrice s'engage auprès du commerçant même si le solde du titulaire de la carte est insuffisant ou épuisé, et ce tant que le commerçant a respecté ses obligations et a suivi toutes les procédures nécessaires en acceptant la carte et ce via la condition d'assurance du dépôt exigé entre le commerçant d'une part et la banque émettrice d'autre part ou via le fait que la banque soit le garant du détenteur de la carte, ou encore grâce à la condition de garantie de dépôt. Toutes ces mesures impliquent l'engagement de la banque à l'égard du commerçant pour payer la valeur des achats dans tous les cas de figures.

⁵⁷⁷ Kileni Mahmoud Op.Cit P.706

Nous pensons que la qualification de la relation au vu de la nature particulière de cet instrument est la plus proche de la réalité. Ainsi, il y a lieu de dire que la relation entre la banque émettrice et le commerçant est traduite en un contrat à caractère personnel, certaines banques refusent, en effet, de traiter avec certains commerçants⁵⁷⁸. La relation entre la banque et le commerçant est de ce fait une relation contractuelle et le contrat conclu est un contrat de (tawrid) fourniture⁵⁷⁹, car le commerçant acceptant la carte de crédit qu'on lui présente s'engage à fournir les biens et services au client de la banque émettrice de la carte.

Le contrat de tawrid est entièrement indépendant du contrat d'adhésion, liant la banque émettrice au titulaire de la carte de crédit, et ce contrat de tawrid comme les autres contrats se doit d'inclure toutes les dispositions générales des contrats en général, et des contrats d'adhésion (idhaân) en particulier. C'est pour cette raison que les dispositions du contrat de tawrid liant la banque au commerçant sont les suivantes :

Premièrement : le commerçant doit être habilité à exercer, disposer d'un registre commercial pour professionnel, de même la banque émettrice doit être habilitée à exercer selon les conditions de création de banque du pays concerné.

Deuxièmement : L'accord entre les parties du contrat ; le commerçant contracte en toute liberté même s'il se plie dans ce contrat aux conditions de la banque émettrice

Troisièmement : L'objet du contrat pour le commerçant et son engagement d'accepter des cartes de crédit émises par la banque avec laquelle il conclue le contrat tout en acceptant de céder un pourcentage de la valeur des ventes au profit de la banque lorsqu'il collecte les prix des ventes. En contre partie, l'émetteur

⁵⁷⁸ Op.cit, pp.706-708

⁵⁷⁹ Pierre Tobia, op.cit, p.51-52

s'engage auprès du commerçant à payer toute somme découlant de toute opération effectuée au moyen de la carte de crédit qu'il a émise.

La motivation de ce contrat réside dans la volonté du commerçant d'accroître sa popularité parmi ces clients tout en profitant de l'aspect promotionnel et publicitaire pris en charge par la banque émettrice. En contre partie, les banques sont motivés par la volonté de répandre leurs cartes ce qui signifie plus de gains générés par les frais d'abonnements, pourcentage des ventes et les frais des services.

Il est à noter que le contrat de Tawrid se distingue du contrat d'adhésion par le fait que le premier est à durée indéterminée avec le droit absolu de la banque de le résilier sans préavis⁵⁸⁰. On peut dire que la qualification de la relation juridique entre la banque émettrice et le commerçant sous la forme d'un contrat de tawrid est la plus proche de la réalité car le commerçant ayant accepté la carte s'engage à fournir les biens et services aux titulaire de la carte de crédit émise par la banque, partie au contrat avec le commerçant.

Cette relation contractuelle entre la banque et le commerçant implique des engagements réciproques selon les conditions convenues au contrat conclu entre les deux parties.

II-2-2 Les obligations de la banque émettrice

Les relations juridiques entre les membres du contrat de la carte de crédit génèrent des obligations réciproques. Le non respect de l'une de ces obligations par l'une des parties aux dépens de l'autre partie donne le droit à la partie lésée de résilier le contrat en plus de son droit à des dédommagements, il y a ainsi une responsabilité civile sur cette base contractuelle et la faute incombe à celui qui n'honore pas ses engagements ou ne respecte pas l'un des termes de l'accord.

⁵⁸⁰ Ons Olbi Op.cit p.98

Les obligations qui incombent au titulaire de la carte, à la banque émettrice et au commerçant sont sans doute d'une importance primordiale. De ce fait l'engagement du titulaire de la carte à informer la banque dans les délais convenus en cas de vol ou de perte de la carte constitue une protection. Tout manquement à l'une de ces obligations engage la responsabilité civile du titulaire de la carte selon les principes de la responsabilité contractuelle. En outre le non respect des engagements par le titulaire de la carte vis à vis du commerçant fait à son tour naître une responsabilité civile, par exemple si le titulaire de la carte refuse de signer la facture de vente alors que toutes les procédures avaient été accomplies correctement par le commerçant, la responsabilité civile est engagée.

a- Obligations de la banque

La banque émettrice s'engage selon les termes du contrat conclu avec le commerçant à lui fournir les documents portant le logo de la banque et à utiliser à vendre la marchandise en utilisant la carte de crédit. Ce qui devrait figurer sur ces documents : Les références des marchandises, leurs valeurs totales, la date d'achat et d'autres informations qui diffèrent d'une banque à une autre. Le titulaire de la carte signe ces documents après avoir fait passer sa carte et qu'elle ait été acceptée par l'appareil destiné à cet usage et ce afin de stocker toutes les informations et donner dans le relevé quotidien des opérations de cet appareil. Ces informations doivent être explicitées sur les papiers et factures fournis au titulaire de la carte.

La banque s'engage à fournir aux commerçants les appareils relatifs aux cartes de crédit tout en les dotant des outils de protection nécessaires afin que le commerçant puisse les utiliser dans la conclusion de ses opérations de vente⁵⁸¹.

⁵⁸¹ La banque fournit aux commerçants des appareils conformes aux normes internationales avec des mesures de sécurité. Parmi ces appareils, il y a l'appareil de procuration directe et qui est utilisé pour obtenir

La banque doit en plus fournir au commerçant les affiches autocollantes à exposer sur les portes des commerces de manière visible afin d'être vues par les détenteurs des cartes et être ainsi utilisées dans les opérations d'achat.

Il y a lieu de signaler que parmi les plus importants engagements de la banque émettrice, figure la liste noire des détenteurs de cartes avec qui la banque ne traite plus pour des raisons valables, comme elle doit communiquer au commerçant la liste des individus dont la carte avait été volée ou perdue ou encore falsifiée.

Et parmi les plus importants engagements de la banque, on note son engagement à rembourser les factures signées par les titulaires des cartes et ainsi la banque ne peut ignorer cela sous prétexte de solde insuffisant ou d'opposition par le propriétaire de la carte, si la carte avait été correctement utilisée⁵⁸².

L'engagement de remboursement formulé par la banque se fait d'après l'accord conclu avec le titulaire de la carte de crédit, sans que la banque n'ait à supporter toute somme supérieure au plafond convenu. Ainsi, en dépassant le plafond garanti offert par la banque, les commerçants risquent de perdre la garantie de remboursement même pour la partie censée garantie de l'opération⁵⁸³. Si la banque rembourse malgré le dépassement du plafond, elle agit alors en tant que

une procuration pour conclure la vente et ce en plus d'un appareil qui appose le nom du commerçant, son numéro, et les documents de ventes. Parmi les outils nécessaires que la banque doit fournir aux commerçants, on trouve :

- ❖ Les affiches, les annonces et les brochures accrochés à la porte du commerce afin d'indiquer que ce dernier accepte les cartes de crédit
- ❖ Un appareil d'impression manuel, c'est un petit appareil à utiliser en cas de panne de l'unité de communication périphérique. Nous trouvons que ce type n'est pas disponible dans la plupart des commerces et qu'il faut en fournir davantage pour stimuler les flux sur les réseaux électroniques (POS)
- ❖ Unité de communication périphérique encore appelée point de vente électronique (POS) et c'est un appareil électronique qui permet de lire les données de la carte grâce à la bande magnétique
- ❖ Avis des ventes conclues via l'unité de vente électronique au détail

Voir : D. Iheb Saka : « Protection pénale et sécurité des cartes de crédit », p.52, Dar al Jamiaa al Jadida, Alexandrie, 2007

⁵⁸² Voir Houda Ghazi « les aspects juridiques des cartes de crédit », Université jordanienne, Jordanie, 1997, p.36

⁵⁸³ Nidhal Barhem « Principes des contrats de commerce électronique », p.109, Dar al Thakafa pour la publication et la distribution, Jordanie, 2005

représentant du titulaire de la carte. Dans le cas de la non précision dans l'accord entre la banque et le titulaire de la carte du plafond autorisé ou s'il est d'usage que la banque émettrice permette au détenteur de la carte de dépasser la somme autorisée, la banque reste obligée de rembourser la valeur dépassant le plafond⁵⁸⁴.

Si la banque rembourse ce qui dépasse le plafond, alors elle se comporte en tant que représentant.

Il y a lieu de noter que la banque émettrice s'engage auprès des commerçants à organiser toutes les factures ou ce qu'on appelle les relevés des opérations comme elles enregistrent et procèdent au suivi des dates des opérations et à leurs comparaisons avec les informations dont elles disposent pour par la suite payer leurs valeurs en attendant de les récupérer auprès du titulaire de la carte de crédit.

Dans certains cas la banque peut reprendre ce qu'elle a déjà payé au commerçant :

- a) Si les documents et les reçus présentés par le commerçant n'étaient pas lisibles ou signés par le titulaire de la carte
- b) Si les marchandises n'avaient pas encore été livrés à l'acheteur
- c) Si la banque découvre une combine entre le commerçant et le titulaire de la carte ou par le commerçant tout seul
- d) Si le commerçant dépasse le plafond autorisé garanti
- e) Si le commerçant accepte en connaissance de cause une carte dont la date de validité a expiré ou une carte annulée ou falsifiée.

La banque manque à ses obligations et engage sa responsabilité dans les cas suivants:

- Le non respect de la confidentialité

⁵⁸⁴ Faiez Naim Radhouane « Les cartes de débit » Op.Cit P. 181

Le titulaire de la carte présente une demande de carte de crédit et les banques lui demandent des renseignements personnels, ce qui implique la divulgation de certaines informations confidentielles financières économiques et sociales. La banque est de ce fait tenue de respecter le principe de confidentialité de ces informations et de ne pas les divulguer. L'article 23/3 du code des transactions électroniques précise l'infraction suivante : « La divulgation par fournisseur des services des informations qui lui ont été communiquée de par la nature de son travail, sauf si la personne concernée lui donne une autorisation « écrite ou électronique » de les divulguer ou dans les cas autorisés par le système ».

On pourrait s'interroger sur le contenu de ces informations privés qui engagent la responsabilité de la banque en cas de divulgation. Ces informations sont relatives au noms et prénoms du titulaire de la carte, son numéro de compte et le nombre de cartes supplémentaires offertes aux membres de la famille du client et leurs noms. En cas d'octroi de la carte le code confidentiel, la période de validité, les opérations bancaires et le plafond autorisés sont connus par la banque. Toutes divulgations de l'une de ces informations fait du titulaire de la carte un objet d'escroquerie.

Ainsi la divulgation par les employés de la banque de l'une de ces informations a des répercussions graves qui engagent la responsabilité de la banque qui n'a pas honoré ses engagements et qui supporte ainsi toutes les dépenses générées par l'utilisation de la carte en cas de vol et de perte.

La responsabilité de la banque est d'autant plus évidente si un employé de la banque communique volontairement ces informations confidentielles à d'autres personnes.

Les développeurs du système de transaction via la carte de crédit avaient exigé de mettre la photo du titulaire de la carte sur le recto pour éviter son utilisation en cas de vol ou de perte, car la signature à elle seule ne peut permettre de dévoiler le voleur ou la fausse identité mais la photo est l'un des moyens permettant de se rendre compte des tentatives d'escroqueries⁵⁸⁵.

Les banques émettrices demeurent, à notre sens, très rigides avec les titulaires de la carte en leur dictant plusieurs engagements, alors que leurs engagements à elles sont dans une logique de gains surs et garantis⁵⁸⁶. La banque émettrice n'a alors aucune excuse pour se désengager de ses responsabilités vu qu'elle dispose des techniques de programmation qui doivent garantir une sécurité optimale aux titulaires des cartes de crédit.

- Le non respect par la banque émettrice de la vérification de la signature du titulaire de la carte sur les copies des reçus de ventes

Le commerçant fournit à la banque des copies des reçus de ventes conformément à l'accord conclu entre les deux parties, la banque et le commerçant, et en cas de

⁵⁸⁵ « ...A partir du 1er trimestre de l'année 1993 (Visa Banque Arabe) a introduit la photo du client dans les composante de la carte de crédit devenant ainsi la première banque arabe à utiliser cette technique. La photo du client est transposée à la carte soit par les méthodes d'impression laser ou par des méthodes de transfert thermiques (thermal transfer method). Malgré l'introduction de la photo du client dans les composantes de la carte de crédit, les moyens de transfert de la photo du client avec les techniques utilisés, mondialement, ne sont pas suffisants pour sécuriser la photo car le falsificateur peut toujours utiliser des mélanges de solutions pour séparer la couche supérieure de la carte et changer la photo, ce qui nécessite de renforcer cette technique pour plus de sécurité.
D. Riadh Fathallah Op.Cit P.73

⁵⁸⁶ Cela apparait clairement à travers les termes de certains accords d'émissions de cartes. L'article 2 par exemple de l'accord d'émission de la carte de crédit islamique émise par la banque Riadh décrit : « les limites de l'engagement de la banque : Elle paye la valeur des factures, des reçus des mandats et autres documents générés par les transactions du client via la carte et ce dans la limite des conditions et règles organisant l'utilisation de cette carte. La valeur totale de ces montants en plus des dépenses et frais annexes ne doivent pas dépasser le plafond autorisé par la banque a son client qui en a connaissance. La valeur de ces transactions et ce qui s'y rattache est enregistré sur le compte de la carte et le client s'engage à payer le montant du et cette obligation reste valable même après l'expiration de la carte ou sa résiliation pour une raison ou une autre jusqu'à ce qu'il y ait règlement ».

réception de ces reçus, la banque doit procéder à la vérification de la conformité de la signature du titulaire de la carte à la signature sur le reçu de vente. Si le titulaire informe la banque du vol de sa carte, la banque doit automatiquement prévenir tous les commerçants pour qu'ils fassent attention à toutes signatures qui ressemblent à celle du client car ce dernier perd sa qualité de titulaire de la carte dès l'instant où il déclare sa perte ou son vol⁵⁸⁷. On peut dire que la responsabilité de la banque émettrice est engagée si cette dernière rembourse au commerçant la valeur de reçus comportant une signature falsifiée différente de la signature du client détenteur de la carte. D'où la banque s'engage à s'assurer de la conformité de la signature via ses dispositifs appropriés.

- Le non respect par la banque émettrice de l'engagement d'approvisionner le commerçant en affiches et en appareils.

Selon les termes du contrat conclu entre la banque émettrice et le commerçant, la banque s'engage à fournir un appareil de vente électronique destiné aux paiements par cartes et un appareil qui permet d'introduire le code confidentiel et accepte les numéros de séries de la carte ainsi que le code confidentiel permettant de décoder la bande d'information relative à chaque carte⁵⁸⁸.

Il est à préciser que les appareils des points de vente électronique sont susceptibles de reconnaître les cartes et de vérifier la conformité de la signature du titulaire de la carte.

⁵⁸⁷ D. Abd El Fattah Hijazi « La lutte contre les crimes d'informatique et d'internet dans le droit pilote arabe » P.589 , Dar Al Fikr Al Jamii, Alexandrie, 2006

⁵⁸⁸ D. Mohamed Abd El Halim Omar « Les aspects Charaiques bancaires et comptables des cartes de crédit » P.115, Éditions Itrak pour la publication et la distribution, Egypte, Le Caire 1997

Nous pensons qu'il faudrait développer le système d'identification de la personne par empreinte ce qui serait plus approprié à notre époque où l'on assiste à la multiplication des organisations criminelles qui falsifient et imitent la plupart des cartes de crédit. La Thaïlande, La Malaisie et certains pays du sud-est de l'Asie sont considérés parmi les plus grands producteurs de cartes falsifiées et imitées. Le système d'emprunte couperait la voie à ces réseaux criminels.

Si la banque n'approvisionne pas le commerçant en appareils nécessaires et en affiches qui représentent le logo de l'organisation de la carte de crédit et la banque émettrice, le commerçant serait en droit de résilier son contrat avec la banque vu qu'elle n'a pas respecté ses engagements.

Il y a lieu de signaler que la banque cherche principalement à fournir les affiches à coller sur les portes des boutiques, comme l'exigent les organisations sponsors de la carte dans les accords conclus avec les banques⁵⁸⁹.

- Le non respect par la banque de la livraison de la carte aux clients

Après que toutes les procédures d'émission de la carte de crédit aient été accomplies, la banque délivre la carte au client, qui devient le propriétaire légal de la carte. La banque émettrice oblige le client, avant de lui livrer la carte de signer un bon de réception et lui communique son code confidentiel. Il est d'usage pour la plupart des banques émettrices des cartes de crédit au Royaume de L'Arabie Saoudite d'envoyer les cartes par voie postale au client.

A notre regard, même si ce moyen facilite la vie au client, il est encore tôt de recourir à de pareilles voies de livraison surtout dans le cadre d'une absence quasi-

⁵⁸⁹ D. Mandhour Ahmed « La position de la Charia islamique à l'égard des cartes bancaires » P. 54, Librairie Al Sahaba, Les Emirats, 2007

totale des système garantissant une sécurité civile et pénale au système de transaction via la carte de crédit en plus de l'apparition de plusieurs incidents peu communs dans la société saoudienne à l'image de la multiplication des organisations d'escroquerie et de falsification des cartes⁵⁹⁰.

Ainsi on peut dire que si la banque se trompe de destinataire en envoyant la carte sachant que le client a fourni l'adresse exacte, sa responsabilité civile est engagée car elle n'a pas pu honorer l'un de ses engagements. La banque émettrice se trouve dans ce cas passible de sanctions telles que décrites dans le code des transactions électroniques où l'article 24 précise : « Sans qu'aucune sanctions plus sévère précisée dans un autre code ne soit remise en cause, toutes personnes commettant l'une des infractions figurant dans l'article 23 de ce code est passible d'une amende ne dépassant pas 5 millions de Riyal, ou d'un emprisonnement pour une période n'excédant pas 5 années ou les deux à la fois, et il est possible de confisquer les systèmes, appareils et programmes utilisés pour commettre l'infraction ».

b- Les obligations du titulaire de la carte de crédit:

Le titulaire de la carte s'engage à signer la facture de vente extraite du point de vente électronique dans la boutique. Les avis des juristes se multiplient pour répondre à la question relative à l'idée de la possibilité de considérer la signature du titulaire de la carte comme étant un paiement effectif du bien ou du service⁵⁹¹, Ce qui le désengage vis à vis du commerçant dès lors qu'il y a eu signature des documents. Cette signature indique que l'engagement est honoré auprès du

⁵⁹⁰ Voir certains crimes de piratages des systèmes de cartes de crédits publiés dans la revue Oukadh diffusée par la société Oukadh pour l'édition et la publication.

⁵⁹¹ Samiha Kalyoubi « Les bases juridiques des opérations bancaires » P.312-313 Dar Al Nahdha Al Arabia- Le Caire - 1ere édition 1988

commerçant qui est liée à l'émetteur de la carte par un contrat obligeant la banque émettrice de rembourser la valeur des factures de vente. D'un autre côté il peut être considéré que la signature du titulaire de la carte ne peut représenter un paiement effectif, l'argument étant que le paiement ne peut se faire que suite à une réception effective de l'argent donc si la source émettrice de la carte refuse de rembourser, le commerçant revient vers le titulaire de la carte qui lui est redevable.

Nous confirmons cette idée car elle permet de garantir le droit du commerçant et s'il ne revient pas vers le titulaire de la carte, cela pourrait inciter ce dernier à l'escroquerie.

Le titulaire de la carte peut faillir à ses obligations en omettant l'une des infractions suivantes:

- La non restitution de la carte

L'accord conclu entre le titulaire de la carte et la banque émettrice stipule l'obligation de la restitution de la carte par son détenteur à l'expiration de la période car la carte est la propriété de la banque. Si le titulaire de la carte refuse de la rendre, il commet une faute car il ne respecte pas l'un des termes du contrat⁵⁹².

Si le titulaire de la carte est décédé, ce sont ses héritiers qui doivent restituer la carte à son émetteur. L'article (a/23/10) du code des transactions électroniques décrit l'infraction suivante : « L'émission d'une attestation numérique falsifiée ou fausse ou annulée ou bloquée, ou sa mise à la disposition d'une autre personne en connaissance de cause, sauf s'il s'agit d'un fournisseur de service tel que cité dans le paragraphe (4) de l'article (18). »

- La non signature de la carte par son titulaire

⁵⁹² D. Ali Jamel Eddine Awadh « Les opérations bancaires d'un point de vue juridique » P.672-673
Librairie Rijal Al Kadha - Egypte 1989

L'importance de la signature de la carte de crédit, se manifeste lors de sa présentation pour le paiement des achats auprès des boutiques qui disposent de point de vente électronique, et qui comporte d'habitude des numéros de série, un identifiant, signature conforme et les données du titulaire de la carte inscrite sur la bande au verso de la carte. L'engagement à la signature est très important pour des raisons de sécurité. La signature permet notamment de vérifier les données personnelles de l'acheteur car la carte peut être volée et s'il ne procède pas à la signature de vente, il est responsable du remboursement de la valeur due à la banque. De ce fait la non signature de la carte est une faute contractuelle qui engage la responsabilité, et cette dernière peut être atténuée si l'on considère les engagements qui incombent à la banque émettrice au moment des opérations de retrait et de remboursement du commerçant⁵⁹³

- Le non respect de l'utilisation personnelle de la carte par son titulaire

Tous les accords relatifs aux cartes de crédits soulignent : « La nécessité que le titulaire de la carte s'engage à l'utiliser personnellement et qui ne peut l'hypothéquer ou la prêter et en cas de non respect de cet engagement, sa responsabilité contractuelle est engagée »⁵⁹⁴.

⁵⁹³ si la carte est utilisée pour le paiement auprès de commerçants munis d'appareils modernes ou pour le retrait d'argent des distributeurs automatiques, le titulaire de la carte tape son numéro confidentiel sur la machine pour confirmer son identité au lieu de la signature et la machine fait sortir un ticket de caisse que le titulaire de la carte signe et garde en guise de preuve.

⁵⁹⁴ « ... C'est ce que la cour d'appel de Versailles a décidé. Concernant une plainte qui implique un couple disposant d'un compte joint dans une banque, l'épouse dispose d'une carte bleue en son nom opérationnelle sur le compte joint. Malgré le caractère personnel de la carte, l'épouse l'a donnée à son époux avec son numéro confidentiel afin qu'il s'en serve dans les distributeurs automatiques. L'époux par son imprudence a noté le code sur un papier qu'il garde avec la carte qui lui a été volée de sa voiture avec le numéro confidentiel. L'époux porte plainte à la police le 29 décembre 1977 et avertit la banque de l'incident le 30 décembre 1977 sans préciser à la banque le vol du code confidentiel. Le voleur a utilisé à chaque fois, la carte et le code dans une opération de prélèvement d'un montant de 500 francs dans des distributeurs automatiques. La banque a fait assumer ces prélèvements au couple ce qui a déplu au titulaire du compte-joint en dépit du fait qu'il n'ait pas informé la banque du vol par écrit qu'ultérieurement et parce que la banque a insisté à prélever le montant volé du compte. Le couple a porté plainte. La cour de

L'article (a/23/10) du code des transactions électroniques décrit l'infraction suivante : « L'émission d'une attestation numérique falsifiée ou fausse ou annulée ou bloquée, ou sa mise à la disposition d'une autre personne en connaissance de cause... »

- La non protection de la carte et du code confidentiel par son titulaire

Le titulaire de la carte de crédit s'engage à conserver la carte et le code confidentiel lui permettant l'accès aux unités de programmations quand il utilise les distributeurs automatiques ⁵⁹⁵, et les termes des accords d'émission de la carte de crédit obligent le client à préserver sa carte et à ne pas divulguer le code confidentiel comme ils disent clairement que c'est le titulaire de la carte qui assume toutes les responsabilités générées par la divulgation du code ou par la mauvaise utilisation de la carte.

La responsabilité qui incombe le titulaire de la carte de crédit le pousse à plus d'aversion et s'il arrive à montrer qu'il n'a pas commis de faute ou s'il montre que la faute a été commise par une autre partie comme le commerçant par exemple,

Versailles a décidé d'imputer le montant de l'argent volé au compte conjoint car l'épouse a donné sa carte personnelle à son mari et n'a pas informé la banque du vol du code confidentiel. »

CA. Versailles. 17 janvier 1980 Revue Banque 1980 P.505 .obs.

⁵⁹⁵ Le code confidentiel diffère d'une personne à une autre en fonction des données personnelles de chaque agent et dont la machine a besoin pour l'identification. La bande magnétique comporte toutes les données personnelles de l'agent et le code confidentiel revêt une importance extrême car sa divulgation permet l'utilisation par autrui dans les points de vente électronique. La bande magnétique comporte aussi : Le plafond, les dates et d'autres codes relatifs aux transactions commerciales et les données sur la bande représentent des changements magnétiques visible après un traitement spécial. Cette bande se distingue par des expressions intelligentes assurant une protection maximale contre les comportements criminels violant la confidentialité des données personnelles. Le premier champ est uniquement à lire, de même pour le deuxième alors que le troisième est pour la lecture et l'écriture d'où son importance car il permet d'enregistrer toutes les données relatives à la transactions et à la date de retrait des distributeurs automatiques cette précision technique dans la bande informationnelle pouvait être piratée et ce en lisant les données avec un agrandisseur ce qui a poussé les concepteurs de cartes à codifier les données, ce qui a résulté en un numéro confidentiel de la carte. Pour aller plus loin voir D. Riadh Fathallah « Les crimes relatifs à la carte de crédit... P51- Dar Chourouk - Le Caire 1995

qui pourrait ne pas procéder à la vérification et à la comparaison de la signature sur le reçu à la signature sur la carte qui fait apparaître les données sur la machine de vente électronique de la boutique, dans ce cas le titulaire n'est pas responsable de l'application en bonne et due forme de la procédure.⁵⁹⁶

- Le non respect par le titulaire de la carte de l'obligation d'informer la banque en cas de vol ou de perte de la carte:

L'engagement du titulaire de la carte à informer la banque en cas de vol ou de perte est essentiel⁵⁹⁷ car la banque émettrice ne peut annuler la programmation de la carte que si son détenteur l'informe de sa perte ou de son vol et parce que le système d'activation de la carte ne peut faire la différence le propriétaire ou toute autre utilisateur. C'est pour cela que souvent le vol ou la perte de la carte sont associés à la question de la divulgation du code confidentiel au voleur ou à la personne l'ayant trouvée. Les banques diffèrent quant à la manière exigée de les informer du vol ou de la perte; Certaines exigent une déclaration écrite et d'autres exigent une déclaration à la fois écrite et orale⁵⁹⁸. C'est pour cette raison que les banques émettrices ont pris l'habitude d'inclure de telles conditions dans les

⁵⁹⁶ L'article 8 de l'accord d'émission de la carte de crédit islamique stipule que : « Le client s'engage à préserver sa carte et son code confidentiel et à ne pas l'utiliser à des fins illicites et il est le seul responsable en cas de perte de la carte, de son vol, de sa mauvaise utilisation ou encore à la divulgation du code secret... »

⁵⁹⁷ D. Ali Jamal Eddine Awadh Op.Cit p670

⁵⁹⁸ L'article 8 de l'accord d'émission de la carte de crédit islamique de la banque Al Riyadh stipule qu'en cas de perte de la carte : « Le client s'engage à préserver sa carte et son code confidentiel et à ne pas l'utiliser à des fins illicites et il est le seul responsable en cas de perte de la carte, de son vol, de sa mauvaise utilisation ou encore à la divulgation du code secret et en cas de perte de la carte ou de son vol, le client s'engage à en informer la banque selon les procédures convenues dès la découverte des faits, et il est possible d'appeler le centre des cartes de crédit gratuitement au numéro... local ou par téléphone au numéro... de l'extérieur du royaume comme il est possible qu'il le fasse personnellement auprès de n'importe quelle agence de la banque Al Riyadh en fournissant les informations nécessaires dans le cas du vol ou de la perte, comme il doit informer la banque par écrit, par fax numéro... ou ... dans un délai de 3 jours sachant que toutes les opérations effectuées via la carte avant la déclaration de perte ou de vol sont considérés valides et obligantes pour le client ».

accords conclus et qui supposent la responsabilité complète du titulaire de la carte sans mention des obligations de la banque sauf si cette dernière est prévenue dans les délais convenus à l'avance entre les deux parties. Faire supporter toute la responsabilité aux titulaires de la carte est critiquable.

L'une des critiques principales rattache la responsabilité aux commerçants qui devraient avant même d'être au courant de la perte ou du vol vérifier l'utilisation de la carte. Leurs fautes personnelles sont engagées en cas d'escroqueries s'ils n'ont pas suivi la procédure pour toutes opérations via la carte dans les points de vente. Cela apparaît par exemple dans le cas où le commerçant ne procède pas à la vérification de la signature sur le reçu ou la facture et sa comparaison à la signature sur la carte et qui apparaît dans les points de vente électroniques.⁵⁹⁹

Le commerçant ne peut pas, à notre sens, identifier directement la signature du titulaire de la carte car les signatures se ressemblent mais la négligence est relevée dès lors que les signatures sont très différentes. On peut dire que la perte ou le vol de la carte de crédit signifie la négligence du titulaire de la carte quant aux obligations de préserver la carte, de déclarer sa perte ou son vol, ce qui engage sa responsabilité civile pour les montants prélevés par le voleur ou la personne qui a trouvé la carte.

⁵⁹⁹ Il est difficile pour les utilisateurs des anciennes machines manuelles dont disposait le commerçant dans le passé de procéder à la vérification du solde suffisant du titulaire de la carte ainsi que de sa signature. L'évolution technique du système de programmation de la carte a permis au commerçant d'identifier toutes les données simplement en faisant passer la carte sur l'appareil de vente électronique qui peut lire les données, comparer la signature, connaître le solde et autres données nécessaires qu'il était difficile d'identifier dans les premières années de création de la carte. C'est pour cette raison que la généralisation de ces appareils électroniques est un facteur qui a permis la vulgarisation de la carte de crédit, plus particulièrement les cartes magnétiques en général dans le monde. Les commerçants sont devenus plus confiants. Plusieurs marchandises ont pu être échangées de par le monde grâce à l'utilisation de la carte de crédit.

Voir Pierre Tobia Op.Cit P.67

Le titulaire de la carte ne peut sans doute pas se désengager de ses responsabilités en accusant le commerçant d'avoir négligé de vérifier la conformité de la signature du titulaire de la carte avec la signature figurant sur le dos du reçu de vente, sauf si la différence est notable et de suite remarquable⁶⁰⁰.

Pour que la responsabilité du propriétaire de la carte ne soit pas engagée, il doit procéder à informer la banque émettrice du vol ou de la perte et la banque procède à son tour à en informer le commerçant afin d'éviter qu'elle ne soit utilisée par la voleur ou la personne qui l'a trouvée.

Dans tous les cas, la banque informe les commerçants en envoyant une liste d'objections, la résiliation de la carte se fait en la déprogrammant des distributeurs automatiques. L'obligation qui incombe à la banque est une obligation de résultat et tout non respect de cet engagement est une faute grave. La plupart des banques émettrices de cartes de crédit dans le Royaume d'Arabie Saoudite exigent la déclaration immédiate de l'incident de vol ou de perte en appelant le centre des cartes de crédit qui réserve des numéros gratuits pour la réception des déclarations de la part des clients de banques ayant subis des opérations de vol, d'escroquerie ou de perte⁶⁰¹, avec l'obligation d'en informer la banque via l'une de ses agences et aussi par voie écrite dans un délai de trois jours.

Ainsi le titulaire de la carte supporte toutes les dépenses qui ont lieu avant sa déclaration auprès de la banque émettrice. Certains chercheurs pensent qu'il faut épargner ces dépenses au titulaire de la carte car le contrat conclu entre ce dernier et la banque précise clairement que le client n'est pas responsable dès la déclaration ce qui devrait inclure toutes les dépenses faites par autrui à partir de ce moment et parce que la garantie de remboursement à laquelle s'engage la banque

⁶⁰⁰ D. Faiz Naim Radhwan Op.Cit P 183

⁶⁰¹ L'article N 8 de l'accord d'émission de la carte de crédit de la banque Al Riyadh, Op.Cit

auprès des commerçants ne couvre pas les cas de l'utilisation illégale de la carte suite à un vol ou une perte. La banque s'engage dès lors à interdire l'utilisation illicite de la carte à partir du moment où elle a reçu la déclaration⁶⁰².

Il y a lieu de signaler que la plupart des banques émettrice des cartes de crédit au Royaume d'Arabie Saoudite avaient pris conscience de cette question juridique posée. La plupart des accords précisent alors clairement que toutes les opérations effectuées via la carte avant la déclaration de perte ou de vol sont considérées valides et engagent le client⁶⁰³.

D'autres vont à dire que le titulaire de la carte supporte toutes les dépenses effectuées avant la déclaration même si la banque émettrice rembourse ses dépenses ultérieurement une fois qu'elle est informée. Cet avis serait justifié par l'ensemble de privilèges dont bénéficient les titulaires de cartes de crédit et dont le plus important est la possibilité du paiement différé des achats de biens et de services⁶⁰⁴.

Nous pensons que l'étude de chaque cas doit prendre en considération le degré de négligence de la partie responsable; si le titulaire de la carte a informé la banque et que cette dernière a mis du temps pour la déprogrammer des distributeurs et des points de ventes, la responsabilité de la banque est engagée. Dans d'autres cas la responsabilité pourrait être partagée entre la banque et le commerçant ou le titulaire de la carte. L'évaluation de la faute et du degré de responsabilité revient aux autorités compétentes.

⁶⁰² D. Kilani Mahmoud Op.Cit P.910 et suivantes

⁶⁰³ L'article N 8 de l'accord d'émission de la carte de crédit islamique émise par la banque Al Riyadh stipule que : « ... Toutes les opérations effectuées via la carte avant la déclaration de perte ou de vol sont considérées valides et engagent le client. »

⁶⁰⁴ D. Jamil Abd El Baki, protection pénale et civile des cartes de crédit magnétiques... P.190 Dar Al Nahdha Al Arabia, Le Caire 2003.

Le législateur saoudien a défini une sanction, que nous jugeons adéquate, à l'encontre de tous ceux qui enfreignent les règles précisés dans le code des transactions électroniques, et l'article 24 stipule: « Sans qu'aucune autre sanction plus sévère précisée dans un autre code ne soit remise en question, tous ceux qui commettent l'un des dépassements mentionnés dans l'article 23 de ce code encourent une amende ne dépassant pas 5 millions ou un emprisonnement pour une période n'excédant pas 5 ans ou les deux à la fois, et il est possible de confisquer les appareils, systèmes et programmes utilisés pour commettre ces infractions ».

Par ailleurs la banque émettrice de la carte de crédit est une partie au contrat conclu, de ce fait la banque a des obligations réciproques avec le commerçant et le titulaire de la carte, et si elle faillit à l'une de ses obligations envers l'une des parties, sa responsabilité civile est engagée selon les règles de la responsabilité contractuelle.

c- Les obligations du commerçant

Le commerçant est considéré comme un élément essentiel des parties au contrat, ainsi le titulaire de la carte ne peut être lié contractuellement à son émetteur que quand il procède à conclure un contrat d'approvisionnement auprès du commerçant, et ce contrat ne peut être accompli qu'après la réception de l'argent en différé par le commerçant qui envoie les reçus de vente à l'émetteur de la carte qui procède à leurs vérifications, et cette tâche de la banque ne peut se faire que selon les termes d'un contrat conclu⁶⁰⁵. Selon ce contrat entre le commerçant d'une part et la banque émettrice d'autre part, les deux parties ont des obligations réciproques. Si la banque s'engage à rembourser toutes les dettes générées par les

⁶⁰⁵ Ons Olbi Op.Cit P.66

opérations d'achats effectuées par le titulaire de la carte auprès du commerçant, ce dernier s'engage à accepter la carte présentée par tous les clients de la banque émettrice et à veiller à ce que ses clients ne dépassent pas les plafonds autorisés par la banque tout en vérifiant la conformité de la signature sur les reçus de ventes à la signature qui apparaît sur les appareils de ventes électroniques, et en fournissant à la banque des copies de ces reçus.

Le non respect par le commerçant de l'un de ces engagements contractuels vis à vis de la banque et mentionnés ci-contre engage sa responsabilité civile.

- La non vérification de l'expiration de la carte de crédit:

Certains caissiers des boutiques commerciales avaient pris l'habitude de ne pas vérifier la date de l'expiration de la carte de crédit. Le caissier fait passer la carte dans l'appareil de vente électronique qui indique la validité de la carte émise par la banque, sans vérifier la période de validité. Un pareil comportement est considéré comme un non respect de l'un des principaux engagements vis à vis de la banque, car le commerçant doit vérifier la date d'expiration de la carte.

Il y a lieu de signaler que la plupart des banques émettrices veillent à fournir aux commerçants les appareils de ventes électroniques les plus performants et qui sont dotés d'un modem avec une mémoire atteignant une capacité de 128k entre autres performances techniques⁶⁰⁶.

Les banques cherchent ainsi d'éviter au commerçant les escroqueries qui ont pu affecter le système pour ce qui est de la technique et de la programmation censées

⁶⁰⁶ Les appareils électroniques munis d'un écran large sont considérés parmi les meilleurs car ils permettent au commerçant de lire toutes les informations relatives au titulaire de la carte comme le montant autorisé, l'identité du client, la date de validité. Cet appareil performant comporte un modem et un écran qui peut faire apparaître jusqu'à 48 caractères et qui permet de faciliter les opérations de programmations futures. Ces appareils ont d'habitude une mémoire de 128k et s'utilisent avec les « Roll Printers » et peuvent être montés avec des appareils permettant d'entrer le code confidentiel. Ces appareils nécessitent la modernisation des périphériques afin qu'ils soient en phase avec le développement des systèmes de programmations de la carte de crédit.

Pour aller plus loin voir Riadh Fathallah Op.Cit P92-93.

être des plus sécurisées. La responsabilité de vérifier en continu la liste des objections envoyée par les banques périodiquement incombe au commerçant qui doit en plus inciter les caissiers dans sa boutique à vérifier la date d'expiration de la carte afin d'éviter tout incident fâcheux.

L'envoi de la liste d'objections par la banque au commerçant par voie traditionnelle se doit d'être, à notre sens, remplacé par l'utilisation de site électronique liant la banque au commerçant surtout dans le cadre du développement et de l'accessibilité du service internet qui permet d'avertir toutes les boutiques des mêmes listes, et ce en obligeant le commerçant à confirmer sa prise de connaissance via le site, évitant ainsi qu'il se dérobe à sa responsabilité en prétendant ne pas être au courant.

De ce fait, le non respect de la vérification de l'expiration de la date ou encore de la liste des objections envoyée, engage la responsabilité du commerçant vis à vis de la banque surtout si cette dernière prouve avoir accompli l'ensemble des procédures en bonne et due forme, dont notamment l'envoi à temps de la liste pour avertir le commerçant.

- L'envoi en retard des reçus de ventes par le commerçant à la banque émettrice

Lorsque le titulaire de la carte utilise les appareils de vente électronique pour l'achat de la marchandise dans la boutique, il est d'usage d'extraire deux copies conformes en papier Roll. Le commerçant en garde une et donne l'autre au titulaire de la carte. A la fin de la semaine ou du mois, selon l'accord entre la banque et le commerçant, un relevé est extrait du même appareil et qui est conforme aux copies mentionnées incluant toutes les informations relatives aux opérations effectuées via le point de vente électronique.

Le commerçant envoie le papier déjà signé par le titulaire de la carte en même temps que le relevé de toutes les opérations des titulaires des cartes à la banque émettrice qui vérifie la conformité des signatures de ces derniers pour ensuite procéder au paiement au commerçant. Ainsi si le commerçant n'envoie pas les signatures des titulaires des cartes avec le relevé relatif aux opérations bancaires, il ne remplit pas l'un de ses engagements, ce qui engage sa responsabilité civile.

En effet l'une des obligations les plus importantes stipulée dans le contrat réside dans la préparation conforme d'un document d'endettement du point de vue de la forme. L'une des principales conditions que doivent remplir les reçus de vente est l'existence de la signature du titulaire de la carte qui signifie son consentement pour l'engagement impliqué par le reçu de vente, ce qui fait que le commerçant court le risque de ne pas se voir rembourser la valeur des bons qui ne comportent pas la signature du titulaire de la carte⁶⁰⁷.

Le commerçant doit être conscient de l'importance de cette signature et doit impérativement l'authenticité. On pourrait reprocher à plusieurs banques émettrices de cartes de crédit leur négligence de mettre en évidence et de faire figurer la signature du titulaire de la carte au verso pour qu'elle puisse être vérifiée directement et ne pas se contenter de l'identification par la machine.

Ainsi, la négligence du commerçant à accomplir cette vérification engage sa responsabilité car il est évident que la banque refuse le remboursement de la valeur d'un bon comportant une signature clairement falsifiée.

- La non vérification que le montant autorisé au titulaire de la carte couvre la valeur des achats

Le contrat conclu entre le commerçant et la banque émettrice de la carte engage cette dernière au remboursement des factures signées par le client et ce dans la

⁶⁰⁷ D. Jamil Abd El Baki Op.Cit P.205

limite d'un plafond donné, et la banque peut payer le surplus à condition que le titulaire procède rapidement au paiement⁶⁰⁸.

Ainsi il incombe au commerçant de bien vérifier que le montant autorisé couvre la valeur des dépenses. En effet l'une des fonctions essentielles des appareils de vente électroniques est la précision du plafond de crédit autorisé ainsi que le solde au compte du client. Si le commerçant néglige de vérifier ce plafond et ce solde au compte et procède à la vente. Il est responsable pour les montants non autorisés si la banque refuse de payer. Il est à signaler que les textes du code des transactions électronique ne protègent pas correctement le commerçant. Elle n'explicite pas non plus la nature des infractions commises par le commerçant et passibles de sanctions.

Nous pensons que ces faits sont dus aux traitement non exhaustif des aspects relatifs aux cartes magnétiques en général et aux cartes de crédit en particulier; ce qui incite à l'instauration d'un système de paiement électronique qui permettrait de prendre en compte tous les éléments relatifs aux cartes magnétiques dont les trois parties liés par le contrat de la carte de crédit.

Après la conclusion de l'accord entre la banque émettrice et le commerçant, ce dernier doit honorer ses engagements vis-à-vis de la banque en plus de ses engagements auprès du titulaire de la carte de crédit et qui seraient évoqués dans une partie ultérieure de ce travail.

Le commerçant doit s'assurer de la validité de la signature du titulaire de la carte sur la facture de vente comme il doit s'assurer que le montant autorisé couvre la valeur des dépenses. Le commerçant doit effectuer ses opérations de vente via la carte au même prix facturé aux acheteurs qui payent en espèce, et dans les mêmes

⁶⁰⁸ Pierre Tobia Op.Cit P.24

conditions. Le commerçant s'engage à délivrer la marchandise tout en gardant la confidentialité.

On peut dire que parmi les obligations les plus importantes du commerçant à l'égard de la banque émettrice, figure son engagement de communiquer à la banque toutes les copies des factures et documents signés par le titulaire de la carte de crédit et ce de manière continue ou selon l'accord conclu entre les deux parties qui est généralement la fin de chaque semaine.

Si le titulaire de la carte rend la marchandise achetée via la carte de crédit, le commerçant s'engage à ne pas rembourser le titulaire de la carte en espèces mais de suivre les procédures dictées par la banque, car le contrat de tawrid est considéré comme un contrat de ith3an qui fait que le commerçant accepte les modifications apportées par la banque au contrat du moment qu'il en est informé. De plus la banque émettrice peut résilier le contrat unilatéralement à tout moment⁶⁰⁹.

Le commerçant s'engage à appliquer les prix réels sans augmentations pour les titulaires de la carte de crédit, comme il s'engage à respecter les conditions de travail avec tous ses clients sans distinction –titulaires des cartes utilisées pour les opérations d'achat ou les personnes payant en espèces- et de ne pas appliquer des frais supplémentaires ou des intérêts sur les achats payés au moyen des cartes de crédit. Le commerçant s'engage notamment à préserver les appareils qui lui sont fournis par la banque émettrice et dans le cas contraire, il est obligé de dédommager la banque.

Plusieurs chercheurs contemporains se sont intéressés à la relation entre le titulaire de la carte de crédit et le commerçant qu'ils considèrent comme étant la troisième partie dans le système de transaction via les cartes de crédits. Sa relation avec la

⁶⁰⁹ Abd El Wahab Abu Slimane « les cartes bancaires de prêt et de retraits directs du compte... » P.64 Dar Al Kalam, Damas, 2^{ème} édition, 1424 de l'hégire

banque émettrice d'une part et le client d'autre part fait de lui un élément essentiel dans cette relation juridique. Sa responsabilité est engagée s'il n'honore pas ses engagements avec les deux autres parties, sur la base de la responsabilité contractuelle.

Etant donné la nature particulière des cartes de crédit, la relation entre le titulaire de la carte et le commerçant fut qualifiée par la jurisprudence comme étant un contrat d'approvisionnement car le commerçant approvisionne le titulaire de la carte en bien et en service.

Ce contrat oblige seulement le commerçant qui s'engage selon les termes de l'accord signé avec la banque émettrice à fournir au titulaire de la carte ce dont il a besoin en bien et en service par sa simple utilisation de la carte de crédit que le commerçant accepte. Il y a lieu de signaler que ce contrat est soumis à toutes les normes régissant le contrat de vente⁶¹⁰ tel que décrit dans le droit civil, sauf pour le paiement au commerçant de la valeur des achats qui ne se fait pas par l'acheteur mais par la troisième partie qui est la banque émettrice et c'est pour cette raison que le paiement est différé jusqu'à ce que la banque récupère les factures de ventes pour procéder aux remboursements⁶¹¹.

La forme du contrat d'approvisionnement ne diffère pas selon certains jurisconsultes du transfert de dettes entre le titulaire de la carte crédit et la banque émettrice, le transfert étant un accord entre les deux, sur la dette due par la banque au commerçant⁶¹².

On peut dire que la comparaison entre transfert de dette et contrat d'approvisionnement ne tient pas car dans le cas de transfert de dettes la banque à

⁶¹⁰ Consulter: http://www.doctrine-malikite.fr/Quelques-principes-generaux-pour-les-contrats-de-ventes-en-islam_al15.html

⁶¹¹ Ons Olbi Op.Cit P.110

⁶¹² Op.Cit P.112

qui la dette est transférée peut ne pas payer au commerçant alors que l'un des principes fondamentaux de la carte est que l'ordre de paiement né suite à l'utilisation de la carte est irréversible. La dite comparaison ne peut être expliquée qu'à travers la position juridique du commerçant dans le contrat d'approvisionnement et le prêteur dans le cas du transfert, ce dernier totalement libre d'accepter ou de refuser le transfert et en cas de refus, l'emprunteur reste redevable et rien n'oblige le prêteur à accepter le transfert même si la personne à qui la dette est transférée est financièrement aisée.

Cependant dans le contrat d'approvisionnement il y a un engagement personnel du commerçant à accepter le transfert par le titulaire de la carte (l'endetté) à la banque émettrice (à qui la dette est transférée) et cet engagement est explicité dans les termes du contrat d'approvisionnement qui précisent l'acceptation de la carte présentée par le client au commerçant confirmant ainsi le transfert. La position juridique est dès lors claire et renvoie à une certaine similarité entre les deux types de contrats, même si la différence susmentionnée persiste⁶¹³. Il est indéniable que la relation entre le titulaire de la carte et le commerçant et qui est basée sur le transfert de dette implique des engagements réciproques qui incombent à chacune des deux parties.

⁶¹³ Alaa Eddine Azzaatari « Les services bancaires et la position de la charia » P.582-583 Dar El Kalam Attayeb, Damas

CONCLUSION

Des développements supra avancés nous concluons que les législations et les lois qui organisent la banque islamique souffrent de diverses limites. Il est ainsi et, à notre sens nécessaire d'amender ces lois par des textes régissant l'organisation, le fonctionnement et le statut des membres des organes de contrôle charaïque. Un tel perfectionnement s'est avéré indispensable et s'est d'ailleurs imposé dans le droit de beaucoup de pays tels les Emirats Arabes Unis, le Soudan et diverses législations que nous avons supra exposées. À notre sens lesdits perfectionnements se doivent d'être conduits dans trois directions.

Il s'agit d'abord de caractériser la forme et le contenu du contrôle par les membres de l'organe pour s'assurer de la conformité des produits et des contrats des banques et autres institutions financières aux principes charaïques. Ensuite, il est question de spécifier le rôle des Fatwa dans les innovations financières émanant de ces banques et institutions. Enfin, il convient d'introduire une dose d'arbitrage comme modalité de résolution des divers litiges impliquant les banques et institutions financières islamiques.

Chapitre 2 : La responsabilité naissant des infractions des instances de contrôle charaique et l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques

Introduction

Pour que la responsabilité contractuelle soit engagée, il faut constater le non respect des engagements par l'un des contractants, et cet engagement est né d'un contrat. Ainsi la condition est celle de l'existence d'un contrat conforme. Par ailleurs la responsabilité découlant d'une négligence est engagée pour le contractant quand il ne respecte pas un engagement autre que celui explicitement mentionné dans le contrat. Pour qu'il y ait responsabilité il faut que le non respect de l'engagement génère fait subir des dommages à l'autre partie. Si l'acte n'est pas nuisible la responsabilité de l'acteur n'est pas engagée, elle ne l'est que si l'un des termes du contrat ou des textes de lois en vigueur ou ce qui est d'usage ne sont pas respectés. Par ailleurs il faut prouver juridiquement que l'acte nuisible était volontaire⁶¹⁴. On pourrait se demander sur la possibilité d'engager la responsabilité civile et pénale des membres de l'organe de contrôle charaique, surtout si l'on suppose qu'ils exercent une fonction et de ce fait, la punition des infractions est à considérer. Par ailleurs il faut clarifier la notion de responsabilité du point de vue de la jurisprudence islamique, et la possibilité de constater la responsabilité des membres de l'organe de contrôle charaique.

D'un autre coté plusieurs interrogations se posent à ce sujet: Peut-on par exemple recourir à l'arbitrage pour le règlement des litiges des participants en leurs qualités

⁶¹⁴ Mohamed Ali Kari « La spécialité juridique et la protection pénale des instances charaiques » Recherche publiée, centre de recherche économique islamique P.23, Université du Roi Abd El Aziz, Djedda

et dans les autres litiges ? Et peut-on ajouter la mission d'arbitrage aux activités des organes de contrôle charaique ? Le règlement de la banque islamique Faycel traite dans son article 18 du système d'arbitrage pour le règlement des litiges des participants en leurs qualités et dans les autres litiges⁶¹⁵.

Ainsi ce chapitre est réparti comme suit :

-Section 1 : La responsabilité civile et pénale née des infractions de l'organe de contrôle charaique

-Section 2: L'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques

615 Hassine Hamed Hassen « Les instances charaiques entre la détermination des fautes et infractions charaiques des banques islamiques et le secret professionnel et son impact positif ou négatif sur l'activité bancaire islamique » Recherche présentée dans le cadre du troisième congrès des instances charaiques des instances financières, P.58, Bahrayn, 2003

Section 1 : La responsabilité civile et pénale née des infractions de l'organe de contrôle charaique

Les législations et lois relatives aux banques islamiques, ainsi que les règles de constitution et les codes de bases des banques et des institutions financières doivent inclure des textes juridiques dotant les organes de contrôle de pouvoir et de prérogatives nécessaires à l'exercice de leur fonction. Si ces organes ne respectent pas leurs engagements, toute défaillance génère une responsabilité civile ou pénale.

La présente section clarifie cette idée en deux parties :

I- La responsabilité civile née d'une faute et d'une négligence dans l'exercice de l'activité des organes de contrôle charaique

II- La responsabilité pénale née des infractions commises par les organes de contrôle charaique

I- La responsabilité civile née d'une faute et d'une négligence dans l'exercice de l'activité des organes de contrôle charaique

Les juristes musulmans en évoquant l'idée de la responsabilité née d'une négligence, l'associe à l'idée de garantie, c'est à dire la garantie de dédommager la personne lésée par la personne négligente. Cela a lieu quand on confie quelque chose à quelqu'un ou dans les contrats de travail. Les juristes distinguent deux types de responsabilité. Tout d'abord il y a la responsabilité contractuelle qui engage le contractant quand il ne respecte pas une obligation mentionnée dans le contrat, ce qui implique l'existence d'un contrat valide et conforme à la loi. Ensuite il y a la responsabilité née de la négligence et engage le contractant quand il ne respecte pas une obligation à la marge du contrat. Dans tous les cas pour que la responsabilité soit constatée, il faut que l'une des parties soit lésée par l'autre partie qui n'a pas respecté son engagement. Et si l'acte n'est pas nuisible, l'acteur n'est pas responsable, mais sa responsabilité est prouvée il doit des dédommagements au lésé⁶¹⁶.

Pour que la personne lésée ait droit aux dédommagements il faut qu'il y ait une infraction des termes du contrat ou des lois relatives à cette activité ou à ce qui est d'usage. Il faut aussi montrer que l'acte nuisible est volontaire. Pour mieux comprendre cette responsabilité civile la partie qui suit est divisée en deux paragraphes.

I-1 Les types de responsabilités civiles nées d'une faute ou d'une négligence

Paragraphe 2: Des exemples de fautes et de négligences commises par l'organe de contrôle charaique

⁶¹⁶ Mohamed Al Kari « la spécialité juridique et la protection pénale des instances charaiques » Op.Cit P1-2

I-1 : Les types de responsabilités civiles nées d'une faute ou d'une négligence

Il y a deux types de responsabilités civiles, tout d'abord la responsabilité contractuelle qui incombe au contractant ayant failli à une obligation stipulée dans le contrat. Elle implique donc l'existence d'un contrat valide, c'est-à-dire remplissant les conditions de conformité juridique. La deuxième responsabilité est celle née d'une négligence et incombe au contractant ayant failli à une obligation non clairement stipulée dans le contrat.

Pour expliciter la notion de responsabilité civile dans ses deux acceptations, dans les activités des organes de contrôle charaique et dans leur relation avec les banques et les institutions financières islamiques, le présent paragraphe sera traité comme suit :

- 1- La responsabilité contractuelle et celle née d'une négligence et d'une faute dans les activités des organes de contrôle charaique
- 2- La vision de la jurisprudence islamique de la garantie dans les activités des organes de contrôle charaique

I-1-1 La responsabilité contractuelle et celle née d'une négligence et d'une faute dans les activités des organes de contrôle charaique

La responsabilité contractuelle incombe au contractant ayant failli à une obligation stipulée dans le contrat. Elle implique donc l'existence d'un contrat valide, c'est-à-dire remplissant les conditions de conformité juridique, et le contrat est défini- par les juristes- comme étant « la convergence de deux volontés ou plus pour la production d'une preuve juridique résidant dans la création d'un engagement, ou sa transmission ou sa modification ou sa résiliation »⁶¹⁷.

a- La responsabilité contractuelle

Pour qu'il y ait responsabilité contractuelle, trois conditions doivent être remplies : la faute contractuelle, le dommage, et la relation de cause à effet entre les deux.

La faute contractuelle est le non respect par la personne redevable de l'engagement pris dans le contrat. S'il y a un contrat entre le client et la banque, cette dernière est tenue de respecter la confidentialité de certaines informations et de ne pas les divulguer. La divulgation, étant le cas échéant une faute contractuelle qui oblige la banque de rendre compte et de réparer les dommages matériels et moraux engendrés. La responsabilité contractuelle ne distingue pas entre la faute volontaire et la négligence quant à la préservation des secrets et la prise des mesures nécessaires afin qu'ils ne soient pas connus d'autrui.

Ainsi, la faute à elle seule ne suffit pas à prouver la responsabilité contractuelle, mais il faut qu'elle engendre des dommages matériels ou moraux, et cela est valable aussi bien pour le dommage réalisé ou susceptible de l'être. Par ailleurs, il ne suffit pas de prouver la faute contractuelle (c'est-à-dire la divulgation des

⁶¹⁷ Abdel Razak al Sanhoury « Al Wassit dans l'explication du droit civil », volume 1, paragraphe 36, Dar Al Nahdha al Arabia, Egypte

secrets dans le cas mentionné) et de constater que la personne concernée a été lésée, mais il faut prouver que les dommages résultent bel et bien de cette faute contractuelle. Et c'est à la personne prétendant le non respect des termes du contrat que revient la tâche de démontrer cette relation de cause à effet en apportant des preuves. La personne tenue de garder le secret peut nier cette relation de cause à effet entre la divulgation et les dommages encourus et ce en démontrant la cause externe ou le cas de force majeure ou les défaillances du plaignant ou des autres⁶¹⁸.

Pour ce qui est du contrôle charaique, il y a deux types de contrats appelant à la responsabilité dans les activités des organes de contrôle charaique :

Tout d'abord : le contrat conclu entre le client et la banque

Ensuite : le contrat conclu entre le membre de l'organe de contrôle charaique et la banque ou l'institution financière ou la société d'investissement à laquelle il appartient.

Le contrat conclu entre le client et la banque islamique implique l'accord avec cette banque pour investir un montant donné ou pour fournir un service bancaire donné et ce selon les principes de la charia islamique.

Pour ce qui est du contrat conclu entre le membre de l'organe de contrôle charaique d'une part et la direction de la banque ou de l'institution financière islamique d'autre part, il est stipulé que le membre de l'organe de contrôle charaique doit fournir ses compétences dans le domaine de la jurisprudence et de

⁶¹⁸ Hassine Hamed Hassen « Les instances charaiques entre la détermination des fautes et infractions charaiques des banques islamiques et le secret professionnel et son impact positif ou négatif sur l'activité bancaire islamique » Recherche présentée dans le cadre du troisième congrès des instances charaiques, op.cit, P.34

droit afin d'améliorer les produits de la banque islamique et ses services auprès des clients selon les principes de la charia islamique⁶¹⁹.

Ainsi, les éléments du contrat dans les activités des organes de contrôle charaïque sont complets et sont au nombre de trois :

Le 1^{er} : les contractants c'est-à-dire celui qui impose et celui qui accepte

Le 2^e : l'objet de l'accord

Le 3^e : la formule indiquant l'accord à l'amiable des contractants, c'est-à-dire la confirmation et l'acceptation.

On peut dire que la confirmation dans l'activité de contrôle charaïque renvoie au désir exprimé par l'institution financière à l'adresse de ceux qui veulent investir leur argent, ou se procurer un service bancaire ou financier selon les principes de la charia islamique, et à son acceptation de ce qui sera convenu avec celui qui répondrait à son appel.

Il n'est pas obligatoire que l'expression de la confirmation se fasse dans une expression reprenant exactement ce sens, mais il suffit qu'il y ait assez d'indicateurs de l'acceptation que ce soit par l'expression, par écrit, par le comportement ou par le silence de sorte à ce que les circonstances ne laissent aucun doute quant au consentement de l'institution financière à s'engager auprès de l'autre partie. Le silence fait, en effet, office de preuve. Cela est visible par exemple, dans le cas de l'annonce d'une entreprise du lancement de ses activités et sa disposition à recevoir ceux qui désirent s'offrir ses services ou si elle rend publique son activité. Cela est une preuve de la satisfaction des conditions du consentement et de l'acceptation par cette institution financière de traiter avec le public. Ainsi, si un demandeur de services entre dans une banque ou dans une

⁶¹⁹ Abdallah Mabrouk al Najjar « Les conditions de la responsabilité dans le cadre du contrôle charaïque sur les institutions financières », recherche présentée à la 19^e session de l'Organisation du congrès islamique, al Chariqa, op.cit, p.27

institution financière islamique et a demandé l'un de ses services, cela fait office de preuve de consentement qui permet alors de compléter les procédures de conclusion du contrat et de sa rédaction pour préserver les droits de chacun.

Il faut que la confirmation et le consentement soient réunis et simultanés avant que les délais ne soient dépassés ou que l'une des parties se retire⁶²⁰. Les juristes musulmans désignent cela par l'expression « le conseil du contrat », de ce fait si l'une des parties se retire avant que la confirmation et le consentement ne soient réunis, le contrat n'a pas lieu.

Cependant, ce qui importe dans les activités de contrôle charaique est la détermination de l'objet du contrat, qui renvoie aux obligations réciproques entre la banque islamique d'une part et le client d'autre part, et la correspondance des obligations signifie que chaque obligation qui incombe à l'une des parties est un droit pour l'autre partie, et l'on peut mettre en exergue ces obligations dans ce qui suit :

1^{ère} : les obligations de la banque ou de l'institution financière islamique dans le contrat :

La détermination de l'objet de l'engagement de la banque ou de l'institution financière islamique se fait suite à la demande d'un service par le client, et ce service ou cette tâche peut être un service bancaire ou un investissement de son argent selon le règlement de la banque ou de l'institution financière islamique. Ces activités se doivent de respecter les principes et les enseignements de la charia islamique, et cela constitue un engagement pour la réalisation d'un résultat qui incombe à la banque ou à l'institution financière islamique, en contrepartie de ce qu'elle reçoit comme convenu en paiement des services bancaires et des transactions financières islamiques offertes au client. La gestion au nom de la

⁶²⁰ Al Ramli « la finalité du nécessaire », volume 3, p.8

banque est à la charge du directeur de la banque ou de celui qui est désigné par son conseil d'administration pour cette tâche.

La banque s'engage notamment auprès de l'organe de contrôle charaïque à lui communiquer, assez à l'avance, les opérations et produits nouveaux qu'elle désire introduire avant la réunion des membres de ces organes pour en discuter et donner leur avis charaïque, comme elle s'engage à exposer tous les contrats et les accords et nouveaux modèles que l'entreprise compte adopter et émettre, tout en s'engageant à n'utiliser aucun contrat ou modèle pour lequel l'organe de contrôle charaïque a émis des réserves qu'après sa modification selon les recommandations de l'organe qui doit le valider.

2^e : la relation entre la banque, ou l'institution financière et islamique et les membres de l'organe de contrôle charaïque :

La banque islamique ou l'institution financière islamique, en offrant leurs services aux clients, s'engagent à respecter les principes de la charia islamique. Les clients savent à l'avance que la fourniture de ces services ne peut se faire conformément aux enseignements de la charia islamique par la seule décision des conseillers économiques et financiers, mais ce sont les experts et les membres charaiques et juristes qui vont procéder à arrêter l'activité bancaire islamique selon les normes charaiques. Les membres de l'organe de contrôle charaïque sont, sans doute, liés à la banque ou à l'institution financière par un contrat les obligeant à mettre à disposition leurs compétences jurisprudentielles, juridiques et bancaires à ce sujet. Cette relation constitue un travail indépendant effectué par le membre de l'organe de contrôle pour le compte de la banque islamique afin qu'elle puisse honorer ses engagements auprès de ses clients, et ne constitue pas une forme de procuration. Cela oblige la banque ou l'institution financière islamique à présenter tous les

documents et toutes les données susceptibles d'aider les membres de l'organe de contrôle charaique à bien mener leur travail⁶²¹.

C'est pour cela que chaque membre de l'organe de contrôle charaique doit exercer son travail par lui-même et ne peut se faire remplacer, car le membre est engagé pour sa personne et car la compétence est propre à l'individu et ne peut être léguée. C'est pour cela que la banque ou l'institution financière islamique doit mener ses activités avec le plus grand soin conformément à l'éthique bancaire

Pour ce qui est des obligations qui incombent aux membres de l'organe de contrôle charaique « étant donné l'absence de lois et de législations (en général) organisant la relation entre l'institution financière islamique et l'instance islamique, on ne peut pas définir les obligations et les répercussions juridiques qui incombent aux instances charaiques... en plus étant donné le caractère récent de pareilles instances, il est normal de ne pas trouver des principes jurisprudentiels prédéterminés dans la jurisprudence fixant les obligations et les répercussions charaiques qui incombent à ces instances créées dans les deux ou trois dernières décennies du 20^e siècle. Cependant, cela ne les désengage d'aucune responsabilité, engagement ou répercussion... en effet, s'il est prouvé que l'instance charaique a commis une faute en se prononçant sur un avis charaique et en émettant une fatwa ou une décision auprès de l'entreprise, puis s'est rétracté et a changé cet avis, et que cela a lésé ou a causé des pertes financières à l'institution, elle n'est pas tenue responsable car la question relève de al ijihad, et tant que ce dernier ne comporte pas une infraction d'une règle connue et évidente, implicitement ou par mention explicite dans les textes, et ce selon les jurisconsultes qui affirment que le juge ne peut être tenu responsable des dommages financiers causés par à son ijihad dans des questions pour lesquelles il n'y a pas de textes clairs..., mais si la faute touche une question évidente, c'est-à-dire que sa décision ou fatwa qu'elle veut changer

⁶²¹ Nazih Hamed « Les instances charaiques dans les banques islamiques ; détermination des conditions », recherche publiée, revue du Groupement Jurisprudentiel Islamique, p.297, année (15), n°19, 2004

était à la base contraire à ce qui est dicté dans la charia par la logique ou par un texte clair qui ne prête pas à interprétation, et dans ce cas l'instance charaïque assume les dommages causés et la perte financière qui en découle.

En effet, une instance qui commet une faute pareille n'est pas à la hauteur de la tâche qui lui a été assignée, elle a induit l'institution financière en erreur en acceptant d'être nommée, et doit donc assumer les dégâts générés, à l'image du médecin qui est tenu responsable des fautes professionnelles graves. Et en cas de non respect par la direction exécutive de l'entreprise de ses engagements vis-à-vis de l'instance charaïque, cette dernière doit attirer l'attention de la direction sur cette infraction et doit en faire mention dans son rapport annuel... Si elle ne procède pas ainsi, elle a failli à ses obligations et a trahi la confiance qui lui a été accordée, et est tenu responsable de par la loi et la charia »⁶²².

Globalement, les engagements des membres de l'organe de contrôle charaïque à bien mener leur mission pour le compte de la banque ou de l'institution financière traduisent une obligation de résultat, concernant les questions exposées. L'organe de contrôle charaïque doit formuler un avis charaïque adéquat et adapté sans chercher à compliquer les choses et en adoptant la règle de la facilitation et la prise en considération des circonstances et des usages, et doit chercher à faire prévaloir les intérêts et à bannir les vices, et à choisir parmi les courants et positions jurisprudentielles ce qui lui semble adapté à la réalité des transactions modernes, tout en considérant les décisions des groupements jurisprudentiels et des associations reconnues⁶²³.

3^e : les obligations qui incombent au client dans le contrat de la banque :

⁶²² Nazih Hamed « la responsabilité charaïque et juridique des membres de l'instance de contrôle charaïque » recherche présentée lors du 2^e congrès des instances charaïques des institutions financières islamiques, op.cit. p12-13

⁶²³ Abdallah Mabrouk al Najjar « les conditions de la responsabilité dans le cadre du contrôle charaïque des institutions financières, op.cit, p30

Le client s'engage à fournir à la banque le montant qu'il désire investir, et ce que ce soit pour son propre compte ou pour le compte de la personne qu'il représente légalement, comme le ferait un père pour son enfant mineur, ou dans le cadre d'un accord de procuration où il s'agit de déposer le montant à la banque à des fins d'investissement ou pour s'offrir un service bancaire conforme aux les principes de la charia islamique et il faut que la provenance de la somme déposée soit garantie, c'est-à-dire obtenue légalement. En effet, les informations déclarées par le client doivent être vraies et le client s'engage à payer le service offert selon les normes en vigueur ou selon les termes de l'accord⁶²⁴.

b- La responsabilité née de la négligence

Pour ce qui est relatif à la responsabilité engagée du fait de la négligence dans les travaux des organes de contrôle charaique, comme il est d'usage dans la loi, chaque faute générant des dommages pour autrui, oblige son acteur à des dédommagements.

Ainsi, les éléments de la responsabilité née du fait de la négligence sont au nombre de trois, la faute, le dommage et la relation de cause à effet entre les deux. La faute dans ce type de responsabilité réside dans la faiblesse de l'effort fourni et dans le manque d'attention, et cela a lieu si la personne ne veille pas constamment dans son comportement à ne pas léser autrui, et si l'attitude de l'employé de la banque dévie de l'éthique pour ce qui est du secret professionnel par exemple, et ce en connaissance de cause, sa déviation engage sa responsabilité.

La faute comporte deux éléments : l'un est matériel et réside dans la déviation dans le comportement et elle est évaluée par des critères objectifs et l'autre est moral et c'est la volonté.

⁶²⁴ Op.cit, p30-31

La règle est celle que la personne doit être capable de faire la distinction pour sa responsabilité soit engagée et pour que la négligence soit jugée.

La personne morale demande que des comptes lui soient rendus des fautes commises par ses représentants engagés par sa volonté et le représentant juridiquement.

Le dommage est quant à lui ou matériel ou moral. Le dommage matériel réside dans la négligence d'un intérêt qui une valeur financière, et le dommage moral réside dans ce que la personne subit comme atteinte à ses sentiments, sa dignité, son honneur et sa réputation et peut être évalué en argent. La loi et la jurisprudence sont d'accord pour la nécessité de dédommager le préjudice moral, comme le mentionnent les textes de loi. Le plaignant doit prouver le préjudice subi et la relation de cause à effet entre le préjudice et la faute commise. Ainsi, la personne dont les secrets ont été divulgués doit d'abord prouver l'acte de divulgation, puis prouver le préjudice engendré par cette même divulgation. Le responsable présumé peut à son tour nier la relation de cause à effet et ce en prouvant le cas de force majeure, l'incident exceptionnel, la faute du plaignant ou la faute d'autrui.

Il y a lieu de signaler que la responsabilité née du fait de la négligence correspond dans la jurisprudence islamique au principe de « Dhaman » (garantie de dédommagement), car les règles générales de la charia et ses principes obligent celui qui a commis la faute non admise à garantir le dédommagement⁶²⁵.

I-1-2 La vision de la jurisprudence islamique de la garantie dans les activités des organes de contrôle charaique

⁶²⁵ Hassine Hamed Hassen « Les instances charaiques entre la détermination des fautes et infractions charaiques des banques islamiques et le secret professionnel et son impact positif ou négatif sur l'activité bancaire islamique » Recherche présentée dans le cadre du troisième congrès des instances charaiques, op.cit, pp-35-36

La jurisprudence islamique oblige au principe de la garantie d'un dédommagement dans les contrats de confiance et de travail en cas de dépassement ou de négligence. La négligence signifie le manque attention et l'inadvertance, alors que le dépassement signifie porter préjudice et léser autrui à tort.

a- la garantie dans jurisprudence islamique: la garantie dans la fatwa

La garantie d'un dédommagement dans la jurisprudence ne se limite pas aux contrats de confiance (amana) comme la procuration (wakala), la mudharaba ou le dépôt. Le dépassement peut avoir lieu dans d'autres types de contrats, comme les contrats de location ou de « ijara ». C'est pour cela que les jurisconsultes musulmans distinguent entre le superviseur de l'affaire et l'acteur de la faute, comme le signale le code des principes de justice dans son article 5 : « si on est en présence du superviseur de l'affaire et de l'acteur de la faute, la décision de justice est subie par le superviseur ».

En effet, le membre du contrôle charaique dont la mission est la formulation de fatwa, par exemple, se porte garant du dédommagement, en ce sens que s'il dépasse une limite, enfreint une condition et porte préjudice à autrui à tort, ou ne se dépense pas dans l'accomplissement de sa mission en enfreignant une règle évidente, un argument charaique reconnu ou un texte sans équivoque, il est considéré responsable.

Les jurisconsultes musulmans soulignent que même le mufti se porte garant et est redevable en cas d'infraction de la preuve évidente, comme l'indique l'un des jurisconsultes musulmans en disant : « si la personne demande la fatwa au mufti et suit sa recommandation, pour par la suite découvrir l'erreur commise par le mufti qui a enfreint une norme évidente, ce mufti se porte garant »⁶²⁶.

⁶²⁶ Ibn Hamdan « la qualité de mufti et de celui qui demande la fatwa », p.21, le Bureau Islamique, Damas, Syrie

Mais si le mufti recourt à l'ijtihad et fournit des efforts de réflexion sans contredire un argument évident et reconnu, il n'est pas redevable. Ibn al Kayem dit : « et ce même si le mufti n'est pas compétent, car la faute incombe à celui qui lui a demandé conseil »⁶²⁷. Ceux qui soutiennent l'idée de poursuivre le mufti quand il s'agit pourtant d'efforts fournis sans contredire les textes clairs, dissuadent les muftis de se proclamer et de formuler des fatwas, ce qui peut porter préjudice à l'intérêt général.

Si la faute de l'organe de contrôle charaique ou de l'un de ses membres ne résulte pas de sa négligence au moment de la désignation des membres, ou au moment de la préparation des justifications de sa fatwa pour validation ou refus d'une question donnée, la garantie incombe aux membres de l'organe de contrôle charaique. Ibn Al Kayem dit à ce sujet : « si la personne ayant demandé conseil auprès du mufti, suit sa recommandation pour les questions relatives aux gens ou aux biens, et il s'avère par la suite qu'il avait tort, Abu Is'hak al Farani du courant chafiite dit : le mufti est redevable s'il est habilité à exercer ses fonctions, et a cependant enfreint la norme pourtant évidente »⁶²⁸.

Peut être que la base de la garantie personnelle pour le membre de l'organe de contrôle charaique revient au fait qu'en enfreignant les enseignements sans équivoque contenus dans les arguments de la charia islamique, et en fournissant peu d'efforts d'investigation et d'étude, il est considéré défaillant, et inapte à la fatwa. Il induit ainsi la personne qui vient lui demander conseil en erreur, et est de ce fait redevable.

Il appartient à l'institution financière ou à la banque de demander des comptes à l'organe de contrôle charaique ou à l'un de ses membres s'il est prouvé qu'il a enfreint et n'a pas respecté un argument charaique évident, faisant ainsi subir à

⁶²⁷ Ibn al Kayem « Aalam al Mouakiîn », op.cit, p.196

⁶²⁸ Op.cit, p196

l'institution des pertes financières, et plus encore elle peut le destituer de ses fonctions après lui avoir fait subir ces pertes.⁶²⁹

b- Les garantie autres que la garantie de la Fatwa

On peut, peut être se demander à ce sujet sur la position de la jurisprudence islamique vis-à-vis de la garantie dans les activités des organes de contrôle charaique, et plus précisément dans les autres travaux effectués par l'organe de contrôle charaique pour la banque ou l'institution financière islamique, comme la supervision avant et après la réalisation des activités de la banque ou de l'institution. Pour répondre à cette interrogation, on peut dire que cela dépend de la connaissance des termes et des bases de la relation de l'organe de contrôle charaique avec la banque islamique ou l'institution financière.

Il est connu que le travail de l'organe de contrôle charaique prend plusieurs formes dont notamment :

Premièrement : les travaux de fatwas émises par l'organe de contrôle charaique, qui se manifestent à travers les décisions qui justifient ou discutent de la légitimité des contrats conclus par l'institution ou par la banque, et de leurs formes, et à travers l'adoption conformément à la charia des produits financiers et autres.

⁶²⁹ Certains chercheurs contemporains notent que si les membres de l'organe de contrôle charaique ne satisfont un certain nombre de critères et de conditions et ne sont pas habilités à délibérer sur les affaires financières de l'entreprise, ils induisent ainsi cette dernière en erreur en signant un contrat avec elle, sachant qu'ils ne disposent pas des compétences requises. Ils l'induisent encore en erreur en lui présentant des décisions infondées ou une fatwa erronée, volontairement. Un pareil comportement de la part de l'un des membres de l'organe de contrôle charaique le rend responsable et doit garantir le dédommagement des préjudices subis par l'entreprise du fait de son comportement, sa décision et sa fatwa erronées. Pour aller plus loin : Nazih Hamed « les instances charaiques dans les banques islamiques », op.cit., 303

Deuxièmement : le contrôle charaique des activités de la banque ou de l'institution financière islamique et leur révision de manière périodique, et la vérification de l'engagement de la direction exécutive au respect des décisions émises.

Troisièmement : l'arbitrage dans les litiges nés entre la banque et ses clients

Quatrièmement : « al Hosba » c'est-à-dire l'incitation aux bonnes mœurs, gratuitement et sans rien attendre en retour pour le bien général, et il se peut que les organes de contrôle charaique effectuent cette mission en orientant et guidant les activités bancaires bénévolement.

Cinquièmement : communiquer une image positive de la banque qui renforce la confiance des gens et œuvrer à améliorer cette image, en apposant les noms et les signatures des membres de l'organe de contrôle charaique sur ses publications⁶³⁰.

Nous soutenons la position de l'un des chercheurs contemporains qui qualifie la relation entre l'organe de contrôle charaique et la banque ou l'institution financière islamique, d'un point de vue charaique comme étant basée sur un contrat de travail en contrepartie d'une rémunération. Le travail réside dans le fait de formuler un avis charaique à l'institution. Les juristes musulmans distinguent entre l'employé privé et l'employé public ou commun. Et les membres de l'organe de contrôle charaique travaillent- souvent- pour le compte de plus d'une institution financière islamique, ce qui permet de qualifier le membre de l'organe à l'entreprise par « employé commun ou public »... s'applique alors dans ce cas les règles régissant la garantie assurée par l'employé public. En effet, si l'organe de contrôle charaique ou l'un de ses membres néglige l'un des aspects charaiques dans les activités de l'institution financière, et atteste de la conformité de ces dernières sans examen approfondi, de sorte à ce que la confiance du public est ébranlée, lui faisant ainsi perdre des revenus financiers, alors dans ce cas,

⁶³⁰ Mohamad al Kari « la spécialité juridique et la protection pénale des instances charaiques », op.cit, pp.3-4

l'organe ou le membre se porte garant de la réparation des préjudices subis par la banque ou par l'institution financière islamique. Par ailleurs, si l'organe de contrôle charaique délibère en interdisant une transaction donnée qu'il juge illicite, alors qu'elle est acceptée par d'autres pour ce qui de la conformité charaique surtout que la question est à étudier et n'est pas clairement tranchée, comme dans le cas de l'interdiction des investissements en titres financiers sauf si la société d'investissement exerce des activités illicites, dans ce cas le dommage réside dans le manque à gagner.

L'organe de contrôle charaique a fermé la porte à des optiques d'investissement sans aller au fond de la question et bien l'étudier, ce qui peut la rendre redevable de la garantie de réparer les préjudices subis. En outre, le manque d'assiduité des membres de l'organe de contrôle charaique et le non respect des dates et heures des réunions, peut faire perdre à l'institution ou la banque une opportunité d'affaire et donc de gains ; par exemple une entreprise a demandé aux membres de l'organe de réviser un contrat à conclure d'un point de vue juridique et charaique, et les membres avaient négligé cette affaire et a trainé dans sa délibération, ce qui a fait perdre l'affaire à l'entreprise. Dans ce cas précis, la garantie de réparation des préjudices incombe aux membres de l'organe de contrôle charaique.

De ce fait, les organes de contrôle charaique ne sont pas considérés comme des personnes morales, mais la relation naît entre les membres de l'organe de contrôle charaique en tant qu'individus et l'institution financière⁶³¹.

1-2 Des exemples de fautes et de négligences commises par l'organe de contrôle charaique

⁶³¹ Op.cit, pp.6-12

On peut identifier les formes de fautes et de négligences commises par l'organe de contrôle charaïque dans les institutions financières ou les banques islamiques en exposant les diverses spécialités des organes de contrôle charaïque et leurs implications juridiques.

Ainsi, nous traitons le présent paragraphe comme suit :

1- Les spécialités des organes de contrôle charaïque et leurs implications juridiques

2- La faute et la falsification dans le domaine du contrôle charaïque

I-2-1 Les spécialités des organes de contrôle charaïque et leurs implications juridiques

a-Al iftaa ou la délibération dans les problématiques nouvelles contemporaines

La réalité du contrôle charaïque indique que la fonction du contrôle charaïque ne se limite pas à la confirmation de la validité de la comptabilité annuelle, mais va au-delà en englobant des fonctions religieuses résidant dans le contrôle charaïque conformément aux principes de la charia, de toutes les transactions et produits des institutions financières. De plus, l'organe de contrôle charaïque peut s'opposer aux travaux du conseil d'administration si ces travaux sont jugés non conformes à la charia.

De ce fait, la direction a la responsabilité de se doter de cadres qui permettraient aux membres de l'organe de contrôle charaïque de mener à bien leur mission. Si la direction néglige cet élément, ou intervient dans les travaux de l'organe, ou refuse de suivre et d'appliquer ses recommandations, les membres de l'organe de contrôle charaïque peuvent rédiger un rapport négatif explicitant les détails des

infractions et dépassements, dégageant ainsi sa responsabilité et la transférant à la direction.

Mais si cette dernière honore correctement ses obligations, la responsabilité en cas de défaillance incombe entièrement à l'organe de contrôle charaique. C'est pour cela que les normes comptables et de révision des institutions financières islamiques stipulent que « l'institution ne doit pas imposer de contraintes au contrôle charaique, et en cas de l'imposition de pareilles contraintes, elle est à dénoncer dans le rapport de l'instance de contrôle charaique aux actionnaires »⁶³².

Et on peut dire que la détermination des fautes et des négligences dans le travail des organes de contrôle charaique ne repose pas d'un point de vue charaique sur des critères prédéterminés, comme dans le cas du travail comptable et de révision, ce qui rend la question plus compliquée au vu des procédures suivies en la matière. Cela étant, le membre de l'organe de contrôle charaique encourt tout comme l'auditeur externe, une responsabilité civile sous ses deux formes ; une responsabilité contractuelle et une responsabilité générée par sa négligence si les éléments de cette responsabilité sont réunis ; c'est-à-dire la faute et le préjudice et la base de cette responsabilité est le contrat d'agence ou les principes de garantie qui imposent la réparation du préjudice effectif subi par une personne à cause d'une autre personne.

Le membre de l'organe de contrôle charaique ne bénéficie aucunement d'une immunité lui épargnant d'assumer la responsabilité charaique et juridique sous ses trois formes, professionnelle et pénale, qu'elle soit contractuelle ou générée par sa négligence⁶³³.

⁶³² Les normes comptables et de révision des institutions financières islamiques, partie réservée aux conditions, p.17, 2002

⁶³³ Hassine Hamed Hassan « La responsabilité charaique et juridique des membres de l'instance charaique » op.cit, p.59

En examinant les spécialités de l'organe de contrôle et les implications juridiques en découlant, elles sont comme suit :

Cette spécialité figure sans doute en tête de liste parmi les travaux effectués par l'organe de contrôle charaique, à travers la révision des codes des banques ou des institutions financières islamiques ou à travers les législations et lois publiées concernant le travail bancaire islamique.

La formulation des fatwas couvre les problématiques financières islamiques nouvelles contemporaines et l'investigation des litiges et des innovations qui requièrent une qualification jurisprudentielle et juridique et la réponse aux interrogations posées par la direction de la banque ou de l'institution.

Cette fonction de l'organe consistant à répondre aux interrogations posées par la direction de la banque ou de l'institution financière islamique, tout en fournissant l'effort nécessaire pour le faire implique forcément « une responsabilité générée par ce rôle, au vu des avis émis par les spécialistes sur les questions juridiques et financières : le consultant juridique et financier ne peut faire l'objet de poursuites pour les avis et déclarations formulés dans le cadre de la consultation demandée, tant qu'il s'engage à respecter l'éthique du métier et fournit l'effort nécessaire et requis dans ces cas »⁶³⁴.

b- La spécialité des affaires administratives :

Les organes de contrôle charaique exercent une spécialité relative à la délibération et la déclaration de fatwa pour ce qui a trait aux problématiques financières contemporaines et certains codes ne limitent pas le rôle de l'organe charaique à l'exercice de ses activités principales de délibération charaique pour le compte de la banque ou de l'institution financière, mais on trouve que certains de ces codes, lois et législations y ajoutent des fonctions à caractère administratif, comme le

⁶³⁴ Abdessatar al Khouildi « le besoin de réglementer le contrôle charaique », op.cit, pp-7-8

droit accordé à l'organe de contrôle charaique de demander la réunion du conseil d'administration de la banque s'il le juge nécessaire, et ce comme l'indique l'article 40 du paragraphe 5 du code réglementaire de la banque islamique égyptienne « Fayçal ».

En outre l'organe de contrôle charaique peut demander la présentation d'un rapport au directeur général et au conseil d'administration en plus du rapport annuel présenté à l'association publique, et ce comme l'indique l'article 71 du code réglementaire de la banque islamique soudanaise « Fayçal ».

On note encore, l'exemple où l'une des banques a donné le droit à l'organe de contrôler les services chargés du recrutement, de l'approvisionnement et les autres services afin de vérifier la conformité des activités exercées par la banque, comme l'indiquent les articles 60 et 60 du code réglementaire de la banque de solidarité soudanaise.

Le travail administratif effectué par certains organes de contrôle charaique leur donne le droit de donner leur avis concernant les garanties obtenues par les banques, ainsi que pour les créances douteuses. Ils ont, par ailleurs, le droit de bloquer immédiatement tout comportement non conforme à la charia, et de convoquer l'association publique pour une réunion urgente⁶³⁵.

Les travaux administratifs susmentionnés génèrent nécessairement des effets juridiques.

En effet, la convocation du conseil d'administration pour réunion par l'organe de contrôle charaique est sans doute une tâche administrative, mais elle n'est pas bien précisée ou détaillée pour ce qui est des cas de son application, c'est-à-dire les cas qui permettent de provoquer une réunion. L'organe pourrait se trouver accusé de ne pas avoir pris les mesures nécessaires à temps pour provoquer la réunion, alors

⁶³⁵ Op.cit, pp.8-9

que toutes les conditions l'exigeant étaient remplies. Cela lui fait encourir un risque de poursuite, car il s'est abstenu alors qu'il est tenu d'agir.

En ce qui concerne la formulation par l'organe des avis charaiques relatifs aux garanties et aux créances douteuses, si l'avis porte sur l'autorisation d'accepter ou non la garantie d'un point de vue charaique, il relève donc de la spécialité première de l'organe de donner des fatwas concernant les problématiques financières contemporaines.

Mais pour ce qui est de la mission confiée à l'organe de contrôle charaique pour donner son avis sur les garanties et les créances douteuses, cette mission implique un examen profond et une évaluation des garanties pour faire prévaloir l'une sur l'autre et juger de leur solidité et du degré de leur liquidité. Il est à noter que les garanties font l'objet de controverses parmi les spécialistes et ce sujet est soumis à des autorités compétentes spécialisées dans l'évaluation des risques. De même pour les créances douteuses ; si le traitement requis vise à lever le doute du riba et autres procédures illicites, cela ne sort pas du cadre de l'avis charaique qui relève de la fatwa.

Mais si le rôle de l'organe implique un traitement économique et financier, comme la proposition de céder une partie de la créance, cela est déconseillé car l'instance de contrôle charaique peut faire l'objet de poursuites juridiques par les actionnaires ou les prêteurs car la cession de la créance ou sa diminution affecte leurs droits.

Ainsi, le rôle de l'organe de contrôle charaique est limité aux fonctions décrites de révision ; c'est-à-dire que la direction de la banque ou l'institution financière prépare les conditions et les éléments de traitement d'une affaire ou d'une question puis elle les communique à l'organe de contrôle charaique afin qu'il en vérifie seulement la conformité charaique et l'absence d'infractions charaiques.

Finalement, on note le travail de l'organe lui donnant le droit d'arrêter toute activité contraire à la charia et aussi de provoquer une réunion de l'association publique.

Ce rôle est sans doute positif, mais nécessite d'une part de préciser les cas où il y a convocation de l'association, et d'autre part la disponibilité de l'organe qui doit effectuer un suivi quasi quotidien des activités de la banque ou de l'institution financière islamique. Ces deux choses ne peuvent être réalisées matériellement, car l'organe de contrôle charaique n'est pas disponible et est loin du centre d'activité de l'entreprise, ce qui nécessite un contrôle effectif basé sur un suivi sur le terrain et qui soit méthodologique.

Quel serait en effet l'intérêt d'étendre le champ d'activité de l'organe de contrôle charaique sans qu'il n'y ait des normes et des critères de contrôle, ce qui devrait inciter, à notre sens, à prendre conscience de la nécessité d'un code réservé aux travaux de contrôle charaique.

I-2-2 La faute et la falsification dans le domaine du contrôle charaique

La confiance totale et le respect renforcent la relation liant le membre de l'organe de contrôle charaique à la direction de la banque ou de l'institution financière islamique. Ainsi, il n'y a pas de place à l'imposition et à l'exploitation dans le cadre de cette relation. Cependant, il se peut qu'il y ait des erreurs et des falsifications pervertissant la volonté de l'un des contractants dans le domaine du contrôle charaique.

a- L'erreur et la falsification dans la relation entre l'organe de contrôle charaique et la direction de la banque ou de l'institution financière islamique

L'erreur réside dans le fait que l'un des membres de l'organe de contrôle charaique va s'imaginer que le travail qu'il va effectuer est une simple rédaction

de notes ou de simples tâches bureautiques routinières pour un certain temps, puis découvre que le travail et la nature de la mission sont plus ardues que prévu. L'erreur réside dans la supposition non conforme à la réalité de l'un des contractants, comme celui qui va acheter un métal qu'il va supposer être de l'or pour découvrir ultérieurement que ce n'est pas de l'or, ou s'imagine que c'est un produit original pour découvrir que c'est une imitation. Les faits découverts auraient empêché la personne de conclure le contrat si elle avait réellement conscience de la réalité des choses. De même, le client auprès de la banque peut déduire de l'appellation d'un service que ce dernier correspond à ce qu'il cherche pour découvrir qu'il n'en est pas ainsi. Si une pareille erreur affecte la volonté du membre de l'organe de contrôle charaique et sa relation avec la direction de la banque, cela peut annuler le contrat au profit du lésé.

Si l'erreur a lieu par la supposition de l'un des contractants de ce qui n'est pas, la falsification implique que le contractant est induit en erreur à cause des pratiques d'escroquerie initiées par l'autre partie pour abuser de lui. Le mauvais jugement dans ce cas est généré par la falsification et le détournement des faits de l'une des parties aux dépens de l'autre, à l'image de celui qui se présente pour un entretien d'embauche muni de diplômes et d'attestations fausses pour faire croire à l'employeur qu'il est compétent pour le poste offert et qu'il remplit les conditions requises. La réalité par la suite est toute autre.

Il est vraisemblablement connu que les compétences requises et les qualifications scientifiques des membres de l'organe de contrôle charaique sont de haute qualité, supposant une pluridisciplinarité, couvrant la jurisprudence des transactions, les connaissances en droit et de ses principes ainsi que des connaissances approfondies du travail bancaire.

C'est pour cela que la norme (1) stipule que le contrôle charaique est un organe indépendant constitué de juristes spécialisés dans la jurisprudence des

transactions, et cette description est prise en compte pour la validité du contrat. On peut s'imaginer le recours à la falsification dans les contrats bancaires surtout dans le contexte actuel mondial où les moyens de détournement et d'escroquerie ne manquent pas, la finalité étant la maximisation à tout prix des richesses matérielles, sans considération éthique. La falsification, au même titre que l'erreur ou le mauvais jugement s'ils sont prouvés annulent le contrat au profit de la personne ayant subi l'escroquerie.

Pour déterminer comment se manifeste la garantie de réparation des préjudices subis et ce qui la génère, il faut expliciter les missions qui incombent aux membres des organes de contrôle charaique, par mention claire dans le contrat, ou selon ce qui a été décidé dans les textes de droit bancaire ou ce qui a été défini par les normes. En effet, l'article (4) de la norme (1) stipule qu'il faut qu'il y ait un accord entre l'organe de contrôle charaique et la direction de l'entreprise sur les conditions de la relation, et il faut que les conditions fixées soient arrêtées dans la lettre de nomination au poste, en indiquant les exigences essentielles qui doivent être remplies. Ainsi, la définition de l'objet de l'engagement dans le contrat bancaire revient à ce qui a été décidé par les codes de conduite et les termes de l'accord⁶³⁶.

b- L'erreur dans le domaine du contrôle charaique :

La faute dans le domaine du contrôle charaique renvoie à la faute contractuelle qui fait que l'une des parties au contrat faillit à ses obligations générées par le contrat ou négligence leur accomplissement, et ce partiellement ou totalement. Il pourrait notamment s'agir de les accomplir mais non conformément à ce qui a été convenu, volontairement ou indépendamment de sa volonté. Cependant, en cas de force

⁶³⁶ Abdallah al Najjar « Les conditions de la responsabilité dans le cadre du contrôle charaique sur les institutions financières », op.cit, p.34-35

majeure, la responsabilité peut être exonérée du fait de l'absence de lien entre la faute et le préjudice causé.

C'est pour cela que l'engagement dans le contrat entre l'un des membres de l'organe de contrôle charaique et la direction de la banque génère une obligation de résultat, et le contractant n'honore pas son engagement s'il n'atteint pas le résultat souhaité, et il ne peut pas nier sa responsabilité en montrant qu'il a fait tout ce qui est en son pouvoir pour honorer son engagement ou qu'il n'a pas été négligent. Il pourrait cependant nier sa responsabilité en niant la relation de cause à effet entre la faute et le préjudice en montrant que la faute relève du cas de force majeure, ou est causé par l'autre partie au contrat ou par toute autre personne.

Si l'organe de contrôle charaique commet une faute, lui ou l'un de ses membres, la responsabilité de la faute commise incombe à la banque qui est considérée responsable de ceux qu'elle emploie. La règle dans le domaine de la responsabilité contractuelle est que le prêteur est responsable de la faute commise par les personnes qui dépendent de lui et qu'il emploie pour honorer l'engagement. Il en est ainsi personnellement responsable, car les conditions requises dans l'application des principes relatifs à la responsabilité du supérieur des actes de ses subordonnés sont remplies, et ces conditions sont les suivantes :

Premièrement : l'existence du lien de dépendance ou d'affiliation, c'est-à-dire que le supérieur a un pouvoir de contrôle effectif sur le subordonné, via le contrat, même si le supérieur n'est pas libre dans le choix de ses subordonnés.

Deuxièmement : la faute commise par le subordonné ; en ce sens que la faute est commise par le subordonné et porte préjudice à autrui, avec l'existence d'un lien de cause à effet, car si le subordonné est acquitté, le responsable est acquitté⁶³⁷.

⁶³⁷ Abdel Razak al Sanhoury « Al Wassit dans l'explication du droit civil », op.cit, p.422

Troisièmement : la faute est commise lors de l'exercice des activités ou en découle, car si la faute découle d'une raison autre que son travail ou n'a pas lieu dans les heures de l'exercice de la fonction, la responsabilité du subordonné n'est pas engagée, de même pour les fautes personnelles commises par le subordonnés en en dehors de l'exercice de la fonction, sauf si c'est rattaché au travail, ce qui engage la responsabilité de l'employeur qui est l'entreprise dont il dépend. Certains juristes voient que le fondement de la responsabilité de l'employeur des actes de son subordonné se rattache au fait que le travail de l'employé profite en règle générale à l'employeur, et de ce fait, ce dernier doit assumer les fruits de ce travail dans tous les cas.

D'autres pensent que c'est une forme responsabilité de personnes où le supérieur ou l'employé assume les fautes commises par le subordonné ou l'employé et qui lèse autrui, tant que la faute est commise lors de l'exercice de son travail ou à cause de lui⁶³⁸.

De ce fait, dans le contrôle charaique, si une faute contractuelle est prouvée et qu'elle génère une perte financière et si le préjudice est directement lié à la faute évidente, il faut qu'il y ait réparation, et la garantie du dédommagement incombe à la banque ou à l'institution financière islamique, car la décision émise par l'organe de contrôle charaique dans ce cadre est attribuée à l'institution financière ou à la banque.

En effet, le critère de détermination n°1 indique qu'il faut revenir vers l'institution financière, en affirmant : «l'instance de contrôle charaique a la tâche d'orienter les activités de l'entreprise, et de les contrôler pour en vérifier la conformité aux les

⁶³⁸ Pour aller plus loin : Abdel Razak Fraj, Théorie générale des obligations (les sources d'obligation non volontaires), p.55-59

Voir aussi : Abdallah al Najjar « Les conditions de la responsabilité dans le cadre du contrôle charaique sur les institutions financières », op.cit, p.36-37

principes de la charia islamique et les fatwas et décisions émises sont à force obligatoire pour l'entreprise »⁶³⁹.

II- La responsabilité pénale née des infractions commises par l'organe de contrôle charaique

On ne peut pas dire qu'il y a un crime tant qu'il n'y a pas de texte de loi clair incriminant l'acte. D'où, le droit pénal avec ses différentes branches et les spécificités de ses procédures est régi par les principes de la charia. Ce côté charaique est sans doute une garantie des droits de l'homme. Pour identifier les éléments de la responsabilité pénale et sa relation avec les infractions dans le travail bancaire tout d'abord, et l'organe de contrôle charaique plus particulièrement, cette partie de la partie étude se présentera comme suit :

Paragraphe 1 : La possibilité d'engager la responsabilité pénale à l'encontre des infractions de l'organe de contrôle charaique

Paragraphe 2 : Le délit de divulgation des secrets de l'institution financière islamique

II-1 La possibilité d'engager la responsabilité pénale à l'encontre des infractions de l'organe de contrôle charaique

Les activités exercées par les instances de contrôle charaique sont des activités liées aux fatwas, et à certains aspects administratifs traités par l'organe. Le déroulement de ces activités pourrait sans doute être affecté par des épisodes de négligence et de défaillance. Cela dit, la question qui se pose est celle de savoir si

⁶³⁹ Code des sociétés financières, n°1, paragraphe 2

le travail du membre du contrôle charaique se rapproche de celui du commissaire aux comptes, car si c'est le cas le membre de l'organe peut faire l'objet de poursuites pénales.

Nous traiterons ainsi ce paragraphe comme suit :

1- Les similarités entre la fonction du membre du contrôle charaique pénal et celle du commissaire aux comptes

2- Les types d'infractions générant une responsabilité pénale, dans les travaux de l'organe de contrôle charaique

II-1-1 Les similarités entre la fonction du membre du contrôle charaique pénal et celle du commissaire aux comptes

a- La responsabilité dans la législation saoudienne

Les activités du commissaire aux comptes entre dans le cadre de sa profession comme celles du médecin, de l'ingénieur ou autre. C'est pour cela que la loi impose à certains corps de métiers des normes respectant les bases de la profession, et les infractions commises par certains pratiquants et qui touchent au fondement essentiel de la profession sont passibles de sanctions explicitées de par la loi et les diverses législations.

Ce qui nous intéresse dans la comparaison de la fonction du membre du contrôle charaique à celle du commissaire aux comptes est l'étude de l'aspect professionnel de chacune d'elles. En d'autres termes, est ce que la fonction d'un membre de contrôle charaique entre dans un cadre professionnel à l'image de la fonction du commissaire aux comptes ? et le fait de considérer cette activité comme une profession implique l'intervention du législateur pour l'organiser et définir les

critères d'appartenance à ce corps, et obliger les pratiquants à avoir une licence ou une autorisation pour l'exercice de leurs activités, ou encore les obliger à faire le serment de la non divulgation des secrets professionnels avant de commencer, comme la profession de médecin et autres ?

L'ensemble de ces éléments est confirmé par plusieurs lois organisant les travaux des professionnels, et qui les oblige à la confidentialité et à la non divulgation des données et des informations liées à la profession d'aucune manière.

Soulignons par exemple, ce que dicte le code saoudien de contrôle des banques, publié par décret royal n°5, en date du 22/2/1386 de l'hégire, où l'article 19 stipule que « il est strictement interdit à toute personne obtenant n'importe quelle information au cours ou à l'occasion de l'exercice de n'importe quel travail relatif à l'application des principes de ce code, de les divulguer ou d'en tirer profit de quelque manière que ce soit »

Ce code inflige une sanction décrite dans le paragraphe 2 de l'article 23 qui indique : « 2-est passible de prison pour une période ne dépassant pas les 2 ans et d'une amende ne dépassant pas 20 000 Riyal saoudien, ou par l'une de ces sanctions, toute personne qui enfreint l'article 19.. »

La comparaison entre la fonction du membre de contrôle charaique et du commissaire aux comptes montrerait que la profession comptable est régie par une loi et par un code d'honneur fixant les règles de travail et de comportement des comptables et les obligeant à avoir un permis d'exercice du métier. Par la suite, il est de leur devoir de se tenir à la confidentialité et de préserver les secrets de la profession qu'ils exercent.

Pour ce qui de l'organe de contrôle charaique, il n'y a pas de lois particulières organisant le travail de ses membres. Ces derniers ne sont pas conditionnés par l'obligation d'avoir un permis d'exercice de la fonction de contrôle charaique, comme c'est le cas pour les autres corps de métier tenus au secret professionnel.

b- La responsabilité dans d'autres législations

L'examen des textes de lois imposant des sanctions ou des dédommagements en cas de divulgation de secrets professionnels, montre que cela n'est pas le propre d'un métier en particulier, ce qui implique que les professionnels non clairement cités par la loi sont tout aussi tenus au devoir de confidentialité dans le cadre de leur profession. Cela implique qu'ils sont aussi passibles de sanctions en cas d'infraction. Une critique à cette position ou affirmation est que la comparaison ne tient pas quand il s'agit de crimes et de sanctions car sans texte de loi explicite, il n'y a ni crime ni sanction.

De plus, « les juristes exigent pour qu'il y ait responsabilité que les secrets soient divulgués par une personne appartenant à un corps de métier organisé, et indispensable pour les gens et qui les obligent à confier des secrets pour avoir des services de qualité, comme c'est le cas pour la profession de médecin ou d'avocat. La loi pour ces professions sanctionne la divulgation des confidences, sauf si le secret est confié par son propriétaire à une personne indispensable au public et à laquelle il faut impérativement se confier de par son métier, sa fonction, sa profession, son art ou la nature de son travail, ce qui signifie que la personne à qui on a confié le secret en a connaissance par la force des choses et de par la nature de son métier, sa fonction ou sa profession.

Les lois positives même si elles n'ont pas recensé la liste de toutes les personnes dont les métiers ou les professions obligent à la confidentialité, elles ont défini le critère de jugement et le déclencheur de la responsabilité, à savoir la prise de connaissance du secret par le professionnel par nécessité. Ainsi, les membres des instances de contrôle charaique ne sont pas soumis à ce texte de loi les obligeant à la confidentialité. La question est dès lors celle de connaître le critère de jugement et le déclencheur de la responsabilité, même si la comparaison n'est pas permise dans les crimes et les sanctions, et que la norme est la présomption de bonne foi.

Le critère engageant la responsabilité des membres de l'instance de contrôle charaïque est à évaluer à travers la discussion de leur prise de connaissance des secrets par nécessité et parce que le public s'adresse à eux »⁶⁴⁰.

L'un des chercheurs contemporains nie la validité de la condition de prise de connaissance des secrets d'autrui, ce qui désengage les membres de l'organe de contrôle charaïque et fait qu'ils ne peuvent pas être mis en examen pour la divulgation des informations et données qui leur sont communiquées du fait de leurs activités de contrôle charaïque et de fatwa. La preuve de l'incrimination est absente, car les membres de l'organe de contrôle charaïque dans la banque ou l'institution financière islamique ne fournissent pas leurs services directement aux clients et les informations dont ils prennent connaissance ne leur sont pas fournies par obligation ou par nécessité comme le médecin ou l'avocat.

En plus, la comparaison n'est pas permise dans les crimes et les sanctions car sans texte, il n'y a ni crime ni sanction, sans souligner que la charia incite à éviter de semer le doute et dans la comparaison les doutes sont multiples... »⁶⁴¹.

Cependant, il est vrai que les institutions financières veillent à la confidentialité de ses informations, surtout par rapport à la concurrence⁶⁴². Avec le développement de l'activité bancaire islamique, des textes dans les lois et les législations de

⁶⁴⁰ Hassine Hamed Hassan « la responsabilité charaïque et juridique des membres de l'instance charaïque », op.cit, p.51-54

⁶⁴¹ Op.cit, p.54

⁶⁴² Certaines banques et institutions financières font des efforts pour proposer à ses clients des produits et des services financiers et bancaires, ou pour s'en attirer de nouveaux, dans l'espoir de réaliser ou d'accroître ses gains. Ainsi, la banque ou l'institution financière essaie de contrôler et de garder le silence sur les étapes de développement des produits, surtout par rapport à ses concurrents et sachant que ces produits ne jouissent pas de protection juridique via le dépôt de brevet, les droits de publication ou de propriété intellectuelle. Il n'est de ce fait possible d'en tirer profit qu'en gardant le secret. Ces produits nouveaux sont généralement des substituts charaïques aux formes illicites déconseillées voire interdites par la charia, à l'image du développement d'une carte de crédit sur la base de tawaruq. Ces substituts content probablement à l'institution financière, mais lui permettent aussi de réaliser des gains importants. Une fois que le produit apparaît sur le marché, il est vite imité, d'où l'importance d'être le premier à le faire. De ce fait, si l'un des membres de l'organe de contrôle charaïque divulgue l'idée essentielle à une autre institution financière, il est considéré coupable et s'applique sur lui le principe de garantie de la réparation des dommages causés à l'institution financière innovante.

Pour aller plus loin voir : Mohamad Ali Kari « la spécialité juridique et la protection pénale des instances charaïques, op.cit, p.8

certaines pays reconnaissent les activités des banques islamiques. Leurs lois à ce sujet, insistent sur l'importance de créer des organes de contrôle charaïque exerçant au sein de la banque ou de l'institution financière islamique et qui ont la charge de la fatwa et de contrôle charaïque. L'exercice de ces activités montre que le travail de l'organe de contrôle charaïque au sein de l'institution financière islamique est primordial. Il n'est pas envisageable de se passer des services de ces organes qui veillent à l'application des principes de la charia islamique dans toutes les transactions financières qui leur sont exposées. Leur travail n'est pas moins important que celui du commissaire aux comptes qui contrôle et vérifie l'absence d'infractions et de dépassements financiers. Plus encore, le travail de l'organe de contrôle charaïque serait plus important car il traite des aspects charaïques qui assurent et préservent la stabilité du système financier au sein de l'institution financière ou de la banque. Autrement, quel serait l'intérêt d'instaurer une activité bancaire et financière islamique si le contrôle charaïque n'est pas correctement assuré par les organes en question en toute efficacité, professionnalisme et indépendance.

De tout ce qui précède, nous admettons et adhérons à l'idée de responsabilité pénale engagée si la banque ou l'institution financière est lésée par l'un des membres de l'organe de contrôle, mais il n'est possible de poursuivre l'organe de contrôle charaïque pénalement que si les textes des lois stipulent dans leurs articles que certains actes commis et qui portent préjudice à l'institution financière comme la divulgation des secrets de l'organe de contrôle charaïque ou la critique ouverte de l'institution financière dans les médias, ou la dissimulation d'informations, même si ce dernier cas signifie que l'organe de contrôle charaïque n'a pas correctement effectué le travail qui lui a été confié.

II-1-2 Les types d'infractions générant une responsabilité pénale, dans les travaux de l'organe de contrôle charaique

a- La nature juridique

La responsabilité pénale est engagée sur la base de trois éléments : le premier est un élément juridique, le deuxième est un élément matériel et renvoie à l'action ou au refus de faire une action, et qui est incriminé par un texte de loi. Le troisième élément : est l'élément moral et renvoie à l'intention criminelle.

Pour ce qui du contrôle charaique, les infractions qui engagent la responsabilité pénale des acteurs les ayant commis, au vu de la constatation des éléments cités, ne sont pas claires. Cela revient peut être à l'absence de législations et de lois organisant les travaux de ces organes, à part ce qui a été mentionné dans certaines lois relatives à la question bancaire islamique comme ; le fait d'insister sur la formation d'un organe de contrôle charaique ayant pour mission la fatwa et le conseil auprès de l'institution financière et le contrôle charaique des activités, travaux et services de la banque ou de l'institution financière.

Ces articles inclus dans les lois et les législations ne sont pas suffisants pour engager la responsabilité pénale des membres de l'organe et de garantir leur réparation des dommages, et il est indéniable que « la recherche à droite et à gauche de textes incriminant les activités des instances de contrôle charaique est dangereux et affecte non seulement les instances de contrôle charaique, mais aussi tout l'environnement juridique, et ce pour au moins deux raisons.

- Cette méthode dans l'incrimination va chercher un texte de loi destiné à incriminer d'autres délits spécifiques, ce qui va résulter en une analogie qui

- n'a pas lieu d'être selon la règle « sans texte clair existant, il n'y a ni crime ni sanction »
- Cette méthode va entraîner l'application d'une sanction qui n'est pas prédéterminée et qui ne prend surtout pas en considération la nature spécifique des activités de l'organe de contrôle charaique qui précèdent et accompagnent le déroulement des transactions, afin de les orienter.

Par référence à certaines infractions qu'on peut juger, à partir du moment que certains éléments sont constatés indépendamment de la qualité de leurs acteurs, et par analogie à la fonction de commissaire aux comptes (du fait de sa ressemblance avec le contrôle charaique »⁶⁴³, on peut dire que la responsabilité de l'organe de contrôle charaique ou de l'un de ses membres pourrait être engagée dans certains cas, comme celui de la divulgation des secrets de l'organe de contrôle charaique dont les membres sont informés de plusieurs innovations et services développés exposés par l'institution dont la direction exécutive demande aux membres de l'organe d'investiguer sa conformité. Ces innovations, en cas de divulgation auprès des concurrents par exemple, engendrent des pertes financières à l'institution financière innovante.

b- Types d'infractions

Parmi les autres erreurs commises par certains membres de l'organe de contrôle charaique est celle de porter préjudice à l'institution financière islamique en la critiquant en public, sachant que l'une des fonctions effectuées par l'organe de contrôle charaique est celle de conseil et d'incitation au bien, volontairement et sans contrepartie, même si cette fonction dans sa définition (Hossba) ne concorde pas avec les fonctions effectuées par l'organe de contrôle charaique car les membres reçoivent une rémunération financière convenue avec la direction de

⁶⁴³ Abdessatar al Khouildi « le besoin de réglementer le contrôle charaique », recherche présentée dans le cadre du 2^e congrès des contrôleurs charaiques op.cit, pp-12-13

l'institution financière islamique. On a précédemment vu que la jurisprudence islamique avance que la relation entre le membre de l'organe de contrôle charaique et la direction de l'institution financière ou de la banque relève de d'un contrat d'emploi.

Dans tous les cas, la critique par le membre de l'organe de contrôle charaique de l'institution où il travaille, lui porte préjudice, car les déclarations publiques affectent sa réputation et ébranle la confiance des clients de l'institution et ceux qui désirent devenir clients, ce qui entraîne au final des pertes financières.

Il va sans dire que les institutions financières aussi différentes qu'elles soient ne sont pas à l'abri des infractions et des erreurs, mais ces dernières doivent être traitées et considérées par l'organe de contrôle charaique. Si ce dernier en est incapable, il devrait résilier son contrat avec l'institution en question de manière organisée et réglementaire, car la diffamation dans les médias lèse énormément les institutions financières dont le succès dépend étroitement de la confiance accordée par le public. L'une des infractions engageant la responsabilité pénale des membres de l'organe de contrôle charaique est peut être celle de la non dénonciation des dépassements et des détournements dont le contrôleur charaique prend connaissance et qui sont punis par la loi.

Par ailleurs, la communication de fausses informations et données sur la situation financière de l'entreprise représente une vraie infraction. Cette dernière peut être commise par l'institution financière elle-même ou par l'organe de contrôle charaique s'il manipule par exemple le pourcentage des transactions conformes à la charia de la banque ou de l'institution financière dans le but d'induire les clients en erreur, ce qui leur porte préjudice.

En effet, il est du devoir de l'organe de contrôle charaique de déterminer le taux des transactions charaiques et de celles qui ne le sont pas « et la banque islamique du Danemark est la seule au monde qui précise le pourcentage des transactions

charaiques, et ses données indiquent que ce taux est de 79%, ce qui dénote d'une grande transparence, et permet au client de déduire facilement le pourcentage des transactions non charaiques (21% dans ce cas) dans leurs revenus »⁶⁴⁴.

Parmi les infractions commises par l'organe de contrôle charaique, figure toute faute professionnelle ou négligence grave pouvant porter préjudice à autrui, et cela est passible de sanction, du fait du non respect des implications du contrat liant le membre de l'organe de contrôle charaique à la banque ou à l'institution financière islamique, et dans le cas il faudrait qu'il y ait une mention explicite de l'incrimination dans des textes de loi et des législations. Les pays où l'activité bancaire et la finance islamique sont répandues doivent penser à de telles lois et législations. Nous pensons que la constatation de la responsabilité civile dans ses deux formes : la responsabilité contractuelle et la responsabilité née du fait de la négligence d'une part et la responsabilité pénale d'autre part, aide à stabiliser le travail bancaire islamique d'une manière générale et à arrêter les conditions de travail de contrôle charaique de manière spécifique, surtout que le contrôle charaique est un pilier essentiel de la réussite du système bancaire et financier islamique.

II-2 : Le délit de divulgation des secrets de l'institution financière islamique

Le délit de divulgation des secrets professionnels est une violation de la protection décidée dans la plupart des lois et des législations. Il implique ainsi une sanction pénale dès lors que les trois éléments sont réunis : l'élément juridique, l'élément matériel et l'élément moral.

⁶⁴⁴ Pour aller plus loin voir : Mohamad al Kattan « le contrôle charaique dans les entreprises de services financiers islamiques », op.cit, p.85

Voir aussi : Fares abou Maamar « L'impact du contrôle charaique et son indépendance », op.cit, p.6

Pour mieux connaître ce délit et sa relation avec le travail de contrôle charaique, ce paragraphe sera traité comme suit :

1- Les éléments du délit de divulgation des secrets professionnels

2- La sanction du délit de divulgation des secrets professionnels

II-2-1 Les éléments du délit de divulgation des secrets professionnels

a- L'élément légal et matériel

Il est naturel que chaque institution financière ait ses propres secrets relatifs notamment aux données qu'elle veille à préserver par rapport à la concurrence, comme les innovations dans le domaine du développement des produits ou comme les services bancaires innovants. Ainsi, la divulgation de telles données aux autres institutions financières, porte préjudice à l'entreprise innovante. Le délit de divulgation des secrets professionnels est constaté quand l'éléments légal et/ou matériel de la responsabilité est constaté.

L'élément légal implique que la responsabilité n'est constatée et n'est engagée qu'en la présence d'un texte incriminant la divulgation des secrets professionnels.

En revanche, l'élément matériel consiste dans la divulgation en tant qu'acte, et dans le fait que la divulgation est relative à un secret, et finalement dans le fait que ce secret concerne le métier ou la profession c'est-à-dire les secrets de l'institution financière islamique ou de la banque islamique.

La divulgation concerne la communication d'une information, d'un cas ou d'un fait considérés par la loi, les usages ou le propriétaire du secret, comme une information confidentielle à garder. La divulgation prend effet par la

communication de cette information à autrui, de quelque manière que ce soit, oralement, par écrit ou par simple indication ou insinuation.

Relève de la divulgation, l'attestation d'une information ou d'un fait devant les tribunaux ou leur déclaration aux autorités compétentes.

L'information dont la divulgation est considérée comme un délit est une information vraie et authentique. Cependant, certaines lois considèrent la divulgation du secret comme passible de sanction même si le secret est relatif à des faits connus, même s'ils ne sont pas confirmés. En effet, la communication du secret dans ce cas viendrait confirmer les rumeurs, et les dommages seraient constatés, les faits n'étant plus secrets.

Parmi les composantes de l'élément matériel, est que le fait divulgué doit être considéré comme un secret. Certains spécialistes en droit définissent le secret comme une information dont la divulgation porte atteinte à la réputation de celui qui l'a confiée ou lui cause des dommages financiers conséquents. La charia islamique, quant à elle, considère la divulgation comme étant une infraction charaïque même si elle ne génère pas des dommages, et cette infraction est passible de punition.

Encore, parmi les composantes de l'élément matériel est que le secret doit être professionnel. En effet, la divulgation n'est considérée comme un délit que si la personne à qui on s'est confié est tenu au secret de par son métier, profession ou fonction. Il est à noter que les lois positives contrairement à la charia islamique n'oblige pas à la confidentialité de tous les secrets et ne punit pas la divulgation de tout secret, mais incrimine spécifiquement la divulgation des secrets professionnels.

Par ailleurs, la charia islamique incite à la confidentialité de tous les secrets dont la divulgation est susceptible de porter préjudice et de générer des dommages ainsi qu'une violation ou atteinte aux principes de la charia islamique, et ce

indépendamment à la nature du secret, son propriétaire et la personne à qui on l'a confié.

Les lois positives n'ont pas précisé la liste exhaustive des professionnels tenus au secret professionnel, mais elle en a cité certains à titre indicatif. Cela apparaît dans l'article 31 du code des sanctions égyptien qui a cité les médecins, les chirurgiens, les pharmaciens et les sages-femmes et a terminé avec l'expression « ou autres ».

C'est pour cette raison que la plupart des analystes en droit pense que ces exemples avaient été donnés car ils désignent des professions qui ont pour facteur commun l'obligation de la confidentialité, et l'on pourrait ainsi faire l'analogie de ces professions avec d'autres partageant ce facteur commun. Autrement, ces analystes affirment que ces exemples ne sont pas exhaustifs et sont cités seulement à titre indicatif⁶⁴⁵.

De plus, l'analogie est valable si l'on considère les questions sensibles exposées aux membres de l'organe de contrôle charaique, et ne sont pas moins importantes que les questions relatives aux personnes et aux richesses. Par exemple : on trouve que les institutions financières dépensent beaucoup d'argent et de temps pour innover et aboutir à des solutions islamiques nouvelles, comme elles essaient constamment d'améliorer les produits existants et elles présentent les fruits de leurs efforts aux membres de l'organe de contrôle charaique pour en validé la conformité ou le cas échéant les modifier ou interdire. Il est connu que la plupart des membres de l'organe de contrôle charaique fournissent leurs services parallèlement à plusieurs institutions financières islamiques, et les innovations en question ne bénéficient pas d'une protection légale par brevet ou par droits de diffusion ou en tant que propriété intellectuelle. Et si l'on sait que le gain souhaité ne peut être réalisé que si la confidentialité est maintenue et que toute divulgation génère des dommages importants, il est plausible de chercher à engager la

⁶⁴⁵ Hassine Hamed Hassan « La responsabilité charaique et juridique des membres des instances charaiques », op.cit, p.15-17

responsabilité pénale des membres de ces organes de contrôle charaique en cas de divulgation d'informations confidentielles, et sont de ce fait tenus à la garantie de réparation des dommages financiers subis par l'institution⁶⁴⁶.

b- L'élément moral ou l'intention criminelle

Comme il est connu dans la règle générale du droit pénal, la divulgation du secret professionnel n'est punie que si elle est intentionnelle. Ne peut être puni celui qui diffuse un secret par négligence et inadvertance ou par manque de précaution, ce qui n'empêche pas de constater la responsabilité née du fait de la négligence, qui oblige à des dédommagements à la personne lésée.

Il y a lieu de signaler que les analystes en droit ne sont pas unanimes quant à la question de l'intention, élément essentiel pour prouver le délit de divulgation des secrets ; est ce que c'est l'intention générale, c'est-à-dire celle de divulgation seulement, ou s'agit-il d'une intention privée, c'est-à-dire celle de nuire à la personne ayant confié le secret ?

Certains avaient plaidé en la faveur de l'intention privée, c'est-à-dire celle de léser autrui, alors que selon d'autres l'intention criminelle de divulgation existe dès que le coupable diffuse un secret qu'il n'aurait pas été en mesure de connaître sans sa profession, tout en étant conscient que cette divulgation est interdite par la loi. Il n'est pas obligatoire que cet acte soit commis dans l'intention particulière de nuire. Cet avis est adopté par une grande partie des jurisconsultes⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ « - Les secrets financiers que l'institution ne souhaite pas divulguer aux clients par peur d'affaiblir son pouvoir de négociation. Si les clients savaient qu'elle ne dispose pas d'un organe efficace de recouvrement, ils pourraient être encouragés à différer encore plus le paiement, ce qui lèse l'entreprise
- les secrets que l'entreprise cache aux marchés financiers, comme son échec à réaliser les revenus prévisionnels, car cela engendre la baisse des cours de ses titres, et la lèse »

Pour aller plus loin voir : Mohamad Ali Kari « La spécialité juridique et la protection pénale des instances charaiques », op.cit, p.8-9

⁶⁴⁷ Hassine Hamed Hassan « La responsabilité charaique et juridique des membres des instances charaiques », op.cit, p.26-27

II-2-2 La sanction du délit de divulgation des secrets professionnels

a- L'importance des lois régissant les activités des organes de contrôle

Avant d'évoquer la sanction du délit de divulgation des secrets professionnels, il faut souligner que les activités de l'organe de contrôle charaïque exigent des pays intéressés par la question bancaire islamique ou par la finance islamique de procéder à promulguer des lois organisant le travail de l'organe de contrôle charaïque, pour ce qui a trait aux méthodes de recrutement et de nomination, aux spécialités, aux cas de destitution, aux cas de négligence professionnelle, à la responsabilité civile, aux normes réglementant les fatwas et aux crimes publics dans la responsabilité pénale, dont notamment ce que nous sommes en train d'étudier à savoir le délit de divulgation des secrets professionnels, auquel on peut ajouter le délit de communication ou de confirmation d'informations mensongères sur la situation de l'institution financière, intentionnellement.

Pour ce qui est de la responsabilité pénale en tant que responsabilité engagée en cas de délits particuliers relatifs au contrôle charaïque, nous adhérons aux dires de l'un des chercheurs contemporains selon lesquels la supposition de délits qui n'ont pas eu lieu ou dont les contours ne sont pas clairs mérite d'être réfléchi⁶⁴⁸.

⁶⁴⁸ L'un des chercheurs contemporains trouve que la nature de la responsabilité pénale et ses éléments doivent émaner de pratiques sur le terrain. Et sur la base de cela, il a été recommandé ce qui suit :

- il est demandé aux institutions financières islamiques de fournir à l'une des instances islamiques internationales (instance de comptabilité et de révision des institutions financières islamiques ou le conseil général des banques ou des institutions financières islamiques ou le centre islamique international de la réconciliation et de l'arbitrage) tous les types de litiges auxquels a fait face l'instance de contrôle charaïque, avec la direction de la banque ou autres.
- en parallèle, il est procédé au recueillement et au recensement de tous les cas émanant des tribunaux au sujet du contrôle charaïque pour prendre connaissance des faits et de leur qualification. Le centre islamique international de la réconciliation et de l'arbitrage a la charge de cette question depuis trois ans.
- ces travaux sont présentés à une commission chargée de la formulation et de la détermination des éléments de la responsabilité pénale, prenant en considération la particularité du métier, et les constatations

b- La sanction de la divulgation à travers diverses législations

En ce qui concerne notre sujet la sanction du délit de divulgation des secrets professionnels, il est à signaler que la plupart des lois avaient précisé qu'il ne faut pas divulguer le secret professionnel par les médecins et les pratiquants de métiers associés et qui en avaient pris connaissance à travers leurs métiers, et ce même après l'arrêt de l'exercice, sauf si c'est pour prévenir des crimes ou des infractions.

Cela est noté pour le métier d'avocat aussi, mais les lois font exception des cas où la loi elle-même oblige à la divulgation, qui est dans ce cas permise, car l'intérêt est accordé aux bénéfices générés par cette divulgation plutôt qu'à l'acte de divulguer en soi, et qui est inacceptable en règle générale.

En droit comparé, il y a deux courants ; le droit anglais insiste sur la confidentialité des secrets dans le métier d'avocat, ce qui est une exception à la règle de l'obligation de témoigner, et le fondement de cette règle est la protection du serment de l'avocat et de son honneur de ne pas divulguer les secrets de la personne qu'il défend. Puis, au 17^e siècle une nouvelle théorie a vu le jour et a lié la protection du secret professionnel à la garantie de liberté du client qui consulte son avocat sans encourir le risque qu'il divulgue les informations confiées. On note qu'il y a une différence entre les deux idées ou fondements pour ce qui est des répercussions ou implications ; la première idée lie le principe à l'honneur de l'avocat et à son serment, indépendamment du client.

L'avocat qui ne se soucie pas de risquer sa réputation pourrait, de ce fait, se passer de ce privilège. La deuxième idée est quant à elle fondée sur le principe de protection du client, et elle ne permet la divulgation qu'après son consentement, et c'est cette idée qui prédominait avant le 17^e siècle. Actuellement, la protection du

sont ajoutées dans la partie réservée aux normes réglementant la fatwa, et ce à quoi aboutit l'instance de comptabilité et de révision des institutions financières islamiques dans la norme n°1

Pour aller plus loin, voir : Abdessatar al Khouailidi « Le besoin de réglementer le contrôle charaique », recherche présentée dans le cadre du 2^e congrès des contrôleurs charaiques, le Koweït, 2010, op.cit, p.15-16

secret professionnel en Angleterre est soumise à des considérations multiples mises en place et organisées par la politique juridique.

Les Etats Unis avaient appliqué le principe de protection du secret professionnel et a obligé l'avocat à taire tout ce dont il prend connaissance par la voie de ses clients pendant et à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Les textes de lois relatives à la protection du secret professionnel précisent que cette protection peut être levée si le propriétaire du secret cherche en se confiant et en consultant l'avocat à faciliter et à mieux organiser ses activités criminelles, à duper la loi, ou à tromper la justice.

Le code français des sanctions publié en 1810, insiste dans son article 378 sur la protection du secret professionnel, et précise la sanction découlant de la divulgation du secret. Cependant, le texte ne cite pas l'avocat en particulier, mais cite les médecins et les chirurgiens. Les juristes pensent que ce texte n'a pas fait mention des avocats explicitement dans la financière du texte qui précise que ce principe s'applique à toutes les personnes à qui on a confié des secrets de par la nature de leur fonction ou profession⁶⁴⁹.

Et pour ce qui est relatif à la protection du secret professionnel pour les banques et les institutions financières, il est clair que les lois émises relatives à la question du contrôle sur les banques, et les lois émises relatives à la question de la confidentialité des comptes dans les banques avaient traité plusieurs questions inhérentes à la protection de ces secrets, et avaient imposé des sanctions aux acteurs du délit de divulgation des secrets professionnels. Entre autres, figure la sanction précisée dans l'article 23 du code de contrôle des banques dans le Royaume d'Arabie Saoudite qui stipule que : « une sanction d'emprisonnement pour une période ne dépassant pas deux ans et une amende ne dépassant pas 20 000 Riyals saoudiens ou l'une des deux sont infligées à toute personne

⁶⁴⁹ Hassine Hamed Hassan « La responsabilité charaique et juridique des membres des instances charaiques », op.cit, p.22-23

enfreignant les recommandations de l'article 19 », et cet article (19) précise ce qui suit : « il est strictement interdit à toute personne obtenant n'importe quelle information au cours ou à l'occasion de l'exercice de n'importe quel travail relatif à l'application des principes de ce code, de les divulguer ou d'en tirer profit de quelque manière que ce soit ».

De même, l'article 5 du code de confidentialité des comptes des banques n°205, de l'année 1990, dans la République Arabe Égyptienne oblige les banques à garder secrètes les informations et les données relatives aux comptes de leurs clients, et cette obligation s'applique à toutes les personnes qui consultent ces comptes de par la nature de leurs fonctions ou professions, directement ou indirectement.

On remarque que le législateur égyptien a étendu l'obligation de garder la confidentialité des comptes des clients à tous les employés de la banque. Il a par ailleurs étendu la notion de divulgation en considérant que la consultation du compte indirectement ou occasionnellement voire accidentellement est passible de sanction, en cas de non respect de la confidentialité⁶⁵⁰.

⁶⁵⁰ Op.cit, p.20

Section 2 : L'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques

L'examen et l'analyse des contrats de la plupart des banques islamiques, comme le contrat de «Murabaha et istisnaa », nous indique que ces contrats font mention explicite de l'arbitrage en cas de litige, et ce car les procédures de l'arbitrage sont faciles. D'autres précisent dans le contrat que la résolution des conflits se fait par recours aux tribunaux et cela ne contredit pas les principes de la charia islamique et les termes du contrat.

Pour mieux comprendre cette question, cette partie sera traitée comme suit :

- I- La nature de l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques : sa définition, son importance, ses formes, ses avantages et ses inconvénients
- II- Les principes et les procédures de l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques

-I- La nature de l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques : sa définition, son importance, ses formes, ses avantages et ses inconvénients

Le volume et la nature des risques encourus par les institutions financières et relatifs à ses richesses et à sa réputation, fait de l'arbitrage le meilleur moyen alternatif de résolution des litiges créés par les activités des institutions financières et des banques islamiques.

Par ailleurs, les affaires de non remboursement des dettes ou de retard dans les paiements ne cessent de se multiplier. Certaines banques ont plus de 50 affaires en

justice. Il y a lieu de se demander ce qui se passerait si toutes ces affaires faisaient l'objet d'un arbitrage⁶⁵¹.

Est-ce que l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques aurait plus d'avantages que d'inconvénients ? Ou ce serait le contraire ?

Pour répondre à ces éléments, cette partie traitera la nature de l'arbitrage dans les litiges bancaires comme suit :

- Paragraphe 1 : La définition de l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques et la détermination de son importance et de ses conditions
- Paragraphe 2 : Les formes d'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques, ses avantages et ses inconvénients

⁶⁵¹ L'arbitrage dans les banques islamiques ; les obstacles et les propositions, partie 2, recherches dans la jurisprudence et l'économie islamique, 2009

I-1 : La définition de l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques et la détermination de son importance et de ses conditions

Une étude récente a insisté sur l'importance de l'arbitrage les principes de la charia islamique le règlement des litiges au lieu de recourir aux tribunaux. L'étude a dévoilé le volume et la nature des risques que rencontrent les institutions financières islamiques, lors de l'application de la loi (surtout britannique) sans conditions clairement précisées, et ce même quand la mention « en précisant le respect des les principes de la charia islamique » figure dans les contrats⁶⁵².

Et avant de mettre en évidence l'importance de l'arbitrage en tant que meilleur moyen alternatif de résolution des litiges bancaires islamiques, il faut tout d'abord s'arrêter sur la définition linguistique, jurisprudentielle et juridique de l'arbitrage bancaire. De ce fait, nous traiterons ce paragraphe comme suit :

- 1- La définition de l'arbitrage bancaire dans la langue, la jurisprudence et la loi et la précision de son importance
- 2- Les conditions de l'arbitrage le distinguant des autres expressions similaires

⁶⁵² Etude scientifique présentée par Abdessatar al Khouildi, intitulée « La recommandation de recourir à l'arbitrage islamique pour le règlement des litiges bancaires islamiques, le droit britannique n'est pas compétent pour les principes de la charia et les produits financiers ne sont pas assimilés en occident », et publiée dans le journal du Moyen Orient, n°11249, en date du 15 septembre 2009

I-1-1 La définition de l'arbitrage bancaire dans la langue, la jurisprudence et la loi et la précision de son importance

a- La définition linguistique, jurisprudentielle et juridique :

L'arbitrage dans la langue signifie de permettre à l'arbitre de délibérer, et on dit : il lui a demandé son arbitrage et il a accepté ce qu'il arbitre, et on lui a demandé d'arbitrer entre eux c'est-à-dire on lui a demandé de délibérer et de trancher entre eux⁶⁵³.

Pour ce qui est de la définition jurisprudentielle et juridique, on trouve des similarités entre les deux concernant les conditions générales de l'arbitrage.

Premièrement : la définition de l'arbitrage dans la jurisprudence islamique

On trouve que les jurisconsultes musulmans avaient évoqué l'arbitrage chacun selon sa vision. Certains considèrent l'arbitrage comme une forme de réconciliation, à l'image des hanafites, ou considèrent qu'il représente l'une des branches juridiques, au dessous de la loi, et sur cette base, les hanafites avaient défini l'arbitrage : « comme le recours de deux adversaires à un juge tranchant entre eux »⁶⁵⁴. Les malikites le définissent comme étant : « la désignation par deux adversaires d'un arbitre pour qui ils sont tous les deux d'accord, afin qu'il tranche entre eux, et ce sans qu'il ne soit désigné par un imam ou par un juge, et cela touche à l'argent et ce qui s'y rattache »⁶⁵⁵.

Les chafiiites quant à eux vont à définir l'arbitrage comme étant : « la désignation par deux adversaires d'un arbitre apte à délibérer afin qu'il tranche entre eux »⁶⁵⁶.

⁶⁵³ Lissan Al Arab, dictionnaire arabe, op.cit, volume 12, p.140

⁶⁵⁴ « Rad al Mohtar ala Al Dor al Mokhtar, charh tanwir al absar », Ibn Abidin, volumen 8, p.125

⁶⁵⁵ L'explication se trouve dans « charh al mokhtasar al farii de Ibn al Hajib », Khalil al Maliki, volume 7, p.399

⁶⁵⁶ Al Chirazi « Al Mouhadhab fi fikh al imam al chafii », volume 5, p.473

Les hanabilas définissent l'arbitrage comme étant la désignation par deux personnes d'une autre personne apte à juger et pour qui ils sont tous les deux d'accord, afin qu'il tranche entre eux, et applique le jugement. Cette présente définition des hanabilas donne un caractère obligatoire au jugement prononcé par l'arbitre désigné⁶⁵⁷.

Deuxièmement : la définition de l'arbitrage par les juristes

Les juristes définissent l'arbitrage comme étant : l'accord de transmettre les litiges entre les personnes concernant l'application et le respect d'un contrat donné, ou de transmettre tout litige entre les individus à un ou plusieurs personnes appelés, arbitres, pour trancher dans le litige en question au lieu de laisser l'affaire aux tribunaux compétents⁶⁵⁸.

La jurisprudence française définit quant à elle l'arbitrage comme étant : le jugement à prononcer dans un litige par des personnes désignées, par d'autres personnes, selon les termes d'un accord⁶⁵⁹.

La plupart des législations organisant l'arbitrage ont tendance à ne pas le définir de manière précise, et cela revient peut être au fait que la plupart des législations se sont inspirées du droit pilote de l'arbitrage (UNICITRAL) qui n'a pas précisé la signification de l'arbitrage par respect aux différences nationales dans la précision et la définition de cette notion⁶⁶⁰.

Il y a lieu de signaler que certaines législations organisant l'arbitrage autorise l'accord d'arbitrage dans les litiges contractuels, comme le précise l'article 1, du code d'arbitrage au Royaume d'Arabie Saoudite qui stipule que : « l'accord d'arbitrage dans un litige donné est permis, comme il est aussi permis de se mettre

⁶⁵⁷ Ibn Koudama « al moghni », volume 14, p.92

⁶⁵⁸ Abderrahman al Douri « le contrat d'arbitrage dans le jurisprudence islamique et le droit positif », p.2-22, Dar Al Fourkan pour la publication et la distribution, Jordanie, 2002

⁶⁵⁹ Hafidha al Hadad « al moujaz dans la théorie générale de l'arbitrage commercial international », p.40-41, Editions Al Halbi al Houkoukiya, Beyrouth, 2004

⁶⁶⁰ Op.cit, p.40

d'accord au préalable sur l'arbitrage de tout litige pouvant naitre de l'application d'un contrat donné »

Par ailleurs, l'article 203, du paragraphe (1) du code d'arbitrage des Emirats Arabes Unis précise aussi : « il est permis aux contractants en général d'exiger dans le contrat original ou par un accord ultérieur de soumettre les litiges susceptibles de naitre entre eux lors de l'exécution d'un contrat donné, à un arbitre ou plus, comme il est permis de s'accorder sur l'arbitrage dans un litige précis à des conditions particulières »

En contrepartie, certaines législations organisant l'arbitrage autorisent l'arbitrage dans les litiges contractuels et non contractuels, comme le précise par exemple, le code de l'arbitrage à Oman où l'article (10) stipule que : « 1- l'accord d'arbitrage est un accord où les deux parties décident de recourir à l'arbitrage pour résoudre tout ou partie des litiges existants ou susceptibles de naitre entre elles du fait d'une relation juridique donnée, qu'elle soit contractuelle ou non contractuelle »⁶⁶¹.

b- La précision de l'importance de l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques

L'importance de l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques apparait à travers le volume et la nature des risques encourus par les institutions financières et pouvant affecter ses richesses et sa réputation. Cela incite à se résoudre à considérer l'arbitrage comme formule alternative au recours aux tribunaux⁶⁶².

L'arbitrage est en effet, un moyen efficace et persuasif dans le règlement des litiges surtout que les parties impliquées le préfèrent et ce pour différentes raisons

⁶⁶¹ L'article 10 du paragraphe 1 du code de l'arbitrage à Oman a précisé la définition de l'arbitrage, en signalant qu'il était permis d'y recourir dans les litiges contractuels et ceux non contractuels, se distinguant ainsi de plusieurs courants charaiques qui autorisent l'arbitrage uniquement dans les litiges contractuels.

Pour aller plus loin voir : Fallah Al Zahrani « l'arbitrage dans les litiges bancaires dans les pays du conseil de coopération du golf (étude préparatoire comparative applicative), p.20-26, recherche publiée, Université Arabe Nayef des Sciences Sécuritaires, 2010

dont ; la lenteur des procédures devant les tribunaux, du fait de leur complexité et leur difficulté. Par ailleurs, les parties opposées pourraient recourir au litige car ses procédures se déroulent en toute confidentialité, ce qui les arrange surtout si les transactions sont sensibles et que les parties préfèrent qu'elles ne soient pas portées à la connaissance du public. De plus, le comité d'arbitrage est composé, habituellement, d'experts spécialistes ayant l'expérience et les compétences nécessaires pour trancher dans le litige. Par exemple : si le litige concerne les opérations bancaires islamiques, le comité d'arbitrage inclut les arbitres spécialisés et habilités, ayant une expérience et une connaissance approfondie et directe du domaine en question et des questions relatives. Tout cela peut ne pas exister dans la plupart des tribunaux, ce qui a conduit plusieurs pays à chercher des alternatives adéquates pour trancher dans les litiges et dont la plus importante est l'arbitrage.

Ainsi, certaines expériences scientifiques effectuées au sujet de l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques avaient efficacement contribué à atténuer les risques juridiques relatifs au choix de la loi à appliquer et du tribunal compétent⁶⁶³. Par exemple : plusieurs centres avaient été créés à ce sujet, comme le centre d'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques de Dubaï, et le centre régional d'arbitrage commercial de Kuala Lumpur, et les deux centres avaient été les premiers à publier un code spécial au règlement des litiges bancaires islamiques. Les lois de ces centres, s'appliquent probablement, quand le litige concerne des activités exercées selon les principes de la charia islamique et quand les parties impliquées s'accordent à recourir à l'arbitrage selon les lois du centre. Cela limite l'arbitrage aux activités bancaires islamiques et aux autres transactions islamiques comme le takaful et ijara et qui ont lieu selon les principes de la charia.

De telles conditions reviennent au fait que le comité d'arbitrage doit être composé de membres ayant des connaissances suffisantes et une grande expérience relatives

⁶⁶³ Voir : Sofia BENNAMARA : « Finance islamique et capital-risque », Université LAVAL, Faculté des sciences de l'administration, disponible à <http://www.fsa.ulaval.ca/labval/Finance%20Islamique%20et%20Capital-Risque.pdf>

aux principes de la charia islamique, ce qui est très important car l'examen des litiges se fait par deux arbitres ayant l'expérience et la connaissance nécessaires des transactions effectuées selon les principes de la charia islamique, et ces conditions spéciales peuvent ne pas exister dans les tribunaux ordinaires examinant le litige.

Vu que l'arbitrage est une justice privée et traduit la volonté des membres, ces derniers peuvent choisir l'arbitre ou le comité d'arbitrage, comme ils peuvent transférer l'objet du litige au centre qui procède au choix de l'arbitre ou des membres du comité d'arbitrage, à leur place. Cela est l'un des avantages de l'arbitrage institutionnel car le choix du comité, des lois, et autres questions essentielles se fait à travers le centre. Cette institutionnalisation est dans doute requise dans l'arbitrage commercial, et à titre d'exemple on cite : le centre d'arbitrage de la chambre commerciale internationale à Paris, le centre d'arbitrage commercial de Dubai, le centre de l'arbitrage commercial des pays du Golfe à Bahrain, le centre du Caire, le centre de Londres et autres.

Les institutions et centres d'arbitrage sont généralement plus habilités que les parties impliquées à choisir car ils disposent de listes exhaustives d'arbitres de toutes les spécialités, disposent d'une longue expérience dans le relationnel avec eux, vérifient leur intégrité, leur neutralité et leur indépendance, et ce sans mentionner les procédures complémentaires éventuelles à accomplir et qui nécessitent de revenir vers le centre. Tout cela représente tant d'avantages justifiant l'existence d'un code réservé à l'arbitrage les principes de la charia islamique le règlement des litiges éventuels entre les parties impliquées dans des transactions financières islamiques, car ce code implique nécessairement l'existence d'un centre spécialisé pour superviser l'application des principes de ce code⁶⁶⁴.

⁶⁶⁴ Abdel Kader et Rasma Ghaleb, article publié dans le journal d'Oman, 22 mars 2010

Il est à signaler que certains pays commencent à se rétracter par rapport à la condition d'arbitrage et stipulent dans leurs contrats le recours aux tribunaux sans contredire les principes de la charia islamique et les termes du contrat.

Les justificatifs derrière l'incitation au recours aux tribunaux tant que c'est conforme à la charia et aux termes du contrat est que l'arbitrage pourrait être convoité du fait de la rapidité du règlement des affaires, alors que certains pays comme le Qatar traitent rapidement les affaires, et leurs tribunaux prennent en considération les conditions et caractéristiques des banques islamiques, qui n'appliquent pas les pénalités de retard et règlent de ce fait les affaires les concernant en priorité par rapport aux banques qui imposent des pénalités de retard et appliquent le riba. Ainsi, les affaires des banques islamiques ne traînent pas dans les tribunaux au Qatar, et on pourrait même dire que cela se fait dans des délais proches de ceux des arbitres dans le cas du recours à l'arbitrage.

Par ailleurs, il y a des problèmes de forme contraignant l'opération d'arbitrage comme une erreur au niveau de l'adresse postale du lieu d'arbitrage ou au niveau de la date. Encore plus, si le cas concerne un appel dans une affaire de falsification dénoncée par l'une des parties pour toutes ces raisons et bien d'autres, certaines banques et institutions financières islamiques avaient recours aux tribunaux et ce surtout dans des pays où les procédures judiciaires n'étaient pas encore très compliquées. Cela étant, les obstacles rencontrés incitent à réfléchir à des solutions permettant de garder l'arbitrage comme moyen plus approprié au règlement des litiges dans les affaires des banques et des institutions financières islamiques. Parmi les solutions avancées par l'un des chercheurs contemporains distingués, est celle de détailler au maximum les procédures dans l'article relatif à l'arbitrage, de désigner un arbitre élu par l'organe de contrôle charaïque, et un autre arbitre désigné par la chambre de commerce et d'industrie, et un arbitre qui serait désigné par les deux autres arbitres déjà choisis. Cette condition permettrait de gagner du temps et de dépasser l'obstination et la rigidité des positions des

deux parties opposées dans le litige, ou de les empêcher de perdre du temps sous prétexte de choisir les arbitres. Il est de plus, nécessaire de préciser le maximum de détails juridiques dans le même article réservé à l'arbitrage pour qu'il n'y ait pas de dépassements de la part des arbitres non plus⁶⁶⁵.

De ce fait, le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges nés des transactions islamiques, contribue largement à réduire le volume et à atténuer la nature des risques encourus par les institutions financières et qui affectent leurs richesses et leur réputation. Une étude effectuée par l'un des chercheurs contemporains et présentée lors du 30^e séminaire Al Baraka, dans le paragraphe 2 de l'article (28) relatif à la liste des procédures d'arbitrage auprès du centre islamique international de réconciliation et d'arbitrage ..., où une flexibilité avait été montrée et on a permis au comité d'arbitrage, en examinant n'importe quel cas de « s'appuyer sur les normes et les règles commerciales locales et internationales qui ne sont pas en contradiction avec les principes de la charia islamique ».

L'étude a affirmé que le fait de soulever la question du contenu et de la loi à appliquer dans les contrats des institutions financières islamiques démontre l'intérêt accordé aux questions juridiques. Cela est un indicateur positif car les institutions financières islamiques exercent dans un cadre juridique général dont les normes et réglementations ont été conçues pour organiser le secteur financier dans son ensemble, même si quelques textes spécifiques existent par ci par là...

Nous soulignons que les institutions financières n'ont plus à être régies par des principes du droit arabes et occidentaux, mais il y a constamment des négociations et des compromis, et la balance des pouvoirs ne profite plus aux institutions financières étrangères. De plus, ces institutions démontrent d'une certaine flexibilité dans son acceptation de l'application des principes de la charia

⁶⁶⁵ Ali Mohieddine Kora Daghi, partie 2, « L'arbitrage dans les banques islamiques (obstacles et suggestions) », recherche publiée, recherche jurisprudentielles et économiques dans les affaires des banques islamiques, site officiel D. Ali Mohieddine Kora Daghi, 8 août 2009

islamique du fait du rapprochement réel et effectif entre les institutions financières. La norme est que ce sont les principes de la charia islamique ou les principes du code des activités bancaires islamiques qui doivent régir ces institutions, comme cela est mentionné dans leurs codes et règlements. La conformité escomptée doit couvrir l'ensemble des activités de l'institution financière islamique et ne doit pas concerner seulement une partie⁶⁶⁶.

I-1-2 Les conditions de l'arbitrage le distinguant des autres expressions similaires

a- La différence entre l'arbitrage et la justice, et l'intermédiation et la conciliation

Parmi les caractéristiques distinguant l'arbitrage et le recours à la justice est que l'arbitrage est une exception contrairement au recours à la justice qui est la norme pour le règlement des litiges. L'arbitrage est une branche en droit et une exception à la règle. La législation a permis aux adversaires de recourir à des arbitres en qui ils ont confiance pour trancher dans les litiges les opposant. Cette exception s'intéresse à permettre de réduire les dépenses des opposants en s'adressant aux tribunaux ordinaires tout en leur permettant d'éviter la lenteur des procédures longues et compliquées et qui bloquent par moment le déroulement de l'affaire et retardent son règlement. En outre les règles organisant l'arbitrage et ses procédures sont des règles précisant et fixant les limites de l'intervention des arbitres en respectant la nature de l'accord d'arbitrage et ses implications. Ces règles sont ainsi inévitables et il n'est pas permis d'en discuter l'application et de

⁶⁶⁶ Etude juridique effectuée par le responsable général du centre islamique international de la réconciliation et de l'arbitrage, D.Abessatar al Khouildi, publiée dans le journal du Moyen Orient et intitulée « La recommandation de recourir à l'arbitrage islamique pour le règlement des litiges des banques islamiques, (Le droit britannique n'est pas compétent pour les principes de la charia et les produits financiers ne sont pas assimilés en occident », et publiée dans le n°11249, en date du 15 septembre 2009

s'étendre dans leurs interprétations comme c'est le cas pour toute exception à la situation ordinaire et aux règles générales⁶⁶⁷.

Ce qui distingue encore plus l'arbitrage et le recours à la justice est que le premier est un contrat non obligatoire avant la déclaration du jugement. Chacune des parties peut annuler l'arbitrage et destituer l'arbitre tant que le jugement n'est pas prononcé contrairement aux recours aux tribunaux. L'arbitrage trouve son existence dans la volonté des parties, alors que la justice est une autorité gouvernementale.

Par ailleurs l'arbitre ne peut demander des comptes quant à l'application de la sanction décidée contrairement au juge. Nous passons maintenant à la distinction entre l'arbitrage et l'intermédiation et la conciliation. Le travail de l'arbitre, de l'intermédiaire ou du conciliateur se rapproche. Il s'agit en effet de l'intervention d'une autre personne à qui on a confié le règlement du litige. Le rapprochement se voit aussi dans le fait que chacune de ces formes découle d'un accord entre les parties et de leur volonté. La différence principale réside dans l'appellation de la personne qui intervient pour trancher dans l'affaire qu'on lui confie. Cette personne est appelée intermédiaire ou conciliateur lorsqu'il s'agit respectivement de l'intermédiation ou de la réconciliation et elle est désignée par le terme arbitre quand il s'agit d'un arbitrage.

La conciliation signifie un accord entre les parties opposées pour soumettre l'affaire à une tierce personne d'un commun accord, pour concilier entre elles en tentant de régler les différends à l'amiable et ce avant de passer devant les tribunaux ou de recourir à l'arbitrage.

⁶⁶⁷ Abd El Wahab Achmaoui et al. « Les règles de plaidoirie dans la législation égyptienne et la législation comparée » Volume 1 P.289 Librairie Al Adab Voir aussi : Mohamed Slim Awa « Le droit d'arbitrage égyptien et comparé P.246, Maison des livres juridiques, Egypte 2008 Voir aussi Fallah Zahrani « l'arbitrage dans les litiges bancaires dans les pays du conseil de coopération du golf » Op.Cit P.31-33

L'arbitrage est quant à lui un accord à soumettre le litige relatif à l'application d'un contrat donné ou tout litige ultérieur à une ou plusieurs personnes désignées en tant qu'arbitres pour trancher sans recourir à un tribunal spécialisé et ce tant que l'objet du litige ne contredit pas les principes fondamentaux de la Charia islamique.

La distinction entre l'arbitrage et la conciliation est que chaque partie impliquée ayant accepté la conciliation et l'intermédiation engendrant ainsi la préparation par l'intermédiaire d'un projet d'accord de règlement, peut revenir sur sa position et refuser la signature du projet d'accord sans que sa responsabilité ne soit engagée. Le conciliateur ne peut pas obliger à la signature comme il ne peut obliger l'application d'aucune autre décision. Son rôle réside dans l'intermédiation à l'amiable entre les adversaires et ce contrairement au rôle de l'arbitre.

Ainsi le mécanisme d'intermédiation en tant que solution pacifique jouit d'une grande flexibilité en règles générales relativement à l'arbitrage. Le conciliateur peut contacter n'importe quelle partie s'entretenir avec elle et écouter son point de vue individuellement ou en présence de l'autre partie. Comme il est possible à l'une des parties de se retirer de l'intermédiation explicitement ou implicitement sans aucune responsabilité, le conciliateur ne pouvant l'obliger à être présent ou à appliquer n'importe quelle décision, et tout cela contrairement au rôle de l'arbitre. Le jugement prononcé par l'arbitre fait foi contrairement à la décision découlant de l'intermédiation. C'est pour cela que la décision de l'arbitre est considérée comme étant une décision judiciaire.⁶⁶⁸

⁶⁶⁸ Fallah Mousa Zahrani « l'arbitrage dans les litiges bancaires dans les pays du conseil de coopération du golf » Op.Cit P.34-35

b- La différence entre l'arbitrage et la réconciliation, l'expertise et l'agence

L'arbitrage diffère de la réconciliation, la dernière étant un contrat entre les adversaires eux même ou entre leurs représentants à travers lequel ils cherchent à régler leurs différends en faisant des concessions. Alors que dans l'arbitrage, l'arbitre joue le rôle du juge, ce qui fait que l'arbitrage est plus dangereux que la réconciliation car on peut dans le deuxième cas se rétracter avant que la réconciliation ne soit faite, alors que dans l'arbitrage, il est impossible de connaître la décision de l'arbitre à l'avance⁶⁶⁹.

C'est pour cela qu'on trouve que l'article 531 du code judiciaire a défini la réconciliation comme: « un contrat réglant le différend à l'amiable » et dont l'explication du code : C'est à dire avec l'accord des deux parties adversaires et annule le litige et le tranche à l'amiable et il est basé sur l'acceptation et la confirmation, et entre en vigueur dès qu'il y a l'acceptation et confirmation des deux parties. La définition et son explication montre que la réconciliation est un moyen de règlement du litige initié par les adversaires eux même en général, en présentant chacun de son côté des concessions et en cédant une partie de leurs droits volontairement jusqu'à ce qu'une solution intermédiaire soit trouvée, et cela n'empêche pas la présence d'une troisième partie.

L'arbitrage quant à lui dote l'arbitre d'un pouvoir d'obligation qui n'existe pas dans la réconciliation impliquant que généralement les deux parties sont satisfaites dans le cas de la résiliation et ne le sont pas forcément dans le cas de l'arbitrage. Les adversaires cèdent volontairement certains de leurs droits lors de la

⁶⁶⁹ Ghassen Slim Arnous « L'arbitrage » Recherche publiée, Faculté de droit, Université Al Baath, Année 4 Service d'enseignement ouvert 2011-2012, Syrie

réconciliation alors que dans l'arbitrage cela n'est pas obligatoire et l'une des parties peut rester sur sa position en exigeant le maximum⁶⁷⁰.

En ce qui concerne la différence entre l'arbitrage et l'expertise est que l'expert est un spécialiste dans un domaine donné comme le médecin ou le commerçant, et cet expert donne son avis et met son expertise au service des parties dans le traitement de faits donnés d'un point de vue technique et ce seulement si une demande est formulée par le juge ou par l'un des adversaires. Son avis n'est pas obligatoire en ce sens qu'il ne conditionne ni les adversaires ni le tribunal. Il est possible que l'expert soit un arbitre si les deux parties sont d'accord sur le fait que ni l'arbitre ni l'expert ne sont membres de l'appareil judiciaire et émettent un avis technique pour une affaire donnée. La différence réside dans le fait que l'expert donne son avis sans référence à la loi et donc ne tranche pas, l'arbitre quant à lui donne son avis sur la base de son expérience judiciaire. Il n'est pas obligatoire de désigner l'expert nominativement alors que ça l'est pour l'arbitre. Il n'est par ailleurs pas possible de remettre en cause l'attestation de l'expert alors que les adversaires peuvent remettre en cause la décision de l'arbitre.

Pour savoir si l'accord des adversaires concerne le recours à l'expertise ou à l'arbitrage, le critère est celui de savoir les prérogatives accordées à la personne à qui le litige est exposé. Si cette personne dispose des prérogatives lui permettant de trancher et d'émettre une décision qui oblige les deux parties, il s'agit alors d'un arbitre et l'affaire est une affaire d'arbitrage. Si ses prérogatives permettent uniquement de donner un avis technique à titre indicatif et ce pour le compte des adversaires ou autre, celui qui reçoit le rapport remis par la personne désignée peut le prendre en considération ou non, il s'agit alors d'un cas d'expertise.

⁶⁷⁰ Maan Khaled « Le Juge, l'arbitrage dans la Charia islamique, la définition et les règles générales en dehors des pays musulmans » Recherche publiée - Université Islamique Américaine, Les États Unis d'Amérique 1er Novembre 2010

Il nous reste de spécifier la différence entre l'arbitrage et l'agence. L'agent travaille pour le compte du mandataire et le représente pour la tâche qui lui a été confiée. Il ne lui est pas permis de procéder autrement que pour le bien de son mandataire. Il se doit de le conseiller et s'il dépasse ses prérogatives, il est responsable de son comportement.

En contrepartie, si les arbitres sont nombreux et sont élus par les deux parties, chacun travaille indépendamment des adversaires et dès qu'un accord d'arbitrage est adopté, sa qualité judiciaire est confirmée, ce qui ne permet pas aux opposants d'intervenir dans son travail. Sa décision oblige les deux parties et l'arbitre ne fait aucune différence entre la partie au litige qui l'a élu et l'autre partie qui a élu un autre arbitre. Il travaille donc en toute neutralité et n'accorde pas de traitement de faveur. Sa mission est de trancher équitablement entre les deux parties comme s'il était un juge et ne présente aucune partie concernée dans l'affaire⁶⁷¹.

I-2 : Les formes d'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques, ses avantages et ses inconvénients

Etant donné le besoin de trouver une alternative au règlement des litiges d'une manière générale, plusieurs formes d'arbitrage sont apparues, pour couvrir l'ensemble des différends et des choix des individus. L'arbitrage peut être adhoc, comme il peut être institutionnel. Il peut être libre ou obligatoire. On trouve par ailleurs, l'arbitrage national et l'arbitrage international. Ayant pris connaissance de l'existant, il s'agit de déterminer la forme d'arbitrage qui s'applique pour le règlement des litiges bancaires, et ses répercussions positives et négatives sur le

⁶⁷¹ Zaid Ben Abdelkrim Al Zaid « Projet d'arbitrage dans la jurisprudence islamique » Recherche publiée, Institut supérieur de la magistrature, université islamique de l'imam Mohamed Ben Saoud Ryad 1424 de l'Hégire

système d'arbitrage en tant qu'alternative adoptée par les spécialistes surtout pour ce qui est des litiges relatifs à la finance islamique.

I-2-1 Les formes d'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques

Les formes d'arbitrage diffèrent selon plusieurs critères, dont :

a- L'accord lui-même

L'arbitrage, pour ce qui est de l'accord lui-même, se divise en arbitrage précisé dans ce qu'on appelle la condition d'arbitrage et un arbitrage désigné dans ce qu'on appelle la charte-partie de l'arbitrage.

La première forme est la condition précisée dans le contrat et concernant la soumission des litiges futurs relatifs au contrat en question à l'arbitrage, et c'est ce qui domine dans la vie pratique. Mais il est possible que la condition d'arbitrage vienne dans un accord indépendant ou après le contrat original. A titre d'exemple, deux parties peuvent conclure leur accord sans qu'il ne contienne une condition pour le règlement des litiges entre eux. Un autre accord ultérieur peut préciser le recours à l'arbitrage. Dans ce cas, on est en la présence de deux contrats : le contrat original sans mention de la condition d'arbitrage, et un autre contrat réservé au règlement des litiges via l'arbitrage.

Pour ce qui est de la charte-partie de l'arbitrage, il s'agit de l'accord conclu entre les deux parties au contrat original postérieurement au litige relatif à ce même contrat. Cet accord soumet le litige à l'arbitrage.

La différence entre les deux est que le premier est relatif à un litige futur alors que le deuxième traite un litige effectif, clair et précis.

L'importance de la distinction entre la condition d'arbitrage et la charte-partie de l'arbitrage, réside dans le fait que certaines lois nationales exigent dans la charte-

partie de l'arbitrage la détermination de la nature du litige ayant eu lieu, contrairement à la condition d'arbitrage qui est relative à un litige futur⁶⁷².

Il existe une troisième forme des accords d'arbitrage et qui est la référence, c'est-à-dire la référence dans le contrat à un document comportant la condition d'arbitrage si cette référence est explicite dans la considération de cette condition comme une partie du contrat. Cette forme diffère des autres types susmentionnés dans le sens où le contrat ne contient lui-même la condition d'arbitrage, mais cette dernière est désignée par référence et renvoi dans le contrat conclu à un document qui serait considéré complémentaire au contrat et qui justifie l'application de la condition d'arbitrage⁶⁷³.

Ces premières formes d'arbitrage, à savoir la condition, la charte-partie d'arbitrage et la référence, sont des types d'arbitrage relatifs aux litiges bancaires islamiques.

Il existe par ailleurs d'autres formes d'arbitrage sur la base d'autres critères, que nous allons exposer.

b- Le critère d'arbitrage indépendant et institutionnel, national, étranger et international

L'arbitrage peut se diviser en arbitrage adhoc et en arbitrage institutionnel. Et la base de cette distinction est l'existence ou non d'une institution d'arbitrage organisant l'opération d'arbitrage, dès la désignation du comité en passant par les procédures d'arbitrage, jusqu'à la déclaration de la décision d'arbitrage et son annonce aux adversaires. En effet, les parties opposées se soumettent à l'arbitrage

⁶⁷² Hamza Hadad « l'arbitrage en tant qu'alternative de règlement des litiges », article scientifique publié, site électronique des forums de droit et de justice », forum du droit commercial, 21 septembre 2009

⁶⁷³ Nariman Abdel Kader, séminaire « l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques » le centre d'arbitrage commercial international du conseil de coopération des pays arabes du Golf avec l'université de B ahrain, « L'accord d'arbitrage et son modèle de qualité ... », 14 avril 1997

selon la réglementation de l'une des institutions d'arbitrage, que ce dernier soit institutionnel ou adhoc.

Dans ce contexte, citons les exemples d'arbitrage institutionnel suivants : l'arbitrage de la chambre de commerce international (ICC) à Paris, le comité d'arbitrage américain (AAA), le tribunal de Londres pour l'arbitrage commercial international (LCIA), le centre international de règlement des litiges d'investissement (ICSID) à Washington, le tribunal permanent d'arbitrage à La Haye, et le centre régional d'arbitrage commercial international du Caire, ainsi que l'organisation de la propriété intellectuelle internationale à Genève (WIPO).

Parmi les règles les plus importantes de l'arbitrage adhoc actuellement à l'échelle internationale, figurent les règles imposées par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (UNCITRAL). Ainsi, au lieu que les membres ou le comité d'arbitrage préparent les règles procédurales à suivre dans l'arbitrage adhoc, la commission a facilité cette tâche en les précisant et les parties sont libres de les adopter si elles le désirent.

Ces règles se sont largement répandues dans le cadre de l'arbitrage international, à tel point que certaines institutions d'arbitrage les avaient adoptées et les avaient considérées comme les leur.

Pour ce qui est de l'arbitrage national, étranger ou international, l'arbitrage se divise en arbitrage national, arbitrage étranger ou arbitrage international. Il est difficile de préciser les limites entre ces formes, mais il est possible de dire qu'il y a des critères adoptés dans les règles juridiques internationales, et même nationales concernant l'arbitrage externe et international.

Pour ce qui est de l'arbitrage externe, il y a la convention de New York de l'année 1958, relative à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (awards foreign), qui obligent les pays organisant l'arbitrage d'appliquer sur leurs territoires, en règle générale, les décisions d'arbitrage prononcées dans un autre

pays. Le critère ici est un critère de forme. La convention ajoute qu'il y a obligation d'appliquer ses principes sur l'arbitrage, qui n'est pas alors considéré à l'échelle locale, auprès du pays où la décision d'arbitrage sera exécutée. Par exemple : si le contrat renvoie pour le règlement des litiges au centre régional de l'arbitrage commercial du Caire, et si l'arbitrage se fait selon les règles de centre au Caire et les décisions y sont prises, l'arbitrage n'est pas local pour le droit égyptien, mais il est international et la convention de New York est appliquée même si la décision d'arbitrage a eu lieu en Egypte.

Par ailleurs, la loi type de UNCITRAL stipule que l'arbitrage est international dans l'un des cas suivants (article 1/3) :

- Si les lieux de travail des parties dans l'accord d'arbitrage au moment du contrat se situent dans deux pays différents,
- Si l'un des endroits suivants se situe à l'extérieur du pays où travaillent les deux parties :
 - Le lieu de l'arbitrage s'il est précisé dans l'accord d'arbitrage
 - Tout endroit où a lieu une partie importante des obligations naissant de la relation commerciale, ou si l'endroit est lié au litige
- Si les deux parties sont clairement d'accord que l'objet de l'accord de l'arbitrage concerne plus d'un pays.

D'autre part, il est possible qu'une personne ait plus d'un lieu de travail, ou ne dispose pas d'un endroit de travail. Dans le premier cas, la loi type stipule que l'endroit à prendre en compte est celui qui serait le plus lié à l'accord d'arbitrage. Dans le deuxième cas, c'est le lieu de résidence habituel de la personne qui est pris en compte (article 1/4).

Il est à signaler que le droit égyptien, suivi par le droit Omanais, avaient ajouté aux cas précédents, le cas où les membres de l'arbitrage se mettent d'accord pour

recourir à une organisation permanente d'arbitrage ou à un centre d'arbitrage en Egypte (en Oman) ou à l'extérieur.

L'une des caractéristiques principales distinguant ces formes d'arbitrage, est leur soumission ou non de l'exécution de la décision d'arbitrage à la convention de New York pour ce qui est de l'arbitrage international. De plus, la loi type ne s'applique pas à l'arbitrage interne ou national pour les pays qui y ont recours seulement pour l'arbitrage commercial international, à l'image du Bahrain, dans le décret de loi n°9 de l'année 1994⁶⁷⁴.

Après avoir pris connaissance des formes d'arbitrage dans ses différentes acceptations, nous passons à la présentation de ses avantages et ses inconvénients dans les litiges bancaires.

I-2-2 Les principaux avantages et inconvénients de l'arbitrage :

a- Les caractéristiques positives de l'arbitrage concernant les activités bancaires

Parmi les caractéristiques positives les plus marquantes relativement à l'arbitrage dans les activités bancaires et financières, notons ce qui suit :

- La rapidité et la facilité de règlement des litiges :

Il va sans dire que le règlement des différends de manière plus rapide, à moindre coût, et avec des principes plus flexibles est une requête importante, car la nature des opérations et des services bancaires, comme le compte courant et les opérations de virement, ou les crédits documentaires ou les prêts pourraient être affectés et lèseraient, de ce fait, directement la banque ou l'un de ses clients à cause du changement brusque dans les taux (comme les taux de change, prix des marchandises ou les intérêts), ou à cause du non respect des conditions de crédit,

⁶⁷⁴ Hamza Hadad « l'arbitrage en tant qu'alternative de règlement des litiges », article scientifique publié, site électronique des forums de droit et de justice », forum du droit commercial, 21 septembre 2009

comme le non respect des changements éventuels (la date de l'expédition, la période du crédit, le mode de paiement), ce qui peut engendrer des frais supplémentaires et une augmentation des coûts.

L'arbitrage pourrait ainsi garantir, grâce à des arbitres compétents et spécialistes, d'aboutir à une solution rapide au litige en adoptant des procédures plus flexibles et généralement à moindre coût. La flexibilité des procédures dans l'arbitrage permet aux arbitres de choisir le meilleur moyen et la manière qu'ils jugent appropriés pour régler le litige qui leur est exposé, afin de prendre les mesures nécessaires pour accélérer le processus, et ce en ce qui concerne les réunions à prévoir, les entretiens avec les témoins, la collecte de preuves, la traduction de documents, etc. En effet, étant donné la longueur et la lenteur des procédures dans le recours aux tribunaux compétents dans le pays, l'arbitrage est considéré comme étant le moyen le plus approprié et le plus rapide, surtout si l'on sait que cette lenteur fait subir des pertes aux institutions financières et aux banques, car les dettes n'ont pas pu être investies tout au long de la phase judiciaire.

– La confidentialité du litige :

L'arbitrage permet de garder confidentielles les secrets des parties impliquées et ce dans la plupart des systèmes d'arbitrage, ce qui n'est pas actuellement possible dans les tribunaux qui sont publics.

– Le choix de compétences spécialisées :

On considère que l'arbitre spécialiste en matière comptable suffit et permet de ne pas recourir à demander l'expertise comptable. En effet, la diversité des activités, leur volume et leur développement et renouvellement continus ne sont à la portée que d'une minorité de banquiers et de spécialistes. De ce fait, il serait difficile pour certains juges d'être au diapason de ce qui se passe, et les pousse à désigner un expert spécialiste pour donner son avis sur l'objet du litige. Par contre, faire

appel à un arbitre habilité et spécialiste en la matière permet non seulement d'avoir un avis technique mais de régler le litige à la lumière de cet avis et se reposant sur des arguments et justificatifs spécifiques à son métier « Lexmercatoria », qui désigne l'ensemble de règles de droits encadrant les relations dans des contrats, des clauses connues et des cahiers de charge comme dans le cas des affaires pétrolières et les affaires en assurance.

– Le caractère définitif de la décision d'arbitrage :

L'arbitrage garantit une décision finale sans appel, contrairement aux décisions judiciaires habituelles. Certaines législations n'avaient peut être pas considéré l'arbitrage en tant qu'instrument de règlement des litiges bancaires, du fait de ce caractère définitif, de peur qu'une erreur ne soit commise sans qu'elle ne puisse être rattrapée. Ainsi, certains pays avaient pris l'initiative de constituer des commissions à vocation judiciaire pour étudier les affaires entre les banques et leurs clients afin de régler les litiges bancaires.

Cela est le cas au Royaume d'Arabie Saoudite, où l'ordre supérieur n°729/8, du 10/3/1987, décide la création d'une commission au sein de l'institution monétaire arabo-saoudienne composée de 3 personnes spécialistes pour étudier les affaires entre les banques et leurs clients afin de régler les litiges bancaires et trouver des solutions convenant aux deux parties selon les accords conclus entre elles. Cet ordre interdit aux tribunaux et aux comités de règlement des litiges commerciaux de recevoir les plaintes contre les banques ou par les banques qu'après l'accord du haut lieu.

Cependant, ces erreurs sont plus envisageables dans les tribunaux où il n'existe pas de juges spécialisés dans les affaires bancaires. La garantie réelle pour éviter les erreurs dans le système d'arbitrage est le choix judicieux des arbitres, qui

devraient être spécialistes dans affaires bancaires. La possibilité est donnée aux banques pour bien choisir leurs arbitres⁶⁷⁵.

Nous pensons qu'il faut lier l'arbitrage à l'organe de contrôle charaique dans les banques et les institutions financières islamiques, et le renforcement de ces organes par des experts cumulant trois spécialités : la charia islamique, le droit et l'économie bancaire. Cela aurait des répercussions importantes dans le règlement de plusieurs affaires et litiges nés des travaux et activités des banques et institutions financières islamiques, et permettrait d'alléger la responsabilité des tribunaux internationaux.

On peut ainsi dire que l'arbitrage est une garantie de trouver une solution finale mettant financière aux litiges en cours. Il est dès lors possible de recourir à l'arbitrage même quand le litige est déjà entre les mains de la justice. L'arbitre peut en effet, donner son avis sur n'importe quel accord ou contrat, objet d'un litige entre les mains de la justice.

b- Les principaux inconvénients et reproches formulés à l'adresse de l'arbitrage

Les critiques adressées à l'arbitrage, quant à sa prise en compte en tant qu'instrument alternatif de règlement des litiges nés des activités bancaires, ont découlé de problèmes constatés à ce sujet. Certains vont à dire que les arbitres eux-mêmes, du moins certains d'entre eux, n'assimilent ni les techniques et les formalités de l'arbitrage ni ses exigences légales. Cela devrait nécessairement impliquer l'annulation de la décision d'arbitrage, et la perte des droits et de l'argent des parties opposées par le litige.

Un autre problème non moins important que le précédent réside dans le fait que l'une des parties pourrait insister dans la désignation d'un arbitre et dans ce cas,

⁶⁷⁵ Nariman Abdel Kader, séminaire « l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques » le centre d'arbitrage commercial international du conseil de coopération des pays arabes du Golf avec l'université de B ahrain, « L'accord d'arbitrage et son modèle de qualité ... », 14 avril 1997

l'autre partie ou les autres parties doivent recourir au tribunal compétent pour désigner l'arbitre de la partie qui s'abstient, ce qui engendre l'élongation de la durée du litige, et fait perdre le principal avantage du recours à l'arbitrage⁶⁷⁶.

Ces dires sont confirmés par l'article 18 de la loi n°48 de l'année 1977, portant création de la banque islamique égyptienne Fayçal, et qui a décidé que l'arbitrage est le meilleur moyen de régler les différends entre la banque et ses clients ou partenaires. Un litige a par la suite été exposé à la cour de cassation pour l'appel n°533, de l'année 1957, le 4/7/1991, relativement à cet article, et il a été décidé que c'était « comme l'arbitrage conventionnel.. », alors que la haute cour constitutionnelle, dans sa séance du 17/12/1994, a déclaré dans un autre litige le caractère non constitutionnel du même article qui a imposé l'arbitrage aux clients et partenaires de cette banque lors des litiges, car l'article 18 ne respecte pas les principes constitutionnels. La cour a déclaré que le fondement de l'arbitrage est l'accord entre les parties et la satisfaction de la condition essentielle selon laquelle cet accord est amiable. Il n'est donc pas envisageable de recourir à l'arbitrage contre la volonté des parties impliquées, que le litige soit en cours ou susceptible de naître. De plus, l'imposition de l'arbitrage par un texte législatif en tant qu'instrument de règlement des litiges prive les membres de leur droit de recourir à leur juge naturel et représente une non reconnaissance de la compétence des pouvoirs judiciaires, ce qui contredit le texte de l'article 68 de la constitution égyptienne⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ Ali Mohieddine Kora Daghi, partie 2, « L'arbitrage dans les banques islamiques (obstacles et suggestions) », recherche publiée, op.cit

⁶⁷⁷ Mohamad Abou Aliinin « l'arbitrage entre les législations arabes et les conventions internationales (études et documents) », Série Librairie de référence pour l'avocat arabe, Union des avocats Arabes, volume 1

Voir aussi : Nariman Abdel Kader « L'accord d'arbitrage et son modèle de qualité et les formes d'arbitrage à considérer », recherche publiée, op.cit

II- Les principes et les procédures de l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques

Afin de faire face à la lenteur du système judiciaire et de ses procédures, et avec l'examen approfondi des conditions d'arbitrage, nous devons trouver une solution adéquate.

Cette solution consiste soit à modifier le travail des pouvoirs judiciaires, les lois et les efforts d'interprétation, vers des applications judiciaires adaptées à l'économie du marché social soit, à recourir à l'arbitrage comme moyen rapide, flexible et efficace pour remédier aux litiges qui pourraient naître entre les clients des banques ou des institutions financières et leurs directions. Certes, l'arbitrage est la solution la plus facile à mettre en œuvre. Ainsi, il est primordial de connaître les règles qui régissent le fond ainsi que la forme de l'arbitrage. Cette section se répartit, donc, en deux paragraphes :

Paragraphe 1 : Les principes de forme de l'arbitrage bancaire

Paragraphe 2: Les principes de fond de l'arbitrage bancaire

II-1 Les principes de formes de l'arbitrage bancaire

Il y a plusieurs sujets relatifs aux procédures formelles à commencer par les conditions requises dans les arbitres, de même pour la formation du comité d'arbitrage qui inclut la question de lui conférer un caractère juridique.

Cela doit être accompagné par une organisation et par des propositions de développement des structures regroupant à la fois le caractère juridique et bancaire ainsi que les deux secteurs privé et public⁶⁷⁸.

Nous traiterons ainsi dans ce paragraphe les idées suivantes :

⁶⁷⁸ Moussa Khalil Matri « l'arbitrage dans les opérations bancaires dans les pays à économie transitoire » Recherche publiée, Université de Damas, Op.Cit P29

1- Les procédures de désignation des arbitres et la formation du comité arbitral

2- La fin du travail des arbitres

II-1-1 Les procédures de désignation des arbitres et la formation du comité arbitral

a- La désignation de l'arbitre

Il est d'usage que les adversaires choisissent les noms des arbitres qu'ils désirent pour le règlement du litige entre eux, en incluant leurs noms dans l'accord d'arbitrage ou en se contentant de préciser la manière qui permettra de désigner ces arbitres.

Il est possible que l'un ou plusieurs des arbitres convenus refuse ce travail se retire, est destitué ou jugé incompétent ou ne peut exercer sa mission suite à une maladie ou un décès et s'il n'y a pas d'accord à ce sujet entre les adversaires, l'accord d'arbitrage pourrait prendre fin. Mais pour encourager ce système et rendre l'accord d'arbitrage plus efficace, le pouvoir judiciaire intervient et joue un rôle de soutien qui en réalité une exécution littérale de la volonté des adversaires qui ont choisi l'arbitrage pour régler les litiges entre eux. La justice ne fait donc qu'appliquer l'accord des parties.

C'est l'usage en France comme le montre l'article 8 du projet de loi d'arbitrage Saoudien et en particulier dans le paragraphe 1 du même article qui stipule :

« 1- Les cas d'annulation de la décision d'arbitrage et les questions transférés par ce système au tribunal compétent relèvent de la cour d'appel » et ce que l'arbitrage soit à l'intérieur du Royaume de l'Arabie Saoudite ou à l'extérieur du pays comme le précise le paragraphe 2 de l'article 8 : « ... 2- si l'arbitrage est commercial

international aussi bien à l'intérieur du Royaume ou à l'extérieur, la cour d'appel est la cour compétente pour examiner le litige dans la ville de Ryad tant que les parties impliqués ne se sont pas mises d'accord sur une autre cour d'appel au Royaume⁶⁷⁹. Cela signifie que le législateur ne s'oppose pas à la désignation des arbitres dans l'accord d'arbitrage voire autorise le tribunal à en désigner un en cas de désaccord entre les parties.

L'article 17 du nouveau code d'arbitrage égyptien autorise l'intervention des pouvoirs judiciaires pour résoudre les problèmes rencontrés lors de la constitution du comité d'arbitrage, cela permet donc aux adversaires de recourir à la justice pour désigner l'arbitre en cas d'incident. L'article 175 du code des plaidoiries, au Kuwait, autorise le tribunal compétent d'examiner le litige et de désigner les arbitres qu'il faut et ce suite à la demande de l'un des adversaires.⁶⁸⁰

Il faut que le nombre de personnes désignés par le tribunal soit égal au nombre convenu entre les adversaires ou lui soit complémentaire.

L'article interdit de faire appel, par voie ordinaire ou extraordinaire, concernant cette décision, afin de gagner en temps et en efforts. L'interdiction est relative à la décision concernant la désignation de l'arbitre, mais si la décision concerne le refus de désignation de l'arbitre, elle peut alors faire l'objet d'un appel⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ L'article 8 du projet de loi d'arbitrage au Royaume d'Arabie Saoudite ne précise pas les limites du pouvoir du tribunal dans la désignation des arbitres, mais le législateur lui a donné les prérogatives d'examiner l'annulation de la décision d'arbitrage ainsi que les questions qui lui sont soumises par la loi. Le législateur transfère le cas du fait du litige c'est à dire que les limites du pouvoir du tribunal dans la désignation de l'arbitre proviennent du fait que la décision d'arbitrage et les questions relatives sont annulées.

⁶⁸⁰ Le recrutement des arbitres par le tribunal compétent 449 de l'année 2004, 4/6/2005, règle numéro 2, P59, datant du 1/4/2005 jusqu'à 31/3/2006.

⁶⁸¹ L'article 1 de la loi n°11 de l'année 1995 relative à l'arbitrage judiciaire dans les affaires civiles et commerciales au Koweït, et concernant la formation d'un comité arbitral ou plus composés de 3 juges ou de 2 arbitres, stipule que les parties au litige choisissent l'arbitre dans les listes définies par la cour d'appel ou ailleurs, et si les parties ne font pas cela dans un délai de 10 jours à partir de la date où le comité arbitral

Il y a lieu de signaler que le code d'arbitrage aux Emirats Arabes Unis précise clairement qu'il n'est plus possible de recourir au tribunal si les parties conviennent de l'arbitrage pour le règlement d'un différend donné. En effet, l'article 203 du paragraphe 5 stipule : « si les parties conviennent de l'arbitrage pour le règlement d'un différend donné, qu'il n'est plus possible de recourir aux tribunaux. Cela étant, si l'une des parties décide de porter plainte devant le juge sans se tenir à la condition et que l'autre partie ne s'y oppose pas dans la première séance, il est alors possible d'examiner l'affaire et la condition d'arbitrage est annulée ».

Pour ce qui est des conditions légales requises pour les arbitres, on remarque que la plupart des législations n'ont pas spécifié de conditions particulières pour le choix de l'arbitre, sauf celle de son aptitude à disposer de ses droits, qui implique qu'il ne doit pas être mineur, ou sous tutelle, ou interdit de jouir de ses droits civils à cause d'une sanction pénale, ou ruiné jusqu'à ce que sa situation se règle ou qu'il soit acquitté. Certaines législations imposent d'autres conditions en plus, comme dans le cas saoudien où la loi relative à l'arbitrage dans son article 4 : « exige que l'arbitre soit un expert, de bonne réputation, totalement apte ». La satisfaction de ces deux conditions par lesquelles le code saoudien se distingue à savoir l'expertise et la bonne réputation revient au final au pouvoir judiciaire, et ce dans deux cas : premièrement : lors de la présentation du document d'arbitrage à l'autorité compétente pour l'examen du litige, comme l'indique l'article 5 de la même loi.

Deuxièmement : en cas d'objection auprès de cette autorité, concernant l'arbitre après sa désignation selon l'article 18 du code saoudien, et qui stipule : « toutes les

le leur a demandé, la direction susmentionnée procède au choix de l'arbitre dans ladite liste d'arbitres spécialisés dans l'objet du litige

Pour aller plus loin voir : Jamal Hamd al Chamri « Le rôle des pouvoirs judiciaires dans l'arbitrage », recherche publiée, revue de l'institut de Magistrature, année 7, p.41-44, n°16, décembre, 2008

décisions émanant des arbitres, doivent être communiquées dans un délai de 5 jours auprès de l'autorité compétente ainsi qu'aux adversaires à qui des copies doivent être remises. Les adversaires peuvent présenter leurs objections quant aux décisions auprès de cette même autorité compétente dans un délai de 15 jours à partir de la date où ils ont eu connaissance des décisions des arbitres, sinon ces décisions deviennent définitives ».

Par ailleurs, l'article 3 du règlement exécutif du code saoudien exige que « l'arbitre, de nationalité saoudienne ou étrangère, soit musulman, et un travailleur indépendant ou autre et il est possible qu'il soit un fonctionnaire public et ce après accord de son administration d'origine. Si les arbitres sont nombreux, le président doit être connaisseur des règles charaïques et des codes commerciaux et bancaires et des normes en vigueur dans le royaume ».

Nous pensons que cet article encourage les membres des organes de contrôle charaïque dans les banques et les institutions financières à exercer les missions d'arbitrage pour le règlement des litiges entre les clients d'une part et la direction de la banque d'autre part. La plupart de ces membres sont en effet, connaisseurs des règles charaïques et des codes commerciaux et bancaires et des normes en vigueur dans le Royaume d'Arabie Saoudite.

b- La formation du comité arbitral :

La constitution du comité arbitral commence par la désignation des arbitres dans l'accord d'arbitrage, et les législations se divisent pour ce qui est de la nomination et de la désignation des noms des arbitres, en deux courants :

Premier courant : fait mention explicite de l'obligation de désigner les noms des arbitres dans l'accord d'arbitrage, à l'image du code d'arbitrage du Bahrain, où le

texte de l'article 234 stipule : « il faut désigner les arbitres dans l'accord d'arbitrage ou dans un accord à part entière ».

De même pour le code Qatari, dont le texte de l'article 193 du code d'arbitrage du Qatar stipule « en respect des exigences des lois spécifiques, il faut désigner les arbitres dans l'accord d'arbitrage ou dans un accord à part entière... ».

Le code d'arbitrage saoudien va dans la même direction, où le législateur oblige dans l'article 5 du code d'arbitrage saoudien à ce que « les parties au litige déposent un document d'arbitrage auprès de l'autorité compétente et ce document doit émaner des adversaires ou de leurs représentants officiels mandatés et des arbitres. Il doit notamment inclure l'objet du litige, les noms des adversaires, les noms des arbitres et leur accord pour l'examen du litige, ainsi que des copies des documents relatifs au litige ».

Ces trois lois avaient été critiquées car elles se contredisent. En effet, elles avaient précisé qu'en cas de non désignation des arbitres par convention, le tribunal ou l'autorité compétente habilitée s'en charge, et cela implique que la désignation des arbitres dans l'accord d'arbitrage n'est pas obligatoire, mais autorisée (contrairement aux textes)⁶⁸².

Pour ce qui a été décidé par le législateur saoudien dans le code d'arbitrage, nous tendons à croire que le premier courant concernant la désignation des noms des arbitres attribue la question au tribunal, ce qui signifie la possibilité de préciser les noms dans l'accord et ce pour plusieurs raisons, dont : premièrement : le législateur n'a pas mentionné dans l'article 5, l'obligation de désigner les noms des arbitres dans l'accord d'arbitrage mais a utilisé l'expression : « les parties au litige déposent un document auprès de l'autorité compétente... », Contrairement

⁶⁸² Fallah Al Zahrani « l'arbitrage dans les litiges bancaires dans les pays du conseil de coopération du golf », op.cit, p.111-112

au texte de l'article 234 du code du Bahrain qui précise : « et il faut désigner les personnes arbitres... »

Deuxièmement : le législateur saoudien élargit le contrôle du tribunal sur les décisions des arbitres, en donnant à la cour de cassation des prérogatives importantes à ce sujet.

Le deuxième courant autorise la désignation des noms des arbitres dans l'accord d'arbitrage, et renvoie la question au tribunal en cas de désaccord entre les parties, et cela est exprimé dans la plupart des législations.

Une fois que l'arbitre est définitivement désigné, par un accord entre les parties ou par désignation du tribunal, il doit confirmer son acceptation par écrit, et cela encore est exprimé dans la plupart des législations, dont notamment la législation saoudienne qui précise dans l'article 5 « les parties au litige déposent un document d'arbitrage auprès de l'autorité compétente et ce document doit émaner des adversaires ou de leurs représentants officiels mandatés et des arbitres. Il doit notamment inclure l'objet du litige, les noms des adversaires, les noms des arbitres et leur accord pour l'examen du litige, ainsi que des copies des documents relatifs au litige ».

L'approbation de l'arbitre est obligatoire et doit être écrite, comme le mentionne l'article 178 du code d'arbitrage du Koweït : « sans contredire l'article précédent ou toute autre loi, il est obligatoire que l'arbitre donne son accord pour accomplir sa tâche et l'accord est prouvé par écrit ».

Il est à signaler que la confirmation écrite exigée dans la plupart des législations n'a pas une forme précise décrite dans ces législations, ainsi tout ce qui fait office de confirmation écrite par l'arbitre remplit cette exigence, comme la lettre de l'arbitre qui demande la date de tenue de la séance, et qui exprime dans ce cas son acceptation écrite, et il n'est pas exigé que la lettre contienne un accord explicite ou même implicite. En outre, la signature de l'arbitre sur le procès verbal de la

première séance, ou tout autre moyen de communication écrite, comme le fax ou le courrier électronique satisfont la condition d'acceptation écrite par l'arbitre⁶⁸³.

II-1-2 la fin de la mission des arbitres :

a- L'arrêt de travail de l'arbitre

Certaines législations précisent que les raisons de l'arrêt de travail de l'arbitre sont les mêmes que dans le cas de l'arrêt de travail du juge, ou si l'une des conditions de son aptitude mentionnées dans la loi n'est plus satisfaite.

Par exemple, le 1^{er} paragraphe de l'article 18 de la loi n°4, de l'année 2008, du code syrien stipule ce qui suit :

« Il est interdit de procéder à l'arrêt de travail de l'arbitre sauf pour les mêmes que dans le cas de l'arrêt de travail du juge, ou si l'une des conditions de son aptitude mentionnées dans la loi présente n'est plus satisfaite »

L'article 174 du code de procédures civiles syrien précise que les raisons justifiant de l'arrêt de travail des juges sont claires et parmi lesquelles :

- Si le juge (arbitre) ou sa femme ont un intérêt direct ou indirect dans la plainte, et ce même après qu'il y ait eu rupture du contrat de mariage
- S'il y a des liens de parenté ou d'alliance entre le juge (arbitre) et l'un des adversaires, même de quatrième degré
- Si le juge (arbitre) était fiancé à l'une des parties
- Si le juge (arbitre) avait déjà été le représentant de l'un des adversaires dans ses affaires privées ou avait été son tuteur

⁶⁸³ Ahmad Khalil « Les règles d'arbitrage », p.62, Editions juridiques Al Halbi, Beyrouth, 2002

Voir aussi : Hamza Hadad « l'arbitrage dans les lois arabes », volume 1, p.217, Editions juridiques Al Halbi, Liban, Beyrouth, 1^{ère} édition, 2007

Voir aussi : Fallah Moussa Al Zahrani « l'arbitrage dans les litiges bancaires dans les pays du conseil de coopération du golf », recherche scientifique, Université des Sciences Sécuritaires Nayef, p.117-118, Riyad, 2010

- Si le juge (arbitre) avait déjà été témoin dans l'affaire
- Si l'un des adversaires l'a déjà choisi comme arbitre dans une affaire précédente
- S'il y a entre le juge (arbitre) et les adversaires des conflits
- Si une procédure civile ou pénale avait eu lieu entre le juge (arbitre) et l'une des parties au litige ou de leurs proches ou alliés jusqu'au quatrième degré, dans les 5 dernières années.

Pour ce qui est des conditions d'aptitude précisées dans ce code, elles renvoient à l'idée que : l'arbitre devienne mineur, sous tutelle, ou privé de ses droits civils des suites d'une sentence après un crime ou un délit, sauf s'il est acquitté.

Mais il faut noter que les parties au litige ne peuvent exiger l'arrêt de travail de l'arbitre qu'elles ont elles-mêmes désigné, ou participé à sa désignation, sauf pour une raison fondée et justifiée après que la désignation n'ait eu lieu.

L'article 19 du code –susmentionné- dans son premier paragraphe avait traité les procédures à suivre dans tel cas, dont la nécessité d'examiner les objets de l'arbitrage, la cour de cassation dont la spécialisation a été consentie par les parties, accompagné des documents justificatifs et ce dans un délai de 15 jours à partir de la date de prise en connaissance du demandeur de l'arrêt de travail des raisons justifiant l'arrêt de travail.

Le tribunal examine par la suite la demande d'arrêt de travail dans la cour de révision et délibère après avoir écouté les déclarations de l'arbitre à suspendre.

Il découle de la demande d'arrêt de travail, l'arrêt des procédures d'arbitrage et leur suspension jusqu'à ce que l'arbitre remplaçant accepte sa mission d'arbitrage, tout en précisant que la demande d'arrêt de travail ne peut être déposée par une personne ayant déjà demandé la destitution du même arbitre, dans la même affaire d'arbitrage et pour les mêmes raisons. Par ailleurs, une décision d'arrêt de travail

de l'arbitrage implique l'annulation des procédures qui ont eu lieu précédemment dont notamment la décision de l'arbitrage.

b- La destitution de l'arbitre

Pour ce qui est de la destitution de l'arbitre, on trouve que le code syrien exige pour ce faire l'accord de tous les adversaires ou de toutes les parties au litige. Et si l'arbitre devient inapte de par la loi, ou par la force des choses, à assurer ses fonctions, ou s'il s'absente ou interrompt sa mission après l'avoir acceptée, pour une durée de plus de trente jours, la loi syrienne n°4, de l'année 2008 précise que durant cette période, l'arbitre doit démissionner ou fera l'objet d'une destitution, et dans ce cas la destitution a lieu –si les parties n'en conviennent pas- par décision définitive de la cour de cassation compétente pour juger cette affaire d'arbitrage couverte par cette loi, ou de la cour de cassation convenue entre les parties au litige. La décision est prise dans la cour de révision à la demande de l'une des parties, et la demande de destitution implique la suspension des procédures d'arbitrage jusqu'à la proclamation de la décision de rejet de la demande de destitution ou jusqu'à l'acceptation par l'arbitre remplaçant de la mission d'arbitrage.

Si la mission de l'arbitre s'achève par l'arrêt de son travail ou par sa destitution, pour une raison ou pour une autre, il faut désigner un remplaçant selon les procédures suivies pour élire son prédécesseur⁶⁸⁴.

Les codes des pays du golfe avaient clairement précisé, à l'exception du Bahrein, que l'arbitre est déchargé de ses fonctions pour les mêmes raisons que le juge, la décision de destituer l'arbitrage revenant au fait qu'il ne soit plus considéré apte à

⁶⁸⁴ Ghassan Selim Arnous « L'arbitrage », op.cit, 2011-2012

mener à bien sa mission, et ces raisons avaient été arrêtées dans les codes de procédures civiles⁶⁸⁵.

L'examen du code d'arbitrage saoudien, montre que le texte de l'article 12, précise que : « la demande d'arrêt de travail de l'arbitre se fait pour les mêmes raisons d'arrêt de travail du juge, et la demande est déposée auprès de l'autorité compétente dans un délai de 5 jours à partir de la date d'information des parties de la désignation de l'arbitre ou à partir de la date de la survenance de l'une des raisons justifiant l'arrêt de travail, et la décision relative à demande est prise après la convocation des adversaires et de l'arbitre au sujet de qui la demande est formulée à une séance tenue spécialement à cette fin ».

Concernant la destitution de l'arbitre, on trouve que les lois des pays du Golfe précisent généralement qu'il n'est pas possible de destituer l'arbitre après sa désignation et son acceptation de la mission, sauf après l'accord entre tous les adversaires et ce même sans raisons justificatives.

Dans ce sens, l'article 11 du code d'arbitrage saoudien précise à son tour qu'il n'est pas possible de destituer l'arbitre après sa désignation et son acceptation de la mission, sauf après l'accord entre tous les adversaires, et l'arbitre destitué peut demander des dédommagements s'il a déjà entamé son travail avant sa destitution, et si cette dernière n'est pas directement liée à sa négligence, ou à sa lenteur pour l'accomplissement des procédures. Et si la destitution survient pour des raisons indépendantes de sa volonté ou de celle des parties, il ne peut pas demander réparation des dédommagements.

Pour ce qui est relatif à la démission de l'arbitre, la plupart des législations ne s'oppose pas à la démission de l'arbitre, mais on fait la différence entre une démission justifiée par une raison sérieuse et celle qui ne l'est pas.

⁶⁸⁵ Fallah Moussa Al Zahrani « l'arbitrage dans les litiges bancaires dans les pays du conseil de coopération du golf », op.cit, p.119-120

Si le motif de la démission n'est pas sérieux, il est redevable de réparation, et cette dernière est supposée et il n'y a pas besoin de la justifier, et elle naît du fait de l'annonce de l'arbitre de quitter ses fonctions. Il est donc supposé que le motif n'est pas sérieux et si l'arbitre veut rejeter la demande de dédommagements, il lui incombe de prouver que les raisons de sa démission sont sérieuses. L'évaluation de la validité des motifs reviendrait à l'arbitre, mais sous le contrôle du tribunal qui est habilitée à juger du sérieux des raisons avancées.

Entre autres raisons sérieuses, on note la maladie, l'empêchant d'accomplir sa mission, comme la paralysie, ou encore sa nomination à un poste public qui ne lui permet pas de poursuivre ses fonctions, et autres raisons sérieuses précisées dans les différentes législations, dont notamment le texte de l'article 234, du code du Bahrain, qui stipule : « il ne lui est pas permis, après acceptation de la mission d'arbitrage de quitter ses fonctions pour un motif non sérieux, le cas échéant, il doit à l'adversaire des dédommagements ».

Dans le même ordre d'idées, on trouve que l'article 178, du code du Koweït stipule : « si l'arbitre quitte –pour un motif non sérieux- ses fonctions, après acceptation de la mission d'arbitrage, il doit réparer les dommages »⁶⁸⁶

⁶⁸⁶ Op.cit, p.125-126

II-2 Les principes de fond de l'arbitrage bancaire

Les principes de fond de l'arbitrage bancaire renvoient à l'ensemble des procédures visant l'obtention d'une décision du comité d'arbitrage, pour régler le litige en cours entre les parties impliquées dans l'arbitrage, à savoir le client et la direction de la banque ou de l'institution financière.

Ces principes de fond, encore appelés procédures d'arbitrage, se divisent en deux, tout d'abord celles précédant la décision du comité et ensuite les procédures ultérieures à la décision du comité.

Nous traiterons ainsi ce paragraphe comme suit :

1. Les principes de fond précédant la décision du comité arbitral
2. Les principes de fond suivant la décision du comité arbitral

II-2-1 Les principes de fond précédant la décision du comité arbitral

a- Les mécanismes des séances et des plaidoiries

Parmi les avantages incitant au recours à l'arbitrage, figurent la rapidité des procédures qui sont souvent plus rapides que dans le cas du recours aux tribunaux compétents spécialisés et ce pour deux raisons :

Première raison : l'unité de l'effort, car l'attention des arbitres se concentre pour le traitement de l'affaire présentée au comité arbitral

Deuxième raison : la collaboration des parties adverses avec les arbitres pour aboutir à un accord à l'amiable ce qui réduit le temps que prend l'affaire⁶⁸⁷.

⁶⁸⁷ Khaled ben Saoud al Rachoud « L'arbitrage commercial au Royaume d'Arabie Saoudite et ses applications en justice », recherche publiée, revue du ministère de justice, p.55, n°19, 1424 de l'hégire

Par ailleurs, si ces atouts encouragent les adversaires –surtout dans les affaires bancaires- à recourir à l'arbitrage et à se contenter des décisions prises par les arbitres, la logique suppose que les procédures d'arbitrage devraient être non conditionnées, comme c'est le cas pour les procédures judiciaires dans les tribunaux qui peuvent être plus longues et plus compliquées d'un point de vue administratif.

C'est pour cela que les législations avaient souligné la non obligation pour l'arbitre de respecter les procédures de plaidoirie, en vigueur. Par exemple l'article 182 du code Koweïtien précise dans ce sens que : «l'arbitre émet sa décision sans être conditionné par les procédures de plaidoirie, sauf mention explicite à ce sujet. Cela étant, les adversaires peuvent convenir de procédures particulières organisant l'arbitrage, et la décision de l'arbitre se fait selon les règles de droit sauf s'il est chargé de réconcilier et dans ce cas il n'est pas tenu de respecter ces règles, sauf si elles sont relatives au règlement général. Les règles relatives à l'effet immédiat sont appliquées aux décisions des arbitres, et il faut que la décision de l'arbitre soit émise au Koweït, sinon elle sera régie par les règles arrêtées pour les décisions des arbitres émises dans un pays étranger ».

Le texte de loi Emirati se rapproche de ces idées susmentionnées, à travers l'article 212 qui stipule que « 1- l'arbitre délibère sans être conditionné par les procédures de plaidoirie, sauf mention explicite à ce sujet, et pour les procédures relatives à la convocation des adversaires, leurs témoignages et la possibilité qu'ils présentent leurs documents. Cela étant, les adversaires peuvent convenir de procédures particulières organisant le travail de l'arbitre... »

Concernant les procédures relatives à la tenue des séances d'arbitrage ou celles relatives au siège du comité arbitral, en réalité, cette question fait l'objet de plusieurs controverses. En effet, certains précisent clairement que l'arbitrage doit

avoir lieu à l'intérieur du pays⁶⁸⁸, alors que d'autres, à vrai dire la plupart des législations, ne précisent pas le lieu de conclusion du contrat ou de déroulement de la séance d'arbitrage.

La séance d'arbitrage se tient surement en toute confidentialité, et on peut même dire que la confidentialité est l'un des principes de l'arbitrage qu'il faut respecter et ce aussi bien pour l'arbitrage international ou interne⁶⁸⁹, et ce même si les règles de droit taisent ce point. Ainsi, seuls sont présents à la séance, les arbitres, les adversaires, leurs représentants et leurs adjoints, sans autre personne sauf si le comité arbitral, comme les experts.

Cela est mentionné dans l'article 20 du règlement exécutif du code d'arbitrage saoudien qui précise : « l'affaire est examinée devant le comité arbitral publiquement, sauf si le comité désire, par sa propre initiative, rendre la séance fermée et confidentielle ou si l'un des adversaires le lui demande, pour des raisons qu'il revient au comité de juger ». Le comité arbitral doit préciser la date de remise des dossiers, des données personnelles et des arguments de défense par les parties qui conviennent entre elles pour définir cette date, qui, le cas échéant décidée par le comité en cas de désaccord.

Cela est stipulée dans l'article 18 du code d'arbitrage saoudien qui précise : « si l'un des adversaires au litige s'absente lors de la première séance, et que le comité arbitral vérifie qu'il a été personnellement informé, alors le comité peut délibérer du moment que les parties adverses avaient déposé dans leurs dossiers d'arbitrage, des notes relatives à leurs demandes, leurs arguments de défense et leurs documents. La décision est dans ce cas considérée, en sa présence. Mais s'il n'a pas été personnellement informé, le comité doit reporter la tenue de la séance

⁶⁸⁸ Si la séance d'arbitrage a lieu à l'extérieur du pays dont les législations précisent l'obligation de sa tenue à l'intérieur du pays, cela implique l'application des règles régissant les décisions des arbitres émises dans un pays étranger. C'est notamment le cas des codes Koweïtien et Emirati.

⁶⁸⁹ Hamza Hadad « l'arbitrage en tant qu'alternative de règlement des litiges », article scientifique, op.cit, 2009

jusqu'à ce qu'il le soit. Et si les adversaires accusés sont nombreux, et que certains avaient été personnellement informés alors que d'autres non, et qu'ils se sont tous absentés ou que la personne non personnellement tenue au courant s'est absentée, le comité doit reporter l'examen de l'affaire –sauf dans les cas urgents- à la séance suivante où les personnes seraient informées. La décision est considérée comme en leur présence, pour tous ceux qui s'absentent lors de la tenue de la deuxième séance. La décision est encore considérée comme en la présence des personnes si l'adversaire assiste lui ou son représentant dans n'importe quelle séance, ou s'il dépose une note de défense ou un document qui lui est relatif. Et si l'arbitré absent arrive avant la financière de la séance, toutes les décisions prises alors sont annulées ».

L'arbitre peut demander, entre autres preuves et données, d'écouter les déclarations des témoins, et la plupart des législations arabes précisent l'assermentation des témoins. En effet, le code d'arbitrage Emirati indique l'obligation qui incombe à l'arbitre d'assermenter le témoin, et ce dans le texte de l'article 211 qui stipule : « les arbitres doivent assermenter les témoins et toute personne fournissant un faux témoignage devant les arbitres est accusé de faux témoignage »

b- Les étapes d'arbitrage suggérées dans les litiges dans les institutions financières islamiques

Certains chercheurs contemporains s'intéressant aux affaires juridiques des banques et des institutions financières islamiques avaient tenté de renforcer le rôle des organes de contrôle charaïque dans ces institutions et banques, afin qu'elles jouent un rôle efficace dans l'arbitrage de tout litige ayant lieu entre la banque ou l'institution, représentée par sa banque d'une part et les clients d'autre part, exigeant notamment l'indépendance de ces organes vis-à-vis des directions de ces banques et de ces institutions financières.

Parmi les suggestions avancées figure celle de proposer la création d'un comité d'arbitrage pour le règlement des litiges qui serait composé des membres arbitres suivants :

- Un arbitre élu par l'instance de contrôle charaique de la première partie
- Un arbitre élu par la chambre de commerce et de l'industrie
- Un surarbitre élu par les deux premiers arbitres, et s'il n'y a pas de consensus, l'instance de contrôle charaique charge le premier de le désigner.

Les procédures d'arbitrage se déclenchent par une lettre recommandée envoyée par le demandeur de l'arbitrage à la deuxième partie adverse dans le litige, l'informant des raisons du litige, des questions à arbitrer et de son désir de soumettre l'affaire à l'arbitrage, et ce dans un délai de deux semaines à partir de l'envoi de la lettre écrite. Si la période s'écoule sans que le demandeur de l'arbitrage ne reçoive une réponse de l'autre partie impliquée dans le litige ou sans qu'un accord ne soit conclu entre les deux parties pour le recours à l'arbitrage, l'initiateur de la demande d'arbitrage peut immédiatement entamer les procédures d'arbitrage et ce par l'envoi de deux lettres recommandées, l'une à l'instance de contrôle charaique et l'autre à la chambre de commerce et de l'industrie et dans lesquelles il les informe du litige né entre lui et les autres parties impliquées. Dès que les noms des membres élus sont désignés, la partie qui a initié l'arbitrage doit envoyer une lettre recommandée à la seconde partie au litige l'informant de la nécessité de sa présence dans les locaux de la première partie et durant les horaires de travail officielles (à préciser) et ce pour la signature du document d'arbitrage, tout en l'informant des noms des arbitres élus par le comité charaique de la première partie et par la chambre de commerce et de l'industrie, et ce dans un délai de dix jours à partir de la date de l'envoi de la lettre recommandée.

Si la deuxième partie se trouve présente dans les locaux de la première partie dans les délais, ils signent le document d'arbitrage, où figure explicitement et obligatoirement le nom du surarbitre, avec précision de la première séance pour l'examen du litige et du dernier délai de présentation des documents et notes de défense.

Si la deuxième partie s'absente, il est alors informé par le comité d'arbitrage par lettre recommandée, de la date ou de la séance dans deux semaines, et s'il s'absente encore, la première séance est reportée au plus tard à deux semaines et dont la partie absente est informée. Si elle n'assiste pas non plus à la séance reportée, ou s'il ne dépose pas ses documents ou une note de sa défense, l'affaire est examinée en son absence, et la décision est prise au vu des documents présentés au sujet du litige et dans le cadre de ce qui est mentionné dans le document d'arbitrage.

La même décision est appliquée si la deuxième partie se présente à l'une des séances arbitrales et s'absente des autres, et ce même si elle ne dépose pas de documents ou de notes de défense. Et dans le cas de la démission de l'un des arbitres ou de son décès, ou de son abstention, ou de son inaptitude, ou de sa destitution, ou en cas d'empêchement, l'arbitre remplaçant est désigné de la même manière que son prédécesseur pour accomplir tous ses devoirs.

Et on tranche dans le litige sur la base de ce qui a été mentionné dans les clauses du contrat en conformité avec les principes de la charia islamique, les textes de lois dans le pays, les normes et les règles spéciales et générales, qui ne contredisent pas les principes de la charia islamique. Le comité a par ailleurs, le droit de trancher dans toutes les demandes des parties au litige, relatives au litige principal, ainsi que dans toutes les questions élémentaires dont dépend le règlement du litige principal, et qui relèvent de sa compétence, sauf pour les questions qui dépassent son champ d'action.

A titre d'exemple, le comité d'arbitrage peut, de sa propre initiative ou sur la demande de l'une des parties au litige, prendre les mesures suivantes : le recrutement des experts, l'écoute des témoins, adresser le serment supplétoire, ou d'adresser le serment décisoire. Et il faut que le comité d'arbitrage délibère dans les trois mois au plus, à partir de la date de signature des arbitres sur le document d'arbitrage, sauf si les parties au litige conviennent par écrit de prolonger ce délai. La décision du comité arbitral, qu'elle soit adoptée à l'unanimité ou par la majorité est considérée définitive et sans appel⁶⁹⁰.

Par ailleurs, étant donné que les banques islamiques sont encore dépendantes des tribunaux civils et non des tribunaux charaiques, alors l'arbitrage serait le meilleur moyen du fait de la spécificité de l'examen des affaires relatives à la finance islamique, ce qui incite à l'implication des instances de contrôle charaique dans le travail d'arbitrage⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ Ali Kora Daghi « L'arbitrage dans les banques islamiques », op.cit, p.2-3

⁶⁹¹ La cour supérieure civile en Malaisie avait jugé que le travail bancaire islamique relève de la compétence des tribunaux civils et non des tribunaux charaiques
Yusuf, F. « The legal aspects of islamic banking infraction Malaysia », p.131

II-2-2 Les principes de fond suivant la décision du comité arbitral

a- La publication de la décision finale

La décision finale publiée par le comité arbitral doit être claire et décisive, relevant de sa compétence et surtout claire dans sa formulation, et ce qu'elle soit relative à tout le litige ou à une partie, et que le comité d'arbitrage accepte les demandes de l'une des parties intégralement ou partiellement.

Des conditions doivent être remplies par la décision émanant du comité arbitral et qui sont : la décision doit être adoptée à l'unanimité ou par la majorité, elle doit comporter un résumé des dires des adversaires et de leurs documents, les justificatifs de la décision, son contenu, sa date de publication, sa signature, la rédaction de la décision, en plus de l'obligation de mentionner les noms des adversaires et des arbitres dans la décision, ainsi que la délibération et lieu de l'arbitrage, et d'inclure dans la décision une copie de l'accord d'arbitrage.

Il est à signaler que la décision publiée par le comité arbitral doit comporter le contenu des demandes des adversaires, positivement et négativement, sinon elle peut faire l'objet d'un appel⁶⁹².

La décision peut notamment inclure un résumé de ce qui a été fait lors des séances arbitrales, les noms, les adresses et les nationalités des représentants des parties impliquées dans le litige et des arbitres, et ce en tenant compte que la décision publiée par les arbitres doit inclure des éléments essentiels relatifs à la durée de l'arbitrage pendant laquelle l'arbitre est tenu de donner sa décision d'arbitrage, et qui est précisée dans certaines législations, selon les délais fixés dans le document d'arbitrage. Et si les parties n'ont pas convenu de la date de publication de la décision dans le document d'arbitrage, le délai est de quatre-vingt-dix jours, à commencer de la date de publication de la décision adoptant le document

⁶⁹² Hamza Hadad « l'arbitrage dans les lois arabes », volume 1, p.341, Editions juridiques Al Halbi, Liban, 2007

d'arbitrage par l'autorité compétente pour l'examen du litige. Et ce comme le mentionne le texte de l'article 9 du code d'arbitrage saoudien, qui précise que « si le délai n'a pas été fixé par les adversaires dans le document d'arbitrage, concernant la publication de la décision, les arbitres doivent délibérer dans un délai de 90 jours à commencer de la date de publication de la décision adoptant le document d'arbitrage... ».

Le législateur Emirati, dans l'article 210 précise « 1- si les adversaires n'imposent pas dans l'accord d'arbitrage, un délai pour la décision, l'arbitre doit délibérer dans un délai de 6 mois à partir de la date de la première séance d'arbitrage, sinon les adversaires sont libres de porter l'affaire devant les tribunaux ou de poursuivre la procédure judiciaire si elle a été déjà entamée... ».

Le code Omanais, quant à lui, va encore plus loin, par mention claire dans le texte de l'article 45 qui précise ce qui suit : « 1-le comité arbitrale doit publier sa décision mettant fin au litige dans les délais convenus entre les parties, et s'il n'y a pas d'accord à ce sujet, la décision doit être prise dans un délai de douze mois à partir de la date du début des procédures d'arbitrage... ».

Par ailleurs, la décision d'arbitrage publiée par le comité arbitral ne doit pas s'opposer à l'ordre général. Certaines législations s'opposent dès le départ au recours à l'arbitrage dans les questions considérées comme relevant de l'ordre général, comme dans le cas saoudien où le législateur précise que toutes les règles juridiques adoptées dans le pays, sont des impositions qui ne permettent à quiconque de toucher aux fondamentaux sociaux, politiques, économiques ou moraux, car ils affectent les intérêts supérieurs de la société et relèvent de l'ordre général, et par conséquent il n'est pas permis de convenir de les contredire.

Dans ce contexte, le législateur saoudien précise explicitement dans le premier article du règlement exécutif du code d'arbitrage saoudien que : « il n'est pas permis d'arbitrer dans des questions où la réconciliation n'est pas envisageable,

comme les hudud⁶⁹³, les insultes entre les époux et tout ce qui a trait à l'ordre général ».

Le législateur qatari va, à son tour dans ce sens, en stipulant dans l'article 189 : « les arbitres publient leurs décisions sans être conditionnés par les procédures de plaidoirie arrêtées dans ce code, sauf mention explicite à ce sujet, et leurs décisions sont prises selon les règles de droit, tant qu'ils ne sont pas chargé de la réconciliation, et ce à condition de ne pas s'opposer aux règles de l'ordre général et à l'éthique ».

Et dans le cas où la décision s'oppose à l'ordre général, le tribunal doit ordonner son annulation ou ne pas l'exécuter d'elle-même, sans besoin de demande formulée par l'un des adversaires et même si les parties se retirent complètement de l'affaire. Il revient au juge d'interpréter l'ordre général selon ce qui s'adapte à son époque et ce qui sert l'intérêt général de la nation⁶⁹⁴.

b- L'annulation de la décision d'arbitrage et de son exécution :

Il est possible de faire appel par recours à la cours de cassation, comme il est possible de le faire à travers le réexamen de l'affaire.

Dans le règlement saoudien, l'appel a lieu en cas d'objection, et ca parce qu'il n'est pas possible de porter plainte pour annulation de la décision d'arbitrage dans le Royaume d'Arabie Saoudite, ou de faire appel. Le cas est spécial. En effet, après la publication de la décision d'arbitrage soit par la loi, soit suite à la réconciliation, la décision est à déposer dans un délai de 5 jours auprès des autorités compétentes pour l'examen de l'affaire. Suite à cela, il est possible pour l'un des adversaires de

⁶⁹³ Les lois pénales en islam, voir Translation of Sahih Muslim, book 17, « The book pertaining to punishments prescribed by islam »,

disponible à : http://www.iium.edu.my/deed/hadith/muslim/017_smt.html

⁶⁹⁴ pour aller plus loin, voir : Fallah Moussa al Zahrani, op.cit, p.147-154

Voir aussi, Hamza Hadad « L'arbitrage dans les lois arabes », op.cit, p.341

faire objection dans les 15 jours suivant la date où il en a pris connaissance. S'il ne le fait pas dans ces délais, la décision devient définitive.

S'il exprime des objections, ces dernières sont examinées et étudiées par l'autorité compétente. Avec le nouveau règlement judiciaire au Royaume d'Arabie Saoudite, il y a désormais des cours de cassation pour faire appel, et il faudrait modifier les articles 18, 19 et 20 pour qu'ils soient en phase avec l'évolution judiciaire nouvelle⁶⁹⁵.

Il apparaît que les lois ne font pas l'unanimité quant à la question relative aux manières de faire appel pour la décision d'arbitrage ; certaines en effet, autorisent l'appel de manière très large, qui ne diffère pas du mode suivi lors des appels relatifs aux décisions judiciaires et ce à l'image du règlement libanais, d'autres autorisent l'appel selon certaines conditions, à l'image du règlement koweïtien.

D'autres réglementations vont à interdire le recours à l'appel relatif aux décisions d'arbitrage, quel que soit le mode de l'appel, mais autorisent de porter plainte afin de l'annuler dans certains cas, auprès des autorités judiciaires, comme c'est le cas pour les codes d'arbitrage Jordanien et Egyptien⁶⁹⁶.

Par ailleurs, pour ce qui est de l'appel en vue de l'annulation de la décision, il est possible, en effet, qu'une erreur se produise lors de l'examen de l'affaire, l'erreur étant humaine.

L'erreur peut être relative aux procédures sur lesquelles la décision avait été prise, ou les circonstances qui l'ont accompagnée. Il se peut aussi qu'il y ait une erreur lors de l'application de la loi sur les faits reconnus, ou lors de l'évaluation des faits, et de formuler ainsi des conclusions à partir de ces erreurs. Il serait juste dans ces cas, de permettre au jugé de corriger cette erreur. De là est apparu l'intérêt

⁶⁹⁵ Fallah Moussa al Zahrani, *op.cit*, p.156

⁶⁹⁶ Achjan Fayçal Daoud « La nature juridique de la décision d'arbitrage, son impact et les manières de faire appel », étude comparée, papier scientifique, Université Nationale Al Najah, Palestine, 2008

accordé par les réglementations à l'organisation des modes de l'appel. L'article 186 du code d'arbitrage Koweïtien précise à ce sujet : « il est possible pour toute personne concernée de demander l'annulation de la décision de l'arbitre définitivement déclarée et ce dans les cas suivants, même si le contraire avait été convenu avant sa publication :

- i. Si la décision est publiée sans un accord d'arbitrage ou sur la base d'un accord d'arbitrage non valide ou ayant dépassé les délais, ou si la décision dépasse le cadre de l'accord d'arbitrage
- ii. Si l'une des conditions justifiant la demande du réexamen est remplie
- iii. S'il y a eu un vice dans la décision ou dans procédures affectant ainsi la décision»

Et il est possible que le tribunal renvoie l'affaire aux arbitres afin de remédier aux défaillances, comme elle peut trancher elle-même dans le litige s'il relève de sa compétence, et ce comme le code Emirati le précise dans l'article 209, selon lequel : « il est possible que le tribunal à qui une demande d'annulation de la décision d'arbitrage avait été formulée, soutienne cette décision ou ordonne son annulation, dans son intégralité ou en partie. Et il lui est possible en cas de l'annulation totale ou partielle de la décision d'arbitrage, de renvoyer l'affaire aux arbitres afin de remédier aux défaillances, comme elle peut trancher elle-même dans le litige s'il relève de sa compétence, et la décision qu'elle prend est, alors, sans appel s'il s'agit de s'opposer, mais c'est possible de faire appel dans les cas spécifiés par dans la loi ». Ce texte distingue le code Emirati de plusieurs législations arabes à ce sujet⁶⁹⁷.

Pour ce qui est de l'application des décisions arbitrales, elles ne peuvent être exécutées qu'après avoir revêtu un caractère exécutif auprès des autorités

⁶⁹⁷ Fallah Moussa al Zahrani « L'arbitrage dans les litiges bancaires dans les pays du conseil de coopération du golf », op.cit, p.161-162

judiciaires compétentes car elles n'ont pas été émises au départ par l'autorité capable d'obliger les parties à l'exécution. On devrait, toutefois, donner à ces décisions arbitrales un caractère exécutif comme c'est le cas actuellement, devant les tribunaux français, qui annulent rarement une décision d'arbitrage émise par le tribunal d'arbitrage auprès de la chambre de commerce international et ce en application de l'article 1135 du code des procédures légales français.

Cet article privilégie le règlement général international sur le règlement général interne dans les litiges commerciaux à caractère international. Ce qui exige la collaboration entre les hautes instances bancaires comme la banque centrale ou l'institution bancaire dans le pays et l'autorité judiciaire, et il faut qu'un représentant de la justice auprès du comité d'arbitrage coordonne entre elles pour l'exécution des décisions urgentes émises par le comité arbitral comme la garde à vue et autres⁶⁹⁸.

⁶⁹⁸ Moussa Khalil Matri « L'arbitrage dans les opérations bancaires dans les pays à économie transitoire », op.cit, p.30

CONCLUSION

La garantie personnelle conférée au membre de contrôle ne signifie pas une immunité absolue. Toute infraction aux textes qui sont explicitement indiqués dans la charia et tout manquement aux obligations ou aux efforts nécessaires pour mener les investigations, exposent le membre de l'organe à des sanctions l'acculant à réparer les divers dommages qu'il a induits. Dans le même ordre d'idée, nous considérons, que toute divulgation du secret bancaire et tout manquement aux us et coutumes organisant les activités des banques et institutions financières islamiques, est acte criminel, crime passible des sanctions prévues dans les textes et lois régissant l'activité des banques islamique.

Quant à la responsabilité pénale, nous soutenons l'approche postulant que le contour réel de cette responsabilité se doit d'être défini par la pratique du terrain et l'expérience acquise par les membres de l'organe de contrôle bancaire ou de l'institution financière islamique de par leur activités et investigations. Car ce faisant, ils seraient à même d'identifier et de signaler aux instances islamiques internationales les principaux litiges rencontrés par l'instance de contrôle charaïque au niveau pénal.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

Au terme de cette deuxième partie, nous pouvons conclure que dans les législations et les lois organisant l'activité bancaire islamique, il manque des textes relatifs aux traitements détaillés de tous les sujets relatifs au travail des organes de contrôle charaïque. La conscience de certains pays de l'importance du travail des organes de contrôle charaïque les a poussé à déterminer les fonctions de ces organes et de ses membres comme dans le droit fédéral Emirati de l'année 1985 ou le rapport de l'instance des normes comptables et de révision et des principes des institutions financières islamiques au Soudan ainsi que plusieurs législations et lois que nous avons supra détaillées. Nous pensons cependant qu'une intervention législative traitant des aspects relatifs aux activités des membres de l'organe est capitale, et ce, à travers trois orientations.

- Première orientation : La dimension de contrôle par les membres de l'organe pour vérifier la conformité des produits et des contrats des banques et des institutions financières aux principes de la Charia.
- Deuxième orientation: Le rôle des Fatwa dans les innovations financières modernes et l'émission de décisions relatives aux produits que les banques et les institutions financières islamiques développent et commercialisent.
- Troisième orientation: l'arbitrage dans les litiges bancaires qui naissent entre la direction de la banque ou de l'institution financière islamique et ses clients.

Ainsi on peut dire que l'organe de contrôle charaïque se caractérise par un système indépendant d'un point de vue fonctionnel et qui est lié à une institution financière ou à une banque administrative, en effet ce qui lie les membres de ces organes à la banque ou à l'institution financière est le contrat portant création de ce système fonctionnel particulier et ce contrat est conclu entre deux parties qui sont:

L'institution financière islamique ou la banque islamique, et l'expert ou le juriste désigné pour travailler dans l'organe de contrôle charaïque. Ce contrat génère des obligations pour les membres de l'organe comme le travail à effectuer selon les termes de l'accord, et ce en précisant la période de disponibilité, son champ et si l'institution financière ou la banque islamique ne permet pas à ses contrôleurs de travailler dans une autre instance exerçant les mêmes activités pour assurer le bon déroulement du contrôle, par les membres censés être disponibles et se consacrer aux tâches qui leur sont assignées. Cela permet de valoriser ces organes et d'attribuer une bonne réputation à la banque ou à l'institution financière islamique qui est liée à la bonne réputation des organes de contrôle.

Les éléments du contrat relatif aux tâches des organes de contrôle charaïque sont au nombre de trois: à savoir le créancier et le débiteur et l'objet du contrat et en dernier la formule exprimant le consentement des deux parties à savoir la confirmation et l'acceptation. On peut dire que la confirmation dans le travail de contrôle charaïque est reflétée à travers la volonté de l'institution financière islamique; exprimée auprès de tous ceux qui veulent investir leur argent ou ceux qui veulent souscrire à un service bancaire ou financier conformément aux principes de la charia islamique.

On pense que les engagements des membres de l'organe de contrôle charaïque à travailler pour le compte des banques ou des institutions financières islamiques représente un engagement de produire un résultat selon ce que dictent la loi et les normes réglementant les activités de l'organe qui doit délibérer de bonne foi sans tomber dans l'excès, et en tenant compte des circonstances et cadres spatiotemporels ainsi que des mœurs. Il s'agit notamment de jauger de manière à garantir les intérêts de chacun et à prévenir les vices. L'organe peut puiser dans les

différents courants et avis jurisprudentiels admis et qui lui semblent en adéquation avec la réalité des transactions modernes.

Ainsi, la règle de garantie personnelle du membre de l'organe de contrôle charaique signifie que si le membre enfreint les textes clairs rapportés dans les arguments de la charia islamique, et s'il ne fournit pas assez d'efforts dans son investigation, il manque à ses obligations, et est inapte pour donner des fatwas et doit réparer les dommages causés. Pour ce qui est de la responsabilité pénale, nous souscrivons au courant qui avance que la nature de la responsabilité et ses éléments doivent émaner du travail de terrain des membres de l'organe de contrôle bancaire ou de l'institution financière islamique et cela requiert des institutions financières islamiques de porter à la connaissance de l'une des instances islamiques internationales tous les types de litiges rencontrés par l'instance de contrôle charaique au niveau pénal, avec la direction de l'institution ou avec autrui.

Par ailleurs, nous incriminons tout acte de divulgation des secrets professionnels par les membres de l'organe de contrôle charaique, étant donné les répercussions graves sur les banques islamiques et les institutions financières islamiques qui œuvrent à développer leurs produits de financement et d'investissement pour par la suite les exposer à l'organe de contrôle charaique pour la validation de leur conformité charaique. Ainsi, si un membre de l'organe de contrôle charaique dévoile à un concurrent ces secrets, l'acte est criminel et est passible de sanction, à condition que l'incrimination soit explicite dans un texte précisant la sanction dans les lois bancaires islamiques.

Nous soutenons aussi le courant qui considère que les activités des organes de contrôle charaique couvrent notamment la mission d'arbitrage dans les litiges nés entre les directions des banques ou des institutions financières islamiques et leurs clients, à condition que ces organes jouissent d'une indépendance totale par

rapport aux directions de ces banques ou institutions financières islamiques, avec la possibilité de créer une instance supérieure de contrôle charaïque qui aurait, entre autres missions, l'arbitrage dans les litiges découlant des activités des banques islamiques ou des institutions financières islamiques et leurs clients au niveau de chaque pays.

CONCLUSION GENERALE

Au terme de ce travail de recherche qui n'est pas exempt de manquements et qui se rapporte à un sujet ayant suscité l'intérêt de maints auteurs, il nous a été autorisé de parvenir à un ensemble de conclusions et recommandations corroborant les développements supra-avancés

1- Les résultats :

Parmi les résultats les plus importants à souligner :

- a. Nous pensons que la multitude des définitions du contrôle charaique parmi les chercheurs qui définissent différemment les éléments du contrôle charaique est due à une pluralité de raisons telle que:
 - La considération du contrôle charaique dans les banques islamiques comme étant indépendante des organes de contrôle charaique et de leurs structures
 - La prévalence du caractère collaboratif et consultatif des avis émis par les contrôleurs charaiques
 - L'exclusion de l'aspect juridique dans la plupart des définitions du contrôle charaique
 - La confusion entre les concepts de « ihtissab » et de fatwa et le rôle fonctionnel du contrôleur charaique
 - La réduction des fonctions de contrôle charaique à la vérification de la conformité des activités de l'institution financière aux principes de la charia islamique
 - La pluralité des appellations des commissions de contrôle charaique, où on trouve notamment les appellations ; instances, contrôleurs ou encore conseillers, ce qui a créé une grande confusion chez certains, qui a fait que les travaux de contrôle charaique ne revêtaient pas un caractère obligatoire auprès des institutions financières islamiques

- b. Nous estimons que la définition du contrôle charaique dans les institutions financières et les banques islamiques doit inclure des éléments explicitant les aspects du travail de contrôle charaique et qui ont trait:

- Au caractère obligatoire :

Ce contrôle doit être reconnu comme un droit acquis par texte de loi clair, conférant au travail de contrôle charaique et aux décisions émises par l'organe une force obligatoire auprès des banques et des institutions financières islamiques.

- A la formation des experts :

Afin que le contrôle charaique atteigne les objectifs espérés et remplisse au mieux son rôle, il faut que ses membres satisfassent des exigences scientifiques incluant leur habilitation sur les plans charaique, économique et juridique à la fois

- A l'association entre le contrôle charaique, l'émission de fatwa et l'arbitrage dans les litiges bancaires :

Le travail de contrôle charaique nécessite à la fois de suivre et d'examiner les activités des banques et des institutions financières islamiques pour en vérifier la conformité aux principes de la charia islamique, et ce en plus de l'émission de fatwas concernant les litiges et les nouveautés affectant le système des transactions financières modernes. Il s'agit, en plus d'arbitrer dans les litiges nés entre la banque islamique et ses clients.

- c. A notre sens, la prolifération croissante des organes de contrôle charaique au sein des banques islamiques, pourrait inciter à une certaine courtoise à l'égard des conseils d'administration de ces banques, d'où la nécessité de séparer ces organes de contrôle charaique, afin qu'ils soient entièrement indépendants de ces banques, et leur formation ou constitution se ferait selon l'un des modes suivants :

- Premier mode : la formation d'une instance supérieure gouvernementale renfermant une élite d'experts charaiques, juristes et économistes qui supervise et révisé toutes les activités des banques islamiques au sein de chaque pays

- Deuxième mode : dans les pays à plusieurs filiales de banques islamiques diverses, il est possible de créer des organes de contrôle charaïque au sein de chaque banque, à condition qu'ils soient soumis à l'instance supérieure de contrôle charaïque dans le pays et qu'ils soient indépendant de chaque banque, afin de garantir l'intégrité dans décisions émises.

- d. L'importance du contrôle charaïque dans le traitement des questionnements et des problématiques relatives aux transactions modernes dans les banques islamiques, apparait à travers la satisfaction des interrogations des employés de ces banques, et qui pour la plupart n'assimilent pas les fondements des transactions financières islamiques de manière leur permettant de traiter tous seuls les problématiques posées. De ce fait, nous pensons que la formation et l'habilitation des employés de chaque banque devraient être couvertes par l'organe de contrôle charaïque, et cela couvre les formations sur les transactions financières islamiques modernes, comme la mourabaha, al istisna', les caisses d'investissement et autres.
- e. Le caractère diversifié des questions relatives aux transactions financières modernes, notamment ce qui concerne les transactions relatives aux banques islamiques, et qui fait naître des détails et des faits qui nécessitent des efforts basés sur la qualification jurisprudentielle de chaque question selon des principes et des critères, permettant d'aboutir à des réponses, c'est-à-dire à un avis jurisprudentiel.
- f. Les dangers du riba avaient poussé certaines économies mondiales après la dernière crise financière à revoir leurs systèmes économiques basés sur l'usure, et avaient étudié la possibilité de l'application du système économique islamique, surtout que le riba ne fut pas uniquement interdit en islam, mais aussi par tous les messages divins antérieurs, à savoir le christianisme et le judaïsme. L'islam est venu confirmer cette interdiction, et Allah Tout Grand dit : « Dieu a permis le commerce et a interdit le riba ». Ainsi, tout ce que l'emprunteur rembourse au prêteur en plus de la somme initiale du prêt est appelée intérêt et c'est ce qui est répandu dans les banques traditionnelles. C'est pour cela que estimons que cette relation – c'est-à-dire les intérêts usuraires et leur relation avec le riba- a des

répercussions graves et négatives sur les valeurs et les principes sociales et morales.

Cela étant, la question que nous avons posée est celle de pouvoir différencier entre les intérêts usuraires interdits et le concept de l'intérêt selon la vision occidentale qui renvoie aux prix élevés imposés aux emprunteurs, et en parallèle on veut différencier entre ces intérêts et entre le prix et le gain qui est considéré comme un facteur de production.

Pour y répondre, nous proposons de procéder à une distinction entre les intérêts usuraires interdits et entre les intérêts licites surtout que l'intérêt dans le système économique est la pierre angulaire. En effet, l'économie est basée sur la réalisation des revenus et des gains, et comme nous considérons que le système économique islamique avait apporté certains critères permettant d'interpréter et de cerner la différence entre les intérêts illicites et ceux licites, et pour arriver à cette distinction, il faut revenir aux fondements de la théorie des intérêts et ses enseignements. C'est ainsi que l'apparition des intérêts en général dans l'activité bancaire européenne fut le résultat des pressions des facteurs économiques. Les intérêts furent permis jusqu'à ce que cela soit devenu la norme, alors que la norme était l'interdiction, par référence à toutes les législations divines.

g. Les appellations des organes de contrôle charaique sont, à notre sens, diverses, et ce, selon quatre courants et par référence aux fonctions accomplies par ces organes. Ces courants sont :

1- premier courant : Le caractère exhaustif. Le travail de contrôle charaique couvre la Fatwa ainsi l'organe s'appelle : Instance charaique - conseil charaique

2- Deuxième courant : selon les raisons de sa création, indépendamment des travaux qui lui incombent et l'organe s'appelle: le contrôleur charaique, conseil de contrôle charaique.

3- Troisième courant: Seulement le caractère de Fatwa, il se focalise sur la finalité et le résultat du travail de l'organe de contrôle charaique, d'où l'appellation : Instance de Fatwa, direction de Fatwa et de recherche

4- quatrième Courant : l'association entre le travail de contrôle et la Fatwa, d'où l'appellation instance de Fatwa et de contrôle charaique, instance de Fatwa et suivi charaique.

- h. Nous soutenons que dans les législations et les lois régissant l'activité bancaire islamique, il manque des textes relatifs aux traitements détaillés de tous les sujets relatifs au travail des organes de contrôle charaique. La conscience de certains pays de l'importance du travail des organes de contrôle charaique, les a poussés à déterminer les fonctions de ces organes et de ses membres. C'est ainsi que, dans plusieurs législations et lois que nous avons supra détaillées, dans le droit fédéral Emirati de l'année 1985 et dans le rapport de l'instance des normes comptables et de révision et des principes des institutions financières islamiques au Soudan, ces fonctions ont été spécifiées. Nous estimons, cependant, qu'une intervention législative traitant des aspects relatifs aux activités des membres de l'organe est capitale, et ce, à travers trois orientations :
- Première orientation : La dimension de contrôle par les membres de l'organe pour vérifier la conformité des produits et des contrats des banques et des institutions financières aux principes de la Charia.
 - Deuxième orientation: Le rôle des Fatwa dans les innovations financières modernes et l'émission de décisions relatives aux produits que les banques et les institutions financières islamiques développent et commercialisent.
 - Troisième orientation: l'arbitrage dans les litiges bancaires qui naissent entre la direction de la banque ou de l'institution financière islamique et ses clients.
- i. Nous avançons que l'organe de contrôle charaique se caractérise par un système indépendant d'un point de vue fonctionnel et qui est lié à une institution financière ou à une banque administrative, en effet ce qui lie les membres de ces organes à la banque ou à l'institution financière est le contrat portant création de

ce système fonctionnel particulier et ce contrat est conclu entre deux parties qui sont:

1. L'institution financière islamique ou la banque islamique, et l'expert ou le juriconsulte désigné pour travailler dans l'organe de contrôle charaique. Ce contrat génère des obligations pour les membres de l'organe comme le travail à effectuer selon les termes de l'accord, et ce en précisant la période de disponibilité, son champ et si l'institution financière ou la banque islamique ne permet pas à ses contrôleur de travailler dans une autre instance exerçant les mêmes activités pour assurer le bon déroulement du contrôle, par les membres censés être disponibles et se consacrer aux tâches qui leurs sont assignés. Cela permet de valoriser ces organes et d'attribuer une bonne réputation à la banque ou à l'institution financière islamique qui est liée à la bonne réputation des organes de contrôle.

- j. Les éléments du contrat relatif aux tâches des organes de contrôle charaique sont au nombre de trois: à savoir le créancier et le débiteur et l'objet du contrat et en dernier la formule exprimant le consentement des deux parties à savoir la confirmation et l'acceptation. On peut dire que la confirmation dans le travail de contrôle charaique est reflétée à travers la volonté de l'institution financière islamique; exprimée auprès de tous ceux qui veulent investir leur argent ou ceux qui veulent souscrire à un service bancaire ou financier conformément aux principes de la charia islamique.

Nous considérons que les engagements des membres de l'organe de contrôle charaique à travailler pour le compte des banques ou des institutions financières islamiques représente un engagement de produire un résultat selon ce que dictent la loi et les normes réglementant les activités de l'organe qui doit délibérer de bonne foi sans tomber dans l'excès, et en tenant compte des circonstances et cadres spatiotemporels ainsi que des mœurs. Il s'agit notamment de jauger de manière à garantir les intérêts de chacun et à prévenir les vices. L'organe peut puiser dans les différents courants et avis

jurisprudentiels admis et qui lui semblent en adéquation avec la réalité des transactions modernes.

Ainsi, la règle de garantie personnelle du membre de l'organe de contrôle charaique signifie que si le membre enfreint les textes clairs rapportés dans les arguments de la charia islamique, et s'il ne fournit pas assez d'efforts dans son investigation, il manque à ses obligations, et est inapte pour donner des fatwas et doit réparer les dommages causés. Pour ce qui est de la responsabilité pénale, nous souscrivons au courant qui avance que la nature de la responsabilité et ses éléments doivent émaner du travail de terrain des membres de l'organe de contrôle bancaire ou de l'institution financière islamique. Cette considération requiert des institutions financières islamiques de porter à la connaissance de l'une des instances islamiques internationales tous les types de litiges rencontrés par l'instance de contrôle charaique au niveau pénal, avec la direction de l'institution ou avec autrui.

Par ailleurs, la présente recherche incrimine tout acte de divulgation des secrets professionnels par les membres de l'organe de contrôle charaique, étant donné les répercussions graves sur les banques islamiques et les institutions financières islamiques qui œuvrent à développer leurs produits de financement et d'investissement pour par la suite les exposer à l'organe de contrôle charaique pour la validation de leur conformité charaique. Ainsi, si un membre de l'organe de contrôle charaique dévoile à un concurrent ces secrets, l'acte est criminel et est passible de sanction, à condition que l'incrimination soit explicite dans un texte précisant la sanction dans les lois bancaires islamiques.

- k. Nous soutenons le courant qui considère que les activités des organes de contrôle charaique couvrent notamment la mission d'arbitrage dans les litiges nés entre les directions des banques ou des institutions financières islamiques et leurs clients. Cette considération demeure toutefois soumise à la condition que ces organes jouissent d'une indépendance totale par rapport aux directions de ces banques et/ou institutions financières islamiques, avec la possibilité de créer une instance supérieure de contrôle charaique qui aurait, entre autres missions, l'arbitrage dans

les litiges découlant des activités des banques islamiques ou des institutions financières islamiques et leurs clients au niveau de chaque pays.

2- les recommandations :

Après avoir exposé les résultats de son travail de thèse, le chercheur présente quelques recommandations qu'il espère voir appliquées et intéresser les spécialistes, les chercheurs, les preneurs de décisions et les concernés par la question du contrôle charaique dans les banques islamiques.

- a. Le chercheur recommande la nécessité de poser par les pays intéressés par la question bancaire islamique, des lois et des législations organisant le travail de contrôle charaique au sein des institutions financières islamique et des banques islamiques, et qui permettraient de fixer les missions et les spécialités, les conditions et les qualifications requises, ainsi que les obligations et les engagements des membres de cette relation, tout en déterminant le champ de la responsabilité civile, sous ses deux formes ; contractuelle et en cas de défaut, sans omettre la responsabilité pénale .
- b. Le chercheur recommande aux pays ayant instauré des lois relatives à l'activité bancaire islamique, de réformer et de combler les lacunes de leurs textes de lois, en insérant des articles et clauses remédiant à ce qui a été précisé dans le paragraphe précédent
- c. Le chercheur recommande aux spécialistes de l'activité bancaire islamique, et en particulier les juristes et les spécialistes en charia de traiter des sujets importants liés à l'objet de la présente thèse, dont notamment la considération des aspects et des éléments de la responsabilité civile et pénale des membres de l'organe de contrôle charaique, ainsi que la considération de l'arbitrage bancaire islamique
- d. Le chercheur recommande que les pays prennent l'initiative de constituer une instance supérieure de contrôle charaique des institutions financières islamiques, supervisant les travaux des organes de contrôle charaique répandus dans les banques islamiques et les institutions financières islamiques dans chaque pays. Il s'agit notamment de superviser et de contrôler les décisions que ces organes

émettent surtout concernant les nouveautés et les litiges dans les transactions financières modernes

- e. Le chercheur recommande de prêter attention à l'objet du travail de contrôle charaique en particulier et aux divers sujets qu'il traite, et ce grâce à l'adoption par les groupements jurisprudentiels islamiques d'encyclopédies scientifiques regroupant toutes les décisions émises par les organes de contrôle charaique au sein des banques islamique et des institutions financières islamiques. Ces encyclopédies sont à diffuser et à échanger entre les chercheurs et les spécialistes afin d'en tirer profit de manière optimale.

ANNEXES

Annexe numéro (1) : Le contrôle charaique au sein de la société bancaire « Al Rajhi »- Royaume d'Arabie Saoudite

Le groupe charaique au sein de la banque al Rajhi est l'un des sept groupes qui fondent la banque.

Le groupe charaique est composé de :

1- le secrétariat de l'instance charaique, avec deux services, qui sont :

- a. Service des études et du développement
- b. Service de coordination et des informations

2- direction de contrôle charaique :

Toutes ces administrations effectuent des activités liées et enchevêtrées qui se complètent et qui concourent à la réalisation de l'objectif du groupe, à savoir contribuer à réaliser une stratégie permettant d'en faire la banque islamique leader, et ce à travers le soutien de stratégies et de politiques permettant de respecter l'engagement pris par la banque d'effectuer des transactions bancaires conformes aux principes de la charia islamique⁶⁹⁹.

Les missions principales du groupe charaique⁷⁰⁰:

1. Etude des transactions de la banque et de ses activités et leur préparation pour soumission à l'instance charaique, qui délibérera à leur sujet
2. Le contrôle de l'application des décisions de l'instance charaique et de sa commission exécutive pour toutes les activités de la banque, internes et externes
3. Le développement des formules, des contrats et des produits à la lumière des principes de la charia islamique

⁶⁹⁹ Le site de la société Al Rajhi sur le web :

www.alrajhibank.com.sa/AR/SidNav/Sharigh+Group/Shariah+Group.htm

⁷⁰⁰ Op.cit

4. La sensibilisation pour une meilleure prise de conscience de l'économie islamique au sein de la banque et à l'extérieur
5. Le développement des informations et des communications nécessaires pour exécuter les missions du groupe.

Les services du groupe charaique et leurs missions :

Premièrement : le secrétariat de l'instance charaique ⁷⁰¹:

C'est un organe qui prépare les travaux de l'instance charaique, présidé par le secrétaire de l'instance charaique et est composé par un nombre de conseillers charaiques et d'économistes, et parmi ses principales activités : étude des activités soumises à l'instance charaique et à son comité exécutif, la vérification des exigences requises, la préparation de notes de présentation des sujets, œuvrer à fournir un cadre et un environnement favorables au travail de l'instance charaique, la rédaction des PV des réunions de l'instance charaique et du comité exécutif, leur conservation, leur archivage et leur catalogage, la préparation d'un guide des normes charaiques à la lumière des décisions de l'instance, répondre aux interrogations orales et écrites formulées par les employés de la société et par ses clients dans la limite de ses prérogatives et la consolidation des relations avec les entreprises et les centres scientifiques et les instances charaiques impliquées.

L'organe de secrétariat de l'instance charaique assure les fonctions suivantes⁷⁰² :

1. L'examen des activités soumises à l'instance charaique et à son comité exécutif et la vérification de la satisfaction des exigences requises, pour l'étude et la soumission

⁷⁰¹701 Le site de la société Al Rajhi sur le web :

www.alrajhibank.com.sa/AR/SidNav/Sharigh+Group/Shariah+Group.htm

⁷⁰²702 Le site de la société Al Rajhi sur le web :

www.alrajhibank.com.sa/AR/SidNav/Sharigh+Group/Shariah+Group/Shariah+Secretary+Board/Shariah+Secretary+Board.htm

2. Satisfaire ce que demandent l'instance et son comité exécutif concernant les sujets soumis, en termes de clarifications, d'informations, de données et de recherches
3. L'étude des activités et des interrogations soumises à l'instance charaique et à son comité exécutif, et la préparation des notes nécessaires pour les inclure dans le calendrier des activités de l'instance charaique et de son comité exécutif
4. L'étude des formules, des outils et des produits d'investissement et de financement nouveaux, et la préparation des notes nécessaires pour les inclure dans le calendrier des activités de l'instance charaique et de son comité exécutif
5. La classification et la programmation des travaux prêts à être exposés selon les priorités, dans le planning de la réunion périodique de l'instance charaique et de son comité exécutif
6. La préparation d'un calendrier des rendez-vous annuels de l'instance charaique, et la précision des principaux thèmes de ces réunions sur l'année
7. La participation aux réunions de l'instance charaique et de son comité exécutif et travailler à fournir un environnement favorable à l'organisation et à la réussite de leurs réunions
8. La rédaction des PV des réunions de l'instance charaique et du comité exécutif, leur conservation, leur archivage, leur catalogage tout en y facilitant l'accès
9. La préparation des brouillons des décisions de l'instance charaique selon les recommandations de l'instance lors de son étude des thèmes et des sujets exposés
10. La préparation des annonces et des faire-part des décisions émises par l'instance afin de les adresser à la direction de l'entreprise
11. Veiller sur les décisions de l'instance charaique par la conservation, l'étude, la vérification, le catalogage, la classification en y facilitant l'accès
12. La consolidation des relations de la société avec les entreprises et les centres scientifiques et les instances charaiques impliquées
13. La sensibilisation quant à l'importance de l'économie islamique, à l'intérieur comme à l'extérieur de la société
14. Répondre aux interrogations orales et écrites formulées par les employés de la société et par ses clients, à la lumière des décisions antérieures

15. La préparation d'un guide de normes charaïques pour les activités de la société et ses opérations à la lumière des décisions de l'instance
16. La préparation et l'organisation des rencontres, des conférences scientifiques et des tables rondes auxquelles incite le groupe
17. La préparation, l'étude et la proposition des programmes de formation charaïque
18. La proposition, la révision et la réforme des travaux scientifiques susceptibles d'être publiés

Le secrétariat de l'instance charaïque se compose de deux services, qui sont⁷⁰³ :

1. Service des études et de développement :

Il s'occupe du développement et de l'innovation des contrats et des outils financiers qui satisfont les besoins de la société et qui sont conformes aux critères charaïques, ainsi que de tout ce que ces recherches et études exigent.

Le service des études et de développement se base, dans la poursuite de ses objectifs sur :

- La prise d'initiative pour la présentation de produits financiers adéquats conformes aux normes charaïques
- La coordination – soit de lui-même ou après transfert par l'instance charaïque ou par son comité exécutif- avec les directions diverses de la société désireuses de développer un produit ou un contrat existant ou d'introduire un nouveau produit.

Le secrétariat de l'instance, avec le besoin accru pour davantage d'études et de recherches en économie islamique, avait adopté un programme de bourses de recherches en économie islamique, où le programme offre un certain nombre de bourses annuelles, dont la valeur par bourse atteint 12000 riyals saoudiens. 25% sont déboursés après la validation du plan de recherche, et le reste est déboursé après l'évaluation de la

⁷⁰³ Le site de la société Al Rajhi sur le web :

www.alrajhibank.com.sa/AR/SidNav/Sharigh+Group/Shariah+Group/Shariah+Secretary+Board/amanah.htm

recherche et sa validation définitive. Le service peut inviter le chercheur à discuter son plan ou sa recherche, ou les deux à la fois.

2. Service de coordination et d'informations :
3. C'est un organe qui s'occupe de toutes les activités appuyant les directions du groupe charaique, qu'elles soient scientifiques, techniques ou organisationnelles. Parmi les activités principales de ce service, on trouve la communication et la coordination avec les instances traitant avec le groupe charaique à l'échelle interne ou externe. Il s'agit par ailleurs, de fournir les bases de données et les catalogues électroniques facilitant la recherche et la consultation pour les chercheurs, de développer les archives de l'instance charaique et du groupe charaique, d'automatiser la conservation et le transfert des documents et des fichiers au sein du groupe, d'organiser les séminaires et les conférences jurisprudentielles, de veiller sur la librairie, de répertorier son contenu et de communiquer et de coordonner avec les parties impliquées dans l'impression, la publication et la diffusion des travaux scientifiques et de superviser l'impression et la publication des livres.

Deuxièmement : la direction de contrôle charaique ⁷⁰⁴:

la direction de contrôle charaique fut créée par décision du conseil d'administration en date du 5/5/1994, et ses pouvoirs et prérogatives furent arrêtés par un communiqué général émis par le membre recruté et le directeur général en date du 30/5/1994.

Son organigramme et sa méthodologie de travail :

L'organigramme de la direction de contrôle charaique dans la société se compose de contrôleurs charaiques dans la direction générale et dans les agences.

^{704 704} Le site de la société Al Rajhi sur le web :

www.alrajhibank.com.sa/AR/SidNav/Sharigh+Group/Shariah+Control+Dept/Shariah+Control+Dept.htm

La direction de contrôle charaique effectue le contrôle charaique des transactions bancaires et des transactions d'investissement internes et externes, pour vérifier le degré de respect des décisions de l'instance charaique de la société et prendre les mesures correctives nécessaires.

Pour l'exercice des tâches qui lui sont confiées, la direction effectue des visites de terrain aux directions de la société et à ses agences, et utilise un ensemble de documents de travail et de modèles, et suit un ensemble de procédures adoptées et fixées conformément aux normes charaiques et aux règles du métier de contrôleur.

La direction prépare notamment des rapports périodiques sur les résultats de ses activités et note les principales remarques relevées durant la période de contrôle. Le fruit de son travail est soumis d'abord au comité exécutif de l'instance charaique, qui à son tour, après examen, le soumet à l'instance charaique.

Les missions de la direction de contrôle charaique :

1. Vérifier que toute activité, produit, service ou contrat en cours dans la société est autorisé par l'instance charaique
2. Réviser les modèles, les contrats et les accords avant leur utilisation, et la révision des procédures d'exécution des opérations avant leur exécution, afin d'en vérifier la conformité aux décisions émises à leur sujet
3. Vérifier que les agences de la société et leurs directions internes et externes et les directions subordonnées s'engagent à exécuter les décisions charaiques selon les modèles, les contrats, les accords et les procédures de travail autorisées par l'instance charaique
4. Vérifier que la société respecte sa propre politique charaique
5. Effectuer de manière périodique des visites de contrôle sur le terrain, des directions de la société et de ses agences à l'intérieur et à l'extérieur
6. Préparer un rapport régulier, relatif à chaque période de contrôle, qui expose les résultats du contrôle de terrain des activités et des opérations, et qui précise les remarques charaiques relatives aux domaines principaux, faisant l'objet du contrôle charaique, et qui sont :

- Les domaines non autorisés par l'instance charaïque
 - La conformité des formules, contrats et procédures à adopter ou à suivre, avant leur exécution
 - Les situations et les domaines non conformes à ce qui est autorisé
 - Les guides d'instructions et des procédures mécaniques et manuelles
 - La politique charaïque de la société
7. S'occuper des interrogations et des requêtes des clients de la société et de ses employés et de leurs préoccupations, et suivre ce qu'ils relèvent ou notent quant à la conformité de l'exécution d'un point de vue charaïque, de certaines opérations au sein des directions de la société et de ses agences
 8. Sensibiliser quant à l'importance de l'économie islamique au sein de la société et à l'extérieur

Annexe numéro (2) : Le contrôle charaique au sein de la banque islamique de Dubai

L'organe de contrôle charaique à la banque islamique de Dubai est composé de trois services :

Premièrement : l'instance de fatwa et de contrôle charaique :

L'instance de fatwa et de contrôle charaique garantit des scientifiques spécialisés en charia islamique et connaisseurs des systèmes économiques, juridiques et bancaires en général.

L'instance est désignée par l'association générale de la banque qui jouit d'une position supérieure à celle du conseil d'administration⁷⁰⁵.

Les missions de l'instance de fatwa et de contrôle charaique⁷⁰⁶:

L'instance supervise tous les aspects charaiques dans la banque, et a le droit de vérifier la conformité des transactions de la banque avec les principes de la charia islamique et de ses normes, et a notamment le droit de s'opposer aux activités non conformes si ces dernières existent. Le conseil d'administration s'engage à appliquer les recommandations, qu'elles soient décidées à l'unanimité ou à la majorité absolue (article 78 du code réglementaire).

Les réunions de l'instance s'organisent de manière périodique ou à chaque fois que le besoin se fait ressentir.

Les prérogatives de l'instance sont justifiées et arrêtées dans les clauses du point 7 du code réglementaire de la banque (articles 74-84).

Les activités de l'instance de fatwa et de contrôle charaique se résument dans ce qui suit :

⁷⁰⁵ Le site de la banque islamique de Dubai :
www.alislami.com.ae/ar/shariaboard.htm

⁷⁰⁶ Le site de la banque islamique de Dubai :
www.alislami.com.ae/ar/shariaboard_boardrules.htm

1. Elle doit être l'émetteur principal des fatwas charaïques dans la banque
2. Œuvrer à trouver davantage de procédures, de formules et d'outils bancaires charaïques permettant à la banque d'accompagner le développement des procédés d'assurance, d'investissement et de services bancaires , tout en émettant son avis au sujet des formules et des transactions bancaires nouvelles.
3. Etudier les nouveautés en matière d'activités bancaires et qui n'ont pas fait l'objet de fatwas par le passé, afin de préciser l'avis charaïque correspondant avant que la banque ne les adopte
4. Etudier les contrats et les accords relatifs aux transactions de la banque et qui lui sont soumis par la direction de la banque, ou qui sont demandés par l'instance pour en vérifier la conformité aux principes de la charia islamique
5. Prendre connaissance des rapports de la vérification charaïque, des visites sur le terrain et des remarques du contrôleur charaïque pour émettre son avis
6. Prendre connaissance des contrats de la banque et de ses décisions administratives et de tout ce qui pourrait représenter la réalité pratique devant l'instance
7. Etudier les thèmes soumis par le directeur du conseil d'administration et qui sont relatifs aux activités de la banque pour émettre un avis charaïque
8. Etudier les thématiques nouvelles soumises par les directions et les agences ou par les clients ou les tiers de la banque et émettre un avis charaïque
9. Décider du programme de formation charaïque pour les employés de la banque
10. Préparer le rapport annuel sur le budget général de la banque
11. L'instance prépare un rapport annuel exhaustif pour le conseil d'administration, résumant ce qui a été présenté comme situations et ce qui a été explicité au sujet des transactions de la banque.

Troisièmement : la vérification charaïque⁷⁰⁷ :

Elle couvre le contrôle pratique sur le terrain qui caractérise la banque, et dont l'application fait partie des activités de contrôle charaïque.

Les missions du contrôle charaïque :

Les missions du contrôle charaïque se résument dans ce qui suit :

1. La vérification de la conformité des activités de la banque aux fatwas émises par l'instance de fatwa et de contrôle charaïque, à travers les recommandations du contrôleur charaïque
2. La révision des activités de la banque tout au long de l'année, pour vérifier le degré d'engagement des employés et des différentes directions à respecter les normes, les recommandations et les fatwas charaïques émises par l'instance de fatwa et de contrôle charaïque et recueillies lors des conférences et des congrès bancaires
3. La vérification que tous les contrats conclus par la banque et qui l'engagent sont validés par l'instance de fatwa et de contrôle charaïque
4. Soumettre des rapports périodiques au contrôleur charaïque afin que ce dernier les soumette à l'instance de fatwa et de contrôle charaïque, qui émet sa décision

Troisièmement : le contrôleur charaïque⁷⁰⁸ :

L'article 76 du code réglementaire précise la désignation d'un contrôleur charaïque par le conseil d'administration, qui a pour mission de contrôler toutes les activités de la société et d'en vérifier la conformité aux fatwas émises par l'instance de fatwas et de contrôle charaïque.

Les missions du contrôleur charaïque :

⁷⁰⁷ Le site de la banque islamique de Dubai :
www.alislami.com.ae/ar/shariaboard_auditing.htm

⁷⁰⁸ Le site de la banque islamique de Dubai :
www.alislami.com.ae/ar/shariaboard_supervisors.htm

Les missions du contrôleur charaique se résument dans ce qui suit :

1. Répondre aux requêtes et interrogations de la direction de la banque, des employés, des actionnaires, des dépositaires et des tiers
2. Assurer le suivi des vérificateurs charaiques et leur orientatiopn
3. Soumettre des rapports et des remarques à l'instance de fatwas et de contrôle charaique, ainsi qu'au conseil d'administration
4. Participer au programme de formation dans la banque
5. Effectuer les tâches de secrétariat pour l'instance de fatwa et de contrôle charaique.

BIBLIOGRAPHIE

- ✓ Abadi Fayruz Majdeddine, « Le dictionnaire al mouhit » Etablissement Arissala, Beyrouth, Liban, 2005.
- ✓ Abd Al Baki Jamil, « La protection pénale et civile des cartes de crédit magnétiques ; étude appliquée dans la jurisprudence française et égyptienne », Dar Al Nahdha Al Arabiya, Egypte, le Caire, 2003.
- ✓ Abdel Kader Nariman, séminaire « L'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques », Centre d'arbitrage commercial international du conseil de coopération des pays arabes du Golf avec l'université de Bahrain, 14 avril 1997.
- ✓ Abou Aliinin Mohamad « l'arbitrage entre les législations arabes et les conventions internationales (études et documents) », Série Librairie de référence pour l'avocat arabe, Union des avocats Arabes, 2010.
- ✓ Abou Daoud « Sounan », Imprimerie Moderne, Sayda, Liban, 2010.
- ✓ Abou Ghodda Abdessatar, « Les bases techniques de la surveillance charaique et sa relation avec l'audit de conformité dans les banques islamiques » Conseil général des banques et institutions financières islamiques, revue la Baraka, n°4, novembre 2002.
- ✓ Abou Maamar Faris, « Impact de la surveillance charaique et son indépendance sur les activités de la banque islamique », Banque Jordanienne islamique, 1994.
- ✓ Abou Maamer Farès « Le projet du critère de l'offre et l'indication publique des principes financiers et institutions financières islamiques », Université islamique Rafah Palestine, 2005.
- ✓ Abou Shadi Mohammed « Rôle des banques islamiques dans la réalisation de la croissance économique ; étude analytique comparative », Université Al Azhar, Caire, 1990.
- ✓ Abou Slimane Abd El Wahab, « Les cartes bancaires de prêt et de retraits directs », Dar Al Kalam, Damas, 2^{ème} édition, 2005.
- ✓ Abou Slimane Abdelwahab, « cartes de crédit financières », revue de la jurisprudence islamique, n°10, volume 3, Djeddah, 1994.
- ✓ Abou Yaâla Farraa, « Ahkam Sultaniya », Edition Mustapha Halbi, 2^{ème} édition, 2000.
- ✓ Achkar Mohamad, « Moyens de bénéficier des différends et des décrets religieux 'fatwa' ». 11^e Session du groupement de jurisprudence, le Congrès Islamique, Barharin, 2002.
- ✓ Achmaoui Abd El Wahab et al. « Les règles de plaidoirie dans la législation égyptienne et la législation comparée », Imprimerie Iidéale, le Caire, 1991.
- ✓ Addoumairi Mohamed, « Al Najm al Wahaj ». Dar al Minhaj, Beyrouth, Liban, 2004.

- ✓ Ahmed Ahmed Mohieddine « Les limites des instances et administrations des entreprises financières islamiques dans la vérification de l'engagement au respect des principes charaïques », troisième congrès des instances charaïques des institutions financières islamiques, Bahraïen 2003.
- ✓ Ahmed Ibrahim Said « Protection Charaïque civile et pénale des cartes de paiement électronique et des cartes de crédit », Al dar Al Jémii, 2005.
- ✓ Ahmed Mandhour « La position de la Charia islamique à l'égard des cartes bancaires », Librairie Al Sahaba, Les Emirats, 2007.
- ✓ Aidane Abdel Karim, « regards sur la charia islamique et le droit positif », Edition Al Risala, 1^{ère} édition, 2011.
- ✓ Al Amidi Ali, « Alihkam », Dar Soumaï, KSA, 2003.
- ✓ Al Andaloussi Abou Hayen, «Al Bahr Al Mouhit», Dar Alfikr, Beyrouth, 1999.
- ✓ Al Bahouti Mansour, « Charh mountaha al iradat», Etablissement l'éditeur, KSA, 2008.
- ✓ Al Boujairimi Souliman, «Hachiyat Al Boujairimi», Dar Alfikir, Beyrouth, 1995.
- ✓ Al Chirazi Abou Ishak, «al Muhadhab », Dar Alkoutoub Alilmya, Beyrouth, 2010.
- ✓ Amri Malika, « Les contrats de financement dans la banque islamique », Université Toulouse 1 Master 2, droit international et comparé 2009, disponible à <http://www.memoireonline.com/06/11/4546/m>
- ✓ Andalib Cheikh Ali, Cheikh Mohamed Ali Taskhiri, recherché intitulée « Carte de crédit non couverte », recherche présentée au Groupement de Jurisprudence Islamique, 12^e Session, Jaddah, , 1999
- ✓ Arnous Ghassen Slim, « L'arbitrage » Recherche publiée, Faculté de droit, Université Al Baath, 2011- 2012, Syrie.
- ✓ Assaad Ahmed, Le contrôle charaïque et son effet sur les banques islamiques, page 13, Université Al yarmouk Jordanie. 2012.
- ✓ Assaf Adnane « Al Isalam et ses applications modernes », recherche publiée, groupe de contrôle des consultations charaïques, Site islamweb, 20/02/2012.
- ✓ Assaf Adnane Mahmoud « Le contrat de vente al salam et ses applications modernes ; étude comparée dans la jurisprudence islamique et dans le droit positif », L'introduction, Dar Al Jhina, Jordanie, 2004
- ✓ Averroès « Bidayat al moujtahid wa nihayat al moktasid », Dar Al Maarifa, 6^{ème} édition, 1982.
- ✓ Awa Mohamed Slim « Le droit d'arbitrage égyptien et comparé P.246, Maison des livres juridiques, Egypte 2008.
- ✓ Awadh Ali Jamel Eddine « Les opérations bancaires d'un point de vue juridique », Librairie Rijal Al Kadha, Egypte, 1989.

- ✓ Azzaatari Alaa Eddine « Les services bancaires et la position de la charia », Dar El Kalam Attayeb, Damas, 2005.
- ✓ Baali Abd Al Hamid Mahmoud “Al Marhal de la jurisprudence des banques islamiques”, Union Internationale des banques islamiques, le Caire, 1983.
- ✓ Baali Abdel Hamid Mahmoud, «Les cartes de crédit bancaires, illustration technique et explication jurisprudentielle », Librairie Wahba, le Caire, 2004.
- ✓ Baali Abdel Hamid, « L’investissement et la surveillance charaique dans les banques et institutions financières islamiques », Maison d’édition Al Namoudhajiya, Al Azhar, 1992.
- ✓ Badoui Bilel, « Banques électroniques ; nature, transactions et problèmes soulevés », recherche présentée lors du congrès « Opérations bancaires et électroniques entre la charia et la loi » Emirats, 1998.
- ✓ Badraoui Abdel Moneêm, «Principes de droits», Dar Anahdha Alarabya, Beyrouth, Liban, 1985.
- ✓ Bahjat Mohamad « Vers des critères de contrôle charaique dans les banques islamiques », revue des recherches en économie islamique, n°2, volume 3, 1996.
- ✓ Baki Jamil Abd, «Protection pénale et civile des cartes de crédit magnétiques», Dar Al Nahdha Al Arabia, Le Caire 2003.
- ✓ Baltaji Mohamad. Source : site des banques islamiques. <http://www.bltagi.com>.
- ✓ Barhem Nidhal « Principes des contrats de commerce électronique », Dar al Thakafa, Jordanie, 2005.
- ✓ Bari Mahmoud Abd « La vérification Charaique dans les banques islamique », Revue de l’économie islamique, la banque islamique de Dubaï, n188, 1996.
- ✓ Basla Riadh Fath Allah “Crimes de la carte de crédit : étude analytique de ses composantes, ses méthodes et des moyens de la reconnaître », Dar Al Chourouk, Egypte, Le Caire, 1995.
- ✓ Bayahaqui Ahmed « La grande Sunnah», Dar les livres scientifiques, 2003.
- ✓ Ben Abdessalam Ezz Eddine Abdel Aziz « les règles des jugements pour la correction des individus », Dar el Kalam, Damas, 2000.
- ✓ Ben Achour Mohamad Taher « Finalités de la charia islamique », édition, ministère des affaires islamiques de Qatar, 2004.
- ✓ Ben Slimane Bahouth Abdallah “les cartes de transactions financières : nature et principes », étude publiée à la revue « Al Adl », n°27, 7^e année, août 2005.
- ✓ Ben Taymiya Al Harani Taqui Al Din “Règles nouraniya jurisprudentielles » 1^{ère} édition, Librairie de la Sounnah Mohammadienne, le Caire, 1975.

- ✓ Ben Taymiya Al Harani Taqui Al Din, « Le modèle de la sunnah du prophète », Université Imam Mohamed, Riyad, 2010.
- ✓ Ben Younes Omar Mohamed « Problématique des bases de données », Dar Al Fikr al Jamiî, Alexandrie, 2^e édition, 2004.
- ✓ Bennamara Sofia : « Finance islamique et capital risque », Université LAVAL, Faculté des sciences de l'administration, disponible à <http://www.fsa.ulaval.ca/labval/>.
- ✓ Bessedik Abdelkader : « Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman ». Law. Université Paris Est Créteil, 2013. Disponible à <https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-00986353/document>
- ✓ Bilwali Mohammad « Etude relative aux cartes bancaires », 2^{ème} session du conseil du groupe de jurisprudence islamique, 1999,
- ✓ Boukhari Mohamed, « Sahih Al Boukhari », Dar Taouk Anajat, Damas, Syrie, 2000.
- ✓ Bouslama Ghassen : « La finance islamique : une récente histoire avec la France, une longue histoire avec ses banques », Revue d'économie financière , Volume 95, n° 2, 2009.
- ✓ Bouthir Youness et al. : « La Finance Islamique au Maroc entre réticence de la demande et perspectives de développement », Dossiers de Recherches en Economie et Gestion, Dossier Spécial, Juin 2013, disponible à <http://www.redoreg.com/Tcomplet/BOUTHIR.pdf>.
- ✓ Briri Mokhtar Ahmad « Responsabilité de la banque lors de la demande d'octroi de crédit », Dar Al Fikr Al Arabi, le Caire, 1986.
- ✓ Cekici ZIED et J.J. Pluchart, « La gouvernance de la banque islamique », Université de Picardie, février 2006, disponible à <https://ribh.files.wordpress.com/2008/01/la-gouvernance-de-la-banque-islamique.pdf>.
- ✓ Cekici Zied : « Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique », thèse en droit privé, université de Strasbourg, disponible à <https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-00955842/document>.
- ✓ Chabti ou Gharnati Abi Ishak Ben Moussa Chatbi : « Les Accords », Dar Al Maarifa, Beyrouth, Liban.1973.
- ✓ Chafii Mohamad Ben Idriss « La mère », Maison d'édition Katiba, Beyrouth, 1996.
- ✓ Chalbi Mohamad Mostafa « Introduction à la jurisprudence islamique : définition, histoire et courants, la théorie de la propriété », Dar Al Jamiya, Beyrouth, 1985.
- ✓ Chamri Jamal Hamd « Le rôle des pouvoirs judiciaires dans l'arbitrage », Revue de l'institut de Magistrature, année 7, n°16, décembre, 2008.
- ✓ Chapra M. Umer, « The Nature Of Riba In Islam », The Journal of Islamic Economics and Finance, Vol. 2, No. 1, January June Bangladesh 2006.
- ✓ Charif Mohamad Abdel Ghafar « Le contrôle charaique des banques et sociétés financières islamiques », 19^e édition du congrès Al Baraka, Mecque, 2000.

- ✓ Chatti Mohamed Ali, « Analyse comparative entre la finance islamique et le capital risque », Etudes en économie islamique, Vol.4, No.1, Janvier 2010, disponible à <http://www.irti.org/English/Research/Documents/IES/French/fr024.pdf>.
- ✓ Chiha Mostafa Rochdi : « Monnaie, banque et assurance », Dar Al Jamiâa lil Nachr, Alexandrie, 1999.
- ✓ Chirazi Abou Youssef, « Al Mouhadhab fi fikh al imam al chafii », Dar alkoutob Alilmya, Beurouth, 2010.
- ✓ Daghi Ali Mohieddine, « L'arbitrage dans les banques islamiques, obstacles et suggestions », Recherche jurisprudentielles et économiques dans les affaires des banques islamiques, site officiel D. Ali Mohieddine Kora Daghi, 8 août 2009.
- ✓ Daoud Achjan Fayçal « La nature juridique de la décision d'arbitrage, son impact et les manières de faire appel », Université Nationale Al Najah, Palestine, 2008.
- ✓ Dhrir Al Sadik Mohamed Amine « La carte de crédit », Groupement de Jurisprudence Islamique, 12^e session de l'organisation du congrès islamique, Djeddah, 1999.
- ✓ Diya Abedl Majid Abdallah « Le ribâ et ses impacts économiques », article publié, Université Al Zarqaa al Ahliya, Jordanie, 2010.
- ✓ Douri Abderrahman « le contrat d'arbitrage dans le jurisprudence islamique et le droit positif », Dar Al Fourkan, Jordanie, 2002.
- ✓ Doussouqui Mohamed, « Hachia Doussouqui ala al Charh al Kabir », Dar Alfikir, Beyrouth, 2010.
- ✓ Droit fédéral des Emirats Arabes Unis, N°6, 1985.
- ✓ Droit fédéral émirati, relatif aux banques et aux institutions financières et sociétés d'investissement islamiques, Dubaï, 1985.
- ✓ El Hatm Zeineb: « Les banques islamiques face à l'instabilité de l'économie de crédit. cas de l'Arabie Saoudite », CEMI, disponible à http://cemi.ehess.fr/docannexe/file/2890/el_hatmi2.pdf.
- ✓ Farah Abdel Fattah Mohammad, « Al ei'timan dans le système bancaire », recherche présentée au congrès « Rôle des institutions bancaires islamiques dans l'investissement et la croissance » Université des Emirats, Faculté de la Charia et des études islamiques, 2002.
- ✓ Fathallah Riadh « Les crimes relatifs à la carte de crédit », Dar Chourouk Le Caire 1995.
- ✓ Fattah Hijazi Abd « La lutte contre les crimes d'informatique et d'internet dans le droit pilote arabe », Dar Al Fikr Al Jamii, Alexandrie, 2006.
- ✓ Fayadh Atiya Said « le contrôle charaïque et les défis modernes des banques islamiques », étude publiée, réseau électronique, 2008.

- ✓ Fayoumi Ahmed, «Al Misbah Al Mounir», Librairie du Liban, Liban, 1987.
- ✓ Fessi Mayara «Al itkan w al ihkam fi charh tohfat al hokam», (8/1) Dar Almiirifa Achamila, Liban, ٢٠١٠.
- ✓ Fouzan Salah ben Fouzal, “Les types de Ijtihad”, Revue des recherches islamiques, direction générale des recherches scientifiques et des fatwas, volume 14, n°14, année 1981.
- ✓ Ghazali Mohamed, « Al Mostafa », Dar Al Ansar, le Caire, 1980.
- ✓ Ghazi Houda « Les aspects juridiques des cartes de crédit », Université Jordanienne, Jordanie, 1997.
- ✓ Groupement de la langue Arabe, «Al Moôjam al wassit», Librairie Achourouk Adoualya, Liban, 2004.
- ✓ Hadad Hafidha « Al moujaz dans la théorie générale de l’arbitrage commercial international », Editions Al Halbi al Houkoukiya, Beyrouth, 2004.
- ✓ Hadad Hamza « L’arbitrage dans les lois arabes », Editions juridiques Al Halbi, Liban, Beyrouth, 1^{ère} édition, 2007.
- ✓ Hadad Hamza « L’arbitrage en tant qu’alternative de règlement des litiges », site électronique des forums de droit et de justice », forum du droit commercial, 21 septembre 2009.
- ✓ Hamad Hamza Abdelkarim « La surveillance charaïque dans les banques islamiques », Mémoire de Mastère, Faculté de théologie, Université Jordanienne, Oman, ٢٠٠٤.
- ✓ Hamadi Adnène, « Facilités de crédit et leurs impacts sur l’investissement et la fructification des fonds des banques usuraires », Congrès « Rôle des entreprises bancaires islamiques dans l’investissement et le développement », Faculté de la charia et des études islamiques, Université Al Charika, Emirats Arabes Unis, 2002.
- ✓ Hamed Nazih « la responsabilité charaïque et juridique des membres de l’instance de contrôle charaïque » 2^e Congrès des instances charaïques des institutions financières islamiques, Bahreïn, 2001.
- ✓ Hamed Nazih « Les instances charaïques dans les banques islamiques ; détermination des conditions », recherche publiée, Revue du Groupement Jurisprudentiel Islamique, année (15), n°19, 2004.
- ✓ Hamed Nazih, « Les cartes de crédit non couvertes », Groupement de jurisprudence islamique, 12^e session, 1999.
- ✓ Hamich Abd el Hak “Activation du rôle des instances de fatwa et de surveillance charaïque dans les institutions financières islamiques », Revue de l’université Al Chariqua des sciences charaïques et humaines, volume 4, n°1, 2007.
- ✓ Hammond Christophe, « Riba et Finance islamique : itinéraire d'un idéal utile », disponible à http://www.ege.fr/download/riba_et_finance_islamique.pdf.

- ✓ Hamoud Fida «L'organisation Juridique des cartes de crédits », Dar Al Thakafa, Oman, la Jordanie, 1999.
- ✓ Hanbali Mansour, « Kichef al kinaâ an Matn al Iknaâ», Traduction de Bahouti, Dar Alkoutob Alilmya, 2010.
- ✓ Hassan Youssef « Le contrôle charaique dans les banques islamiques », Institut International de la Pensée Islamique, Le Caire, 1996.
- ✓ Hassen Hassine, « Les instances charaiques entre la détermination des fautes et infractions charaiques des banques islamiques et le secret professionnel et son impact positif ou négatif sur l'activité bancaire islamique », Troisième Congrès des instances charaiques des instances financières, Bahreïn, 2003.
- ✓ Haydar Ali, « Dorar al hokam», Dar Jil, Beyrouth, 1992.
- ✓ Hijazi Abdel Fatah « La lutte contre les crimes informatiques et sur internet en droit arabe pilote » Dar Al Fikr Al Jamiî, Alexandrie, 2006.
- ✓ Houda Chokri, étude publiée : « Introduction aux opérations bancaires extérieures », Institut bnacaire, le Caire, 1999.
- ✓ <http://fr.financialislam.com/glossaire.html>
- ✓ <http://fr.financialislam.com/ijara.html>
- ✓ <http://lexicon.ft.com/Term?term=tawarruq>
- ✓ http://www.doctrine.malikite.fr/Quelques principes generaux pour les contrats de ventes en islam_a115.html
- ✓ <http://www.finance muslim.com/2010/09/interdiction riba al fadhl?print=pdf>
- ✓ http://www.iium.edu.my/deed/hadith/muslim/017_smt.html
- ✓ <http://www.Qov/bcplconine/pubs/credit/choose.htm>.
- ✓ https://queditlislam.files.wordpress.com/2014/10/le_commerce_en_islam1.pdf
- ✓ <https://www.islamweb.net/frh/print.php?id=144518&lang=F>
- ✓ Ibn Abd AL Bar « La science et son mérite », Dar ibn Aljawzi, Dammam, 1994.
- ✓ Ibn Abidin, «Mokhtar Rad al Mohtar ala Al Dor, charh tanwir al absar», Univers des Livres, 2003.
- ✓ Ibn Al Mofleh “Al Mobdeê”, explication de Al Mokanaâ”, Al Maktab al Islami, Dar ALkotob Alilmya Beyrouth, Liban, 1997.
- ✓ Ibn Al Quayim « La provision des patients » (Ödat al Sabirin), , La librairie Moderne, Le caire, 2003.
- ✓ Ibn Fares Ahmad, «Dictionnaire Makaiis al lougha», Dar Ittihad Alkottab Alarab, Liban, 2003.
- ✓ Ibn Hajr « Fath al Bari », Edition Makbaâ Al Wakfiya, KSA, ٢٠١٠.
- ✓ Ibn Hamdan « La qualité de mufti et de celui qui demande la fatwa », Le Bureau Islamique, Beyrouth, Liban, 1982.

- ✓ Ibn Hamem ou Abdel Wahed Kamel Eddine Mohamed, «Fath Al Kadir ala al Hidaya, explication des débuts du novice», Imprimerie al Babi al Halabi et fils, Beyrouth 1968.
- ✓ Ibn Hazm « Al Mohli », volume 7, le livre de la Wakala, Dar al Fikr, Beyrouth, Liban, 1969.
- ✓ Ibn Koudama Mouaffik, « Al Moghni », Dar Univers des livres, le Caire, 1997.
- ✓ Ibn Kouthayr Ismail, «Tafassir», Dar Tiba, KSA, 2002.
- ✓ Ibn Maja « Sunnah d'ibn maja », Dar al Fikr, Beyrouth, 2009.
- ✓ Ibn Mandhour « Lisan el Arab», Maison Sadir, Beyrouth, Liban, 2010.
- ✓ Ibn Najjar Taquieddine, «Al Kawkab Al Mounir», librairie Alabikan, KSA, 1999.
- ✓ Ibn Taymiya,. « Règles Nouraniah», Dar Ibn Jawzi, Dammam, 2009.
- ✓ Ibrahim Anis, en collaboration avec le groupement de la langue arabe en Egypte « Le dictionnaire abrégé », Le Caire,1991.
- ✓
- ✓ Imam Al Haramayn Al Jouwayni «Explication des feuilles en fondements », Dar Ilmanahij, 2007.
- ✓ Imam Al Sarkhi « Al Mabsout », Imprimerie Al Saada, Egypte, 1999.
- ✓ Jame Aouadh Ali I « Les opérations bancaires d'un point de vue juridique », Librairie Hommes de Droits, Egypte, 1989.
- ✓ Jawhari « al Sihah » (les vérités), 1/460, vérification du Professeur Abdel Ghafour Attar
- ✓ Jawzi Ibn Kaym, «Aalam al Mouakiin», Dar Ibn Jawzi, Dammam, 2008.
- ✓ Jinbihi Mounir et Mamdouh « La signature électronique et sa valeur de preuve » Dar Al Fikr al Jamiî, Alexandrie, 2004.
- ✓ Jomaa Ali Mohamad « le dictionnaire des termes économiques et islamiques », Librairie Al Abikan, KSA, 2000
- ✓ Journal Al Riyadh, 17 août 1999, p.21, n°11376
- ✓ Kafraoui Awf « Monnaie et banques dans le régime islamique », Dar al Jamiaat, Caire, 1977, p227
- ✓ Kahtan Mosfir Ben Ali « Qualification jurisprudentielle des activités bancaires contemporaines », étude publiée, Revue de la Justice, n°28, pp.68 69
- ✓ Kahtani Mosfir Ben Ali “qualification du fikh des activités bancaires contemporaines ; signification, importance et conditions », page 45, recherche publiée, revue la Justice, n°28, année 7, 1426 de l'hégire.
- ✓ Kaisi « L'éthique du juge et des juges », p.19
- ✓ Kalyoubi Samiha « Bases juridiques des opérations bancaires », Dar Al Nahdha Al Arabiya, Egypte, 1^{ère} édition, 1988
- ✓ Kandil Said Saied : « La signature électronique, sa nature, ses formes, sa force de preuve entre l'utilisation et l'adaptation », p.13, Dar Al Jamiâ al Jadida, Alexandrie, 2^e édition, 2006
- ✓ Karadhaoui Youssef: « al ijthihad dans la charia islamique, le site électronique du docteur
- ✓ Kari Mohamad Ali « Cartes de crédit non couvertes », p.2, recherche présentée au

- Groupement de Jurisprudence Islamique, Session 12, Jaddah, 2000
- ✓ Kari Mohamed « Indépendance des membres charaïques » deuxième congrès des instances charaïques des institutions financières islamiques.
 - ✓ Kari Mohamed Ali « La spécialité juridique et la protection pénale des instances charaïques » Recherche publiée, centre de recherche économique islamique P.23, Université du Roi Abd El Aziz, Djedda
 - ✓ Kassani “Badaii al Sanaii”, volumen 7, p.88
 - ✓ Kassani « Badaêe al Sanaeê », volumen 5, page 183, première édition
 - ✓ Kassani Aboubaker, «Badaii ASsanaii», Dar les livres scientifiques, 2003.

 - ✓ Katan Mohamad Amine « le contrôle charaïque efficace dans les banques islamiques », p.18 19, recherche présentée lors du 3^e congrès international de l'économie islamique, 1425 de l'hégire, Université Om Al Koura, Mecque
 - ✓ Katan Mohamed « La surveillance charaïque dans les entreprises de création de services financiers islamiques op.cit.,
 - ✓ Katan Mohamed « Le contrôle charaïque dans les sociétés de création des services financiers islamiques ... », op. cit, p.10
 - ✓ Katan Mohamed, Centre international de Visa (Qulf Marketing Review, March, 1996 P.29.3), ,
 - ✓ Katan Mohammad Amine « le contrôle charaïque dans les sociétés de création des services financiers islamiques », page 15, Maison de la renaissance arabe (Dar Al Nahdha Al Arabia), 2004
 - ✓ Khalil Imed Ali, « Protection pénale des cartes de fidélité », Dar Wael, Jordanie, Oman.
 - ✓ Khan Hadith, «Fath Al Bayan, explication du coran », , page 290 372, Imprimerie La Capitale, Caire.
 - ✓ Khdhiri Mohsen Ahmad « Concept de banque islamique ». étude publiée, www.kantakji.com.
 - ✓ Khorchi Abou abdellah Mohamed ben Abdallah “explication de Al Khorchi”, 1101 de l'hégire, volume 5, p.25, imprimerie al Khayriya, le Caire
 - ✓ Khouailidi Abdessatar « Le besoin de réglementer le contrôle charaïque », recherche présentée dans le cadre du 2^e congrès des contrôleurs charaïques, le Koweït, 2010, op.cit, p.15 16
 - ✓ Khouildi Abdessatar « Le besoin de codifier le contrôle charaïque » Recherche publiée, deuxième congrès des auditeurs charaïques, P. 5 7 Kuwait 02/06/2010
 - ✓ Khouildi Abdessatar « le besoin de réglementer le contrôle charaïque », recherche présentée dans le cadre du 2^e congrès des contrôleurs charaïques
 - ✓ Khouildi Abdessatar, intitulée « La recommandation de recourir à l'arbitrage islamique pour le règlement des litiges bancaires islamiques, le droit britannique n'est pas compétent pour les principes de la charia et les produits financiers ne sont pas assimilés en occident », et publiée dans le journal du Moyen Orient, n°11249, en date du 15 septembre 2009.
 - ✓ Khouildi Abdessatar : « La Finance Islamique moderne: Approche juridique et financière », Séminaire de formation en finance Islamique, Casablanca, Maroc, octobre 2014
 - ✓ Khouildi Abessatar, « La recommandation de recourir à l'arbitrage islamique pour le règlement des litiges des banques islamiques», Journal du Moyen Orient, n°11249, 15 septembre 2009
 - ✓ Kilani Mohamed, « les cartes de crédits », Revue des Banques, Jordanie, N°1, 2002.

 - ✓ Koudhat Fayadh, « La responsabilité de la banque découlant de l'usage de l'ordinateur comme instrument de fidélité», Congrès Le droit et l'ordinateur, Université des Emirats, 2000.

- ✓ Krissa Hichem : « Importance des finalités dans l'interprétation », Revue « Al Tassamoh », Ministère des affaires religieuses, Oman, 2001.
- ✓ L'arbitrage dans les banques islamiques ; les obstacles et les propositions», La jurisprudence et l'économie islamique, 2009.
- ✓ Maan Khaled « Le Juge, l'arbitrage dans la Charia islamique, la définition et les règles générales en dehors des pays musulmans », Université Islamique Américaine, Les États Unis d'Amérique 1er Novembre 2010.
- ✓ Mahfoudh Abdel Moota Ridha Rachid et Ahmad Jaouda : « La direction de « al e'timan » », Dar Wael, 1ère édition, Oman, 1999.
- ✓ Mahmoud Abdel Hamid « Les lois et les législations bancaires islamiques », sixième congrès des instances charaïques des institutions financières islamiques, Bahreïn 2007.
- ✓ Mahmoud Al Sayed El Feki « Signification du gain en fikh islamique », Mémoire de Master, Université Al Azhar, le Caire 2008.
- ✓ Mahmoud Kilani « Règlement juridique des cartes de fidélités et de garanties », Dar Al nahdha Al Arabia, le Caire, 1998.
- ✓ Mahmoud Kilani Abdel Radhi « Le règlement juridique des cartes de fidélité et de garantie » Dar Al Nahdha Al Arabiya, Egypte, Le Caire, 1998.
- ✓ Maliki Khalil, « charh al mokhtasar al farii de Ibn al Hajib », , volume 7,
- ✓ Maniû Abd Allah Ben Sliman « Recherche sur le principe de Zakat pour l'argent illicite », Revue des recherches islamiques au Royaume de l'Arabie Saoudite, volume 42, 2007.
- ✓ Mardoudi Alaa Eddine Abou Al Hasan Ali Ben sliman “Trancher dans les divergences relatives au courant de l'imam Ahmad ben Hanbal », volume 12, Dar Ihyaatourath Alarabi, édition non datée.
- ✓ Masress, « les experts de l'activité bancaire répondent aux opposants des banques islamiques », 23/3/2012. <https://www.masress.com>.
- ✓ Mawardi Aboulhassen, « Al Haoui Alkabir », Dar Alfikir, Beyrouth, 1994.
- ✓ Meniû Abdallah Ben Sliman « La jurisprudence de la carte de crédit”, communication au congrès Majamaa Alfikh Alislmi, Bahrain, 1998.
- ✓ Merghinani Ali, «Al Hidayat », Dar Ehyaatourath Alarabi, Beyrouth, 2010.
- ✓ Moate Michael, « La création d'un droit bancaire islamique ». Thèse pour le doctorat en droit privé Université de La Rochelle, 2011.
- ✓ Mohamed Abdulaadir, «Islamic Banking Scheme », IBS 1993.
- ✓
- ✓ Mohandiz Abdessalam « Le système bancaire islamique », 1999 disponible in

<http://www.europemaroc.com.pdf>,

- ✓ Moslim, « al masquat », Sahih Moslim, Dar Ihya al Koutoub al Arabiya, Imprimerie Al Halbi, n°2970.
- ✓ Mzid Wadi : « La finance islamique : principes fondamentaux et apports potentiels dans le financement de la croissance et du développement », Economic Agendas of Islamic Actors, PAPERSIEMed, 2011.
- ✓ Naïim Radhouan Fayez « les cartes de fidélité », Dar Anahdha Al Arabiya, le Caire, Egypte, 1992.
- ✓ Najjar Abdallah Mabrouk « Les conditions de la responsabilité dans le cadre du contrôle charaïque sur les institutions financières », 19^e session du Groupement de la jurisprudence islamique internationale, al Chariqa, Emirats Arabes Unis, 2013.
- ✓ Namla Mohamad Ibrahim, « Les questions jurisprudentielles que ibn Hazm refusa de traiter par recours à l'analogie dans son livre » Thèse de Doctorat, Université Om al Koura, 2006.
- ✓ Nammour Fady, « Droit bancaire », 2012, disponible à <http://droit2.ul.edu.lb/fdroit2/polycops/course/fadi.pdf>.
- ✓ Nawawi Abou Zakarya, «Al Majmou Charh al Mouhadhab », Dar Alfikir, Beyrouth, 2010.
- ✓ Nawawi Abou Zakarya «Rawdhat al Talibin», Bureau Islamique, Beyrouth, 1991.
- ✓ Nawawi Abou Zakarya, «Tahdhib al Asma wal loughat», Edition Al Tibaâ al Mouniriya, le Caire, 2008.
- ✓ Norhashimah Mohd. Yasin, «Islamic Banking and Finance: Fundamentals and Contemporary Issues», Islamic Development Bank, KSA, 2007.
- ✓ Olbi Ons, «Le système juridique des cartes de crédit », Publications Al Halabi Al Houkoukiya, Beyrouth, Liban, 1^{ère} édition, 2005.
- ✓ Omar Mohamed Abd El Halim, « Les aspects Charaïques bancaires et comptables des cartes de crédit », Éditions Itrak, Egypte, le Caire 1997.
- ✓ Oridedi Alache Fisho, « The prohibition of *riba* under islamic law: what are the implications for international contracts? », University of Dundee, Scotland, 2011.
- ✓ Othman Abdel Hakim, « Les principes de la carte de crédit », Dar al Fikr Al Jamii, Alexandrie, 2007.
- ✓ Ouattara Gnienlnaha Modeste, « Le banquier et la modernisation des systèmes de paiement, le cas de la carte bancaire », Université Catholique d'Afrique de L'Ouest Abidjan, 2010.
- ✓ Oughlou Ali Bardek « Les objectifs de la charia et leur utilisation pour la résolution des problèmes contemporains », Recherches et réalités du congrès, année 22, Turquie, 2007.
- ✓ Rachoud Khaled Ben Saoud, « L'arbitrage commercial au Royaume d'Arabie Saoudite et ses applications en justice », Revue du ministère de justice, n°19, 2002.
- ✓ Radhouane Fayez, « les cartes de débits », Dar Al Nahdha Al Arabia, le Caire, 1992.

- ✓ Rahouen Mohamed Hafedh, « Monnaie et banques », Entreprise Al Bayan, Emirats Arabes Unis, Dubai, 1^{ère} édition, 1988.
- ✓ Raiini Hatab, « Mahib al jalil fi charh mokhtasar al khalil » , Dar Alfikir, Beyrouth, Liban, 1992.
- ✓ Ramli Chamseddine, “Nihayat al Mouhtaj”, Dar Alfikir, Beyrouth, 1984.
- ✓ Rawi Khaled « Les opérations bancaires extérieures ». Dar el Manehej, la Jordanie, Oman, 1^{ère} édition, 2000.
- ✓ Rayhan Bakr, « Le contrôle financier et charaïque », Revue scientifique de l’université de la charia et de droit Tanta, Egypte, 2005.
- ✓ Razi Mohamed, «Al Mokhtar min siyah al lougha», Librairie du Liban, Liban, 1986.
- ✓ Recueil de Al moukanaa, « Mountaha Al Iradat » avec les modifications et ajouts de Al Ftouhi, Univers des livres, Beyrouth, 1996.
- ✓ Saad Ahmad Mohamad, « Surveillance charaïque et son impact sur les banques islamiques », 3^e congrès international de l’économie islamique, Université Om Al Kora, Mecque 2007.
- ✓ Sahih Muslim, «Les lois pénales en islam», Dar Ihyaa Atourath Alarabi, Beyrouth, 2010.
- ✓ Saïdi Abdallah, « Monnaie et banques », volume 1, Editions Al Bayan Al Tijariya, Emirats Arabes Unis, Dubai, 1^{ère} édition, 1994.
- ✓ Saka Iheb Faouzi, « Protection pénale et sécuritaire des cartes de crédit », Maison de la Nouvelle Université, Alexandrie, 2007.
- ✓ Salam Saâd « Signature électronique : étude comparative », Dar Al Nahdha Al Arabiya, Egypte, 2004.
- ✓ Salem Attiya, document de travail intitulé « Les cartes de paiement électroniques et leur importance à l’ère moderne », Institut des études bancaires, Egypte, le Caire, 1998.
- ✓ Salem Omar, « La protection pénale des cartes de fidélité » p 12, Dar Al Nahdha Al Arabiya, 1^{ère} édition, 1995.
- ✓ Salim Ayman Saâd et al, « Introduction à l’étude des systèmes », Librairie Al Chikri, 2010.
- ✓ Salim Ayman Saad, « Les principes de l’engagement : Etude comparée » Dar Al Hafedh, Djedda, 2007.
- ✓ Samiha Kaliyoubi « Les moyens de paiement modernes, les cartes plastiques », Congrès « L’actualité dans les opérations bancaires des points de vues légal et économique », Faculté de droit, Université de Beyrouth, 2003.
- ✓ Sanhoury Abderrazek, « Al Wassit dans l’explication du droit civil », Dar Ihya Al Tourath Al Arabi, Beyrouth, 1958.
- ✓ Saoui Ahmed, «Balaghat al Salik», Dar Alkitab Alilmya, Beyrouth, Liban, 1995.

- ✓ Sarhan Adnane ben Ibrahim, « la fidélité et le paiement électronique », Congrès « Les affaires bancaires et électroniques entre la charia et la loi », Emirats arabes unis, 2003.
- ✓ Sass Ould « Les Comités de la Charia: historique, constitution et pouvoir », Ecole de Management de Strasbourg, disponible à http://www.acerfi.org/user/res/fichiers/Article_Mohamed_BAchir.pdf.
- ✓ Sayet Peter E., «Credit card and the law on introduction», format publishing, Britain, 1988.
- ✓ Sibr Saad Ben Abdallah, « L’instance de contrôle charaïque à la banque Al Rajihi », site de la banque Al Rajihi.
- ✓ Slahin Abdelmajid, « les instances de fatwa et d’audit charaïque et leurs rôles dans les banques islamiques », Congrès des institutions financières islamiques, 2004.
- ✓ Tabyin al Hakaik, charh Kanz al Dakaik”, volumen 4. Impimerie Alamirya, Le Caire, 2010.
- ✓ Termidhi Mohamed ben Aissa, « Sounan Termidhi », Dar Bachar, 1998.
- ✓ Tobia Pierre Emile, « La carte de crédit et les relations contractuelles qui en découlent : étude analytique comparative ». Al Halabi Al Houkoukiya, Beyrouth, Liban, 2000.
- ✓ Yosri Abdel Rahman, « L’intérêt et l’usure, réponse aux partisans des intérêts bancaires », Maison Universitaire, 1^{ère} édition, 2003.
- ✓ Youbi Mohamad, « Finalités de la charia islamique et leur relation avec les arguments charaïques », Dar Alhijra, KSA, 1998.
- ✓ Zahrani Fallah « l’arbitrage dans les litiges bancaires dans les pays du conseil de coopération du golf (étude préparatoire comparative applicative), p.20 26, recherche publiée, Université Arabe Nayef des Sciences Sécuritaires, 2010.
- ✓ Zahrani Fallah Moussa, « L’arbitrage dans les litiges bancaires dans les pays du conseil de coopération du golfe », Recherche scientifique, Université des Sciences Sécuritaires Nayef, Riyad, 2010.
- ✓ Zaid Zaid Ben Abdelkrim « Projet d’arbitrage dans la jurisprudence islamique » Recherche publiée, Institut supérieur de la magistrature, université islamique de l’imam Mohamed Ben Saoud, Riyad 2002.
- ✓ Zamakhchari Jar Allah Mahmoud Ben Omar Ben Mohamad “Explication du Al Kashshaaf exégèse du Coran », Maison des Livres Scientifiques, Beyrouth, Liban, 1995.
- ✓ Zaouali Hosni : « Le système bancaire islamique à l’ère de la mondialisation : Le cas du Maroc », Université Laval, Faculté des sciences de l’administration, 2014.
- ✓ Zaydane Abdel Karim, « Aperçu sur les principes de la jurisprudence », Entreprise Al Rissala, Beyrouth, 2005.
- ✓ Zayden Abdel Karim, « introduction à l’étude de la charia islamique », Librairie Al

Rissala, Beyrouth, 2003.

- ✓ Zayden Abdel Karim, « Rregards sur la charia islamique et le droit positif », Librairie al Rissala, Beyrouth, 2001.
- ✓ Zhili Wahba « Les transactions financières modernes », Dar al Fikr, Damas, 2002.
- ✓ Zhili Wahba, « Les contrats nominatifs dans le code des procédures civiles Emirati et dans le code civil Jordanien », Dar al Fikr, Damas, 1987.
- ✓ Zubaydi Mohamed, “Tej el arous”, Imprimerie du Koweit, Koweit, 2008.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE	7
CHAPITRE INTRODUCTIF.....	14
I- Essence de la surveillance charaique et légale des banques islamiques.....	15
I-1 Définition de la surveillance charaique et légale	15
I-1-1- Définition étymologique	15
I-1-2- Définition de l'expression	17
I-2- Raisons d'être de la surveillance charaique bancaire	23
I-2-1- Raisons opérationnelles.....	23
I-2-2- Les raisons consensuelles	27
II- Les banques islamiques:.....	32
II-1- Banques islamiques acceptations et prolifération	32
II-1-1- Banques islamiques	32
II-1- 2- La prolifération.....	34
II-2 La distinction entre banques islamiques et banques traditionnelles	38
II-2-1- Spécificités structurelles organisationnelles.....	38
II-2-2- Spécificités des modalités de la surveillance	48
III- Cadre de la recherche	51
III-1- Méthodologie de l'étude comparative.....	51
III-2- problématique posée	52
PREMIERE PARTIE	55
LES ACTIVITES DES BANQUES ISLAMIQUES ET LA SURVEILLANCE	
CHARAIQUE DU POINT DE VUE DE LA CHARIA.....	55
Introduction et répartition	56
Chapitre 1 : Les normes jurisprudentielles islamiques en matière de finance bancaire	
islamique et ses services.....	59
Introduction et répartition	59
Section 1 : Les normes jurisprudentielles générales en finance bancaire islamique.....	60
-I- Les objectifs de la chariâ islamique au sujet de l'activité bancaire islamique.....	60
I-1 : L'importance de la compréhension des objectifs de la chariâ islamique et ses sections	63
I-1-1 L'importance de la compréhension des objectifs de la chariâ islamique	63
a) Définition linguistique de La science des finalités dans la chariâ- scinece des	
« Maqasids ».....	65
a) Définition terminologique de La science des finalités dans la chariâ	66
I-1-2 : Les répartitions des finalités de la chariâ islamique	67
a) Les finalités charaiques obligatoires	68
a) Les finalités charaiques relatives aux besoins.....	69
a) Finalités charaiques amélioratrices	71

I-2 : La réglementation des finalités charaïques dans les activités bancaires islamiques et les arguments charaïques en sa faveur	72
I-2-1 La réglementation des finalités charaïques dans les activités bancaires islamiques	72
a) Examen des nouvelles questions bancaires selon les principes législatifs	75
b) Comprendre clairement la transaction bancaire nouvelle	78
c) La capacité à rattacher la transaction nouvelle au fondement charaïque reconnu	81
d) L'accord et le rapprochement entre le fondement de la transaction nouvelle et la finalité charaïque du fondement	83
I-2-2 Arguments charaïques en faveur de la réglementation des finalités dans les activités bancaires islamiques	86
a) Arguments des finalités charaïques générales dans le développement des fonds et les moyens licites de leur acquisition.....	86
b) Arguments charaïques relatifs à la vérification de la conformité des activités bancaires nouvelles.....	90
-II- Interdiction de l'usure : un pilier constant des piliers de la finance bancaire islamique	92
II-1 Le ribâ et ses types	95
II-1-1 Définition du ribâ et les arguments en faveur de son interdiction.....	95
a) Définition linguistique et terminologique du riba	95
b) Arguments en faveur de son interdiction.....	98
II -1-2 Types de ribâ.....	101
a- Premier type : riba al-fadl	101
b- Deuxième type : riba al-nasîah	104
II-2 Les intérêts usuraires dans les banques et ses effets économiques	107
II-2-1 Nature des intérêts usuraires dans les banques.....	108
a- Définition étymologique et terminologique des intérêts	108
b- Origines de la théorie des intérêts et la position du système économique islamique.....	110
II-2-2 Effets économiques du développement des intérêts usuraires et les substituts adéquats	113

Section 2 : La qualification jurisprudentielle des services bancaires islamiques

contemporains : La carte de crédit comme exemple 118

-I- Définition de la carte de crédit et ses types	119
I-1 : Définition des cartes de crédit	119
I-1-1 Définition linguistique, technique et économique de la carte de crédit	119
a- Définition de la carte de crédit dans la langue	119
b- Définition technique de la carte de crédit.....	121
c- Définition économique de la carte de crédit	123
I-1-2 La définition juridique et jurisprudentielle islamique de la carte de crédit	126
a- Définition juridique de la carte de crédit.....	126
b- Définition de la carte de crédit dans la jurisprudence islamique moderne	130
I-2 : les types de cartes magnétiques	138
I-2-1 Carte de retrait automatique et carte de débit	138
a- Carte de retrait automatique (ATM Bank Card)	138
b- Carte « wafa » ou Carte de débit.....	140
I-2-2 Carte de garantie de chèque et carte de crédit.....	144
a- Carte de garantie de chèque	144

b- La carte de crédit.....	147
-II- Evolution charaique des cartes de crédit et la qualification de la jurisprudence islamique contemporaine de ses services bancaires	161
II-1 : Evolution charaique des cartes de crédit	161
II-1-1 La naissance de la carte de crédit.....	161
II-1-2 Le développement charaique de la carte de crédits dans différents pays	169
a- Les législations à l'étranger	169
b- Les législations émanant des pays Arabes.....	173
II-2 Qualification par la jurisprudence islamique contemporaine des services de la carte de crédit	181
II-2-1 Frais d'émission, pénalités de retard, conditions imposées par l'émetteur et la précision de la période de validité de la carte.....	182
a- Frais de l'émission, du renouvellement, de l'échange et du retrait monétaire	182
b- les pénalités de retard et de dépassement du plafond de crédit autorisé par la carte : .	186
c- La condition imposée par les émetteurs des cartes aux détenteurs des cartes de ne pas récupérer la valeur de la marchandise défectueuse en espèces auprès des commerçants	190
d- Fixation de la période de validité de la carte de crédit	192
II-2-2 La condition de résiliation du contrat et les services d'assurances, d'achat de l'or et de l'argent et de change lors de l'utilisation de la carte de crédit.....	192
a- La condition de résiliation du contrat unilatéralement par l'émetteur.....	192
b- Les services d'assurance offerts aux titulaires des cartes de crédit par les émetteurs....	194
c- L'achat de l'or et de l'argent avec la carte de crédit.....	196
d- Le change en devises lors de l'utilisation des cartes de crédit à l'étranger	197
CONCLUSION.....	200
<i>Chapitre 2 : La qualification par la jurisprudence islamique de la création des organes de contrôle charaique et de leurs modes de travail dans les banques islamiques</i>	<i>203</i>
Introduction.....	203
Section 1 : L'importance des organes de contrôle charaique et leur impact sur les banques islamiques et la qualification jurisprudentielle de leurs activités.....	205
-I – Importance des organes de contrôle charaique et leur impact sur les banques islamiques.....	205
I-1 : Importance des organes de contrôle charaique	205
I-1-1- Signification de l'organe de contrôle charaique et ses diverses appellations	205
a- Signification de l'organe de contrôle charaique	205
b- Les appellations des organes de contrôle charaique	210
I-1-2 Arrière-plan historique des banques islamiques	215
a- La naissance des banques islamiques.....	215
b- Les organes de contrôle charaique et la création de banques islamiques.....	218
I-2 : Impact des organes de contrôle charaique sur les activités des banques islamiques	223
I-1-1 Les apports des organes de contrôle charaique	224
a- Le dépassement des obstacles et la résistance en dépit de l'expérience récente	224
b- les points positifs des organes de contrôle charaique :	226
I-2-2 Les inconvénients des organes de contrôle charaique, et les moyens pour y remédier .	229
a- Les inconvénients ou les limites des organes de contrôle charaique.....	230

b- Des propositions pour améliorer et activer le rendement des organes de contrôle charaique	233
II- La qualification dans la jurisprudence des organes de contrôle charaique.....	238
II-1 : le travail de contrôle charaique en tant que sorte de « ihitssab » ou de fatwa	239
II-1-1 Le travail de contrôle charaique en tant que sorte de « ihitssab »	239
a- Définition de « al Hisba ».....	239
b- La similarité entre le travail du muhtasib et le travail des membres de l'organe de contrôle charaique et ses critiques	241
II-1-2 Le travail de contrôle charaique est une forme de fatwa	244
a- La nature de la fatwa	244
b- La similarité entre le travail du mufti et le travail des organes de contrôle charaique et la critique adressée	247
II-2 Le travail de contrôle charaique en tant que sorte de « ijara » ou d'agence rémunérée.....	249
II-2-1 Le travail de contrôle charaique ; une forme de ijara	249
a- La définition de ijara	250
b- Les similarités entre la ijara et le travail des organes de contrôle charaique, et les critiques	252
II-2-2 Le travail de contrôle charaique ; une forme de wakala payante, une relation d'agence	253
a- La définition de la wakala	254
b- Les similarités entre la wakala et le travail des organes de contrôle charaique et la critiques adressées	256
c- Le nouveau courant dans la qualification des activités des organes de contrôle charaique	257

Section 2 : Le mode de fonctionnement des organes de contrôle charaique dans les banques islamiques..... 260

I- Les clés fondamentales de l'habilitation des membres des organes de contrôle charaique	261
I-1 Al ijtihad dans les problématiques financières modernes	261
I-1-1 La définition de ijtihad et les conditions requises dans la personne al mujtahid.....	261
a- La définition de ijtihad d'un point de vue linguistique et terminologique	262
b- Les conditions requises dans la personne al mujtahid	263
I-1-2 Les types et nature de mujtahids	267
a- Types des moujtahids	267
b- nature de l'ijtihad	270
I-2 : L'habilitation juridique des membres des organes de contrôle charaique	272
I-2-1 L'habilitation des membres de l'organe de contrôle charaique dans la loi bancaire islamique	272
a- L'habilitation fonctionnelle	273
b- L'habilitation dans les textes juridiques.....	275
I-2-2 Le caractère obligatoire des décisions des organes de contrôle charaique	277
a- L'importance du caractère obligatoire	277
b- Modalités du respect des décisions coercitives	280
II- L'exercice des fonctions de l'organe de contrôle charaique	282
II-1 Les principes jurisprudentiels relatifs aux fonctions du contrôle charaique.....	282
II-1-1 Les faveurs accordés aux membres	282

a- La possibilité pour les membres de l'organe de contrôle charaique de détenir des parts des gains ou des actions des institutions financières et des banques islamiques.....	283
b- La rémunération en contrepartie de la fatwa émise dans le travail de contrôle charaique	286
II-2 L'examen jurisprudentiel des transactions financières modernes.....	291
II-2-1 La murabaha	291
a- Définition et conditions	291
b- La murabaha au regard des banques islamiques	293
II-2-2 Bay al salam	296
a-Définition et condition.....	296
b- Bay al salam au regard des banques islamiques	298
CONCLUSION.....	302
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	304
<i>Partie 2</i>	<i>309</i>
<i>Contrôle charaique des activités des banques islamiques selon la loi.....</i>	<i>309</i>
<i>Introduction et répartition</i>	<i>309</i>
<i>Chapitre Premier.....</i>	<i>313</i>
<i>Cadre juridique des organes de contrôle charaique et la validité de leurs décisions..</i>	<i>313</i>
Introduction.....	313
Section 1 L'organisation administrative des organes de contrôle charaique	314
I- La formation des organes de contrôle charaique.....	314
I-1 La constitution administrative de l'organe de contrôle charaique et le mécanisme de nomination et destitution	315
I-1-1 Neutralité et types d'organes de contrôle charaique.....	315
a- Le principe de neutralité.....	315
b- Les formes des organes de contrôle	316
I-1-2 Le champ de compétence, conditions, mécanisme de nomination et de destitution de l'organe de contrôle charaique	319
a- Les compétences et les conditions requises pour les membres de l'autorité de contrôle charaique	319
b- Le mécanisme de nomination et de licenciement dans l'organe de contrôle charaique.	322
I-2 Le champ de compétence de l'organe de contrôle charaique	325
I-2-1 Les activités et les fonctions dictées par le règlement	326
a- Secrétariat de l'organe de contrôle charaique	326
b- Les missions et travaux des membres de l'organe de contrôle charaique	329
I-2-2 Les causes d'absence du rôle fonctionnel de l'organe de contrôle charaique	332
a- L'importance du rôle fonctionnel de l'organe de contrôle	332
b- Les implications du défaut du rôle fonctionnel des organes de contrôle	333
II- La légitimité de l'organe de contrôle charaique.....	337
II-1 Les Lois et les législations organisant le travail des organes de contrôle charaique	337
II-1-1 L'importance de la codification juridique du contrôle charaique	337

a-	Eléments de l'importance de la codification.....	338
b-	Codification et responsabilité	339
II-1-2	Les organes de contrôle charaique dans les législations comparées	341
a-	Législation en vigueur	341
b-	Fondements de la formation des organes de contrôle.....	344
II-2	Etudes de certains contenus de législations et de lois relatives aux banques et aux institutions financières islamiques	345
II-2-1	Législations des pays du golfe	346
a-	La banque islamique égyptienne Al Faycal	346
b-	Banques islamiques des Emirats Arabes Unis.....	348
II-2-2	Autres législations islamiques.....	350
a-	Banque islamique égyptienne Al Faycal	350
b-	Cas de la Malaisie, du Soudan et du Yemen	351
c-	Propositions de formulation de textes et lois.....	355

Section 2 Modèle de qualification juridique de la responsabilité contractuelle découlant de l'utilisation de la carte de crédit.....358

I-	Qualification de la relation entre la banque émettrice, le titulaire de la carte de crédit et le commerçant.....	359
I-1	La relation entre la banque émettrice, le titulaire de la carte de crédit et la relation entre la banque émettrice et le commerçant	359
I-1-1	La qualification de la relation entre la banque émettrice et le titulaire de la carte de crédit, selon trois avis :.....	359
a-	Premier avis	359
b-	Deuxième avis	360
c-	Troisième avis	361
I-1-2	Les conditions de conclusion de contrat entre la banque émettrice et le titulaire de la carte de crédit.....	362
a-	Accord et aptitudes des deux parties	362
b-	Objets du contrat.....	366
c-	Les obligations de la banque émettrice :	367
I-2	Les obligations et droits du titulaire de la carte de crédit.....	370
I-2-1	Les obligations	370
a-	Domaines des obligations.....	370
b-	Les obligations du titulaire dans le droit français	372
I-2-2	Les droits du titulaire	373
a-	Droit de résiliation	373
b-	Procédures de la résiliation du contrat :.....	374
II-	La qualification de la relation entre la banque émettrice et le commerçant :	375
II-2	Le non respect des engagements contractuels par les membres du contrat de la carte de crédit	375
II-2-1	Les principaux courants	375
a-	Les courant conventionnel et courant de l'accord implicite.....	375
b-	Courant des obligations de la banque	377
II-2-2	Les obligations de la banque émettrice.....	379
a-	Obligations de la banque	380

b-	Les obligations du titulaire de la carte de crédit:	387
c-	Les obligations du commerçant	395
CONCLUSION		403
Chapitre 2 : La responsabilité naissant des infractions des instances de contrôle charaique et l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques.....		405
Introduction		405
Section 1 : La responsabilité civile et pénale née des infractions de l'organe de contrôle charaique.....		407
I-	La responsabilité civile née d'une faute et d'une négligence dans l'exercice de l'activité des organes de contrôle charaique	408
I-1	Les types de responsabilités civiles nées d'une faute ou d'une négligence	408
I-1-1	Les types de responsabilités civiles nées d'une faute ou d'une négligence.....	409
I-1-1-1	La responsabilité contractuelle et celle née d'une négligence et d'une faute dans les activités des organes de contrôle charaique	410
a-	La responsabilité contractuelle.....	410
b-	La responsabilité née de la négligence	417
I-1-1-2	La vision de la jurisprudence islamique de la garantie dans les activités des organes de contrôle charaique	418
a-	la garantie dans jurisprudence islamique: la garantie dans la fatwa	419
b-	Les garantie autres que la garantie de la Fatwa	421
I-1-2	Des exemples de fautes et de négligences commises par l'organe de contrôle charaique	423
I-2-1	Les spécialités des organes de contrôle charaique et leurs implications juridiques	424
a-	Al iftaa ou la délibération dans les problématiques nouvelles contemporaines	424
b-	La spécialité des affaires administratives :	426
I-2-2	La faute et la falsification dans le domaine du contrôle charaique	429
a-	L'erreur et la falsification dans la relation entre l'organe de contrôle charaique et la direction de la banque ou de l'institution financière islamique	429
b-	L'erreur dans le domaine du contrôle charaique :	431
II-	La responsabilité pénale née des infractions commises par l'organe de contrôle charaique.....	434
II-1	La possibilité d'engager la responsabilité pénale à l'encontre des infractions de l'organe de contrôle charaique	434
II-1-1	Les similarités entre la fonction du membre du contrôle charaique pénal et celle du commissaire aux comptes.....	435
a-	La responsabilité dans la législation saoudienne	435
b-	La responsabilité dans d'autres législations	437
II-1-2	Les types d'infractions générant une responsabilité pénale, dans les travaux de l'organe de contrôle charaique	440
a-	La nature juridique.....	440
b-	Types d'infractions.....	441
II-2	Le délit de divulgation des secrets de l'institution financière islamique	443
II-2-1	Les éléments du délit de divulgation des secrets professionnels.....	444
a-	L'élément légal et matériel	444
b-	L'élément moral ou l'intention criminelle	447

II-2-2 La sanction du délit de divulgation des secrets professionnels.....	448
a- L'importances des lois régissant les activités des organes de contrôle	448
b- La sanction de la divulgation à travers diverses législations.....	449
Section 2 : L'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques	452
-I- La nature de l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques : sa définition, son importance, ses formes, ses avantages et ses inconvénients.....	452
I-1 : La définition de l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques et la détermination de son importance et de ses conditions	454
I-1-1 La définition de l'arbitrage bancaire dans la langue, la jurisprudence et la loi et la précision de son importance	455
a- La définition linguistique, jurisprudentielle et juridique :.....	455
b- La précision de l'importance de l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques.....	457
I-1-2 Les conditions de l'arbitrage le distinguant des autres expressions similaires	462
a- La différence entre l'arbitrage et la justice, et l'intermédiation et la conciliation	462
b- La différence entre l'arbitrage et la réconciliation, l'expertise et l'agence	465
I-2 : Les formes d'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques, ses avantages et ses inconvénients	467
I-2-1 Les formes d'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques	468
a- L'accord lui-même	468
b- Le critère d'arbitrage indépendant et institutionnel, national, étranger et international	469
I-2-2 Les principaux avantages et inconvénients de l'arbitrage.....	472
a- Les caractéristiques positives de l'arbitrage concernant les activités bancaires.....	472
b- Les principaux inconvénients et reproches formulés à l'adresse de l'arbitrage	475
II- Les principes et les procédures de l'arbitrage dans les litiges bancaires islamiques	477
II-1 Les principes de formes de l'arbitrage bancaire	477
II-1-1 Les procédures de désignation des arbitres et la formation du comité arbitral	478
a- La désignation de l'arbitre	478
b- La formation du comité arbitral :	481
II-1-2 la fin de la mission des arbitres :	484
a- L'arrêt de travail de l'arbitre.....	484
b- La destitution de l'arbitre	486
II-2 Les principes de fond de l'arbitrage bancaire	489
II-2-1 Les principes de fond précédant la décision du comité arbitral.....	489
a- Les mécanismes des séances et des plaidoiries.....	489
b- Les étapes d'arbitrage suggérées dans les litiges dans les institutions financières islamiques.....	492
II-2-2 Les principes de fond suivant la décision du comité arbitral.....	496
a- La publication de la décision finale	496
b- L'annulation de la décision d'arbitrage et de son exécution :	498
CONCLUSION.....	503
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	505
CONCLUSION GENERALE.....	509

ANNEXES	519
Annexe numéro (1) : Le contrôle charaique au sein de la société bancaire « Al Rajihi »- Royaume d'Arabie Saoudite	520
Annexe numéro (2) : Le contrôle charaique au sein de la banque islamique de Dubai	527
BIBLIOGRAPHIE	531
TABLE DES MATIERES	545

